بسم الله الرحمن الرحيم

# دروس في فقه العقود**[[1]](#footnote-1)**

# الحقوق المعنوية

الحق علي ثلاثة اقسام: عيني و شخصي و معنوي. الحق العيني عبارة عن حق متعلق بالعين بحيث يکون صاحب الحق مسلطا علي العين کحق التحجير و السکني و الانتفاع و الرهانة و الجناية، الفرق بين القسمين الاخيرين ان صاحب المال لايجوز له بيع المال المرتهن و يجوز له بيع ما تعلق به حق الجناية الا انه ينتقل الي المشتري متعلقا لحق الغير، هذا بناء علي المشهور و لکن السيد الخويي يعتقد بجواز بيع الشئ المرتهن و ينتقل الي المشتري متعلقا به حق الغير.

قد عدّ من الحق العيني، حق الفسخ و لکنه بالدقة ليس حقا عينيا بل ملحق به لان حق الفسخ ليس متعلقا بالعين بحيث يتبعه اينما وجد مادام باقيا حق الفسخ بل الفسخ متعلق بالعقد، و لذلک نجد ان الفقهاء اختلفوا في جواز العين المتعلق بها حق الفسخ و المشهور علي عدم الجواز و السيد الخويي يقول بجوازه و ان خالف الشرط، بناء علي رأيه لو رجع البائع الي المشتري يفسخ العقد الذي بينه و بين المشتري الاول و لا يفسخ العقد الثاني لان الحق ليس متعلقا بالعين؛ فاذن له ان يأخذ من المشتري الاول قيمتها حين الفسخ.

من مصاديق الحقوق العينية هو حق الشفعة و هو حق ضم مال الشريک الي ماله ضمن شرائط مذکورة في محله. ذکر صاحب فقه العقود ان حق الشفعة متعلق بالجامع بين ملکية العقار و بين رجوعه بالفسخ الي البائع[[2]](#footnote-2)، فيه ان هذا غير صحيح فان حق الشفعة حق متعلق بالعين و لصاحب الحق ان يمتلک المال لا انه امر متعلق بالجامع بين الملکية و بين الاقالة.

بناء علي ان الزکاة حق لا انه مجرد تکليف و لا شرکة في العين، يکون الزکاة من الحقوق المتعلقة بالعين و ذکر السيد الحکيم في تفسيره احتمالان:

1. ان يکون من قبيل حق الرهانة؛ فعلي هذا الاحتمال يکون المالک للمال مدينا لمستحقي الزکاة، کما ان الراهن مدينا للمرتهن في حق الرهانة.

يلاحظ عليه: ان الزکاة ليست من هذا القبيل لان المالک ليس مدينا لمستحقي الزکاة بل مجرد تکليف.

2. ان يکون من قبيل حق الجناية؛ فعليه لا يکون المالک مدينا لمستحقي الزکاة بل مجرد تعلق حق بماله، کما ان مالک العبد لا يکون مدينا للمجني عليه بل تعلق حق بماله.[[3]](#footnote-3)

يلاحظ عليه: انه لا تکليف علي عهدة مالک العبد بشئ بل مجرد تعلق حق بماله هذا بخلاف الزکاة فان الزکاة لو کان حقا متعلقا بالعين فانا لو لم نقبل کون المالک مدينا فان تکليفه باداء الزکاة مسلم، من هنا حصل الفرق بين الزکاة و حق الجناية ايضا، و لعل ما ذکره السيد السيستاني من ان الزکاة حق متعلق بالعين لکن لا کحق الرهانة و لا کحق الجناية ناظرة الي هذا الامر فان المالک مدين في حق الرهانة للدائن و ليس المالک مدينا في الزکاة و ليس کحق الجناية فان المالک ليس مکلفا بالاداء و هو مکلف باداء الزکاة. تفصيل هذا البحث من ان الزکاة مجرد حق کما ذهب اليه جملة من الاعاظم او انه شرکة في العين کما عليه المشهور موکول الي محله، و في حد الفتوي اقول: ان الظاهر من الادلة ما ذهب اليه المشهور من ان الزکاة يتعلق بالمال علي نحو الشرکة في العين.

الحق الشخصي عبارة عن حق متعلق بشخص آخر، بعبارة هي رابطة قائمة بين شخصين بموجبها يمارس ذوالحق سلطته علي من عليه الحق لما يريده، کالدين و الشرط سواء کان معامليا ام شرعيا کوجوب الانفاق علي الوالد لولده و بالعکس.

## الفرق بين الحق العيني و الشخصي

الحق العيني متقوم بتقوم العين و باق مادام بقاء العين و الحق الشخصي متقوم ببقاء الشخص و باق ببقائه و تابع لوجوده.

و علي اساس هذا الفرق يکون لصاحب الحق العيني اولا: تتبع العين اينما انتقلت و ذلک اما بمعني ان العين متي ما تنقل من حيازة شخص الي حيازة شخص آخر يکون لصاحب الحق تتبع العين، فمالک العين مثلا له ان يقيم الدعوي علي اليد الاخيرة لدي تعاقب ايد متعددة علي العين المغصوبة و له ان يفرض سيطرته علي العين و ان کان صاحب اليد الاخيرة يتضرر بذلک لانه اشتراها من صاحب اليد السابقة بثمن ما باعتقاد کونه مالکا لها؛ نعم لصاحب اليد الاخيرة الرجوع الي من قبله و هکذا الي ان يستقر الضمان علي الغاصب.

و اما بمعني ان العين متي ما تنتقل من ملکية شخص الي ملکية شخص آخر فصاحب الحق يتتّبعها بحقه. فالعين المرهونة مثلا اذا انتقلت من المالک الاول الي اي مالک آخر کان للمرتهن حق افتراضه وثيقة لدينه و حق استيفاء دينه منه و تبدل المالک مهما تکرر لا يؤثر علي ذلک بينما لا يتصور التتبع في الحق الشخصي. هذا بخلاف الحق الشخصي فقوامه بنفس الحق و لا وجود له خارجي منفصلا عن عالم الحق و الالتزام کي يفترض تنقله من حيازة الي حيازة او من ملکية الي ملکية کي نري هل يتبعه.

ثانيا: ان لصاحب الحق العيني ان يتقدم علي جميع الدائنين الشخصيين في تقاضي حقه من الشئ فالمرتهن مثلا يتقدم في استيفاء حقه من العين علي الغرماء الشخصيين و لا يکون معهم علي حد سواء، لان المفروض ان حقه متعلقه بعين خاص فيتقدم علي سائر الغرماء، هذا بخلاف الحق الشخصي حيث انه ليس متعلقا بشئ معين خاص فلا معني لان يتقدم صاحب حق علي حق آخر.

## الحق المعنوي

الحق المعنوي و هو حق متعلق بامر مجرد لا مادي کحق التأليف و الاختراع و العلائم التجارية و غيرها. هذا الحق يفترق عن الحق العيني بانه ليس متعلقا بعين خاص و بامر مادي کي نحسبه من الحق العيني بل حق متعلق بامر مجرد وراء هذا الامر المادي مثلا ان حق التأليف ليس حق متعلق بخصوص هذه النسخة او بخصوص هذه الطبعة بحيث لو اشتري فرد نسخة اخري من الکتاب من السوق يزول حق المؤلف و کان له ان يطبع الکتاب من دون ان يؤدي حق مؤلفه بل حقه متعلق بامر مجرد لعله نعبر عنه بهوية هذا الکتاب الذي يشکل مطالب هذا الکتاب علي ما له من العبارات و النظم و الترتيب، و هذا الامر ليس قائما بخصوص هذه النسخة و لا بخصوص هذه الطبعة بل امر وراء هذه الامور قائم بهذه الامور.

و يفترق هذا الحق عن الحق الشخصي ايضا اذ ليس ربطا قائما بين شخصين يکون احدهما ذي الحق و الآخر من عليه الحق امرا قائما بين شخصين؛ بل ربط قائم بين الشخص و هذا الامر المجرد الذي يشکل هوية هذا الکتاب مثلا. هذا الحق سنخ حق اوجدته اوضاع الحياة المدنية و الاقتصادية و الثقافية الحديثة و نظّمته القوانين العصرية و الاتفاقات الدولية و لم يکن معروفا في الشرائع القديمة و هو لا يدخل في الحقوق العينية لانه لا يرد مثلها مباشرة علي شئ مادي معين، کما انه لا يدخل في الحقوق الشخصية لانه لا يفرض تکليفا خاصا علي شخص معين غير صاحب الحق.

## التبرير الشرعي للحقوق المعنوية

ذکر وجوه لاثبات الحقوق المعنوية حسب الفقه الاسلامي هي:

### الوجه الاول: الارتکاز العقلائي

ان الارتکاز العقلائي دل علي امتلاک هذه الحقوق من جانب صاحبها من غير ردع من جانب الشرع.

يلاحظ عليه اولا: ان هذا الارتکاز ناش عن القانون و الارتکاز انما يعتبر اذا کان منشأ للقانون؛ و لذلک نري ان المطالب العلمية التي اکتشفتها او تکتشف العلماء من الطبيعيين و غيرهم، لم يرتکز عند العقلاء لزوم کسب الاذن من کاشفها و مبدعها و مبينها عند ما يريد فرد ان يستفيد مما اکتشفه خصوصا اذا کان ذا ربح مادي، و الحال ان هذا القانون يقتضي ان لا يستفيد غيره من هذا العلم الا باذن منه.

و يشهد ان هذا الارتکاز لم يثبت في العقلاء المعاصرين فانه لو بني شخص بيتا بصناعة ابتکارية لا نظير له و اعلن اني لا ارضي ان يصنع شخص آخر مثله ثم صنع نظيره فرد آخر باقتباس منه، فان العرف لا يري له حق المنع بحيث لو اشتکي الي المحکمة القضائية لا يسمع منه هذا بخلاف من الّف کتابا، هذا يشهد بان هذا الارتکاز ناش عن القانون و الا فالعرف لا يفرق بين الموردين.

ثانيا: لو سلمنا ثبوت الارتکاز العقلائي العام للحقوق المعنوية بمعني ان العرف العقلائي العام يعد هذا حقا بحيث لو ضيع شخص هذا الحق لعدّ ذلک ظلما بنظر العرف، لقلنا ان الارتکاز العقلائي المستحدث لا اعتبار به اذ الارتکاز العقلائي انما يعتبر اذا کان ممضي من عند الشارع و حيث انه لم يکن في ذلک الزمن فلم يمض من عند الشارع.

يمکن ان يقال: ان هذا البناء کان موجودا في مرتکزات العرف الا انه لم يکن له مصداق في الحقوق المعنوية و ذلک مثل ان سبب الملک في الارتکاز عبارة عن الحيازة في المنقولات و العلاج في غير المنقولات کالاحياء و الاعمار علي ما ذکره السيد الشهيد الصدر، نستفيد في المقام من هذا البيان و نقول: ان العلاج و الصنع سبب للملک اعم من يکون في الامور المادية او في الامور المعنوية و هو في کل شئ بحسبه، اذ الارتکاز العقلائي لا يفرق بين الامور المعنوية و بين الامور المادية بل يقول کما ان العلاج في الامور المادية سبب للملک و کذلک في الامور المعنوية سبب للملک لان کلا منهما علاج، بل ربما يکون العلاج في المعنوية اصعب بکثير من العلاج في الامور المادية فان شخصا لو اراد ان يعمر ارضا يحييها في مدة قليلة و لکن ربما يصرف مؤلف کتاب طيلة حياته لايجاد اثر؛ نعم لم يکن في الزمن القديم علاج في الامور المعنوية و لکن عدمه لا يضر بنا في صحة الاستدلال به لان اصل مملکية العلاج کان مرتکزا في ذهن العرف في ذلک الزمان و هذا يکفي في وجود هذا الارتکاز في زمن المعصوم و لم يردع من جانب الشرع فهو ممضي من عنده.

يلاحظ عليه: ان التوسع في الارتکاز تارة يکون في دائرة نفس الارتکاز مثل ما لو کان المرتکز عند العرف مملکية الحيازة في الاشياء المنقولة و العلاج و الصنع في الاشياء غير المنقولة، ثم بدل العرف و جعل الاضائة علي الاشياء سببا للملک فان هذا توسيع في دائرة الارتکاز و اخري يکون التوسع في دائرة مصاديق الارتکاز مثل الاحياء بالآلات الحديثة فانها تعد احياء و لکن مصداق جديد لها، و بناء علي حجية الارتکاز العقلائي کما عليه السيد الصدر و ان لم يکن مترجما بالعمل فان المقدار الحجة هو ما اذا کان توسعا في المصداق دون ما اذا کان توسعا في دائرة الارتکاز و في المقام نقول ان القدر المتيقن مملکية العلاج و الصنع في دائرة الامور المادية و لم يثبت مملکيته في غيرها مع العلاجات المعنوية کانت موجودة في ذلک الزمن و لو بمستوي منخفض و ضيق، و لو اردنا ان نعمم هذا الارتکاز الي العلاجات المعنوية لکان من التوسع في دائرة الارتکاز و هذا حجيته غير ثابت.

ثالثا: لو افترضنا ان هذا الارتکاز معاصر لزمان الشارع و لکن الارتکاز ما لم يعمل به العقلاء لا يعتد به لان سکوت الشارع لا يکشف عن اعتباره لان الشارع بما شارع انما يمضي شيئا اذا راه و المفروض انه لم ير شيئا هنا، فلا نستکشف منه اعتبار هذا الارتکاز.

نسب السيد الزنجاني الي السيد الامام ان الارتکاز العقلائي المستحدث لو لم يکن مردوعا من جانب الشارع فهو حجة، لکن هذه النسبة غير صحيح فان السيد الامام لا يقول بحجية الارتکازات المستحدثة بل يصر علي ان الارتکاز لو کان حجة لابد ان يکون في زمن الشارع، نعم هو لا يشترط تفسير هذا الارتکاز العقلايي بالعمل في زمن المعصوم، فاذن يعتقد ان الارتکاز العقلائي حجة سواء فسر بالعمل في زمن المعصوم او لم يفسر به. قال في الاجتهاد والتقليد: ان ارتکاز العقلاء و بنائهم علي امر انما يصير حجة اذا امضاه الشارع و انما يکفي عدم الردع و يکشف عن الامضاء اذا کان بنائهم علي عمل بمرأي و منظر من النبي او الائمة (ع) کبنائهم علي اصالة الصحة و العمل بقول الثقة و امثالهما مما کان بنائهم العملي متصلا بزمان المعصومين و اما اذا کان بنائهم علي عمل في موضوع مستحدث لم يتصل بزمانهم فلا يمکن استکشاف امضاء الشارع لمثله و ما نحن فيه من هذا القبيل فان علم الفقه اصبح في اعصارنا من العلوم النظرية التي لا تقصر عن العلوم الرياضية و الفلسفية في حين کان في اعصار الائمة (ع) من العلوم الساذجة البسيطة و کان فقهاء الاصحاب يعلمون فتاويهم و يميزون بين ما هو صادر من جراب النورة و غيره و لم يکن الاجتهاد في تلک الازمنة کزماننا فرجوع الجاهل الي العالم في تلک الازمنة کان رجوعا الي من علم الاحکام بالعلم الوجداني الحاصل من مشافهة الائمة (ع) و في زماننا رجوع الي من عرف الاحکام بالظن الاجتهادي و الامارات و يکون علمه تنزيليا تعبديا لا وجدانيا فرجوع الجاهل في هذه الاعصار الي علماء الدين و ان کان فطريا و لا طريق لهم بها الا ذلک، لکن هذا البناء ما لم يکن مشفوعا بالامضاء و هذا الارتکاز ما لم يصر ممضي من الشارع لا يجوز العمل علي طبقه و لا يکون حجة بين العبد و المولي و مجرد ارتکازية رجوع کل ذي صنعة الي اصحاب الصنائع و کل جاهل الي العالم لا يوجب الحجية اذا لم يتصل بزمان الشارع حتي يکشف الامضاء.

اجاب السيد الامام عن هذا الاشکال بهذا البيان: ان عدم ردعهم عن هذا الارتکاز کاشف عن رضاهم بذلک ضرورة ان ارتکازية رجوع الجاهل في کل شئ الي عالمه معلومة لکل احد و ان الائمة (ع) قد علموا ان علماء الشيعة في زمن الغيبة و حرمانهم عن الوصول الي الامام لا محيص لهم عن الرجوع الي کتب الاخبار و الاصول و الجوامع کما اخبروا بذلک و لا محالة يرجع عوام الشيعة الي علمائهم بحسب الارتکاز و البناء العقلائي المعلوم لکل احد، فلولا ارتضائهم بذلک کان عليهم الردع اذ لا فرق بين السيرة المتصلة الي زمانهم و غيرها مما علموا و اخبروا وقوع الناس فيه فانهم اخبروا عن وقوع الغيبة الطويلة و ان کفيل ايتام آل محمد (ص) علمائهم؛ فتحصل من جميع ذلک ان الاشکال علي اصل السيرة غير وارد فيدل علي اصل التقليد الارتکاز القطعي العقلائي. [[4]](#footnote-4)

هذا الکلام لا يثبت اکثر من ان الارتکاز العقلائي کان موجودا في زمن الشارع فهذا معتبر اما لو کان مستحدثا من الاصل فلا يقول السيد الامام باعتبار مثل هذا الارتکاز.

### الوجه الثاني: اناطة حلية المال بالرضا

قوله (ع): لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه يدل علي ثبوت الحقوق المعنوية بتقريب ان المال اعم من المال الاعتباري و التکويني، عمل الانسان ملک تکويني له و الکتاب نتيجة لعمله فهو ايضا ملک تکويني له و ليس ملکا اعتباريا فاذن لا يجوز التصرف فيه من الطبع و النشر من دون رضاه. لا يقال: ان الرواية لا تشمل المال التکويني اذ الظاهر منه خصوص المال الاعتباري، فانه يقال: لا اشکال في شمولها للملک التکويني و لذلک لا يصح الحکم بجواز ازالة شعر شخص من دون رضاه باعتبار ان حلية التصرف في المال الاعتباري منوطة برضا الشخص لا التصرف في المال التکويني، و هذا ملک تکويني له فلا يحرم التصرف فيه من دون رضاه.

يلاحظ عليه: اولا ان الظاهر من لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه هو الملک الاعتباري و عدم جواز التصرف في اعضاء الانسان يفهم بالفحوي.

ثانيا: صحيح ان عمل الانسان ملک تکويني للانسان و لکن نتيجة عمل الانسان ليس ملکا تکوينيا بل ملک اعتباري لانه مستقل عن الانسان و عمله.

### الوجه الثالث: العقل العملي

 ذکر السيد الصدر ان الانسان بحکم العقل العملي له سلطنة علي عمله و مالک لعمله فلا يجوز لشخص آخر ان يستوفي عمله و ينتفع منه من دون اذن منه او من مالکه، و لو اذن بالاستيفاء نفسه مثل ما لو آجر نفسه او آجره مولاه فيجوز الاستيفاء من عمله و الا يقبح الاستيفاء من عمله. من هنا يمکن ان يقال: کما ان العقل العملي يحکم بعدم جواز الاستيفاء من عمل الانسان بدون اذنه او بدون اذن مولاه فکذلک يحکم بعدم جواز الاستيفاء من نتيجة العمل لان نتيجة العمل مثل العمل فلا يجوز لاحد ان يستوفي و ينتفع منه من دون اذن منه او اذن من مالکه.

يلاحظ عليه: ان العقل العمل لا يبعد ان يدرک انه لا يجوز للآخرين ان يزاحمه او يستوفون من عمله و لکن نتيجة العمل ليس کذلک فان العقل العملي لا يحکم بعدم جواز الاستيفاء منه.[[5]](#footnote-5)

### الدليل الرابع: الحيازة

ان الحيازة سبب للملک لعموم من حاز ملک، و هو قد يکون في امر مادي و اخري في امر معنوي، و المؤلف قد حاز هذا الاثر فيکون مالکا له، و لا يجوز التصرف الا باذن منه.

يلاحظ عليه اولا: لا دليل علي من حاز ملک بل قاعدة اصطاده الفقهاء من مثل ما دل من الروايات علي اليد ما اخذت و للعين ما رأت.

 ثانيا: علي فرض الدليل علي ذلک فالظاهر منه الحيازة في الامور المادية و لا يشمل المطالب العلمية لعدم صدق الحيازة في المطالب العلمية، فالحيازة سببي للملک في الامور المادية لا في الامور المعنوية.

ثالثا: ان التأليف و الاختراع لا يمکن ان يکون مصداق الحيازة بل مصداق التوليد و الايجاد فان المخترع و المؤلف يوجد الشئ المخترع و المؤلف.

### الدليل الخامس: عموم و اطلاق صحة المعاملات

يدل علي اثبات الحقوق المعنوية عموم احل الله البيع و اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض بتقريب ان الشخص لو باع حق تأليفه لا اشکال في شمول احل الله البيع و تجارة عن تراض له و بالملازمة نستکشف امضاء حق التأليف؛ نعم لو لم يکن حق التأليف معروفا کحق عند العرف العام لم يشمل ذلک.

فيه ان احل الله البيع يقول ان البيع سبب تام و لکن لابد ان يکون المبيع موجودا و مالا و لا يستفاد منه الوجود الاعتباري للمبيع و ماليته و لو شک في حق التأليف مال ام لا؟ لا يصح التمسک باحل الله البيع و الشاهد علي ذلک لو منع من بيع حق التأليف کما لو منع من بيع الخمر هذا ليس تخصيصا بل کاشف عن عدم قبول هذا الحق لا انه تخصيص.

### الدليل السادس: قاعدة لا ضرر

 يمکن التقريب بوجهين: الاول: هذا التقريب يبتني علي کون الضرر اعتباريا ببيان ان تضييع الحق المعنوي بعد اعتراف العقلاء به اضرار بصاحبه و لا ضرر يرده. اقول: هذا فرع قبول الحقوق المعنوية و لا يثبت بلاضرر نفس الحق المعنوي.

 الثاني: مبني علي کون الضرر تکوينيا بناء علي قبول العرف للحقوق المعنوية لو حصل المقتضي لحصول المال لصاحب الحق مثل ما اذا کان الکتاب قد تهيات للطبع و ضيعه فرد آخر هذا الحق باخذ الکتاب منه و طبعه و نفع منه؛ من الواضح ان هذا الفرد قد منع المقتضي القريب للفعل لحصول المال و لا اشکال في ان العرف يعد مثل ذلک ضررا.

لايقال: ان هذا من موارد العرض و الطلب في الاسواق و لا اشکال في جوازه علي اساس السيرة المتشرعة.

يقال: ان هذا ليس من مصاديق العرض و الطلب فان هذا الفرد الذي طبع الکتاب من دون اذن من مؤلفه لم يحصّل هذا الکتاب بنفسه حتي يعد من مصاديق العرض و الطلب بل قد اخذ کتابه و نسخته و حصّل الثمن من هذا الطريق و ليس هذا علي وفق السيرة العقلائية و لم يدل سيرة علي تجويز هذا الحق. و لذلک لا يبعد ان العرف العام لو قبل الحقوق المعنوية و لو اِثر القانون ان فردا لو ضيع الحق المعنوي المقتضي القريب لحصول المال يعد هذا من مصاديق الضرر. نعم لو لم يکن الحق المعنوي بحيث يکون مقتضيا قريبا لحصول المال لا يدل لا ضرر علي تحريمه و کذلک لو اضر فرد آخر به فانه لا يدل لا ضرر علي حرمته لانه قد اضر و هذا ليس ضررا . و من هنا تبين الفرق بين الحقوق المعنوية المعروفة عند العرف العام و غيره فانه لا يصدق في مثل الحق غير المعروف تضررا.

ان قلت: نهاية الامر ان لا ضرر يدل علي الحرمة التکليفية لا علي الضمان.

قلت: اولا: المضر لو دفع بدل ضرره مقدارا من النقود يساوي حقه لا شک في انه لا يصدق لا ضرر، فانه اذا امکن ان يفعل فعلا لا يصدق الضرر و العقل يحکم بان يفعل هذا الفعل فيکون دفع هذا المال واجبا و يجبر علي دفعه. ثانيا: انه لو کان الضرر حراما تکليفا شرعا و الارتکاز العرفي يقول علي لزوم تدارکه.

### الدليل السابع: عموم تحريم الظلم

ان الارتکاز العرف العام لو حکم بکون فعل ظلما مثلا فعموم تحريم الظلم يمنع عن ذلک، لان المراد من حرمة الظلم هو الظلم العرفي. و علي اساسه يمکن التمسک بعموم الظلم في الحقوق المعنوية باعتبار ان تضييع هذا الحق ظلم علي صاحبها. لکن هذا الدليل اخص من المدعي اذ يثبت فيما اذا عد العرف تضييع الحق المعنوي ظلما و لا يثبت الحقوق المعنوية فيما اذا لم يصدق عنوان الظلم.

ذکر السيد الشهيد الصدر في لا ضرر اشکالا يطرح هذا الاشکال في التمسک بعموم الظلم ان الامور التي يعد ظلما في الارتکازات المستحدثة و لم يعد ظلما في زمن الشارع مثل تضييع حق النوبة و حق التأليف و لم يکن ذلک في زمن الشارع، و لو اردنا ان نتمسک بعموم الظلم في حرمة هذا القسم لکان من التمسک بالشبهة المصداقية اذ لابد من اثبات کون هذا الفعل ظلما اولا، و انما يثبت کون هذا الفعل ظلما و تضييعا للحق اذا کان ممضي من عند الشارع و لو اردنا ان نعد ذلک ظلما لازمه الرجوع الي العرف في تشخيص المصداق و الحال ان العرف مرجع في تشخيص المفهوم لا في تشخيص المصداق.

هذا الاشکال لا يتم في مورد عموم تحريم الظلم لان موضوعاً لو کان اکثر مصاديقه امرا تکوينيا مثل الضرر في المال و بعض مصاديقه امرا اعتباريا مثل تضييع الحق؛ فلا ظهور للا ضرر ان العرف هو المرجع في تشخيص المصداق. هذا بخلاف الظلم فان اکثر مصاديقه امر اعتباري عقلائي او شرعي و الامر يدور ان يکون المراد من الظلم هو الظلم باعتبار الشارع و لو کان ذلک للزم اللغوية في هذا الخطاب اذ لا يحتاج الي هذا البيان بل لابد ان يکون المراد منه الظلم باعتبار العرف.

و ما ذکره السيد الشهيد الصدر ان لازمه کون الشارع تابعا للعرف. فيه ان هذا ليس تبعية له بل من باب جعل الشارع نظر العقلاء موضوعا لحکم شرعي؛ نعم هذا يقبل الاستثناء مثلا ان امرا خاصا بنظر العقلاء يمکن للشارع ان يخطئ ذلک و هذا ليس لازمه ان لا يرده بل يمکن ان يرده و کذلک ذکر الايرواني ان العرف هو المرجع في تشخيص المصاديق.

ذکر الشيخ البهجة في استفتائاته انه لو صدق الاضرار علي تضييع الحق المعنوي يحرم تضييعه و کذلک يحرم الاستفادةمن الافلام و الاقراص التي قد تهيأت من طريق غير شرعي ان عدّ تأييدا لهذا العمل و يضمن ان اوجب ذلک اضرار اصحاب النسخ الاصلية من الافلام و الاقراص.

يلاحظ عليه: ان من يشتري النسخ غير الاصلية لا يستند الاضرار اليه فلا معني لضمانه لصاحبي النسخ الاصلية، نعم لو صدق الاعانة علي الظلم فهو حرام بل يمکن المنع عن صدق الاعانة عي الظلم لان الظلم قد تحقق بفعل الغير و لا يصدق علي فعله الاعانة علي الظلم.

## اثبات الحقوق المعنوية بحسب العنوان الثانوي

الي هنا بحثنا في الحقوق المعنوية حسب العنوان الاولي و لو لم نثبت ذلک بالعنوان الاولي امکن اثبات ذلک من طريق العنوان الثانوي و هذا من احد طريقين:

احدهما: امکان اثبات ذلک بامر من ولي الفقيه اذا راي المصلحة في ذلک، فعلي للناس اتباع هذا الحکم الا ان هذا لا يوجب الضمان لو تخلف الناس عن هذا الحکم.

ثانيهما: الشرط في ضمن العقد: بمعني ان يشترط في ضمن العقد ان لا يکون للمشتري لهذا الکتاب حق النشر و الطباعة.

### فرع: في دائرة الحقوق المعنوية

هل ان هذا الحکم يختص بالتوليدات الداخلية او يشمل التوليدات الخارجية ايضا ام لا؟ الجواب ان هذا الحکم لا يختص بالتوليدات الداخلية بل يشمل کل من کان محترم المال، لا شک في ان المسلم محترم المال و اما الکافر فالمشهور انهم غير محترمي المال و نحن لم نقبل هذا الحکم و قلنا في مباحث الخمس بان الکافر ايضا محترم المال لصدق الظلم علي تضييع مال الکافر.

و استدل علي عدم احترام اموال الکافر بوجوه:

الاول: ما دل علي انه بالاسلام حقن الدم، و هذا معناه ان المدار في حقن الدم هو الاسلام و بالاولوية يثبت عدم احترام مال الکافر.

يلاحظ عليه: اولا ان هذا لا يدل علي جواز اهراق دم الکافر بل يدل علي انه يمکن عدم حقن دم الکافر بالجهاد الابتدائي لو اعلنه ولي امر المسلمين.

ثانيا: علي فرض جواز قتل الکافر فان هذا لا يدل علي جواز اخذ ماله، لعل الاسلام يريد ان يطهر الارض من لوث وجود الکافر و لا يريد ان يتهم المسلمون بالسرقة و الخيانة في الاموال. نعم لو اجاز قوانينهم جاز لنا ذلک عملا بقاعدة الالزام.

الثاني: صحيح عبد الله بن سنان بم يکون الرجل مسلما و يحرم ماله؟ قال بالاسلام اذا اظهر. بتقريب انه في ارتکاز السائل کان ان مال الکافر لا احترام و قرره الامام و اجاب بانه بالاسلام اذا اظهر.

يلاحظ عليه: اولا بان الرواية ليس في مقام البيان بمعني ان الامام يبين ان ما يوجب صدق المسلم و به يحترم امواله، و هذا يدل علي ان الکافر لا احترام لماله في الجملة و ليس بصدد بيان شرائط حکم مال الکافر بمعني ان يبين انه اي کافر محترم المال و اي کافر ليس بمحترم المال و لم يبين شرائط عدم احترام ماله و لعله هو الکافر الحربي او اذا اجاز ولي امر المسلمين ذلک.

ثانيا: لو کان اطلاق علي خلاف الارتکاز العقلائي مثلا لو ورد دليل علي اعتبار شهادة العدلين و قام الارتکاز العقلائي علي عدم اعتبار شهادة عدلين غير ضابطين، هذا الارتکاز يوجب انصراف الدليل عن العدل غير الضابط. بل ذکر السيد الشهيد الصدر في بحث حجية خبر الثقة انه لو دل خبر علي عدم حجية خبر الثقة في الموضوعات فلا يقبل لانه لا يکفي هذا للردع؛ نحن و ان استشکلنا علي ذلک و لکنا في هذا المقدار نقبل ان الاطلاق لا يردع عن الارتکاز العقلائي. من هنا نقول: انه لو لم يکن مقاصة نوعية و لا حرب قائم بين الکفار و بين المسلمين انه علي خلاف المرتکز جواز اختلاس مال الکافر و لو اردنا ان نجوز هذا العمل بالاطلاق کان هذا علي خلاف الارتکاز و من الواضح ان هذا الاطلاق لا ينعقد.

الثالث: ما ورد ان الاسلام يحقن به الدم و يؤدي به الامانة و تستحل به الفروج.[[6]](#footnote-6) بتقريب ان الرواية تدل علي جواز عدم اداء الامانة الي الکافر و لو کان هذا جائزا لجاز نهب امواله و اخذ ماله بالسرقة و الغيلة.

يلاحظ عليه: اولا ان الرواية معارضة برواية تدل عل لزوم اداء الامانة الي کل من البر و الفاجر و حتي الي قاتل امير المؤمنين و قاتل الحسين (ع)، بحيث لا يمکن تقييد هذه الروايات بها.

ثانيا: ان هذه الرواية تدل علي عدم احترام مال الکافر في الجملة و ليس بصدد بيان شرائط مال الکافر فلا اطلاق للرواية.

# حق السرقفلية

حق السرقفلية عبارة عن ايکال المالک حق ايجار العين المستأجرة الي المستأجر بازاء مقدار معين من المال بعنوان السرقفلية و مبلغ معين بعنوان الاجارة السنوية و بازاء السرقفلية يفوض المالک امر الايجار بعد مضي السنة الي المستأجر. مثلا ان المالک الذي يريد ان يستلم السرقفلية من المستأجر يأخذ من المستأجر مأئة ميليون تومان بعنوان السرقفلية و مأئة الف تومان کايجار سنوي و بدل السرقفلية يوکل حق ايجاره الي المستأجر و له يوجر المکان في السنوات الآتية للغير او يبقي هو نفسه و لا يحق للمالک ان يزاحمه حتي لو مات لا يجوز لورثته ان يزاحم صاحب الحق و هذا هو الدارج المتعارف من السرقفلي في الاسواق اليوم.

## التبرير الشرعي لحق السرقفلية

اختلف العلماء في تصحيح هذا الحق بحيث ذکر بعض الاعلام انه لا يمکن تصحيح ذلک و لا وظيفة لنا ان نصححه[[7]](#footnote-7). مقتضي قواعد باب الاجارة علي المستأجر ان يخلي المکان المستأجر بعد ما انتهي امد الاجارة ان لم يوافق معه صاحب المکان؛ اما لو شرط بخلاف ذلک فما هو حکمه؛ من هنا ذکر وجوه و طرق لتصحيح هذا الحق حسب الموازين الشرعية:

### الاول: شرط الفعل

ان المستأجر يشترط علي المالک في عقد الاجارة ان يعمل علي طبق ما يريده المستأجر من عدم تصعيد مبلغ الايجار و عدم اخراجه بعد انتهاء المدة من المحل التجاري و تجديد الاجارة منه بنفس المبلغ و له ان يؤجره من اي شخص اراد و لابد للمالک ان يتعامل معه نفس تعامله مع المستأجر الاول، و من هذا الطريق يصحح السرقفلية لان الشرط يجب الوفاء بمقتضاه حسب النصوص، هذا احد وجهي الذي اختاره السيد الروحاني کوجه لتصحيح حق السرقفلية.[[8]](#footnote-8)

يلاحظ عليه: اولا: ان هذا لا يطابق واقع السرقفليه فان الواقعية الخارجية ان صاحب المکان يوکل امر الايجار الي المستأجر لا فقط مجرد ان له حقا ان يؤجر هذا المکان لاي شخص.

ثانيا: ان شرط الفعل يوجب لزوم الوفاء تکليفا فقط و لا الزام وضعا، فلذلک لو تخلف المالک عن هذا الشرط و اجار لفرد آخر فمقتضي القاعدة ان هذا الشرط يکون صحيحا و ان اثم في فعله.

ثالثا انه لو مات المالک و انتقلت العين الي الورثة لا يبقي للمستأجر حق بعد موته اذ الامر بعد موت المالک بيد وارثه و لهم ان لا يلتزمون بهذا الشرط، لانهم لم يکونوا طرفا لهذا العقد و مشروطا عليه.

رابعا: انه لو مات المشروط له اي المستأجر يتم الامر و ليس لوارثه ذلک الحق اذ لم يکن حق ينتقل بمقتضي الارث. فاذن لا يترتب علي هذا الطريق الاثر المترقب منه.

###  الثاني: شرط الوکالة

 ان المستأجر يشترط علي الموجر في ضمن عقد الاجارة بنحو شرط النتيجة وکالته في ايجار العين باي نحو شاء من تجديد الايجار لنفسه بنفس المبلغ و ايجاره لشخص آخر لو اراد بنفس المبلغ مع تفويض الامر الي المستأجر الجديد و يشترط عليه ان لا يوجره الموجر نفسه لشخص آخر و يأخذ المالک من المستأجر بازاء هذه الوکالة مبلغ السرقفلية؛ کما انه من حق المستأجر الاول ان يأخذ مبلغ السرقفلية من المستأجر الجديد مقابل تفويض الامر اليه و لو اراد ان يؤجره باکثر فهذا لا يجوز حسب الروايات الا اذا احدث فيه حدثا. و حيث انه هذه الوکالة تقع بعنوان الشرط في ضمن عقد لازم تکون لازمة بمقتضي دليل الشرط. و هذا ثاني وجهي الذي اختاره السيد الروحاني کوجه لتصحيح حق السرقفلية.

يلاحظ عليه: اولا ان الوکالة ينفسخ بموت الوکيل او الموکل بالاجماع و هذا ينافي حقيقة السرقفلية المتعارفة فانها مبنية علي بقائها و ان مات المالک او المستأجر، نعم يمکن حل هذا الاشکال بالنسبة الي الوکيل بان يشترط الوکيل وکالة نفسه مادام حيا و يشترط بعد موته وکالة اولاده؛ اما بالنسبة الي الموکل لا ينحل الاشکال اذ لا يمکن ان يوکل الموکل فردا کوکيل له بعده لانه ينتقل المال بعد موته الي الورثة فلا معني لان يوکل من جانب نفسه. و لو جعله وکيلا من جانب الورثة کان هذا وکالة فضولية يحتاج نفاذه بامضاء الوراث.

ذکر بعض ان الوکالة لا يبطل بموت الموکل و ذلک لان مدرک هذا الحکم هو الاجماع و هذا لا يفي دليلا، بل يمکن التوکيل مادام الحانوت باقيا، و لا يبطل بموت الوکيل بل يرثه ورثته.[[9]](#footnote-9)

هذا من غرائب الکلام فان الوکيل يتصرف من جانب الموکل و هذا فرع حياة الموکل؛ و ذلک لان الوکالة ليس الا معناه الاذن في التصرف في ماله و هذا انما يصح مادام يکون المال ملکا له و لکن بعد موته ينتقل الملک الي الورثة فلا معني لان يأذن الموکل التصرف في مال الآخرين. نعم لا اشکال في الوصية بالثلث بان يوصي ان يوجره فان هذا وصاية بالثلث اما الوکالة فلا معني له حتي في الثلث لان الوکيل لا يعمل من جانبه نهاية الامر يصح ان يکون وصيا من جانبه فضلا عن تصرفه في باقي امواله.

ثانيا: ان الوکالة يبطل باغماء الموکل او الوکيل و جنونه بالاجماع، فاذن لو اغمي احدهما او جن و ان زال الاغماء و الجنون يبطل الوکالة، هذا بناء علي المشهور.

نعم ذهب بعض الي رجوع الوکالة اليه بعد الاغماء و الجنون، و کذلک قال بعض الاعاظم کالسيد السيستاني: يجوز ان يجعل الفرد وکيلا لزمن جنونه و اغمائه وکيلا لنفسه للارتکاز العقلائي علي تعيين الوکيل لزمن اغمائه و زمن جنونه؛ و لکن لم نثبت لنا الارتکاز العقلائي علي ذلک؛ بل يمکن ادعاء اباء الارتکاز العقلائي عن ذلک يعني ان الارتکاز العقلائي يأبي الوکالة للمجنون و المغمي عليه؛ نعم بعد الاغماء و الجنون يرجع الوکالة و ما ذکر من ان الزائل لا يعود فهذا جار في الامور التکوينية و لا يجري في الامور الاعتبارية.

ثالثا: ان الوکالة لا يوجب ان يسلب الاختيار عن الموکل و نهاية الامر يکون شرط ضمن العقد و التزام بان لا يوجر لاحد و لکن لو اجار لفرد آخر لا يکون ذلک العقد باطلا؛ نهاية الامر انه خالف الشرط.

رابعا: ما ذکره بعض کالسيد الگلبايگاني و الاراکي ان الوکالة في ضمن عقد لازم ليس بلازم بل قابل للفسخ، فان صحيح هشام بن سالم يدل علي ان الوکالة ثابتة مادام لم يبلغ العزل[[10]](#footnote-10) و هذا باطلاقه يشمل الوکالة سواء کان مستقلا او في ضمن عقد لازم.

يلاحظ عليه: اولا ان الرواية منصرفة الي ما لو وکل شخصا في عقد مستقل لان الرواية تقول وکل و لم يقل انه وکله في عقد لازم بل يقول انه وکله و المنصرف منه ما اذا کان التوکيل بعقد مستقل و يؤيد ذلک ان الرواية ليس بصدد بيان ان الوکالة عقد جائز بل هذا امر مفروغ عنه؛ بل يريد ان يبين انه لا يکفي العزل الواقعي بل لا بد من بلوغ العزل، فاذن اصل جواز الوکالة مفروغ عنه، من الواضح ان الوکالة المفروغ عنه جواز عزله هو ما انشأ بعقد مستقل بعبارة ان الرواية ليس بصدد بيان حکم نفاذ العزل حتي يستنتج انه باطلاقه يشمل ما اذا انشأ في ضمن عقد لازم بل بصدد بيان ان عدم نفاذ العزل حتي يبلغ العزل.

ثانيا: لو قبلنا ان الرواية بصدد بيان نفاذ العزل علي الاطلاق و لکنا نقول: ان الاطلاق اذا کان علي خلاف الارتکاز يکون کقرينة لبية متصلة يمنع عن الاطلاق، و لا اشکال في الوکالة التي تشترط في عقد لازم، مثل ما لو وکل المرأة نفسها ضمن عقد لازم ان يکون امر الطلاق بيدها، ان الارتکاز العقلائي يدل علي عدم نفاذ العزل بمجرد ارادة الموکل و هذا الارتکاز العقلائي علي عدم اسقاط هذا الحق يوجب انصراف الرواية عما اذا کانت الوکالة ضمن عقد لازم.

### الثالث: نقل حق الايجار

اختار السيد الحائري تصحيح حق السرقفلي من طريق نقل حق الايجار بان المالک يوکل حق ايجاره الي الغير وهذا ليس وکالة حتي يزول بموت الموکل او الوکيل بل ينتقل العين منتقلا لحق الغير. هذا المعني يحتاج الي اثبات ان الايجار حق قابل للنقل و للانتقال، و استدل لاثبات ذلک بانا ذکرنا علامتين للحق اولا ان يکون جعله لمصلحة ذي الحق و من الواضح ان حق الايجار بمصلحة ذي الحق ثانيا: ان لا يعده العرف متقوما بذي الحق بل يقول انه يقبل الانتقال و کلتا هاتين الخصوصيتين موجودتان في مورد حق الايجار فيکون قابلا للانتقال.[[11]](#footnote-11)

يلاحظ عليه: اولا بالنقض بناء علي ان کل ما جعل لمصلحة الشخص فهو حق الايجار و البيع يقبل الاسقاط فاذن لو اسقط هذا الحق ثم آجره يکن الاجارة باطلة و لم يقل به احد.

ثانيا بالنقض انه لا فرق بين حق النکاح و بين حق الايجار و البيع فلو جاز بيع حق الايجار و البيع لجاز بيع حق النکاح؛ من الواضح ان العرف المتشرعي لا يقبل ذلک، فان حق الزواج ليس حقا بل حکم شرعي، فان المرأة اذا کانت رشيدة ينفذ نکاحها و يعبر ذلک بحق النکاح و کذلک يعبر عن نفاذ البيع و الايجار بحق البيع و الايجار و هذا ليس حقا بل حکم شرعي.

بالنتيجة ان حق الايجار ليس الا حکما شرعيا من قبيل حق الزواج و الطلاق و حق البيع و هذه الاحکام الشرعية تابعة لموضوعاتها و ليس باستقلالها قابلة للنقل و الانتقال، و لم يثبت بناء للعقلاء منذ زمن الشارع في نقل هذه الحقوق. و علي فرض الشک في عقلائية هذه الحقوق و مشروعيتها يستصحب عدم نفاذ الاحکام المترتبة علي هذه الحقوق. و الشاهد علي ذلک انه لو کان هذه الامور من سنخ الحقوق ليقبل الاسقاط و الحال انه من الواضح ان هذه الحقوق يعني حق الايجار و البيع لا يقبل الاسقاط.

و ما ذکر في فقه العقود ان کل حق جعل لمصلحة الشخص و لم يکن متقوما بذي الحق فهو قابل للنقل و الانتقال؛ ففيه ان هذا اول الکلام و ليس الامر کذلک ان کل حق جعل لمصلحة الشخص يقبل الاسقاط فان حق الکفن و الدفن جعل لمصلحة الشخص کما ان حرمة النظر حسب ما يستفاد من الروايات لحرمة المسلم و الحال انهما لا يقبلان الاسقاط.

ثانيا: ان هذا الطريق و ان کان يوجب حل جملة من الاشکالات مثل ما اذا مات المالک فانه لا ينتفي هذا الحق بل ينتقل المال الي ورثته متعلقا به هذا الحق، و کذلک لو مات المستأجر ينتقل هذا الحق الي ورثته؛ لکن مع ذلک کله يبقي موارد لا يفي هذا الطريق بحل الاشکال مثل ما لو تصاحب المالک العين بعد ان انتهت مدة الاجارة في السنة الاولي، و سکن فيها فان العرف الرائج في مورد السرقفلية يحکم هنا بالضمان و الحال انه حسب هذا البيان لا مجال لان نقول بالضمان لانه قد تصاحب ماله؛ نهاية الامر ان المستأجر کان له حق الايجار و المنع عن استيفاء الحق لا يوجب الضمان. مثلا لو کان لشخص حق الاحياء بالنسبة الي ارض و منعه فرد حتي احياه شخص آخر لا يضمن هذا الفرد.

### الرابع: حق السکني

ذکر السيد الخويي انه يمکن تصحيح حق السرقفلي من طريق حق السکني و ذلک ببيان ان المالک ربما يملک منفعة داره او دکانه من الغير في قبال اجرة فيکون الطرف مالکا للمنفعة بالاجارة و ربما يأذن للغير ان يتصرف في الدار فيکون المأذون جائز التصرف فيها و هذا هو الاعارة و ثالثة لا هذا و لا ذاک بل امر متوسط بين الامرين و هو حق السکني فان المالک يجعل الغير ذا حق في سکني الدار او الدکان و لا يکون ذو الحق مالکا للمنفعة، و يفترق هذا القسم عن الاول في ان المستأجر في الاجارة مالک للمنفعة و في السکني ليس بمالک لها، و عن الثاني بان العارية عقد جائز و هذا عقد لازم؛ و لذلک لا يمکنه ان يؤجر الدار من الغير و ايضا لا يکون له مجرد الاذن بحيث ينتهي زمان جواز التصرف بانتهاء الاذن بل حق السکني له.

هذا الحق کما يمکن ان يجعل للغير من قبل المالک ابتداء کما هو کذلک في باب السکني فيقول اسکنتک هذه الدار مدة کذا؛ کذلک يمکن جعل هذا الحق في ضمن العقد بالشرط و الذي يقع بالاشتراط تارة يجعل للغير فقط و اخري يجعل له و للغير. بعبارة ان حق السکني حق قابل للجعل للغير من قبل المالک و قد ثبتت شرعيته بالنصوص و هذا الامر المشروع يمکنه جعله للغير بحيث لا يختص بفرد بل يجعل للطرف و لمن يعامل معه الطرف علي هذا الحق و بعد تحقق الاشتراط يلزم و يبقي الي زمان سعة الجعل[[12]](#footnote-12).

 يدل علي صحة هذا العقد ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبَانِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ حُمْرَانَ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ السُّكْنَى وَ الْعُمْرَى فَقَالَ النَّاسُ فِيهِ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِنْ كَانَ شَرَطَ حَيَاتَهُ فَهِيَ حَيَاتَهُ وَ إِنْ كَانَ لِعَقِبِهِ فَهُوَ لِعَقِبِهِ كَمَا شَرَطَ حَتَّى يَفْنَوْا ثُمَّ يُرَدُّ إِلَى صَاحِبِ الدَّارِ.[[13]](#footnote-13) فان هذا الحديث يدل علي صحة جعل حق السکني للغير مدة حياته و کذلک يصح جعله للغير و لعقبه و بعد ان يفنوا يرجع المال الي صاحبه و مقتضاه بقاء حق السکني لمن جعل له و لعقبه بعد وفاته و يستفاد بالملازمة من انه حتي لو مات المالک يبقي هذا الحق لانه لو اشترط جعل حق السکني لعقبه لا يبقي المالک الاول حيا بحسب المتعارف.

يلاحظ عليه: اولا انه لا يترتب عليه جميع الاحکام المترتبة علي السرقفلية منها ضمان الغاصب؛ فان المتعارف ان الغاصب ضامن للمستأجر و علي اساس هذا البيان ليس الغاصب ضامنا له بل غصب موضع حقه. منها اتلاف العين فان المستأجر ليس مالک المنفعة بل المالک لها هو صاحب العين و هذا لازمه ان من اتلف هذا المکان يضمن لمالک المکان و لم يضمن لصاحب الحق شيئا لانه لم يتلف عنه شيئا و مجرد اتلاف موضوع حقه لا يوجب الضمان مثل ما لو فعل فعلا حتي انتفي حق الصيد للسمک عن هذا الشخص هذا لا يوجب الضمان. هذا مثل ما لو التزم خطيب معروف لمدينة او قرية ان يخطب لهم کل سنة مدة عشرة ايام ثم جاء شخص آخر و قتله و لاريب انه لابد اما ان يقتص منه او يودي الدية و لا يحکم العرف بالضمان لهم لتضييع هذا الحق. فاذن لو کان حق السرقفلية من باب حق الانتفاع من المکان لا يبرر ضمان المتلف و الغاصب فاذن ليس هذا الطريق تصحيحا للسرقفلي الموجود في الاسواق.

ثانيا: ان جملة من الروايات تدل علي بطلان حق السکني بموت المالک مثل ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ أُذَيْنَةَ قَالَ كُنْتُ شَاهِداً عِنْدَ ابْنِ أَبِي لَيْلَى وَ قَضَى فِي رَجُلٍ جَعَلَ لِبَعْضِ قَرَابَتِهِ غَلَّةَ دَارِهِ وَ لَمْ يُوَقِّتْ وَقْتاً فَمَاتَ الرَّجُلُ فَحَضَرَ وَرَثَتُهُ ابْنَ أَبِي لَيْلَى وَ حَضَرَ قَرَابَتُهُ الَّذِي جَعَلَ لَهُ غَلَّةَ الدَّارِ فَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى أَرَى أَنْ أَدَعَهَا عَلَى مَا تَرَكَهَا صَاحِبُهَا فَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ الثَّقَفِيُّ أَمَا إِنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ (ع) قَدْ قَضَى فِي هَذَا الْمَسْجِدِ بِخِلَافِ مَا قَضَيْتَ فَقَالَ وَ مَا عِلْمُكَ فَقَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ مُحَمَّدَ بْنَ عَلِيٍّ (ع) يَقُولُ قَضَى عَلِيٌّ (ع) بِرَدِّ الْحَبِيسِ وَ إِنْفَاذِ الْمَوَارِيثِ فَقَالَ لَهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى هَذَا عِنْدَكَ فِي كِتَابِكَ قَالَ نَعَمْ قَالَ فَأَرْسِلْ وَ ائْتِنِي بِهِ فَقَالَ لَهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَلَى أَنْ لَا تَنْظُرَ مِنَ الْكِتَابِ إِلَّا فِي ذَلِكَ الْحَدِيثِ قَالَ لَكَ ذَلِكَ قَالَ فَأَحْضَرَ الْكِتَابَ وَ أَرَاهُ الْحَدِيثَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع فِي الْكِتَابِ فَرَدَّ قَضِيَّتَهُ. وَ رَوَاهُ الْكُلَيْنِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ.[[14]](#footnote-14) فان مفاد هذه الرواية انتفاء الحبيس بموت المالک.

يلاحظ علي هذا الجواب بان موضوع هذه الرواية ما اذا لم يوقت وقتا للسکني بل اطلقه ففي هذا الفرض تنتهي السکني بموت المالک اما اذا ذکر الوقت سواء کان علي نحو الابد او علي نحو التوقيت فلا ينتهي الا بانتهاء الامد. هذا المعني يستفاد من جملة من الروايات مثل ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ‏ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ قَالَ قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ أَسْكَنَ رَجُلًا دَارَهُ وَ لَمْ يُوَقِّتْ قَالَ جَائِزٌ وَ يُخْرِجُهُ إِذَا شَاءَ. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ.

و ايضا عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عُمَرَ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُسْكِنُ رَجُلًا وَ لَمْ يُوَقِّتْ شَيْئاً قَالَ يُخْرِجُهُ صَاحِبُ الدَّارِ إِذَا شَاءَ. وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ فَضَّالٍ مِثْلَهُ.[[15]](#footnote-15) و ورد روايات اخر تفصل بين ما اذا لم يوقت وقتا و بين ما اذا وقت وقتا فانه في الفرض الاول للمالک ان يخرج من جعل له الحق متي شاء و بطبيعة الحال ان هذا القسم ينتهي بموت المالک، و في الفرض يتبع المدة التي جعل له هذا الحق. مثل ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ سُئِلَ عَنِ السُّكْنَى وَ الْعُمْرَى فَقَالَ إِنْ كَانَ جَعَلَ السُّكْنَى فِي حَيَاتِهِ فَهُوَ كَمَا شَرَطَ وَ إِنْ كَانَ جَعَلَهَا لَهُ وَ لِعَقِبِهِ مِنْ بَعْدِهِ حَتَّى يَفْنَى عَقِبُهُ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوا وَ لَا يُورِثُوا ثُمَّ تَرْجِعُ الدَّارُ إِلَى صَاحِبِهَا الْأَوَّلِ.

و ايضا عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي الرَّجُلِ يُسْكِنُ الرَّجُلَ دَارَهُ قَالَ يَجُوزُ وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُسْكِنُ الرَّجُلَ دَارَهُ وَ لِعَقِبِهِ مِنْ بَعْدِهِ قَالَ يَجُوزُ وَ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوا وَ لَا يُورِثُوا قُلْتُ فَرَجُلٌ أَسْكَنَ دَارَهُ حَيَاتَهُ قَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ.[[16]](#footnote-16)

بالنتيجة انه لا يرد هذا الاشکال و انما المهم هو الاشکال الاول و لکن هذا ليس اشکالا علي السيد الخويي بل اشکال علي ان جميع الآثار المترتبة المترقبة من حق السرقفلية الموجودة في الاسواق لا يترتب عليها حسب هذا التخريج.

### اشکاليات التخريج السادس

### الاشکال الاول

حسب هذا البيان يمکن ان يقال ان المالک لو خالف الشرط و آجر العين لفرد آخر في هذا الفرض الذي جعل لهذا المستأجر حق سکني الدکان کشرط في ضمن عقد الايجار، لا يکون العقد الثاني باطلا، نهاية الامر انه خالف الشرط و للمستأجر خيار تخلف الشرط.

يلاحظ عليه: انه لو شرط امر في العقد فتارة يکون نفس العمل تضييعا لحق الشخص مثل ما لو شرطت المرأة ان لا يتزوج الرجل ثانية فان نفس هذا العمل يکون تضييعا لحقها، ففي هذا الفرض لا يکون العمل باطلا لان الحرمة التکليفية للعمل تنسجم مع الصحة وضعا. و اخري يکون الوفاء بالعقد تضييعا لحق الشخص مثل ما لو استأجر فرد ان يعمل لفرد من الصبح الي الزوال، ثم استأجر نفسه لفرد آخر في نفس هذا الوقت، فانه من الواضح ان نفس الاجارة الثانية ليس تضييعا لحق المستأجر الاول بل الوفاء به تضييع لحقه، ففي هذا الفرض يکون الاجارة الجديدة باطلة لان الوفاء بها تضييع لحق الفرد الاخر فيکون حراما فيکون دليل لزوم الوفاء به منصرفا عنها، کذلک في المقام فان المالک لو آجر هذا المکان لفرد آخر يکون الوفاء به تضييعا لحق هذا الفرد فيکون باطلا. فاذن القانون الکلي انه کلما کان نفس الاجارة مستلزما لتضييع حق فرد آخر فلا يکون الاجارة باطلة و کلما کان الوفاء بالاجارة مستلزما لتضييع فرد حق آخر فهذا باطل لان دليل امضاء الاجارة منصرف عن هذا المورد[[17]](#footnote-17).

### الاشکال الثاني

 ان المالک جعل لهذا الفرد حق السکني و ليس له منفعة الدکان او الدار فيجوز له ان يستفيد من هذا الدکان بنحو لا يزاحم المستأجر بعد ان انتهت مدة الايجارلان هذا الفرد له حق السکني و له حق الکسب لماذا لا يکون له حق الاستفادة.

الجواب ان کل تصرف من جانب المالک مناف لحق سکناه بنظر العرف، فاذن لا يجوز له ان يتصرف فيه باي نحو کان.

### الخامس: شرط الاذن في الانتفاع

 الطريق الخامس في تصحيح حق السرقفلية يبتني علي تصحيحه من طريق شرط الاذن في الانتفاع بان المستأجر لو شرط ضمن عقد الايجار علي سبيل شرط النتيجة بان ينتفع من العين هو نفسه او غيره، يصح هذا الشرط و يدل عليه عموم المؤمنون عند شروطهم و لا يحتاج الي تعبد خاص و يکفي عموم المؤمنون عند شروطهم لتصحيح هذا الشرط. کما انه ينفذ شرط الاذن في الانتفاع اذا کان ضمن عقد لازم في غيره من العقود مثل ما لو اشترط الزوجة في ضمن العقد کون امها معها مدة حياتها فهذا الشرط نافذ و ان لم ندم الزوج و لا يعد ذلک غصبا، و ذلک لان نکتة الغصب هو الظلم و العدوان و لا يصدق في مثل هذه الموارد الظلم و العدوان. مضافا الي ان موضوع حرمة التصرف هو عدم طيب النفس و هو في الارتکاز العرفي اعم من الطيب الفعلي و الطيب الناشئ من الشرط في عقد لازم و لو لم يکن کلا هذين الطيبين لکان الغصب حراما فاذن مادام المالک حي لا يجوز له الرجوع بل نقول حتي بعد موت المالک ينتقل هذا المحل متعلقا لحق هذا المشترط. هذا ما ذکره السيد السيستاني[[18]](#footnote-18)؛ هذا يشبه الوجه الرابع الا انه يتمسک بعموم المؤمنون عند شروطهم لا بحق السکني.

### اشکال:

 ان تصحيح السرقفلية من طريق شرط الاذن في الانتفاع نظير تصحيحها من طريق نقل حق الايجار، کما انه لا معني لايکال حق الايجار الي الغير بعد موته، کذلک لا معني لايکال حق الانتفاع بعد موته.

يلاحظ عليه: فرق بين شرط الاذن في الانتفاع و بين نقل حق الايجار او عبر الاذن في البيع او الايجار، فان الاذن في التصرف التکويني ينفذ حتي بعد الموت بخلاف الاذن في التصرف الاعتباري فانه يدوم مادام الفرد حيا، و ذلک لان التصرف التکويني لا يکون من جانب شخص آخر بل الفرد يقوم بنفسه، بخلاف التصرف الاعتباري نظير البيع فانه يکون من جانب فرد آخر و من الواضح انه لا معني لان يتصرف الشخص من جانب المالک و هو قد مات و اما ورثته فلم يوکل حق البيع اليه. و في المقام ان الاذن في الانتفاع يکون من التصرف التکويني فينفذ بعد الموت بخلاف الاذن في التصرف الاعتباري فانه لا ينفذ بعد الموت.

### اشکال آخر:

ان المالک لو آجر المحل التجاري بعد ما انتقل حق الانتفاع منه الي الغير يصح منه ذلک الامر بعد ان انتهي سنة الايجار لان العمل علي خلاف الشرط لا يوجب البطلان، نهاية الامر انه عصي و خالف الشرط.

يلاحظ عليه: ان المالک لو آجر هذا المحل التجاري للغير يستلزم الوفاء به تضييع حق الغير، قد تقدم منا ان الوفاء بعقد لو استلزم تضييع حق الغير لا يکون هذا العقد الثاني حراما بحسب التکليف فقط بل حرام وضعا لان الوفاء به يستلزم ترک الواجب فيکون حراما فلا يشمل الامر بالوفاء ذلک لانصرافه عما اذا استلزم الحرام و ترک الواجب. و ما يقال ان النهي التکليفي لا يقتضي الفساد ففيه ان النهي التکليفي عن ترتيب الاثر يقتضي الفساد. هذا الوجه مقبول عندنا.

هذا مع کله ان هذا الوجه لا يثبت جميع ما ينتظر العرف من حق السرقفلية مثل ما اذا غصب فلا يثبت الضمان.

### الوجه السادس: عقد مستقل

 ان للسرقفلية ماهية جديدة يعد عقدا مستقلا لعدم مسانخته مع سائر العقود و حيث انه ليس مخالفا للاحکام الشرعية، فيشمله عموم اوفوا بالعقود.

هذا الوجه بناء علي مبني شمول اوفوا بالعقود للشخصيات الحقوقية يتم و اما بناء علي ما اخترناه من عدم شمولها له بل انما يدل علي امضاء الاسباب و لا يدل علي مشروعية متعلق العقود فلا يصح الاستدلال بالآيات بالنتيجة انه لا يثبت هذا الوجه.

## حق الترويج

المقصود منه او ما يسمي بالفارسية حق پيشه هو الحق الناشي من رواج السوق بسبب ايجاد المحل التجاري فيه، ثم اذا اراد صاحب المحل ان يخلي المحل فهو يطالب مالک المکان ان يعطي له مبلغا بازاء ترويجه هذا المکان، لکن هذا الحق مادام لم يشترط في ضمن العقد ليس له مشروعية.

بسم الله الرحمن الرحيم

## تمهيد

ان البحث عن فقه العقود يشتمل علي المباحث العامة التي تطرح في مختلف ابواب العقود بل جملة منها لا يختص بالعقود کالبحث عن کيفية ابراز العقد و اصالة الصحة او الفساد في العقود و اصالة اللزوم و الشرائط التي لا بد منها في کل من المتعاقدين و مورد العقد و ما يوجب انحلال العقد؛ و هي مباحث هامة جدا فان البحث عنها يعطي الباحث نظرة کلية يقدر بها ان يطبق هذه القواعد في مختلف ابواب العقود من صدرها الي ذيلها و يغنيه عن البحث من هذه الامور في کل باب باب من ابواب العقود. و لاجل اهمية هذا البحث حاول استاذنا سماحة الشيخ محمد تقي الشهيدي ان يبحث عن هذه المباحث الکلية و طرح اطروحة مباحثه علي اساس کتاب فقه لسماحة السيد کاظم الحسيني الحائري و لعله هو اول من تعرض لهذا البحث من فقهاء الشيعة؛ و قد طرحت هذه المباحث هنا بدقة و عمق و فحص و تحقيق مستفيدا من کلام الاعلام في مختلف ابواب الفقه في کتبهم، و کنا حاولنا ان نقرر هذه الدروس فنقحناها و اخرجنا مصادرها و رتبناها و نظمناها حسب ما يقتضيه تسلسل المطالب و حسب ما يقتضيه اسلوب الکتاب و حاولنا ان نقرر مطالب الاستاذ باستيعاب کامل باخصر عبارة يوضح المقصود؛ هذا و لکن من الواضح لکل فطن ان كل تقرير في الحقيقة عبارة عن فهم المقرر عما القاه الاستاذ و هو نحو قرائة عما القاه الاستاذ و حصيلة عما فهمه المقرر و لذلك يمكن وقوع الخطأ في جملة من الموارد و القصور عن فهم ما اراده الاستاذ في موارد اخر خصوصا اذا كان الاستاذ ممن يصعب فهم مراده و مقصوده, هذا الامر لا يخلو منه اي تقرير؛ و بطبيعة الحال ان هذا التقرير ايضا يحكم عليه هذا القانون السائد العام.

طلب بعض افاضل اخواننا من الاستاذ ان يؤذن باصدار هذه المباحث لعله ان يستفاد منه و علي الله اجره فتفضل علينا الاستاذ بمراجعته و تصحيحه و له جزيل الشكر و التقدير. و كذلك نشكر من بعض اخواننا الذي ساعدنا في تصحيح و اخراج هذه المباحث بهذه الصياغة.

 المقرر.

### ضرورة تعريف العقد

ان البحث عن تعريف العقد و العهد و الفرق بينهما و کذلک البحث عن الوعد له اهمية کبيرة لترتيب الآثار عليها من الحکم بالوفاء و الصحة، بحيث لا يمکن ترتيب الآثار عليها من دون معرفتها؛ مثلا لو قيل لشخص لو اشتريت منزلا انا اعطيک القرض لو سئل ما اسم هذا؟ هل هو وعد او عهد او عقد؟ و علي کل يترتب الاثر الخاص؛ مثال آخر ان عقد الاستصناع هل هو عقد او انه مجرد وعد کما عليه شيخ الطائفة؛ مثال آخر ان النائيني يقول ان المعاطاة عهد و ليس بعقد لان العقد ينتزع من التعهد الضمني الناشئ من تعهد البائع بتسليم المبيع و تعهد المشتري بتسليم الثمن و حيث انه ليس فيها مبرز لفظي فلا يوجد مبرز بتسليم المبيع و الثمن بل مجرد اعتبار الملکية فان المشتري يعتبر ملکية البائع للثمن و البائع يعتبر ملکية المشتري علي المبيع فيکون المعاطاة بيعا جائزا و ليس بعقد. و کذلک ذکر النائيني ان العقود اذنية کالوکالة؛ و ملکية کالبيع و قال بان العقد الاذني عقد مجازي اذ ليس فيها التزام و تعهد بل مجرد اذن و کذلک العارية فانه مجرد اذن و ليس فيه تعهد و التزام فلا يکون مشمولا لاوفوا بالعقود. لکي نعرف العقد و العهد لا بد من معرفة العقد و العهد و الوعد و الفرق بينها.

### العقد في اللغة

العقد في اللغة ففي الصحاح و القاموس ان العقد عبارة عن العقد و الشدّ و عقد الحبل عبارة عن شد احد طرفي الحبل بالطرف الآخر. في المجمع عقد الشئ بغيره هو وصله به کما يعقد الحبل. في المفردات العقد هو الجمع بين اطراف الشئ و المقصود منه ايجاد الربط بين شيئين و في اللسان العقد نقيض الحل. بالنتيجة ان العقد هو الشد و العقد لعله يعبر عنه بالفارسية بـ گره.

في الکشاف العقد هو العهد الموثق؛ فيه ان العقد لا يرادف العهد اذ العهد عبارة عن الالتزام و لا بد ان يکون متعلقه فعلا اختياري لان العهد جعل شئ علي العهدة و لا معني لجعل فعل غير اختياري علي عهدته، هذا بخلاف العقد فانه عبارة عن مجرد اعتبار الملک فيمکن ان لا يکون متعلقه فعلا لان الاعتبار لا يلازم الفعل مثل اعتبار الزوجية بين الزوجين فان الذي يعتبر بالذات ليس فعلا بل اعتبارا محضا و ان کان يترتب عليه الفعل و هذا من آثاره لا انه نفس اعتبار الزوجية هو الالتزام بفعل. بالنتيجة ان العقد لا يرادف العهد.

### تعريف العقد

في مادة 183 من القانون المدني الايراني عرف العقد بانه عبارة عن تعهد فرد او افراد في مقابل فرد او افراد اخر يکون موردا لقبولهم.

هذا التعريف افترض العقد مساويا للتعهد فيشمل العقود التي توجد فيه التزام من الطرفين اما لو کان عقد لا يوجد فيه التزام من الطرفين بل کان مجرد اعتبار تمليک و تملک مثلا لو اراد مرأة و رجل علي ايجاد الحرمة بين الطرفين فان هنا ليس تعهدا بل الغرض مجرد ايجاد المحرمية بين الطرفين. فلا يشمل التعريف هذا العقد.

 ثانيا: ان هذا التعريف لا يشمل الاشخاص الحقوقية نعم لو کان يعبر انه عبارة عن تعهد شخص او اشخاص في مقابل شخص او اشخاص اخر لکان التعريف يشمل الاشخاص الحقوقية.

في الوسيط ان العقد عبارة عن توافق ارادتين علي احداث اثر قانوني سواء کان هو انشاء التزام او نقله او تعديله او انهائه[[19]](#footnote-19). فيه ان العقد لا يقتضي بالضرورة التزاما و تعهدا؛ فاذن لا يصح تعريفه بذلک، نعم لو عرفه بانه عبارة عن توافق ارادتين علي احداث اثر قانوني سواء کان هو انشاء الالتزام او انشاء تمليک،[[20]](#footnote-20) لکان التعريف صحيح. نعم هذا التعريف لا يشمل فرض ما اذا کان الطرفان عالمين بفساد العقد.

يمکن ان يورد علي هذا التعريف انه لا يشمل العقد الفاسد لعدم ترتب اثر قانوني عليه. فيه انه يوجد توافق ارادتين علي اثر قانوني و ان لم يترتب هذا الاثر، و نفس التوافق کاف لصدق هذا التعريف عليه.

في مصطلح فقهاء السنة عرف الزرقاء: بان العقد هو ارتباط الايجاب بالقبول علي وجه مشروع يثبت اثره في محله.[[21]](#footnote-21) من الواضح ان هذا التعريف لا يشمل العقد الفاسد.

### تعريف العقد عند الفقهاء

ذکر المحقق الاصفهاني ما محصله ان العهد في اللغة عبارة عن القرار و الجعل و لو قلبا کالمعاهدة معه تعالي قلبا و جميع مجعولاته عهوده سواء کانت من المناصب المجعولة کالامامة و الخلافة کما في قوله تعالي و لا ينال عهدي الظالمين او کانت من التکاليف کقوله تعالي و عهدنا الي ابراهيم و اسماعيل ان طهرا بيتي. و العقد له معنيان ففي اللغة عبارة عن ربط شئ بشئ و في الاصطلاح عبارة عن قرار مرتبط بقرار آخر، و العقد بمعناه اللغوي اعم من العهد لان العقد بمعني ربط شئ بشئ يصدق علي عقد الحبل و لا يصدق عليه الجعل و القرار فالعقد بهذا المعني اعم من العهد. و العقد بمعناه الاصطلاحي اخص من العهد اذ من الواضح ان الجعل و القرار المرتبط بجعل و قرار آخر اخص من مطلق الجعل و القرار.[[22]](#footnote-22)

### الاشکالات علي المحقق الاصفهاني

الاول: ما ذکره السيد الامام من ان مفهوم العقد غير مفهوم العهد فان العقد اما استعارة من ربط تکويني بين الشيئين کعقد الحبل اما استعارة من عقد العسل باعتبار ان فيه نوع غلظة و الاحتمال الاول اظهر. فالعقد هو الربط بين الشيئين الذي تحصل به العقدة ادعاء، و لکن العهد فالظاهر انه الجعل في الذمة و العهدة و المعاهدة هي قرار کل من الطرفين في عهدته ان يفعل کذا، فاذن يختلف معني العقد و العهد. بالنتيجة لا يتم ما ذکره من جعل کل عهد عقدا.[[23]](#footnote-23)

الثاني: ما ذکره السيد الحائري مستفيدا من کلام السيدالامام بتکميل منا: ان العقد له معان اربعة: احدها: الوصية سواء کان وضعيا مثل قوله تعالي لا ينال عهدي الظالمين، او تکليفيا مثل قوله تعالي و عهدنا الي ابراهيم و اسماعيل ان طهرا بيتي للطائفين. ثانيها: الميثاق؛ و فعله عاهد مثل قوله تعالي برائة من الله و رسوله الي الذين عاهدتم من المشرکين، و العهد بهذا المعني يتعلق به الوفاء و الموفون بعهدهم اذا عاهدوا، و اوفوا بعهد الله اذا عاهدتم. ثالثها: التذکار؛ مثل ما يقال ما عهدتک کاذبا يعني ما اتذکر ان تکون کاذبا، رابعها: الفحص؛ مثل ما ورد في المأثور يتعهد الرجل نعاله قبل ان يدخل المسجد، يعني ان يفحص عنه. و ما ذکره المحقق الاصفهاني من ان العقد بمعناه الاصطلاحي اخص من العقد يتم بلحاظ المعني الاول للعهد و هو الوصية، اما بلحاظ المعني الثاني و هو الميثاق فلا، فرب عقد لا يکون ميثاقا کالبيع لانه نقل و ليس التزاما بالنقل، و کل ميثاق عقد فان الميثاق مشتمل علي قرار مرتبط بقرار آخر.[[24]](#footnote-24)

الثالث: يمکن ايراد الاشکال عليه بصياغة اخري ان العهد له استعمالات متعددة من الوصية و الميثاق و التذکار و الفحص، و لعله يمکن ارجاع جميع هذه المعاني الي ما ذکره في المقاييس من ان الاصل في العهد هو الاحتفاظ بالشئ، فاذن ليس معناه الجعل و القرار کما ذکره المحقق الاصفهاني.

الرابع: ان ما ذکره من ان کل عقد بالمعني الاصطلاحي عهد، غير تام لانه لا يصدق العهد علي الوکالة و الهبة و لو کان کل عهد عقد لصدق عليه العهد نعم يصدق عليه انه عقد اذا عرفنا العقد بانه عبارة عن جعل و قرار مرتبط بقرار آخر؛ فاذن ما ذکره من ان کل عهد عقد غير تام.

الخامس: ان ما ذکره من ان کل عهد عقد بالمعني اللغوي باعتبار ان العهد يشتمل علي الربط و الالتزام بمتعلقه، فايضا غير تام لان مجرد ربط شئ بشئ لا يوجب ان يصدق علي کل عهد عقد بمعناه اللغوي، مثلا ان النذر عهد و لا يصدق عليه العقد. و لو کان مجرد ادني التزام بمتعلقه کان عقدا لکان کل شئ ذا اضافة عقدا. مثل ارتباط العلم بالعالم و ارتباط الضرب بضاربه.

### تعريف السيد الخويي

 ذکر السيد الخويي ان العقد عبارة عن شدّ احد الالتزامين بالآخر،[[25]](#footnote-25) هذا التعريف لا يخلو من اشکال لان الظاهر من الالتزام هو التعهد بفعل اختياري و لا يلزم ان يکون متعلق العقد فعلا اختياريا مثل الهبة فانه لا التزام فيه بل يعتبر ملکية الاخر .

### التعريف المختار

و الصحيح بنظرنا ان العقد في اللغة مطلق العقد و الشدّ و العقد الذي هو مصطلح الفقهاء و هو موضوع الامر بالوفاء عبارة عن قرار مرتبط بقرارآخر. و المراد من العهد هو الالتزام بفعل اختياري.

### الاشکالات

الاشکال الاول: عدم الشمول للتعهد غير الاختياري

 فسّر في تفسير القمي في رواية عبد الله بن سنان عن الصادق ان المراد من العقود في قوله تعالي: اوفوا بالعقود، هو العهود. و لو لم يکن العقود المتعارفة من البيع و الاجارة و النکاح عهودا لم يشمل الآية هذه العقود بل يريد الوفاء بالعهود التي التزمتم بها سواء کان هذه العهود بين الحق سبحانه و بين عباده او بين العباد. فاذن يشمل الآية الکريمة التعهدات الاختيارية و لا يشمل العقود التي ليس فيها تعهدا.

يلاحظ عليه اولا: ان هذه الرواية غير تام سندا لانها موجودة في تفسير القمي و ليس التفسير القمي الموجود بايدينا هو نفس التفسير الذي کتبه علي بن ابراهيم القمي؛[[26]](#footnote-26) بل رواه شخص باسم ابوالفضل العباس بن محمد بن القاسم بن حمزة بن موسي بن جعفر (ع) کما في ديباجته؛ و لا نعلم بوثاقته. مضافا الي ان ما ورد في ديباجة التفسير من النقل عن الثقات غير معلوم انه کتبه علي بن ابراهيم او ابو الفضل العباس او شخص آخر فاذن لا يعتمد علي الروايات الواردة في هذا التفسير؛ اللهم الا ان يقال انه يحصل للانسان من القرائن الموجودة الوثوق بوجود هذه الرواية في تفسير القمي، و ذلک لوجود هذه الرواية في تفسير العياشي عن عبد الله بن سنان عن الصادق و في هذا التفسير ايضا جاء عن ابي عن نضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن الصادق (ع)[[27]](#footnote-27) و لا يوجد فيه اضطراب من ناحية السند، الا ان الظن الشخصي لا يعبأ کقاعدة عامة في جميع الابواب.

ثانيا: علي فرض تسلم السند ايضا لا يفي الاستدلال بالرواية لاثبات ان العقد بمعني العهد لان هذه التفاسير الواردة في لسان ائمة اهل البيت (ع) علي الاعم الاغلب من باب الجري و التطبيق لا من باب تحديد المعني و المفاهيم؛ فلا يکون الرواية بصدد الانحصار.

ثالثا: قد يقال ان العهد له معنيان احدهما العهد بالمعني الاخص و هو التعهد و الالتزام و الثاني بمعني الاعم و هو مطلق الجعل و القرار. و لعله اريد به المعني الاعم. و لکن الظاهر منه المعني الاخص؛ الا ان يقال اذا کان الظاهر منه المعني الاخص فالظاهر من الاية هو کونه بهذا المعني و اذا کان بصدد الانحصار فلا يدل علي العقود.

الاشکال الثاني: الاختصاص بالفعل الاختياري

ما يستفاد من کلام السيد الخويي من ان متعلق الامر بالوفاء لا بد ان يکون مما يتعلق به الوفاء. هذا ما ذکره السيد الخويي في ذيل المومنون عند شروطهم انه يختص بشرط الفعل و لا يشمل شرط النتيجة لان وجوب الوفاء يختص بشرط الفعل و لا معني لوجوب الوفاء بشرط النتيجة،[[28]](#footnote-28) في المقام ان العهد لا بد ان يکون شيئا يقبل الوفاء به، من الواضح ان ما يقبل الوفاء هو الفعل الاختياري و هذا ليس الا التعهدات المتعارفة بالفعل الاختياري. و لا يشمل الوفاء بالعقد و هو امر غير اختياري. و ظاهر الوفاء بالشئ هو الوفاء به لا بالآثار المترتبة عليه.

يلاحظ عليه: ان ما ذکر من ان المسلمون عند شروطهم الظاهر منه وجوب الوفاء بالشرط و لا يشمل شرط النتيجة فهذا خلاف المورد الذي استدل بهذه القاعدة: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مَالِكِ بْنِ عَطِيَّةَ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ كَانَ لَهُ أَبٌ مَمْلُوكٌ وَ كَانَتْ لِأَبِيهِ امْرَأَةٌ مُكَاتَبَةٌ قَدْ أَدَّتْ بَعْضَ مَا عَلَيْهَا فَقَالَ لَهَا ابْنُ الْعَبْدِ هَلْ لَكِ أَنْ أُعِينَكِ فِي مُكَاتَبَتِكِ حَتَّى تُؤَدِّي مَا عَلَيْكِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ لَكِ الْخِيَارُ عَلَى أَبِي إِذَا أَنْتِ مَلَكْتِ نَفْسَكِ قَالَتْ نَعَمْ فَأَعْطَاهَا فِي مُكَاتَبَتِهَا عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ لَهَا الْخِيَارُ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ قَالَ لَا يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ‏.[[29]](#footnote-29)من الواضح ان قوله ان لا يکون لک الخيار شرط النتيجة مع ذلک قال الامام بلزوم الوفاء به فاذن قد استعمل هذه القاعدة في النص في مورد شرط النتيجة، من هنا يتبين ان ما ذکره السيد الخويي غير تام.

 مضافا الي ان العرف يحکم بما اذا لم يف بشرط النتيجة بلزوم الوفاء به، هذا اذا کان امرا تکليفيا بلزوم الوفاء و العمل علي طبق العقد. اما اذا کان اوفوا بالعقود اشارة الي عدم الفسخ و ترتيب آثار القعد فعلي هذا من الواضح انه يشمل غير التعهدات ايضا.

الاشکال الثالث: عدم شمول التعريف

قد فسر العقد بقرار مرتبط بقرار فيه انه ليس کل قرار مرتبط بقرار عقدا مثلا لو قال شخص لصديقه اني في الساعة الثامنة في هذا المکان و کن انت ايضا في هذا المکان و قبل صديقه، فهنا يصدق قرار مرتبط بقرار، مع انه ليس بعقد و لو کان کذلک للزم ان يکون کل تواعد بل کل وعد عقدا. فاذن لو تخلف الفرد عن الوعد، فللموعود له ان يترافع الي القاضي لاخذ حقه، و الحال انه لا يوجد عرف ان يقضي علي اساس ذلک باداء ما وعد له حتي لو قلنا بلزوم وفاء مطلق الوعد لان لزوم الوفاء به علي القول لزوم تکليفي لا لزوم حقي. هذا بخلاف ما لو تعهد في ضمن عقد لازم ان يقرض له ميليون تومان فهنا يصح الترافع الي القاضي و يحکم بلزوم الدفع. من هنا يعلم ان العقد ليس مطلق قرار مرتبط بقرار.

### تعميق الاشکال الثالث

اقول: ان الاشکال الثالث في الجملة تام و الا لزم القول بلزوم الوفاء بکل قرار مثل ما لو تواعد الشخصان و الحال انه ليس الامر کذلک.

### الجواب عن الاشکال الثالث

للجواب عن هذا الاشکال لا بد ان نسلک احد طريقين:

### الطريق الاول: حقيقة العقد؛ الالتزام

هذا الطريق سلکه السيد الهاشمي تبعا لبعض الحقوقيين و قال بان العقد هو الالتزام و التوافق بين طرفين علي ايجاد حق لاحدهما او لکليهما کالملکية والزوجية و الولاية و غيرها من الحقوق الاعتبارية القانونية فليس مجرد الالتزام باداء فعل و لو کان بني اثنين و بنحو التوافق عليه من دون ان تحصل علقة وضعية اعتبارية في البين عقدا. و ليس العقد مجرد الالتزام الجازم بفعل و الا کان کل وعد جازم بفعل عقدا و ليس الفرق بين العقد و الوعد او الشرط الابتدائي بکون الاول جزميا و الثاني مرددا و مشکوکا. کما انه ليس الفرق بان الاول مشتمل علي التزامين و الثاني التزام من طرف واحد؛ کيف و في العقود ما يکون الالتزام فيه - بمعني من عليه الشئ- من طرف واحد کالهبة.[[30]](#footnote-30) هذا التعريف يشبه ما ذکره بعض الحقوقيين من العقد عبارة عن التوافق المتقابل بين فردين او بين اشخاص لايجاد ماهية حقوقية، و لعل السيد الهاشمي استفاد من هذا التعريف.

بهذا التعريف نجد انه يمکن جعل جملة من العقود کعقد الاستصناع و ما يشابه ذلک من مثل دفع النقد لشراء السيارة قبل سنة ثم يدفع السيارة اليک بعد سنة عقدا مستقلا يشمله قوله تعالي: اوفوا بالعقود کما ان هذا التعريف يخرج مثل التواعد.

 يلاحظ عليه: اولا: ان ذکر ماهية حقوقية او قانونية في التعريف يشبه الدور لان صيرورة امر ماهية حقوقية و قانونية من آثار العقد و اتيانه في التعريف يستلزم ان يکون العقد موقوفا عليه مع ان کون شئ ماهية حقوقية او قانونية يتوقف علي العقد.

ثانيا: ان التعريف لا يشمل العقد الفاسد لانه ليس ايجادا لماهية حقوقية و قانونية و الحال ان العقد من الصحيح و الفاسد.

ثالثا: ان المراد من الماهية الحقوقية لا يخلو اما ان يکون المراد منها الماهية المقبولة عند العرف فيختص بالعقود الصحيحة و اما ان يکون المراد منها الاحتراز عن الاتفاقيات غير المعهودة عند العرف فهذا ايضا لا وجه له.

رابعا: ان التعريف لا يشمل ما اذا کان التصالح بالتعهد علي فعل فانه لم يوجد هنا ماهية اعتبارية و المفروض في العقد انه ماهية قانونية اعتبارية.

### الطريق الثاني: حقيقة العقد؛ انشاء التسليط

 الطريق المختار باعتقادنا و هو الاقرب بنظر العرف ان العقد عبارة عن انشاء تسليط الغير سواء کان علي نحو التمليک او علي نحو الحق او علي نحو الالتزام مع الحاجة الي قبول الغير.

هذا التعريف باعتقادنا يشمل العقود جميعا و ينطبق عليها سواء کان العقد تمليکيا مثل البيع و الاجارة او کان حقيا مثل النکاح او التزاما علي فعل مثل التصالح علي هبة المدة في عقد الزواج بشرط مثل ان لا يتزوج مع فلان.[[31]](#footnote-31) او حقيا مثل عقد الاستصناع. بعبارة نريد بهذا التعريف انه کلما صدق عرفا انشاء تسليط الغير مع الحاجة الي قبول الغير سواء کان هذا تمليکيا او حقيا او التزاميا فانه عقد يشمله عموم لزوم الوفاء بالعقد.

### ميّزات التعريف

هذا التعريف يبتني علي رکنين:

الاول: ان ينشأ الفرد تسليط الغير اما تسلطا ملکيا و اما تسلطا حقيا و اما تسلطا التزاميا؛ فعلي هذا ليس مجرد الالتزام بفعل و لو لنفسه ليس عقدا مثل ما لو التزم الفرد بنفسه ان يفعل کذا من دون ان يسلط الغير علي هذا الالتزام فهذا لا يعد عقدا. فالعقد انشاء الطرف المقابل ذا سلطنة سواء کان علي النحو التمليک او علي نحو الحق

الثاني: ان العقد متقوم بالحاجة الي قبول الآخر؛ و الا فليس بعقد.

بالنتيجة ان العقد عبارة عن انشاء تسليط الغير اما تسليطا تمليکيا او تسليطا حقيا او تسليطا التزاميا بنحو يعد العرف الطرف المقابل ذا حق في هذا الالتزام.[[32]](#footnote-32)

###  اقسام العقد

ذکر المحقق النائيني ان العقد علي قسمين عهدي و اذني و العهدي ما يشتمل علي العهد و الالتزام و هذا القسم هو العقد حقيقتا لان العقد لغة و عرفا هو العهد المؤکد. و الاذني ما لا يکون فيه تعهد و التزام و انما قوامه بالاذن و رضا ولي الامر بحيث يبقي العقد ببقائه و ينتفي بانتفائه، هذا القسم ليس عقدا الا مسامحتا و مجازا لا حقيقتا لعدم وجود عهد و التزام فيه، و هذه کالوديعة و العارية بناء علي ان يکون مفادها الاباحة المجانية و اما بناء علي کونها مفيدة للتمليک المجاني فتدخل في العهدية و کالوکالة علي احد القسمين فان قسما منها يتوقف علي مجرد الاذن في التصرف من الموکل و هذا اذني و قسم آخر يتوقف علي الايجاب و القبول مع شرائط خاصة مذکورة في محله منها ان الوکيل ينفسخ في الاول بمجرد العزل و في الثاني لا ينفسخ ما لم يبلغه العزل و هذا القسم عهدي[[33]](#footnote-33)؛ بين السيد السيستاني هذا المعني بنحو آخر و هو ان المالک قد يأذن للغير في تصرف اعتباري مثل البيع و الشراء و اخري يسلط الغير في تصرف اعتباري فان کان مجرد الاذن فليس هذا وکالة و ان کان تسليطا فهو الوکالة و يفترق احکام القسمين فان الاذن لا يحتاج الي القبول بخلاف الوکالة و لا نفوذ لتصرف المأذون بمجرد العزل و ينفذ تصرف الوکيل ما لم يبلغ العزل.

اقول: نحن نقبل ان مجرد الاذن في التصرف من دون تمليک للالتزام ليس عقدا، اما لو تحقق تمليک للالتزام او الحق او الملک فهو عقد فاذن اصل هذا انقسام العقد الي عقدي و عهدي مقبول لدينا، انما يرد علي جملة ما ذکر من الامثلة للعقود العهدية و الاذنية سواء کان في کلامه او في کلام غيره:

 منها ما ذکر من ان المضاربة ليس الا مجرد الاذن في التصرف بماله للتجارة فيکون عقدا جائزا کما عليه السيد الخويي في منهاجه[[34]](#footnote-34)؛ لکن فيه ان المضاربة تارة يکون مجرد الاذن في التصرف بماله للتجارة فهو ليس بعقد فيکون جائزا؛ اما لو کان تسليطا علي الالتزام بالاتجار بماله فهذا القسم يمکن القول بکونه عقدا عهديا فيکون عقدا لازما. فاذن ما ذکر من ان المضاربة عقد اذني غير تام؛ بل يوجد نحوان من المضاربة قسم عقد اذني يکون فيه مجرد الاذن و قسم يکون الالتزام بکونه مأذونا في الاتجار بماله، فهذا ليس عقدا اذنيا و هو عقد لازم لولا الاجماع.

 منها ما ذکر من ان المزارعة عقد لازم لا ينفسخ الا بالتقايل او الفسخ بالخيار[[35]](#footnote-35)، هذا يعني ان المزارعة عقد عهدي فيکون لازما فيه ان المزارعة کما عليه السيد الصدر علي قسمين قسم منها يکون مجرد الاذن في الزرع و يجعل له الجعل حصة من الزرع فهذا ليس لازما و قسم منها بنحو يسلط المالک العامل المزارع علي الزرع فيه فهذا القسم عقد لازم. و لا يصح ان يقال ان المضاربة مشتمل علي الاذن فهو جائز و المزارعة لازم لانه مشتمل علي الالتزام لان هذا مصادرة علي المطلوب.

منها ما ذکره المحقق النائيني و السيد السيستاني من ان الوکالة تارة يکون اذنية و اخري عهدية او يکون حسب تعبير السيد السيستاني تارة مجرد اذن و اخري تسليط الغير غير تام؛ فان حقيقة الوکالة باعتقادنا ليس الا الاذن في التصرف الاعتباري مع اعتبار القبول و ليس فيه تسليطا بحسب ارتکاز العرف و لا عهدا؛ بل يمکن القول بانه لا يشترط في الوکالة القبول اصلا فليس هو الا انشاء الاذن في التصرف الاعتباري و يشهد لذلک ما لو اذن الشخص بيع داره لکل من باعه بقيمة معينة فانه لا يوجد هنا قبول اصلا و ليس ذلک الا وکالة نوعية.

نعم نحن نعترف انه مادام لم يقبل الوکيل لا يترتب عليه ما ذکر من نفاذ تصرفات الوکيل ما لم يبلغه العزل لان هذا الحکم تعبد خاص يختص بمورده و هو ما اذا قبل و لا يشمل غيره و ان صدق الوکالة من دون القبول فعن مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي رَجُلٍ وَكَّلَ آخَرَ عَلَى وَكَالَةٍ فِي أَمْرٍ مِنَ الْأُمُورِ وَ أَشْهَدَ لَهُ بِذَلِكَ شَاهِدَيْنِ فَقَامَ الْوَكِيلُ فَخَرَجَ لِإِمْضَاءِ الْأَمْرِ فَقَالَ اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ عَزَلْتُ فُلَاناً عَنِ الْوَكَالَةِ فَقَالَ إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ أَمْضَى الْأَمْرَ الَّذِي وُكِّلَ فِيهِ قَبْلَ الْعَزْلِ فَإِنَّ الْأَمْرَ وَاقِعٌ مَاضٍ عَلَى مَا أَمْضَاهُ الْوَكِيلُ كَرِهَ الْمُوَكِّلُ أَمْ رَضِيَ قُلْتُ فَإِنَّ الْوَكِيلَ أَمْضَى الْأَمْرَ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ الْعَزْلَ أَوْ يَبْلُغَهُ أَنَّهُ قَدْ عُزِلَ عَنِ الْوَكَالَةِ فَالْأَمْرُ عَلَى مَا أَمْضَاهُ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ لَهُ فَإِنْ بَلَغَهُ الْعَزْلُ قَبْلَ أَنْ يُمْضِيَ الْأَمْرَ ثُمَّ ذَهَبَ حَتَّى أَمْضَاهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِشَيْ‏ءٍ قَالَ نَعَمْ إِنَّ الْوَكِيلَ إِذَا وُكِّلَ ثُمَّ قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ فَأَمْرُهُ مَاضٍ أَبَداً وَ الْوَكَالَةُ ثَابِتَةٌ حَتَّى يَبْلُغَهُ الْعَزْلُ عَنِ الْوَكَالَةِ بِثِقَةٍ يُبَلِّغُهُ أَوْ يُشَافَهُ بِالْعَزْلِ عَنِ الْوَكَالَةِ[[36]](#footnote-36) فان النص يدل بوضوح ان مورده يختص بما اذا قبل الوکيل.

منها انه يرد علي المحقق النائيني ان هذا التقسيم غير حاصر لعدم شموله للمعاطاة فان البيع المعاطاتي ليس بعهدي لکونها من العقود الجائزة باعتقاده، و لا باذني لافادته الملک عنده، و لا يقال ان العقد الاذني کما يفيد الاباحة في التصرف يفيد الملک لانه لو کان المعاطاة مجرد تمليک اذني لکفي في ابطالها مجرد انسحاب الاذن و الحال انه لا يکفي ذلک بل لا بد من الفسخ.

يستدل المحقق النائيني لاثبات ان المعاطاة عقد جائز بان البيع ينشأ فيه تمليک الالتزام ببقاء العقد من جانب البائع للمشتري و بالعکس، و هذا يحتاج الي اللفظ و حيث انه لا يوجد في المعاطاة لفظ يبرز ذلک فلا يفيد اللزوم.

يلاحظ عليه اولا: انه لا فرق بين البيع و المعاطاة في تمليک الالتزام فکما ان البيع بالصيغة مبرز لتمليک الالتزام کذلک البيع المعاطاتي يفيد تمليک الالتزام. ثانيا: ما ذکره السيد الامام من انه لا ينشا في البيع بالصيغة تمليک الالتزام بل اللزوم ناش من حکم العقلاء ببقاء العقد.

نعم ان ماذکر في العارية فنحن نقبل انه علي الاعم الاغلب مجرد اذن اما لو کان بنحو شرط النتيجة في عقد و هو لازم لانه بنحو التسليط و يسلط الغير علي ماله.

بعد ان انتهينا عن تعريف العقد من هنا ندخل الي صلب الموضوع و نورده ضمن فصول:

### الفصل الاول: کيفية ابراز العقد

ذکر في الوسيط ان العقد علي اقسام هي العقد الرضائي و العقد الشکلي و العقد العيني، فالعقد الرضائي هو ما يکفي في انعقاده تراضي المتعاقدين باي مبرز کان من دون حاجة الي شکل مخصوص فالتراضي وحده هو الذي يکوّن العقد هذا نظير البيع و الايجار و غيرهما. و العقد الشکلي هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين بل يجب لتمامه و صحته فوق ذلک اتّباع شکل مخصوص هذا نظير الطلاق و النکاح حيث يعتبر فيهما مبرز خاص و يدل علي اعتباره في النکاح الاجماع و السيرة المتشرعية مضافا الي ما ذکره السيد الخويي من انه يستفاد من جملة من الروايات الواردة في باب المتعة اعتبار لفظ خاص. ففي رواية يسئل الراوي عن الامام کيف يتمتع؟ يجيب الامام بان يقول اتزوجک علي کتاب الله و سنة نبيه علي کذا و في مدة کذا فاذا قالت نعم فهي زوجتک،[[37]](#footnote-37) فان هذه الرواية تدل علي اعتبار الايجاب و القبول باللفظ و الا فلا يصح.

و العقد العيني هو عقد لا يتم بمجرد التراضي بل يجب لتمام العقد فوق ذلک تسليم العين فاذن هذا القسم عقد يحتاج الي القبض و الاقباض؛ هذا نظير الوديعة و العارية و القرض و الهبة و في اعتبار القبض في الرهن خلاف.

يدل علي اعتبار القبض في الهبة رويات مثل ما ورد ان الفرد يتصدق علي ولده يقول: ان اولاد الکبار لا بد من قبضهم اما بالنسبة الي الصغار يکفي قبض والدهم نعم في قبض غير المنقول يکفي التخلية بين الموهوب له و المال الموهوب بل ذهب بعض الاعلام ان التسجيل باسم الشخص في دفاتر الرسمية للاسناد يکفي للقبض.

اما اعتبار القبض في القرض فلانه لا يصدق الا بعد ان يدفع المقرض المال الي المقترض. و کذلک لا يبعد عدم صدق العارية و الوديعة من دون قبض.

و المشهور علي اعتبار القبض في الرهن هذا ما ذهب اليه جملة من الاعلام کالسيد الحکيم والسيد الخويي. و ذکر السيد السيستاني الي عدم اعتبار القبض في صحة الرهن فقال: لا يعتبر في صحة الرهن القبض علي الاظهر؛[[38]](#footnote-38) و يدل علي اعتبار القبض الآية الکريمة فرهان مقبوضة و هذا لا يتم دلالته لانه تدل علي استحباب الرهن في الاقتراض فلا يبعد ان يکون الاقباض ايضا مستحبا. و يدل عليه موثق مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ لَا رَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضاً.[[39]](#footnote-39) ما ادري انه لما ذا لم يعمل السيد السيستاني بهذه الرواية ؟! نعم و لو لم يکن هذه الرواية فبالنظر العرفي صح ان نقول انه لا يعتبر القبض في الرهن. لعل ما ذکره يرجع الي ما اختاره من المبني بان الروايات التي تدل علي صحة الرهن فهي واردة في مورد الافتاء و هي لا تقيد بهذه الرواية.

اما الوقف فالمشهور فيه اعتبار القبض و لکن الصحيح انه يعتبر في الوقف الخاص القبض و لا يعتبر في الوقف علي العناوين و الجهات. و کذلک يعتبر القبض في بيع السلف و السلم.

### الادلة علي عدم اعتبار صياغة في العقود

نريد في هذا المقام ان نبحث عن هذا الامر انه هل يوجد عموم و اطلاق يدل علي ان الاصل في العقد هو الرضا و لا يعتبر فيه شکل خاص و لا قبض و اقباض ام لا؟ و استدل علي صحة جميع العقود من دون اعتبار شکل خاص و لا قبض و لا اقباض بجملة من العمومات و الاطلاقات:

الاول: عموم اوفوا بالعقود

تقريب الاستدلال: ان قوله تعالي: اوفوا بالعقود يدل بمدلوله المطابقي بلزوم الوفاء بجميع العقود و هذا يدل بالمدلول الالتزامي علي صحة جميع العقود اعم من ان يکون باللفظ او بالکتابة او بالفعل.

### الاشکال الاول: الشبهة الموضوعية للعام

هذا الاشکال اثاره موضع الشيخ الانصاري في هذا المجال حيث استدل بقوله تعالي: اوفوا بالعقود لاثبات اللزوم و لم يستدل بها لصحة البيع و هذا صار منشأ للسؤال انه لم اذا لم يستدل بها لصحة البيع؟ ذکر المحقق النائيني وجها، ذکره السيد الخويي في مصباحه ما محصله:

ان اوفوا بالعقود له مدلول مطابقي و مدلول التزامي و المطابقي لزوم الوفاء بالعقد والالتزامي صحة العقد و فبالنسبة الي العقد الفاسد من الواضح انه من المستحيل ان يأمر الشارع بالوفاء به فالاطلاق محال و کذلک الاهمال، فاذن يقيد موضوع وجوب الوفاء بالعقود الصحيحة، فاذا اخذ في المدلول المطابقي الصحة لا يمکن ان يدل علي صحة جميع العقود لان الحکم لا يتکفل لاثبات موضوعه.[[40]](#footnote-40)

بناء علي هذا الوجه يکون موضوع وجوب الوفاء هو العقد الصحيح من الواضح انه لا يستفاد من وجوب الوفاء صحة العقد لان الحکم لا يبين موضوعه بل لا بد من احراز الموضوع اولا ثم ترتيب الحکم عليه، و لا يتمسک به لاثبات صحة العقد فانه من التمسک بالشبهة المصداقية للعام.

يلاحظ عليه: ان الغرض تارة يوجب تقيد الجعل اثباتا و اخري لا يوجب تقيده و ذلک انه لو قال المولي اکرم العالم و احرزنا من الخارج انه لا يأمر باکرام العالم الناصبي اصلا، فندري بالتبع ان جعله باکرام العالم مقيد في الواقع بعدم کونه ناصبيا؛ الا ان المولي تارة يکون بحيث يوکل تطبيق هذا الجعل الي العبد فيصير الموضوع مقيدا. و اخري لا يوکل ذلک الي العبد بل يتکفل نفسه لتطبيق الجعل علي المصاديق مثل ما لو قال اکرم جيراني و علمنا انه لا يامر باکرام جيران النواصب الا ان هذا لا يوجب تقيد الجعل بعدم کون الجيران من النواصب اذ لعل المولي تکفل تطبيق هذا الحکم علي مصاديقه لان من شأنه ان يعلم جيرانه هل يوجد بينهم من النواصب فاذن من الاطلاق في مقام الاثبات نستکشف الاطلاق في مقام الثبوت فيحکم بلزوم اکرام جميع جيرانه و لا يقبل عذر العبد بعدم اکرامه لجار لاحتمال کونه من النواصب.

کيف يعلم ان من شأن المولي انه يتصدّي لتطبيق غرضه للمصاديق او لم يتصدّ ذلک؟ علي الاعم الاغلب يعلم هذا من کون القضية علي نحو القضية الخارجية فيعلم ان من شانه تصدّيه لتطبيق غرضه؛ هذا بخلاف ما اذا کان علي نحو القضية الحقيقية فليس من شأن المولي ان يتصدّي تطبيق غرضه علي المصاديق؛ هذا مقتضي ظاهر الخطاب فان الظاهر من الاول تکفل المولي لتطبيق غرضه علي المصاديق دون الثاني.

يمکن ان يقال: ان هذا يصح في القضايا الخارجية و لا ينطبق في القضية الحقيقية و من الواضح ان الآية الکريمة ورد کقضية حقيقية فلا يستفاد من الاطلاق في مقام الاثبات الاطلاق في مقام الثبوت.

يجب: بان النکتة و الملاک في ذلک ان يکون شأن المولي بحيث يتصدّي لتطبيق غرضه علي المصاديق و او لا يکون؛ فان کان شأنه التصدي لتطبيق غرضه علي المصاديق فيستفاد من الاطلاق في مقام الاثبات الاطلاق في مقام الثبوت و الا فلا يستفاد ذلک، من الواضح ان المعيار لتصدي تطبيق غرضه موجود في المقام و ذلک لان من شأن الشارع ان يشخص انه يوجد عقد فاسد ام لا؟ لا من شأن الآخرين؛ فاذن من الاطلاق في مقام الاثبات يستفاد الاطلاق في مقام الثبوت يعني صحة جميع العقود باي مبرز ابرزه المتعاقدان فعلا کان او لفظا او کتابا.

الاشکال الثاني: عدم کون الآية في مقام البيان

 ان الآية الکريمة في مقام بيان وجوب الوفاء بالعقد لا في مقام بيان نفوذ العقد و صحته بل افترض ذلک مفروغا عنه؛ فاذن لا يستفاد من الآية الکريمة صحة العقود.

يلاحظ عليه: ان الآية الکريمة لو کانت ارشادا الي اللزوم و عدم الفسخ کما عليه السيد الخويي[[41]](#footnote-41) فلا ظهور لها لبيان صحة العقد، لان العرف يفهم منها لن الآية الکريمة تبين عدم نفوذ الفسخ لا صحة العقد. و لو بنينا علي ان المراد بالوفاء هو لزوم العمل علي وفق العقد و ترتيب الاثر عليه و معني اوفوا بالعقد ان اعملوا بالعقود، فهذا المعني کما يدل علي صحة العقد يدل علي لزوم العقد و ذلک لانه يستفاد حينئذ من لزوم العمل بالعقد عند الحدوث صحة العقد و من بقائه لزوم العقد.

 و هذا المعني هو الصحيح لان معني الوفاء بالعقد ليس الا لزوم العقد علي وفقه و هذا يدل علي صحة العقد و لزومه معا، هذا نظير الصلح جائز فانه يدل باطلاقه علي نفاذه و صحته بحدوثه و علي لزومه و بقائه حتي بعد الفسخ من جانب واحد؛ و يشهد لذلک ان اوفوا بالعقود مثل اوفوا بالعهود، معني اوفوا بالعهد هو وجوب الوفاء بالعهد کما يعترف السيد الخويي نفسه، فاذن لا معني لان يکون اوفوا بالعقود ارشادا الي عدم الفسخ، و الحال ان سياق الکلام في کلا الخطابين علي نحو واحد.

الاشکال الثالث: کون الموضوع العقد الصحيح

 ان العقد اما بالمعني الاسم المصدري و هو الانعقاد فاذن لو لم يکن العقد صحيحا لا يصدق العقد اصلا لعدم تحقق الانعقاد و انما يتحقق الانعقاد اذا کان العقد صحيحا، اما انه يقال ان العقد اسم للعقد الصحيح، فاذن علي کلا الاحتمالين اخذ في موضوع هذا الحکم، العقد الصحيح. بالنتيجة لا يمکن الاستدلال بالآية الکريمة لاثبات صحة مطلق العقود المبرزة باي مبرز کان، لان المبرز لو کان الفعل لا ندري انه يصدق عليه العقد الصحيح حتي نستدل بالآية الکريمة لاثبات صحته من الواضح انه لا يمکن الاستدلال بها لکونها من الشبهة المصداقية لنفس الدليل.

يلاحظ عليه اولا: ان العقد لو کان بمعني الانعقاد لا يعتبر فيه اکثر من الانعقاد و الصحة بنظر العرف و لا يعتبر فيه الانعقاد بنظر الشارع. ثانيا: انا نترقي و نقول ان العقد لو کان بمعني الانعقاد يشمل العقد الفاسد بنظر العرف لانه يکفي في صدق العقد بمعني الانعقاد ان يکون معتبرا و صحيحا و منعقدا بنظر المتعاقدين. فاذن بامکاننا ان نتمسک باطلاق الآية الکريمة لاثبات صحة مطلق العقد المبرز باي نحو کان بشرط صدق العقد الصحيح بنظر العرف حتي بناء علي الجواب الثاني لا يلزم ذلک. هذا بناء علي ان منشأ عدم شموله للعقد الفاسد هو الاحتمال الاول، اما لو کان منشأ عدم الشمول هو الاحتمال الثاني ففيه ان اصل المبني غير صحيح.

الاشکال الرابع: اخصية الدليل من المطلوب

ان الآية الکريمة تفيد الصحة من معبر اللزوم بمعني ان العقد لو کان لازما فهو صحيح، و الحال اننا نعلم ان جملة من العقود لو کان صحيحا ليس بلازم مثل المضاربة في الانتاج فاذن لا يشمل الآية الکريمة مثل هذه المعاملات لانها لا تفيد اللزوم فاذن لا يمکن الاستدلال بالآية الکريمة لاثبات مثل هذه العقود فيصير الدليل اخص من المدعي اذ المطلوب صحة جميع العقود

يلاحظ عليه: ان وجوب الوفاء بالعقد لا يختص بالعقود اللازمة بل يشمل العقود الجائزة ايضا بمعني ان الآية تدل علي لزوم العمل علي وفقه و الوفاء به ما دام لم يفسخ العقد.

الاشکال الخامس: احراز مشروعية المتعلق

 ان وزان اوفوا بالعقود وزان العمومات الدالة علي لزوم الوفاء بالعهد و الوعد و اجابة دعوة المؤمن؛ و لا اشکال في ان عموم الوفاء بالوعد لا يثبت مشروعية متعلقه بل لا بد من احراز مشروعيته من طريق آخر ثم يترتب عليه الحکم بلزوم الوفاء بالوعد و العهد و اجابة دعوة المؤمن، و لا يتوهم احد ان دليل الوفاء بالعهد يشمل العهود التي يحتمل حرمتها او يجب اجابة دعوة المؤمن حتي فيما اذا شک في مشروعيته و هذا لا اشکال فيه بحسب الارتکاز العقلائي؛ فليکن الامر في عموم الوفاء بالعقد کذلک؛ فاذن لا يثبت عموم الوفاء بالعقد مشروعية متعلقه بل لا بد من احرازه من مکان آخر.

يلاحظ عليه: ان هذا الاشکال لا ينفي اصل التمسک باوفوا بالعقود بل يقتضي التفصيل بين الشک في صحة العقد من ناحية الشکل و بين الشک في صحة العقد من ناحية محتوي العقد؛ ففي القسم الثاني يعني ما اذا لم نعلم ان المحتوي مشروع ام لا؟ لا يصح التمسک بعموم اوفوا بالعقود مثل ما اذا شک في مشروعية ولاية من انتخب من جانب الامة و لا ولاية له في حد نفسه؛ او مثل ما اذا شک في مشروعية العقد الذي انعقده اثنان علي ان يکون لاحدهما الولاية علي الآخر في قبال شئ معين، و مثل ما اذا شک في مشروعية الولاية علي النکاح فيما لو جعلتها امرأة لشخص خاص بازاء مبلغ معين من المال، من الواضح انه لا يصح التمسک في مثل هذه الموارد التي يشک في مشروعية محتوي العقد باوفوا بالعقود.

 و في القسم الاول يعني ما اذا کان الشک في صحة العقد من ناحية الصورة و الشکل و المبرز بعد تم مشروعية العقد من ناحية محتوي العقد، يصح التمسک بعموم اوفوا بالعقود؛ نعم لو کان الشک من ناحية الأشکال المستحدثة للعقد کالعقد الانترنيتي و لم يکن منها في زمن الشارع اثر و ما امکن تقييد العقود بمثل هذه العناوين من جانب الشارع فلا يشملها الاطلاقات و العمومات فاذن کيف يصحح مثل هذه العقود هذا اشکال سنتعرض لها في بحث العقود المستحدثة.

بالنتيجة ان هذا الاشکال يقتضي التفصيل بين ما اذا کان الشک في محتوي العقد فلا يتمسک بعموم الوفاء بالعقد و بين ما اذا کان الشک في المبرز فيصح التمسک بعموم لزوم الوفاء بالعقد، و هذا التفصيل نحن نقبله و نلتزم به و نقول انه عند الشک في محتوي العقد لا يصح التمسک بعموم اوفوا بالعقود.

و يشهد لذلک ما ورد في الروايات من انَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً، باعتبار ان الشرط يطلق علي العقد، فاذن عند الشک في صحة محتوي العقد يکون من الشک في الشبهة المصداقية لدليل العام و لا يصح التمسک به. و علي فرض التسليم لانصراف الشرط عن العقد و قلنا باختصاصه بالشرط ضمن العقد؛ لکنا نقول: ان النکتة التي اشترط في نفوذ الشرط و هي عدم کونه محرم الحلال و محلل الحرام بحسب الفهم العرف المتشرعي يشترط و يعتبر في العقد ايضا؛ فاذن عند ما شککنا في مشروعية عقد لا يصح التمسک بعموم اوفوا بالعقود لکونه من التمسک بالشبهة المصداقية للعام.

اجاب بعض الاعلام عن هذا الاشکال بانا نقول ان اوفوا بالعقود منصرف عما اذا کان عدم مشروعية العقد محرزا و ليس بمنصرف عما اذا کان مشروعيته مشکوکا و يشمله.[[42]](#footnote-42)

يلاحظ عليه: ان اخذ العلم في موضوع الدليل غير عرفي و الظاهر ان الحکم يتعلق بالواقع و يشهد لذلک حرمة الايجار لحلق لحية شخص مع انه علي القول بشمول عموم اوفوا بالعقود للموارد المشکوکة يصير المقام من موارد دوران الامر بين المحذورين اذ لو کان الحلق حراما فالاجارة محرمة و ان لم يکن حراما فيجب الوفاء بالاجارة، و هذا لم يقل به احد. و الحال انه لا يجب الوفاء به لان الآية الکريمة منصرفة عن مثل هذه الموارد التي لم يحرز کونها علي وفق الشرع و انما يشمل الآية بعد ان کان العمل في منطقة الفراغ. و هذا المعني يشهد بان وجوب الوفاء بالعقد لا يشمل ما اذا کان العقد محتمل حرمته.

ثانيا: علي فرض عدم الانصراف عن مثل هذه الموارد، نقول انه يتعدي عرفا مما ورد في مورد الشرط و الصلح من عدم کونه محللا للحرام او محرم الحلال الي سائر العقود، اذ لا وجه لاختصاص هذا الشرط بخصوص بابي الصلح و الاشتراط؛ فاذن يشمل هذا الاستثناء غيره من العقود؛ من هنا نستدل بان قوله: «احل حراما» لم يقيد بالعلم؛ فاذن في کل ما لو شک في کونه حراما يکون من الشبهة المصداقية للمخصص لا يمکن الرجوع الي العام.

نعم لو کان الشک في الشبهة الحکمية التکليفية يمکن احراز موضوع لزوم الوفاء باصالة الحل و لکن لو کان الشک في الحکم الوضعي فمقتضي استصحاب الحرمة الوضعية و عدم ترتب الاثر لا مجال للتمسک بعموم اوفوا بالعقود لان بعد جريان الاستصحاب يکون الموضوع محرما تعبدا و لا يکون العقد محللا للحرام وضعا. و لا مجال لاصالة الحل لاختصاصه بما اذا کان الشک في التکليف، مضافا الي ان الاستصحاب مقدم علي اصالة الحل.

### تکميل: الشک في محتوي العقد

 لو حصل الشک في محتوي العقد فتارة يکون الشک في الحلية و الحرمة الوضعية و اخري يکون الشک في الحلية و الحرمة التکليفية؛ فان کان الشک في الحلية و الحرمة الوضعية: فان کان يجري في مورده استصحاب الحرمة کما في وطئ الحائض بعد انقطاع الدم و قبل الاعتسال فيجري الاستصحاب و يثبت الحرمة؛ فلو شرط في العقد ان يجامعها بعد انقطاع الدم و قبل الاغتسال لا يکون هذا الشرط نافذا لان الاستصحاب يثبت الحرمة فيکون هذا الشرط محللا للحرام حرام.

 و ان لم يکن يجري في مورده استصحاب فمقتضي الاصل حليته مثل الايجار علي الصوت المشتمل علي الترجيع من دون اشتماله علي الغنا المحرم فان اصالة الحل يحکم بحليته و بالتبع لا يکون الاجارة عليه محللا للحرام.

فان کان الشک في الحلية و الحرمة الوضعية مثل ما اذا شک في ان عقد الضمان في مورد الضمانات العقلائية التي تتعهد الشخص باداء الغير او عقد الضمان بالنسبة الي العين مثل ما يضمن ان تلف العين يکون هو ضامنا لا نعلم ان شرط الضمان محلل للحرام ام لا؟ او کعقد الولاية مثل ما اذا اتفق الناس علي ولاية شخص و نحن شککنا في حليته و نفاذه؟ و مثل ما اذا شک في مشروعية الولاية علي النکاح فيما لو جعلتها امرأة لشخص خاص بازاء مبلغ معين من المال؛ هل يوجد دليل لاثبات مشروعية محتوي العقد و قد ذکر وجوه:

### الاول: قاعدة الحل

ان کل شئ لک حلال حتي تعرف انه حرام الوارد في النص لا يختص بالحلال التکليفي بل يشمل الحلال الوضعي ايضا؛ و کذلک کما انه يجري في الشبهات الموضوعية يجري في الشبهات الحکمية ايضا؛ فاذن عند الشک في کون الشئ حلالا وضعا ام لا؟ يتمسک به فيثبت حليته؛ هذا ما ذهب اليه بدءا من المحقق الاردبيلي و صاحب الحدائق في بحث لباس المشکوک و ذلک فيما اذا لم نعلم ان هذا الثوب متخذ من حيوان مأکول اللحم او غير مأکول اللحم فهل يجوز الصلاة فيه؟ و المشهور علي عدم الجواز و نقل عن صاحب الحدائق جوازه تمسکا بکل شئ لک حلال لان حلية الصلاة في هذا الثوب حلية وضعية و ليس اتيان الصلاة بهذا الثوب حراما تکليفا و لو کان حراما لکان حراما وضعيا اي باطلا و هو يقول بجوازه لان کل شئ لک حلال يثبت الحلية الوضعية. و بتبعه ذهب الي عموم قاعدة الحل للحلال الوضعي و التکليفي جملة من الاعلام کالمحقق النائيني و السيد البروجردي و السيد الامام و الشيخ المنتظري في دراساته[[43]](#footnote-43)، و استدل علي عمومه بان الحل و الحرمة في لسان الروايات ليس بالمعني الاصطلاح الآن عند فقهائنا بل الحل في لسان الروايات بمعني الاطلاق و عدم المنع و الحرمة بمعني المنع، و هذا المعني يصدق علي ما اذا کان الشئ حلالا تکليفا او وضعا لصدق الحل في کلا الموردين کما انه يصدق فيما اذا کان حراما وضعا او تکليفا، و استشهد علي ذلک بعديد من الروايات و هي تفيد ان الحل و الحرمة لها معني جامع و اعم:

منها: ما رواه الكليني بإسناده عَنْ أَحْمَدَ بْنِ إِدْرِيسَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ قَالَ كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ ع أَسْأَلُهُ هَلْ يُصَلَّى فِي قَلَنْسُوَةِ حَرِيرٍ مَحْضٍ أَوْ قَلَنْسُوَةِ دِيبَاجٍ فَكَتَبَ (ع) لَا تَحِلُّ الصَّلَاةُ فِي حَرِيرٍ مَحْضٍ[[44]](#footnote-44).

و منها: ما عن الفقيه مرسلا قَالَ سُئِلَ أَبُو جَعْفَرٍ وَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع فَقِيلَ لَهُمَا إِنَّا نَشْتَرِي ثِيَاباً يُصِيبُهَا الْخَمْرُ وَ وَدَكُ الْخِنْزِيرِ عِنْدَ حَاكَتِهَا أَ نُصَلِّي فِيهَا قَبْلَ أَنْ نَغْسِلَهَا فَقَالَا نَعَمْ لَا بَأْسَ إِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ أَكْلَهُ وَ شُرْبَهُ وَ لَمْ يُحَرِّمْ لُبْسَهُ وَ مَسَّهُ وَ الصَّلَاةَ فِيهِ[[45]](#footnote-45). هذه الرواية و ان کان مضمونها مخالفا لفقه الشيعة و لکن يمکن الاستدلال باستعمال الرواية حيث استعمل الحرام علي المعني الجامع بين الحرمة التکليفية و الوضعية و السياق يدل علي وحدة المعني.

و منها: ما فِي الْخِصَالِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ الْقَطَّانِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الْعَسْكَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ زَكَرِيَّا الْبَصْرِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَارَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَابِرٍ الْجُعْفِيِّ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع يَقُولُ لَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ أَذَانٌ إِلَى أَنْ قَالَ وَ يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ لُبْسُ الدِّيبَاجِ وَ الْحَرِيرِ فِي غَيْرِ صَلَاةٍ وَ إِحْرَامٍ وَ حُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الرِّجَالِ إِلَّا فِي الْجِهَادِ وَ يَجُوزُ أَنْ تَتَخَتَّمَ بِالذَّهَبِ وَ تُصَلِّيَ فِيهِ وَ حُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الرِّجَالِ إِلَّا فِي الْجِهَادِ[[46]](#footnote-46).

و منها: ما عن الشيخ عَنْ رَجُلٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ عُقْبَةَ عَنْ مُوسَى بْنِ أُكَيْلٍ النُّمَيْرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الْحَدِيدِ إِنَّهُ حِلْيَةُ أَهْلِ النَّارِ وَ الذَّهَبِ إِنَّهُ حِلْيَةُ أَهْلِ الْجَنَّةِ وَ جَعَلَ اللَّهُ الذَّهَبَ فِي الدُّنْيَا زِينَةَ النِّسَاءِ فَحَرَّمَ عَلَى الرِّجَالِ لُبْسَهُ وَ الصَّلَاةَ فِيهِ. [[47]](#footnote-47)

و منها: ما عن الشيخ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ قَالَ كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ (ع) أَسْأَلُهُ هَلْ يُصَلَّى فِي قَلَنْسُوَةٍ عَلَيْهَا وَبَرُ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ أَوْ تِكَّةُ حَرِيرٍ مَحْضٍ أَوْ تِكَّةٌ مِنْ وَبَرِ الْأَرَانِبِ فَكَتَبَ لَا تَحِلُّ الصَّلَاةُ فِي الْحَرِيرِ الْمَحْضِ وَ إِنْ كَانَ الْوَبَرُ ذَكِيّاً حَلَّتِ الصَّلَاةُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ[[48]](#footnote-48).

و منها: ما رواه الشيخ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارٍ السَّابَاطِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا ثَوْبٌ وَ لَا تَحِلُّ الصَّلَاةُ فِيهِ وَ لَيْسَ يَجِدُ مَاءً يَغْسِلُهُ كَيْفَ يَصْنَعُ؟ قَالَ يَتَيَمَّمُ وَ يُصَلِّي فَإِذَا أَصَابَ مَاءً غَسَلَهُ وَ أَعَادَ الصَّلَاةَ.[[49]](#footnote-49)

و منها: التوقيع المبارك المحكيّ فِي الْإِحْتِجَاجِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْحِمْيَرِيِّ عَنْ صَاحِبِ الزَّمَانِ ع أَنَّهُ كَتَبَ إِلَيْهِ رُوِيَ لَنَا عَنْ صَاحِبِ الْعَسْكَرِ ع أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الصَّلَاةِ فِي الْخَزِّ الَّذِي يُغَشُّ بِوَبَرِ الْأَرَانِبِ فَوَقَّعَ يَجُوزُ وَ رُوِيَ عَنْهُ أَيْضاً أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فَبِأَيِّ الْخَبَرَيْنِ نَعْمَلُ فَأَجَابَ ع إِنَّمَا حَرَّمَ فِي هَذِهِ الْأَوْبَارِ وَ الْجُلُودِ فَأَمَّا الْأَوْبَارُ وَحْدَهَا فَكُلٌّ حَلَالٌ. [[50]](#footnote-50)

و منها: التوقيع المبارك الآخر المحكيّ في الخرائج للقطب الراوندي عن أحمد بن روح عنه- عجل اللّه تعالى فرجه- و فيه «وَ سَأَلْتَ مَا يَحِلُّ أَنْ يُصَلَّى فِيهِ مِنَ الْوَبَرِ وَ السَّمُّورِ وَ السِّنْجَابِ وَ الْفَنَكِ وَ الدَّلَقِ وَ الْحَوَاصِلِ فَأَمَّا السَّمُّورُ وَ الثَّعَالِبُ فَحَرَامٌ عَلَيْكَ وَ عَلَى غَيْرِكَ الصَّلَاةُ فِيهِ وَ يَحِلُّ لَكَ جُلُودُ الْمَأْكُولِ مِنَ اللَّحْمِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ غَيْرُهُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ مَا تُصَلِّي فِيهِ فَالْحَوَاصِلُ جَائِزٌ لَكَ أَنْ تُصَلِّيَ فِيهِ وَ الْفِرَاءُ مَتَاعُ الْغَنَمِ مَا لَمْ يُذْبَحْ بِإِرْمِينَةَ يَذْبَحُهُ النَّصَارَى عَلَى الصَّلِيبِ فَجَائِزٌ لَكَ أَنْ تَلْبَسَهُ إِذَا ذَبَحَهُ أَخٌ لَكَ أَوْ مُخَالِفٌ تَثِقُ بِهِ.[[51]](#footnote-51)

منها ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن الحسن عن زرعة عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ فِي عَيْنَيْهِ الْمَاءُ فَيُنْتَزَعُ الْمَاءُ مِنْهَا فَيَسْتَلْقِي عَلَى ظَهْرِهِ الْأَيَّامَ الْكَثِيرَةَ أَرْبَعِينَ يَوْماً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ فَيَمْتَنِعُ مِنَ الصَّلَاةِ الْأَيَّامَ وَ هُوَ عَلَى حَالِهِ- فَقَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ‏ وَ لَيْسَ شَيْ‏ءٌ مِمَّا حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا وَ قَدْ أَحَلَّهُ لِمَنِ اضْطُرَّ إِلَيْهِ‏[[52]](#footnote-52).

منها ما رواه محمد بن الحسن عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ حُسَيْنٍ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ (سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الْمَرِيضِ هَلْ تُمْسِكُ لَهُ الْمَرْأَةُ شَيْئاً فَيَسْجُدَ عَلَيْهِ فَقَالَ لَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُضْطَرّاً لَيْسَ عِنْدَهُ غَيْرُهَا وَ لَيْسَ شَيْ‏ءٌ مِمَّا حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا وَ قَدْ أَحَلَّهُ لِمَنِ اضْطُرَّ إِلَيْهِ‏.[[53]](#footnote-53)

يلاحظ عليه اولا: صحيح ان معني الحل الاطلاق و عدم المنع في مقابل التحريم؛ لکن المنصرف من الحلية عند العرف هي الحلية التکليفية الا اذا کان المتعلق لها المعاملة او العبادة فانه حينئذ يکون المراد من الحلية هي الحلية الوضعية و ذلک لان الاثر المتوقع من العقد و الايقاع الحلية الوضعية لا التکليفية فقط، و کذلک الاثر المتوقع من الصلاة هي الصحة الوضعية و امتثال الامر، فتحمل في هذين الموردين علي الحلية الوضعية و اما في غيرها فالمنصرف منها هي الحلية التکليفية و لا اقل من الشک فيها؛ و بهذا البيان يتضح ان ما استعمل فيه الصحة بمعني الصحة الوضعية في الروايات فهي اما مرتبطة بباب العبادات و اما مرتبطة بباب المعاملات و لا نجد في غيرها ان يکون المستعمل فيه هو المعني الجامع بين الحلية الوضعية و التکليفية.

و لا يصلح نفس ما ورد في الروايات من کل شئ لک حلال کدليل علي ان يکون المراد معناه الجامع و ذلک لان المقصود من «شئ» في کل شئ لک حلال العين الخارجي و من الواضح ان ما يناسب العين الخارجي هو الفعل فيکون المراد منها هو الحل التکليفي لا الوضعي نظير حرمت عليکم امهاتکم و بناتکم و احل لکم الطيبات و يويد ذلک ما ورد في ذيل کل شئ لک حلال من الامثلة نظير الثوب و العبد و الزوجة کلها ترتبط بالاعيان الخارجية؛ فاذن يتضح ان المراد من کل شئ لک حلال هو الحل التکليفي لا الوضعي.

بناء علي هذا المعني من ان المراد من کل شئ لک حلال کل عين لا يصلح قاعدة الحل لاثبات ما نحن بصدده لان محتوي العقد ليس عينا مشکوکا حله و حرمته التکليفين.

ثانيا: سلمنا عموم کل شئ لک حلال للحلال الوضعي؛ لکننا نقول انه لا مجال لجريان قاعدة الحل في موارد جريان الاستصحاب لان الاستصحاب مقدم علي قاعدة الحل ففي مثل ما اذا جري استصحاب حرمة وطئ الحائض قبل الاغتسال و هي استصحاب الحرمة التکليفية او جري استصحاب الحرمة الوضعية لا يجري قاعدة الحل لان الاستصحاب بمنزلة العلم فلا يبقي شک حتي يجري قاعدة الحل، فيختص مورد القاعدة بما اذا لم يجر في مورده الاستصحاب.

ثالثا: علي فرض عموم الحل للحل التکليفي و الوضعي و القول بعدم حکومة استصحاب الحرمة علي قاعدة الحل لکن لا يبعد اختصاص القاعدة بالشبهات الموضوعية لان الدليل عليه روايتان: الاولي ما رواه الکليني عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ كُلُّ شَيْ‏ءٍ هُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بِعَيْنِهِ فَتَدَعَهُ مِنْ قِبَلِ نَفْسِكَ وَ ذَلِكَ مِثْلُ الثَّوْبِ يَكُونُ عَلَيْكَ قَدِ اشْتَرَيْتَهُ وَ هُوَ سَرِقَةٌ أَوِ الْمَمْلُوكِ عِنْدَكَ وَ لَعَلَّهُ حُرٌّ قَدْ بَاعَ نَفْسَهُ أَوْ خُدِعَ فَبِيعَ قَهْراً أَوِ امْرَأَةٍ تَحْتَكَ وَ هِيَ أُخْتُكَ أَوْ رَضِيعَتُكَ وَ الْأَشْيَاءُ كُلُّهَا عَلَى هَذَا حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ غَيْرُ ذَلِكَ أَوْ تَقُومَ بِهِ الْبَيِّنَةُ.[[54]](#footnote-54)

الثانية: ما روي بسند صحيح عن مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ كُلُّ شَيْ‏ءٍ فِيهِ حَلَالٌ وَ حَرَامٌ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ أَبَداً حَتَّى تَعْرِفَ الْحَرَامَ مِنْهُ بِعَيْنِهِ فَتَدَعَهُ.[[55]](#footnote-55)

فان الظاهر من الروايتين الشبهة الموضوعية اما الاول فبقرينة الامثلة الواردة فيه فانها تصلح للقرينية علي ان المراد منه خصوص الشبهات الموضوعية و کذلک البينة يختص بالشبهات الموضوعية فان المراد من البينة في لسان الصادقين (ع) و ما بعدهما هو شهادة العدلين. اما الثاني فالظاهر منه ايضا الشبهة الموضوعية لان الامام يقول ان کل شئ ينقسم الي حلال و حرام و لا يدري ان هذا داخل في اي من القسمين؟ فهو حلال حتي تعرف الحرام بعينه. من الواضح ان هذا المعني يختص بالشبهات الموضوعية؛ اذ الشبهات الحکمية ليس له قسمان.

رابعا: ان القول بشمول قاعدة الحل للحلية الوضعية يستلزم تأسيس فقه جديد اذ لو کان الاصل في الموارد المشکوکة سواء کان في الاعمال او في العقود هو الحل للزم منه ما لا يمکن الالتزام و ذلک انه لو اجرينا القاعدة فيما لو شککنا في ان العمل واجد للاجزاء و الشرائط لکان العمل محکوما بالصحة. و هذا يلزم منه تأسيس فقه جديد. فاذن لا يصح القول بعمومه للحل الوضعي. نعم يلزم ذلک لو قلنا بعدم تقدم الاستصحاب عليه و اما لو قلنا بتقدم الاستصحاب عليه فلا يلزم من اجرائها تأسيس فقه جديد.

فالصحيح ما ذهب اليه عديد من الاعلام کالسيد الخويي و شيخنا الاستاذ من عدم جريان اصالة الحل في غير الحکم التکليفي؛ قال السيد الخويي:

بل الحلّية تكليفيّة محضة، إذ المراد بها في روايات الباب الترخيص العملي و نفي البأس عن الفعل مع الشكّ في الحرمة، لا الحكم بالنفوذ و المضيّ في مقام الامتثال، و إلا لصحّ الاستدلال بها في جميع أبواب العبادات و المعاملات حتى بالمعنى الأعم عند الشك في تحقق شرط أو وجود مانع ما لم يقم دليل على خلافه من عموم و نحوه، و هو كما ترى، بل لازمه تأسيس فقه جديد كما لا يخفى.[[56]](#footnote-56)

### ثمرات البحث عن شمول الحل للحل الوضعی

هذا البحث له ثمرات کثيرة في الفقه و الاصول:

### منها؛ في العلم الاجمالي

 ذکر السيد الخويي انه لو علم اجمالا بنجاسة الثوب او البدن، فانه بناء علي اختصاص قاعدة الحل بالحل التکليفي يحل شرب الماء و لا يحل الصلاة في الثوب لتعارض اصالة الطهارة في الثوب و البدن فيتساقطان و بعد التساقط تجري قاعدة الحل التکليفي في خصوص الماء من دون معارض لعدم جريانها في الثوب فيحل شربه؛ و لکن لو قلنا بجريانها في الحل الوضعي ايضا فاذن کما تجري القاعدة في الحل التکليفي للماء تجري في الثوب المشکوک، فاذن يتعارضان من الواضح ان الدليل لا يشمل المورد لتعارض الداخلي في نفس الدليل فاذن لا يحل شربه و لا يحل لبسه في الصلاة[[57]](#footnote-57).

### منها في اللباس المشکوک

و لو شک في ان الثوب متخذ من حيوان مأکول اللحم او غير مأکول اللحم فهل يجوز الصلاة فيه؟ في المسألة خلاف و المشهور علي عدم الجواز و ذهب جملة من الاعلام بدءا من صاحب الحدائق الي الجواز و نکتة الخلاف تکمن في جريان اصالة الحل و عدمه فانه بناء علي جريان اصالة الحل في هذا الثوب المشکوک يصح الصلاة فيه و بناء علي عدم جريانه لا يصح الصلاة فيه

هل ان قاعدة الحل يجري في الثوب المشکوک کونه متخذا من حيوان مأکول اللحم او من حيوان غير مأکول اللحم؟ ذکر لجريان قاعدة الحل في الثوب المشکوک طرق ثلاثة:

الاول: جري قاعدة الحل في لحم الحيوان الذي اخذ الجلد منه؛ يعني اننا نشک في ان الحيوان الذي اخذ منه هذا الثوب محلل اکل لحمه ام لا؟ يثبت قاعدة الحل حلية لحمه، فاذن يثبت ان الحيوان مأکول اللحم فاذا کان مأکول اللحم؛ يصح الصلاة في جلده؛ بناء علي هذا المعني يکون مفاد القاعدة هو الحل التکليفي. الا ان هذا الطريق غير تام و ذلک لان اصالة الحل التکليفي يثبت الحلية الفعلية و ما يصح فيه الصلاة ان يکون الثوب من جلد الحيوان الذي يحل اکله ذاتا، و بين الحلية الذاتية و الحلية الفعلية عموم من وجه فان لحم الحيوان قد يکون حراما ذاتا و لکن يحل اکله مثل ما اذا اضطر الي اکل حيوان غير مأکول اللحم و اخري يکون الحيوان حلالا اکله ذاتا و لکنه حرام فعلا مثل ما اذا کان لحمه مسموما فانه حرام اکله و لکنه حلال ذاتا؛ فاذن حيث انه يکون بين العنوانين عموم من وجه فلا يثبت الحل التکليفي الحلية الذاتية، و ما يثبته هو الحلية الفعلية فقط و لا تلازم بين الامرين.

يمکن ان يجاب عن هذا الاشکال بان اصالة الحل في الوضع الاعتيادي يعني في غير ما اذا کان مضطرا او کان الشئ ضرريا يثبت الحل الذاتي، فاذن بجريان اصالة الحل التکليفي يثبت الحل الفعلي و الذاتي معا.

لکن هذا الجواب انما يتم فيما اذا کان الامر في الثوب دائرا بين کونه من حيوان مأکول اللحم او کونه من حيوان غير مأکول اللحم، لکنه قد يدور الامر بين ما اذا کان الشئ اما مأخوذا من جلد حيوان غير مأکول لحمه او مأخوذ من شئ ليس بمأکول اصلا مثل جملة من الثياب المستوردة من بلاد الخارج فانا لا نعلم انه مأخوذ من حيوان غير مأکول لحمه و اما مأخوذ من شئ غير مأکول اصلا مثل الاخذ عن المواد الجديدة، ففي هذا الفرض لا يجري اصالة الحل التکليفي اصلا لان هذا الاصل انما يجري اذا کان الموضوع قابلا لکونه مما يؤکل لحمه و هذا الموضوع بحسب احد احتماليه اصلا غير قابل للاکل، فاذن لا يجري اصالة الحل التکليفي من هنا يبدء دور جريان اصالة الحل وضعا.

 الثاني: جريها في حلية الصلاة في الثوب المشکوک بمعني انا لو شککنا في حلية الصلاة و صحتها في الثوب المشکوک تجري اصالة الحل و تحکم بصحتها، من الواضح ان هذا التقريب علي ان مفاد قاعدة الحل هو الحلية الوضعية.

 الثالث: جريها في نفس الثوب المشکوک کما ذهب اليه السيد السيستاني. بمعني اننا لا ندري ان هذا الثوب حلال وضعا ام لا؟ يجري اصالة الحل و يقول بکونه حلالا، من الواضح ان هذا المعني ايضا يبتني علي شمول القاعدة للحلية الوضعية.

من هنا تظهر الثمرة انه بناء علي شمول القاعدة للحل الوضعي يجري القاعدة في اللباس المشکوک اما لو لم نقل بجريانها في الحل الوضعي فلا يجري فيه کما ذهب اليه السيد الخويي.

### منها في الاضطرار

هل ان الاضطرار الي شئ يوجب الحل تکليفا او يوجب الحل تکليفا و وضعا؟ ذکر السيد الامام ان صحيح الفضلاء عن ابي جعفر (ع): التقية في كل شي‏ء يضطر اليه ابن آدم فقد أحله اللّه،[[58]](#footnote-58) يدل بعمومها على الصحة في جميع موارد الاضطرار سواء كان من قبل حكام العامة و قضاتهم أو غيرهم و سواء كان في الأركان أو غيرها في مثل الصلاة بعد حفظ صدق الصلاة على الباقي.

ثم ذکر انه لا يتوهم ان قوله فقد أحله اللّه قرينة على تخصيص الشي‏ء في الصدر بالأمر التكليفي؛ لان الحل و الحرمة و الجواز و اللاجواز و أشباهها لم توضع لغة للأحكام التكليفية بل هي موضوعة لمعنى يساوق التكليف تارة و الوضع أخرى ففي كل مورد تعلقت بالعنوان النفسي الذي لا يتوقع منه الصحة و الفساد و لا التسبيب إلى أمر يكون مساوقا للتكليف كما لو تعلقت بشرب المسكر و الماء بخلاف ما لو تعلقت بمثل البيع أو الصلاة كقوله يحرم البيع الربوي و الصلاة في وبر ما لا يؤكل لحمه أو قال أحل اللّه البيع و جاز البيع الكذائي و تحرم الصلاة في المغصوب فإنه يساوق للوضع حسب اختلاف الموارد؛ فلو اضطر الى شرب الفقاع فقد أحله اللّه و يساوق التكليف و لو اضطر الى الطلاق بغير شرائطه و الى الصلاة على طريقة غير الحق فقد أحله اللّه و يساوق ذلك الوضع و بيان الصحة، فقوله أحله اللّه في جميع الموارد بمعنى واحد يختلف بحسب الموارد تكليفا و وضعا.

هذا مضافا الي ان الحمل على خصوص التكليف يوجب الحمل على الفرد النادر جدا فان الابتلاء بالتقية في مخالفة التكليف كشرب الفقاع مثلا كان نادرا في عصر الصادقين (ع) بخلاف الابتلاء بالمخالفة تقية في الوضعيات كالمعاملات و العبادات فإنه كان كثيرا جدا فلا ينبغي الإشكال في بطلان هذا الزعم كما لا ينبغي الإشكال في عمومه لكل خلل زيادة كان أو نقيصة ركنا كان أو غيره مع حفظ عنوان الصلاة على الباقي.

و مثل الصحيحة بل أوضح منها دلالة في شمول الوضع موثقة سماعة عن ابى عبد اللّه (ع) قال إذا حلف الرجل تقية لم يضره إذا هو أكره أو اضطر اليه و قال ليس شي‏ء مما حرم اللّه الا و قد أحله لمن اضطر اليه[[59]](#footnote-59)، بناء على أن ما في الذيل بمنزلة الكبرى الكلية المتيقن انطباقها على الصدر الذي تضمن للحكم الوضعي.

و هنا روايات دلت على الصحة في موارد التقية عن العامة و لو من غير اضطرار في الارتكاب كموثقة مسعدة بن صدقة و فيها فكل شي‏ء يعمل المؤمن بينهم لمكان التقية مما لا يؤدى الى الفساد في الدين فإنه جائز، و قد مر ان الجواز و نحوه ليس بمعنى الجواز التكليفي و صحيحة أبي الصباح و فيها ما صنعتم في شي‏ء أو حلفتم عليه من يمين في تقية فأنتم منه في سعة، دلت على التوسعة في الإتيان بالمأمور به على طريقتهم و هي تعم التكليف و الوضع الى غير ذلك مما تدل على صحة المأتي به على طريقتهم.

بل في كثير من الاخبار الحث على الصلاة معهم و الاقتداء بهم في صلاتهم كصحيح حماد بن عثمان عن ابى عبد اللّه × انه قال: من صلى معهم في الصف الأول كان كمن صلى خلف رسول اللّه ’ في الصف الأول، و صحيح ابن سنان عنه و فيها و صلوا معهم في مساجدهم، و صحيح على بن جعفر عن أخيه × قال صلى حسن × و حسين × خلف مروان و نحن نصلي معهم، الى غير ذلك ‏مما هو ظاهر في الصحة.

مع ان الصلاة معهم كانت في العصر الأول إلى زمان الغيبة مبتلى بها للأئمة ^ و أصحابهم و لم يمكن لهم التخلف عن جماعاتهم و مع ذلك كانوا يقتدون بهم كما انهم كانوا يحجون معهم طوال أكثر من مأتي سنة و كان أمر الحج في الوقوفين بيد الأمراء و لم يرد انهم عليهم السلام أو أصحابهم تخلفوا عنهم في ذلك أو ذهبوا سرّا الى الموقفين كما يفعله جهال الشيعة فلا شبهة في صحة كل ما يؤتى به تقية.[[60]](#footnote-60)

هذا کله مبني علي القول بشمول الحل للحل الوضعي لکننا لا نقبل ذلک لما مر من ان المنصرف من لفظ الحلية هي الحلية التکليفية ما لم يکن هناک قرينة علي ارادة الحلية الوضعية کما لو کان متعلقه عبادة او معاملة؛ فقوله ×: التقية في کل شئ يضطر اليه ابن آدم فقد احله الله ليس الا ظاهرا في الحلية التکليفية و يکفي في صدق هذا العموم رفع الحرمة التکليفية علي تقدير ثبوتها في الفعل في حد ذاته عن الفعل المضطر اليه سواء تربت عليه اثر وضعي ام لا و ليس هذا من الحمل علي الفرد النادر ابدا حتي لو کانت الرواية مختصة بالتقية من حکام العامة او نفس العامة حيث يضطر الي ترک الصلاة الاختيارية في تمام الوقت او افطار الصوم الواجب في يوم الشک من آخر رمضان او بعد اذان مغربهم الذي قد يکون قبل احراز دخول الوقت الشرعي او الحلف بالله کاذبا او اکل ما يکون حلال عندهم کالسمک الذي لا فلس له و نحو ذلک.

و اما روايات التقية فهي علي نحوين احدهما ما يکون ظاهرة في التقية بمعناها العرفي و هو التقية الخوفية فلا يظهر منها الاجزاء کقوله لادين لمن لا تقية له و منه موثقة سماعة اذا حلف الرجل تقية لم يضره اذا هو اکره او اضطر عليه و لم يظهر من هذه الموثقة تضمنها للحکم الوضعي بعد ان کان الظاهر منه رفع الاثم عن هذا الحلف اذا کان اخبارا کاذبا او نفي وجوب الوفاء به اذا کان انشاءا، و نحوها صحيح ابي الصباح فان السعة من ناحية ما صنع من شئ او حلف عليه من يمين في تقية ليس ظاهرا الا في عدم توجه التکليف من ناحيته و هذا لا يقتضي الصحة و الاجتزاء بما اتي به و ثانيهما ما يکون ظاهرا في الاعم من التقية الخوفية و المداراتية و هذا خاص بالترغيب في الصلاة معهم في مساجدهم او الصلاة في عشائرهم فهو و ان کان ظاهرا بمقتضي الاطلاق المقامي في عدم لزوم اعادة الصلاة لسکوت الامام عن ذلک و لکن يختص هذا الظهور المقامي بالمقدار الذي کان الاخلال به في ذاک الزمان متعارفا، فيشکل حينئذ الاجتزاء بالصلاة بين العامة مع السجود علي ما لا يصح السجود عليه بعد ان لم يثبت لنا تعارف الاخلال بذلک بين العامة في عصر الائمة فلعل المتعارف في ذلک الزمان هو السجود علي الارض.

و ما ذکره من قيام السيرة من الاکتفاء بالوقوف مع العامة في الحج و ان لم يثبت حکم قاضي الديار المقدسة بثبوت هلال ذي الحجة مطابقا للحجة الشرعية بل و ان علم بعدم مطابقته للواقع.

فيلاحظ عليه: کما عن السيد السيستاني بان هذه السيرة المدعاة تبتني علي اساس ان الطريقة التي تتبع اليوم لثبوت الهلال من قبل السلطة الحاکمة علي الحرمين الشريفين هي نفس الطريقة المتبعة من قبل السلطات الحاکمة في عصر المعصومين ^؛ و لکن توجد شواهد تأريخية تؤيد ان السلطات الحاکمة آنذاک –سواء في العصر الاموي او العباسي- کانوا يشددون في امر الهلال و لا يحکمون بثبوت رؤيته بمجرد شهادة شخص او شخصين مع صفاء الجوّ و وجود عدد کبير من المستهلّين من دون ان يتيسر لهم رؤية الهلال و يشهد لذلک ما حکي في العصر الاموي من ان سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب الذي کان يعد من کبار فقهائهم في المدينة ذهب بجماعة شهدوا برؤية الهلال الي ابراهيم بن هشام المخزومي في عام 105 فلم يقبل منهم فوقف سالم بعرفة لوقت شهادتهم فلما کان اليوم الثاني وقف مع الناس ايضا و اما في العصر العباسي فقد جري الامر فيه علي نفس هذا المنوال و لا سيما بعد ان عهدوا منصب القضاء الي ابي يوسف ابرز تلامذة ابي حنيفة و کان مذهبه في ثبوت الهلال انه متي کان الجو صافيا فلا تقبل الشهادة برويته الا من جماعة توجب شهادتهم العلم للقاضي و عددهم بعدد القسامة خمسين رجلا فلا يصح ان يقاس ذلک العصر بالعصر الحاضر الذي يتبع فيه من بيده امر الموقف مذهب ابن حنبل و اتباعه القائلين بثبوت الهلال بشاهد واحد و هلال سائر الشهور بشاهدين و ان کان الجو صافيا و استهل جمع کثيرون و لم يدع الروية احد او اثنان.

و بالجملة لم يکن مبني القوم في عصر المعصومين ^ علي المسامحة في قبول الشهادات برؤية الهلال بل کانوا يشددون فيه و ربما ادي ذلک بهم الي التأخير في اول الشهر عن وقته الشرعي کما يظهر ذلک من خبر لقاء الامام الصادق × مع الخليفة العباسي ابي العباس السفاح في الحيرة يوم الشک من شهر رمضان الذي کان اول الشهر عند الامام حيث دعاه الي الاکل فاضطر الي الاکل تقية.[[61]](#footnote-61)

###  الثاني: الاستصحاب

مما يمکن ان يستدل به لاثبات مشروعية محتوي العقد عند الشک فيه هو الاستصحاب و ذلک باعتبار ان هذا العقد لم يکن سابقا محللا للحرام و محرما للحلال، و شک الآن في ذلک فيجري الاستصحاب. لتوضيح جريان هذا الاستصحاب لا بد ان نذکر مقدمة و هي انه قد طرح في بحث الشرط و کذلک في الصلح ان الشرط انما ينفذ اذا لم يکن مخالفا للکتاب؛ و لکنا نطرح هذا البحث في العقد لعدم الفرق بين العقد و الشرط بحسب العرف لان العقد التزام مستقل في مقابل التزام و الشرط التزام في ضمن التزام و لو کان الشرط مشروطا بشرط لکان العقد ايضا مشروطا بهذا الشرط و لا يتصور العرف خصوصية للشرط فيلغي اختصاصه بالشرط؛ بعبارة کما ان الشرط يعتبر فيه ان لا يکون مخالف الکتاب و السنة و محرم الحلال و محلل الحرام يشترط في العقد ايضا ان لا يکون کذلک؛ اذ لا فرق عرفا ان يجعل شئ واحد مستقلا او کتابع لعقد؛ فنقول:

ان قوله تعالي اوفوا بالعقود له خُصّص بما ورد في الشرط و الصلح من ان نفاذه ينوط بعدم کونه مخالفا للکتاب و السنة، هذا المعني قد ورد في رواياتنا ببيانين:

الاول: ما يدل علي انه يشترط في نفاذ الشرط و الصلح الا يکون مخالفا للکتاب و السنة او لم يوافق الکتاب و السنة حسب ما في الروايات من الاختلاف في التعبير؛ يدل علي ذلک ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطاً مُخَالِفاً لِكِتَابِ اللَّهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَ لَا يَجُوزُ عَلَى الَّذِي اشْتُرِطَ عَلَيْهِ وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ مِمَّا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ.

و ايضا ما رواه الکليني بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ فَلَا يَجُوزُ.

و ما رواه باسناده عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ سِنَانٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الشَّرْطِ فِي الْإِمَاءِ لَا تُبَاعُ وَ لَا تُوهَبُ قَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ غَيْرَ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهَا تُورَثُ لِأَنَّ كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ الْكِتَابَ بَاطِلٌ.

ما رواه الصدوق بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَدِيدٍ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَكَا فِي مَالٍ وَ رَبِحَا فِيهِ رِبْحاً وَ كَانَ الْمَالُ دَيْناً عَلَيْهِمَا فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَعْطِنِي رَأْسَ الْمَالِ وَ الرِّبْحُ لَكَ وَ مَا تَوِيَ فَعَلَيْكَ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَ إِنْ كَانَ شَرْطاً يُخَالِفُ كِتَابَ اللَّهِ فَهُوَ رَدٌّ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ[[62]](#footnote-62).

 الثاني: ما يدل علي انه يشترط في نفاذ الشرط ان لا يکون محلل الحرام او محرم الحلال و ما رواه الصدوق بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُّوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ ع أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ع كَانَ يَقُولُ مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطاً فَلْيَفِ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً[[63]](#footnote-63).

يدل علي اشتراط ذلک في الصلح ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَ الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا.

ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي الْمِقْدَامِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَلَمَةَ بْنِ كُهَيْلٍ قَالَ سَمِعْتُ عَلِيّاً (ع) يَقُولُ لِشُرَيْح –الي ان يقول: وَ اعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً[[64]](#footnote-64).

فاذن خصص اوفوا بالعقود بما ورد من عدم کونه مخالفا للکتاب؛ بل نقول -کما ذکر السيد الامام في بحث الشرط[[65]](#footnote-65)- حتي انه لو لم يکن دليل خاص علي اعتبار هذا الشرط لکنا نقول بعدم اعتبار الشرط و العقد المخالف للکتاب و السنة لان المنصرف من دليل الاعتبار خصوص الشرط و العقد اللذين لا يکونان مخالفا للکتاب و السنة، و حاشا ان يحلل بالعقد ما حرمه الکتاب و السنة؟ و الحال ان مشروعية هذا العقد و الشرط قد استفيد من الشرع؟ لا يقبل العرف المتشرعي و لا عاقل ان يهدم بالشرط و العقد ما بناه الشرع و جعله کقوانين سائدة علي المجتمع الاسلامي، و الا ينهار کل شئ و لا يبقي من الدين اثر.

هذا المخصص او المقيد اللبي لدليل اوفوا بالعقود يعني عنوان المخالفة للکتاب و عنوان تحريم الحلال و تحليل الحرام لا بد من تبيينه في المقام و نحن نطرح ذلک في ضمن اسئلة:

### الف) ما هو المراد من تحريم الحلال؟

يبدو بالنظر البدوي ان کل شئ حلال لو شرط في العقد عدم الاتيان به لکان الشرط باطلا لان اشتراطه في العقد يوجب الالزام بعدم الاتيان به و هذا ليس الا تحريم الحلال لنفسه، من الواضح ان هذا الظاهر البدوي ليس بمراد اذ کما يصح اشتراط لزوم الاتيان بفعل محلل يجوز اشتراط عدم الاتيان بفعل محلل، من هنا اشکل تفسيره و وقع فيه الخلاف و لعل الاقوال في المسألة ثلاثة:

الاول: ما عن الشيخ من ان الحلال علي قسمين قسم حلال اقتضائي و قسم آخر حلال لا اقتضائي و المقصود ان الحلال تارة يکون بحيث لو خلي و طبعه لا ينافي حرمته او وجوبه بملاحظة طرو عنوان خارجي عليه، و اخري يکون بحيث ينافي طبعه حرمته او وجوبه بملاحظة طرو عنوان خارجي عليه، و القسم الاول حلال اقتضايي و الثاني حلال لا اقتضايي، فان بعض اقسام الحلال يکون بحيث تقتضي الشريعة الاسلامية ان تبقي حلالا و لا يخرج عن حليته و جوازه الي عنوان آخر و اخري لا يکون الحلال بحيث يقتضي الشريعة الاسلامية بقائه علي حليته و جوازه، و هذا يعرف من الروايات مثل حل الزواج مرة ثانية، و المقصود من محرم الحلال ان الشرط انما ينفذ اذا لم يکن محرم الحلال الذي هو من القسم الاقتضايي اما الالزام في القسم اللاقتضايي فهذا لا يعد من تحريم الحلال.[[66]](#footnote-66)

يلاحظ علي هذا التفسير انه لا دليل عليه من الروايات مضافا الي ان تشخيص الحلال الاقتضايي عن غيره امر مشکل.

الثاني: ما عن السيد السيستاني من ان الحلال غير المباح فان الحلال من الحل کحل العقدة يعني کان فيه عقدة المنع سواء کان عقدة الحل ناشئا من الجاهلية او من الشرائع السابقة.و لذلک مفاد محلل الحرام عبارة عن احياء ما اماته الاسلام و محرام الحلال اماتة ما احياه الاسلام، و کان بعض الاشياء حراما في الجاهلية احله الاسلام کالزواج مع زوجات الادعياء و لذلک لو شرط ان لا يتزوج مع زوجة دعيه يکون هذا الزواج محرم الحلال فان الشريعة حل عقدة هذا الحظر.

يلاحظ علي هذا الرأي انه لا شاهد عليه في الروايات بل تدل علي خلافه يعني تدل علي مساوقة الحلال للمباح؛ مثل قوله تعالي: احل الله البيع من الواضح ان الآية الکريمة ليس مفاده ان البيع کان في الجاهلية حراما و احل الله في الشريعة الاسلامية؛ و مثل ما ورد فان الامور ثلاثة اما حلال بين و اما حرام بين و اما شبهات بين ذلک، و لو صح ما ذکره لکثر الاقسام؛ و مثل ما ورد و کل شئ لک حلال حتي تعرف انه حرام، فان الرواية ليس معناه الا الاعم من ان يکون منهيا عن في الکتاب و السنة او في روايات ائمة اهل البيت^ و مثل ما روي عن النبي’ كُلُّ شَيْ‏ءٍ يَجْتَرُّ فَسُؤْرُهُ حَلَالٌ وَ لُعَابُهُ حَلَالٌ. و ما ورد عن الرضا × لَا يَحِلُّ مَالٌ إِلَّا مِنْ وَجْهٍ أَحَلَّهُ اللَّهُ. فان هذه الروايات تدل بوضوح علي ان الحلال تساوي المباح لا خصوص ما حل الشريعة الاسلامية عنه عقدة الحظر.

الثالث: ما عن السيد الخويي من انه تارة يشترط في العقد او الصلح عدم الاتيان بعمل مثل ان يشترط ان لا يتزوج مرة ثانية او يشترط ان لا يطلقها و يلتزم بها في العقد؛ هذا القسم لا اشکال فيه؛ الا انه يوجب الالزام علي حد التکليف بحيث لو خالف الشرط فقد عصي و لکن يقع الطلاق و الزواج صحيحا. و تارة اخري يشترط في العقد عدم وجود هذا الحق مثل يشترط في العقد ان لا يکون له حق الزواج ثانية و ان لا يکون له حق الطلاق هذا القسم يعد محرم الحلال فان الشريعة الاسلامية جعل هذا القسم حلالا و لکن بهذا الشرط قد افترض عدمه؛ و هذا اقرب الوجوه في المقام.

ان قلت: بناء علي هذا المعني لتحريم الحلال لا يتحقق له مصداق اصلا اذ لا يأتي عاقل ان يشترط علي نفسه نفي حق الطلاق و الزواج مرة ثانية و نفي حق بيع الدار حتي يصير ذلک محرما تشريعيا؛ بل يأتي و يلتزم بعدم الطلاق و الزواج مرة ثانية و يشترط ذلک ضمن العقد؛ و بالنتيجة هذا ليس الا نفس تحريم الحلال و لا فرق بينهما الا في اللفظ.

قلت: کم من فرق بين الامرين فان الاول هو سقوط هذا الحق و الثاني مجرد التزام بالفعل و له ان يفعل خلاف ما التزم به و يکون ما فعله نافذا و ان عصي الشرط، فعلي اساس هذا الفرق ليس الثاني بمحرم الحلال دون الاول.

الرابع: ما عن السيد البجنوردي حيث ذکر ان تحريم الحلال يتقوم بامرين: الاول الالتزام بترک شئ علي الدوام و ذلک لأنّ الالتزام بترك شي‏ء طول العمر عرفا عبارة عن تحريمه على نفسه، كما أنّ إلزامه غيره بذلك أيضا عبارة عن تحريمه عليه. الثاني: ان يکون الالتزام بترک نوع من المباح لا فرد و مصداق من مصاديقه و حصة من حصصه؛ و ذلك من جهة أنّ الحرام و المنهيّ عنه غالبا يكون النهي متعلّقا بالطبائع، و المطلوب ترك الطبيعة في جميع الأزمان لا موقّتا أو ترك فرد منها، فإذا التزم بترك طبيعة دائما فدليل نفوذ الشرط و اعتباره يلزمه بالوفاء به، فيرجع أنّ شرطه هذا صار سببا لتحريم حلال عليه. و حيث أنّ مثل هذا الشرط استثناه الشارع عن دليل اعتباره الشرط و نفوذه بقوله عليه السّلام «المسلمون عند شروطهم، إلّا شرطا حرّم حلالا، أو أحلّ حراما» فلا تشمله أدلّة الاعتبار و نفوذ الشرط. فالمقصود من تحريم الحلال عبارة عن الالتزام بترک نوع شئ لا فرد و حصة خاصة منه علي الدوام[[67]](#footnote-67). و هذا المعني لا يختص بالشرط بل يسري الي العهد و النذر و اليمين ايضا يعني لو ان شخصا نذر ان لا يترک حلالا معينا يکون ذلک من مصاديق تحريم الحلال فلا ينفذ الشرط و النذر و العهد.

يمکن الاستشهاد علي ان هذا المعني بعدة روايات:

1. ما رواه الصدوق بِإِسْنَادِهِ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ امْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَ مَمَالِيكُهُ أَحْرَارٌ إِنْ شَرِبْتُ حَرَاماً أَوْ حَلَالًا مِنَ الطِّلَاءِ[[68]](#footnote-68) أَبَداً فَقَالَ أَمَّا الْحَرَامُ فَلَا يَقْرَبْهُ أَبَداً إِنْ حَلَفَ أَوْ لَمْ يَحْلِفْ وَ أَمَّا الطِّلَاءُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُحَرِّمَ مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ يا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ- فَلَا تَجُوزُ يَمِينٌ فِي تَحْرِيمِ حَلَالٍ وَ لَا تَحْلِيلِ حَرَامٍ وَ لَا قَطِيعَةِ رَحِمٍ‏[[69]](#footnote-69). هذه الرواية تام من حيث السند و يدل علي ان تحريم الحلال الي الا بد من مصاديق تحريم الحلال.

2. ما رواه الْعَيَّاشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ قَالَ امْرَأَتُهُ طَالِقٌ أَوْ مَمَالِيكُهُ أَحْرَارٌ إِنْ شَرِبْتُ حَرَاماً وَ لَا حَلَالًا قَطُّ- فَقَالَ أَمَّا الْحَرَامَ فَلَا يَقْرَبْهُ حَلَفَ أَوْ لَمْ يَحْلِفْ وَ أَمَّا الْحَلَالُ فَلَا يَتْرُكْهُ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَكَ أَنْ تُحَرِّمَ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لِأَنَّ اللَّهَ يَقُولُ لا تُحَرِّمُوا طَيِّباتِ ما أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ.[[70]](#footnote-70) هذه الرواية ايضا بنفس البيان السابق علي ان المراد من تحريم الحلال هو الالتزام بترک شئ علي الدوام.

3. ما رواه الْعَيَّاشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنِ ابْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ × فِي امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا رَجُلٌ وَ شَرَطَ عَلَيْهَا وَ عَلَى أَهْلِهَا إِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا امْرَأَةً أَوْ هَجَرَهَا أَوْ أَتَى عَلَيْهَا سُرِّيَّةً فَإِنَّهَا طَالِقٌ فَقَالَ شَرْطُ اللَّهِ قَبْلَ شَرْطِكُمْ إِنْ شَاءَ وَفَى بِشَرْطِهِ وَ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ امْرَأَتَهُ وَ نَكَحَ عَلَيْهَا وَ تَسَرَّى عَلَيْهَا وَ هَجَرَهَا إِنْ أَتَتْ بِسَبِيلِ ذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى‏ وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ وَ قَالَ أُحِلَّ لَكُمْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ وَ قَالَ وَ اللَّاتِي تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ[[71]](#footnote-71) الْآيَةَ. يعني ان ترک التزويج عليها و عدم هجرها و عدم الاتيان بالسرية مخالف لهذه الآيات التي ذکرها الامام علي الترتيب.

لا يقال: ان عدم الزواج مرة ثانية ليس من الالتزام بترک الطبيعة للحلال بل من الالتزام بترک الحصة؛ و قد مر من السيد البجنوردي ان هذا ليس من تحريم الحلال. قلت: لو کانت الآية الکريمة فانکحوا ما طاب لکم من النساء لکان ترک الزواج ثانية و ثالثة من من الالتزام بترک الحصة و لکن ورد في الآية الکريمة مثني و ثلاث و رباع هذا يوجب ان يکون هذا الحصة منصوصة بحليتها فيکون الالتزام بترک هذه الحصة من تحريم الحلال.

4. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ بَعْضِ رِجَالِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي قَوْلِهِ تَعَالَى لا تُحَرِّمُوا طَيِّباتِ ما أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ قَالَ نَزَلَتْ فِي أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ × وَ بِلَالٍ وَ عُثْمَانَ بْنِ مَظْعُونٍ فَأَمَّا أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ × فَحَلَفَ أَنْ لَا يَنَامَ بِاللَّيْلِ أَبَداً وَ أَمَّا بِلَالٌ فَإِنَّهُ حَلَفَ أَنْ لَا يُفْطِرَ بِالنَّهَارِ أَبَداً وَ أَمَّا عُثْمَانُ بْنُ مَظْعُونٍ فَإِنَّهُ حَلَفَ أَنْ لَا يَنْكِحَ أَبَداً إِلَى أَنْ قَالَ فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ’ وَ نَادَى الصَّلَاةَ جَامِعَةً وَ صَعِدَ الْمِنْبَرَ وَ حَمِدَ اللَّهَ وَ أَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ مَا بَالُ أَقْوَامٍ يُحَرِّمُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمُ الطَّيِّبَاتِ أَلَا إِنِّي أَنَامُ اللَّيْلَ وَ أَنْكِحُ وَ أُفْطِرُ بِالنَّهَارِ فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي فَقَامَ هَؤُلَاءِ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ ’ فَقَدْ حَلَفْنَا عَلَى ذَلِكَ فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ لا يُؤاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمانِكُمْ وَ لكِنْ يُؤاخِذُكُمْ بِما عَقَّدْتُمُ الْأَيْمانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعامُ عَشَرَةِ مَساكِينَ مِنْ أَوْسَطِ ما تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ ذلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمانِكُمْ إِذا حَلَفْتُمْ.[[72]](#footnote-72) هذه الرواية و ان ورد في تفسير القمي لکن قلنا انه لو لم يکن اضطراب في المتن يحصل لنا الوثوق بصدوره عن علي بن ابراهيم. و لذلک لا يبعد اعتبار الرواية.

يلاحظ عليه اولا: ان الالتزام بترک الحلال و ان کان علي الدوام لا يعد عند العرف من مصاديق تحريم الحلال فان العرف يفرق بين الالتزام بترک الحلال و تحريم الحلال و ذلک لانه لو حلف شخص علي ترک مکروه لا يطلق العرف انه حرم الحلال، بل يطلق عند العرف انه ترک الحلال، و کذلک لو نذر شخص علي ان لا يترک نافلة الليل او حلف عليها، لا يصدق انه حرم الحلال بل يقال ترک الحلال، و يشهد لهذا الفرق ما ذکر من الاقوال في انعقاد الاحرام؛ من انه ينعقد بالتلبية بقصد الشروع في النسک کانعقاد الصلاة بالتکبير بقصد الورود فيها هذا ما عليه السيد الامام؛ و من انه ينعقد بالالتزام بترک جميع محرمات الاحرام و لو کان مرددا او بني علي اتيان بعض المحرمات فلا ينعقد الاحرام هذا ما ذهب اليه السيد الگلبايگاني؛ و من انه عبارة عن انشاء تحريم محرمات الاحرام علي النفس و ان علم بارتکاب بعض المحرمات هذا ما اختاره السيد الصدر؛ هذه الاقوال تدل بوضوح علي الفرق بين تحريم شئ علي نفسه فانه يتحقق بانشاء التحريم، و بين الالتزام بترک شئ فانه يتحقق بنفس العمل و لا يحتاج الي انشاء التحريم؛ بالنتيجة ان ما ذکره السيد البجنوردي من وحدة تحريم الحلال و الالتزام بترک الحلال غير تام، و القدر المتيقن منه هو التحريم الانشائي للحلال.

 بل ذکر المحقق الايرواني انه لا يصدق الشرط المحلل للحرام علي مجرد اشتراط ارتکاب الحرام مثل ما لو شرط ان يکذب فانه لا يصدق عليه انه محلل للحرام و انما يصدق لو شرط عليه ان يکون الکذب عليه حلالا. بل اضاف علي ذلک انه لو اشترط فعل الحرام هذا ليس بمحلل للحرام فان المحلل الحرام هو التحريم الانشائي لا مجرد اشتراط ارتکاب الحرام و ليس هذا مخالفا للکتاب؛ فاذن يتعارض دليل المومنون عند شروطهم و دليل حرمة الکذب و بعد التعارض تصل النوبة الي استصحاب حرمة الکذب و لو لم يجر الاستصحاب تصل النوبة الي اصالة البرائة و الحل فيکون حلالا له.[[73]](#footnote-73)

فيه: ان تحليل الحرام عبارة عن نقض الحکم الشرعي عند العرف و هذا يصدق علي امرين: الاول ان يشترط ارتکاب الحرام. الثاني: ان يشترط تحليل الحرام؛ و ذلک لان الظاهر العرفي من الشرط المحلل للحرام هو الشرط الذي ينقض حرمة الکذب مثلا و الذي ينقض الحرمة له مصداقان تارة يتحقق بان يشترط عليه ارتکاب الکذب و اخري يتحقق بان يشترط عليه ان يکون الکذب عليه حلالا؛ بعبارة قد يتحقق بالنقض العملي و قد يتحقق بالنقض الانشائي.

هذا في تحليل الحرام لکن في تحريم الحلال لا قرينة علي صدق تحريم الحلال علي مجرد النقض العملي له؛ انما يصدق ذلک بحسب الفهم العرفي علي النقض الانشائي فقط. و الشاهد علي ذلک انه لو حلف علي ترک مکروه فانه لا خلاف في انعقاد هذا الحلف و لو کان ذلک تحريم الحلال لما صح. هذا الحلف؛ بالنتيجة ان المتفاهم العرفي من تحريم الحلال هو التحريم التشريعي و المراد من تحليل الحرام هو التحريم التشريعي لکن بمناسبة الحکم و الموضوع يصدق علي اشتراط ارتکاب فعل الحرام.

ثانيا: لو سلمنا ان المراد من تحريم الحلال هو الالتزام بترک الحلال، لکن لا معني لتقييده بان يکون تحريم نوع منه و علي الدوام؛ اذ لو کان ترک الحلال مصداقا لتحريم الحلال لا فرق بين الالتزام بترکه او علي الدوام او لا علي الدوام، و لا فرق لا بين الالتزام بترک حصة منه بين الالتزام بترک نوع منه؛ اذ لو قلنا ان الالتزام بالترک يساوق تحريم الحلال، فانه بالنظر العرفي کما يصدق علي الالتزام بالترک علي الدوام انه التزم بالترک يصدق علي الالتزام بالترک لا علي الدوام ايضا انه التزم بالترک الا ان ذلک علي الدوام و هذا علي نحو التوقيت و هذا لا يوجب عدم صدق الالتزام بالترک، فاذا صدق الالتزام بالترک صدق تحريم الحلال لان المفروض مساوقة الالتزام بالترک لتحريم الحلال. و ايضا لا معني لاختصاص ذلک بتحريم نوع شئ دون الحصة منه خصوصا بملاحظة ما ورد من رواية العياشي من ان لا يتزوج عليها فان هذا من تحريم حصة من الحلال لا من تحريم نوع الحلال، و الرواية عد ذلک من مصاديق تحريم الحلال.

و ما ذکره من تعلق التحليل بالطبيعة فيکون المراد تحريم الطبيعة و هي النوع لا حصة خاصة او فرد خاص، لا يرتبط بالمقام لانحلال الحکم بحسب الحصص و المصاديق فاذن کما يشمل تحريم الحلال تحريم نوع الحلال يشمل تحريم حصة منه؛ و الا فينقض بمسألة تحليل الحرام فان الحرمة ايضا تعلق بالطبيعة و لو کان التعلق بالطبيعة موجبا لجواز الالتزام بترک الحصة في الحلال، ففي الحرام ايضا يوجب الجواز.

ثالثا: کما يوجد روايات تدل علي عدّ تحريم نوع الحلال من مصاديق تحريم الحلال يوجد روايات تدل علي عدم تحريم نوع الحلال يعني الالتزام بترک الحلال من مصاديق تحريم الحلال؛

منها ما رواه الکليني باسناده عَنْ صَفْوَانَ عَنِ عبد الله ابْنِ سِنَانٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الشَّرْطِ فِي الْإِمَاءِ لَا تُبَاعُ وَ لَا تُوهَبُ قَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ غَيْرَ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهَا تُورَثُ لِأَنَّ كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ الْكِتَابَ بَاطِلٌ.[[74]](#footnote-74) من الواضح ان الالتزام بترک بيع الجارية من مصاديق الالتزام بترک الحلال.

يمکن ان يقال: ان هذا ليس من مصاديق الالتزام بترک بيع ماله علي الاطلاق بل التزم بترک بيع الجارية و هذا التزام بترک بيع شئ خاص و ليس من الالتزام بترک البيع علي الاطلاق. فيه: انه لو بني علي ذلک لا يبقي مصداق لتحريم الحلال فانه حتي في فرض الالتزام بترک مطلق الحلال ايضا لا يکون ذلک مصداق تحريم الحلال؛ لان حکم الله و محللاته عام للجميع؛ و التزام هذا الفرد لترک الحلال يعد التزام فرد خاص لترک الحلال و هذا ليس من مصاديق تحريم الحلال.

منها ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَمَّارِ بْنِ مَرْوَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ‏ قُلْتُ رَجُلٌ جَاءَ إِلَى امْرَأَةٍ فَسَأَلَهَا أَنْ تُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا فَقَالَتْ أُزَوِّجُكَ نَفْسِي عَلَى أَنْ تَلْتَمِسَ مِنِّي مَا شِئْتَ مِنْ نَظَرٍ وَ الْتِمَاسٍ وَ تَنَالَ مِنِّي مَا يَنَالُ الرَّجُلُ مِنْ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ لَا تُدْخِلَ فَرْجَكَ فِي فَرْجِي وَ تَتَلَذَّذَ بِمَا شِئْتَ فَإِنِّي أَخَافُ الْفَضِيحَةَ قَالَ لَيْسَ لَهُ إِلَّا مَا اشْتُرِطَ.[[75]](#footnote-75)

رابعا: ان ما استشهد عليه السيد البجنوردي من الروايات علي مطلوبه ايضا غير تام؛ اما ما رواه القمي في تفسيره ففيه اولا: يوجد في هذه الرواية اشکال من ناحية المتن لانه يسند الي امير المومنين امر يوبخه النبي علي ذلک، و هذا لا يسانخ مقام امير المومنين، و قد تقدم منا انا لا نقبل الروايات التي وردت في تفسير القمي و يوجد فيها اضطراب من ناحية المتن، فاذن لا نقبل هذه الرواية.

ثانيا: انها معارضة مع ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ كَرَّامٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ × إِنِّي جَعَلْتُ عَلَى نَفْسِي أَنْ أَصُومَ حَتَّى يَقُومَ الْقَائِمُ فَقَالَ صُمْ وَ لَا تَصُمْ فِي السَّفَرِ وَ لَا الْعِيدَيْنِ وَ لَا أَيَّامَ التَّشْرِيقِ وَ لَا الْيَوْمَ الَّذِي تَشُكُّ فِيهِ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ.[[76]](#footnote-76) فان هذه الرواية تدل علي جواز ان ينذر الصيام الي ان يقوم القائم (ع)، و الحال ان هذا من تحريم الحلال. فاذن اما ان يتعارض هذه الرواية مع ذاک، و اما لا بد من حمل ما ورد في تفسير القمي علي معني آخر لا يتعارض معتبرة ابن ابي عمير مثلا ان يحمل علي مجرد الالتزام يعني انهم حلفوا علي ترک الطيبات و هذا من مصاديق الحلف علي امر مرجوح فلم ينعقد نذرهم و امرهم النبي بالترک.

اما ما رواه العياشي فهو ضعيف السند فلا يمکن الاستدلال به. نعم يبقي صحيحة عبد الله بن سنان و هي تدل علي ان الالتزام بترک الحلال علي الدوام من مصاديق تحريم الحلال، لکنها معارضة مع صحيح منصور بن يونس بزرج الدال علي نفاذ اشتراط الالتزام بترک الحلال؛ رواه الشيخ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورٍ بُزُرْجَ عَنْ عَبْدٍ صَالِحٍ × قَالَ قُلْتُ لَهُ إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَا لَهُ فِي التَّزْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ فَقَالَ بِئْسَ مَا صَنَعَ وَ مَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَ النَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلْيَفِ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ’ قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ‏.[[77]](#footnote-77) فان هذه الرواية تدل نفاذ اشتراط عدم الزواج مرة ثانية، فاذن يتعارض هاتان الروايتان و يتساقطان و بعد التعارض نرجع الي ما هو المتفاهم عند العرف و هو قاض علي ان تحريم الحلال لا يشمل الالتزام بترک المباح.

الخامس: ما اختاره المحقق الاصفهاني من ان المراد من تحريم الحلال عبارة عن الالتزام بترک ما کان حلالا قبل العقد بسبب الشرط؛ و ذلک ان متعلق الشرط تارة يکون مباحا قبل العقد و الشرط و بالشرط يکون حراما و هذا من تحريم الحلال کشرط ترک التسري و التزويج فانهما مباحان قبل العقد علي المرأة المشروط لها فيکون شرط ترکهما محرما للحلال؛ و اخري لا يکون مباحا للشارط الا بالعقد فاذا کان العقد متضمنا لشرط ترکه لم يثبت حلال حتي يکون محرما بالشرط، بل في الحقيقة وقع ما هو غير حلال بالعقد فعلا کاشتراط عدم اخراج الزوجة من البلد فان اخراجها من البلد قبل عقد الزواج لم يکن حلالا للزوج و لا له سلطان عليها و انما يحل له اخراجها بالعقد و يکون له السلطان عليها به فاذا انعقد العقد مشروطا بعدم الاخراج لم يثبت سلطنة له علي الاخراج و لا حل له بعقده اخراج حتي يحرمه شئ، و کذا البيع بشرط ان لا يبيع و لا يهب کما وردت في النصوص به في الجارية المبيعة المشترط علي المشتري عدم و هبتها فان جوازهما انما هو بالعقد لا قبله و مع العقد المشروط لا جواز و لا سلطنة حتي يکون الشرط رافعا لهما، بل دافع عن تحققهما و اين هو من تحريم الحلال؟ و کذا شرط عدم الوطئ في ضمن عقد المتعة او مطلقا فان جوازه و سلطنة الزوج علي هذا الانتفاع الخاص بالعقد لا قبله فلم يتحقق له بالعقد المشروط الا سلطنة مقصورة علي سائر التصرفات.

ثم اورد علي نفسه اشکالا ذکره المحقق النراقي في عوائده بان هذا القول يوجب التفرقة بين ما لو اشترط البائع سکناه في دار باعها للمشتري مدة فيجوز و بين ما لو اشترط البائع سکناه في دار اخري للمشتري مدة سنة فلا يجوز، بنکتة ان سکني المشتري في الدار في الفرض لم يکن محللا قبل العقد و کان يحلل بالعقد، فللبائع ان يسدّ باب الحل له. و في الفرض الثاني سکني المشتري کان محللا له لان الدار ملکها فاذن لو اشترط عدم سکني المشتري فيه کان هذا من تحريم الحلال، من الواضح ان هذا التفصيل لا يلتزم به فقيه اذ لا فرق بنظر المتشرعي بين الفرضين، اما ان يجوز هذا الاشتراط في کلا الفرضين و اما ان لا يجوز في کلا الفرضين و حيث ان لازم هذا القول هذا التفصيل من هنا نستکشف عدم تماميته؛

و کذلک يلزم التفرقة بناء علي هذا القول بين اشتراط عدم الانتفاع مدة بالمبيع فانه يجوز و بين عدم الانتفاع بغيره مما هو من مال البائع او المشتري فلا يجوز لکونه مستلزما لتحريم الحلال، و الحال ان التفريق لا وجه له[[78]](#footnote-78).

اجاب عن هذا الاشکال بان شرط سکني اخري للمشتري ليس من تحريم الحلال؛ لان مرجعه الي شرط النتيجة و هي ملکية منفعة تلک الدار بالشرط، و حرمة الشکني علي المالک من جهة خروجه عن ملکه بالشرط، و لا منافاة بين حلية التصرف في الملک و حرمة التصرف في غيره فالشرط غير محرم للحلال علي المشتري بل مخرج له عن موضوعه. و اما شرط عدم الانتفاع بالمبيع او بمال آخر فالاول يوجب دخول المبيع في ملکه مسلوب المنفعة الي مدة فلا موضوع للحلية، و الثاني تحريم للحلال لکونه اجنبيا عن البيع و ليس مرجعه الي تملک ذلک المال بالشرط ليکون من شرط النتيجة فلا مانع من القول بعدم نفوذ الشرط فيه.

ان قلت: انه بناء علي هذا المبني لا يصح الالتزام بترک الحلال بالحلف و النذر، لکونه تحريما للحلال و من الواضح بطلانه ايا ما کان، و الحال انه لا ريب في انعقاد الحلف و النذر بالالتزام بترک الحلال.

اجاب الاصفهاني بان التحليل و التحريم في باب الحلف فإن قلنا بأنّ مورده ما كان فيه رجحان دينا أو دنيويا- كما في صريح النص[[79]](#footnote-79) فيفارق النذر باختصاصه بالأول فقط كما عن جماعة من الاعلام- فالأمر هين، لأنّه يتمحض تحريم الحلال فيما ليس فيه فائدة دينية و لا دنيوية، و عليه فعدم انعقاد الحلف على ترك التسري و التزويج لأنّ خلافه راجح، و لا ينعقد الحلف على ترك الراجح، لا أنّه تحريم للحلال بهذا العنوان.

و إن قلنا بأنّ مورده أعم فينعقد على المباح الذي يتساوى طرفاه كما هو ظاهر المشهور، و جملة من النصوص فلا بدّ من تأويل التحريم و التحليل بحمل الحلال المحلوف على تركه على ما كان فيه رجحان و لو دنيويا، فالحلف على تركه لا ينعقد كما في الجواهر إلّا أنّه لا يخلو عن تكلف[[80]](#footnote-80).

يلاحظ عليه اولا: انه يلزم بناء علي ما ذکره الاصفهاني انه کل ما اشترط في العقد ترک امر مباح و ان کان لا علي الدوام کان باطلا لانه من تحريم الحلال، و لا يمکن الالتزام به؛ مثلا لو اشترط في عقد الزواج الموقت ترک امر مکروه مثل ترک نوع خاص من السيجار کان من تحريم الحلال. خصوصا انه ذکر ان ذلک يختص بباب الشرط و لکن في باب اليمين يمکن ان يحلف علي ترک مکروه او فعل امر راجح فهذا لا بد من الاتيان و هذا التفريق لا يمکن الالتزام به فقهيا.

ثانيا: ان الالتزام بترک شئ او فعل شئ ليس من ترک الحلال بحسب ارتکاز العرف المتشرعي.

ثالثا: لو سلمنا ان الالتزام بترک شئ او فعل شئ؛ عبارة عن تحريم الحلال؛ لکن المقصود من تحريم الحلال هو التحريم في موطن الشرط و ظرفه، يعني لو افترضنا ان هذا العمل لو اشترط في العقد فبالتوجه الي الشرط هل يکون تحريما للحلال ام لا؟ لا انه يلاحظ التحريم بالنسبة الي حال قبل العقد و الشرط. و يشهد لذلک جواز اشتراط ضمان العارية في العقد علي الاجماع و الحال انه بناء علي ما اختاره الاصفهاني لا يجوز هذا الضمان لانه لم يکن ضامنا قبل العقد و بالشرط يحلل هذا الامر.

بعبارة ان المحقق الاصفهاني يلاحظ حال قبل الشرط فان کان الشئ حلالا قبل العقد و يراد ان يحرم ذلک بالعقد فهذا من تحريم الحلال و ان کان حراما قبل العقد و لکن العقد موجبا لحليته يمکن اشتراط عدم حليته. هذا ليس بصحيح فان المدار في التحليل و التحريم ليس حال قبل العقد و الشرط بل يلاحظ في ظرف العقد و الشرط ان الشئ ان کان حلالا في ظرف الشرط و العقد و لو اشترط تحريم ذلک کان من تحريم الحلال؛ و الا لو لوحظ التحليل و التحريم حال قبل العقد للزم منه ما لا يمکن الالتزام به مثل ما لو اشترط تورث الزوجة عن الزوج في الزواج الموقت؛ فلو لاحظنا حال قبل العقد لا بد ان نقول بعدم نفاذ هذا الشرط لان تورث هذه المرأة کان حراما وضعيا قبل العقد، فيکون من مصاديق تحليل الحرام بالشرط؛ هذا بخلاف ما لو لاحظنا حال بعد العقد فانه ليس تورث الزوجة عن الزوج بحرام الا انه خرج منه عقد الزواج الموقت بدليل خاص في فرض عدم الاشتراط فيمکن ان يشترط تورث الزوجة عن الزوج.

و کذلک لو اشترط الضمان في العارية فانا لو لاحظنا ذلک بلحاظ قبل العقد لا بد ان نحکم بعدم نفاذ هذا الشرط اذ لم يکن ضامنا قبل العقد فيکون اشتراطه من تحليل الحرام و الحال ان الکل مجمعون علي نفاذ هذا الشرط، هذا بخلاف ما لو لاحظنا حال ما بعد العقد و الشرط فانه يمکن هذا الاشتراط.

ان قلت: ان ما ذکر من الشواهد يرتبط بباب تحليل الحرام و الحال ان الکلام في تحريم الحلال، فاذن لا ينتج ما ذکر من لزوم لحاظ حال العقد و الشرط.

قلت: لا فرق بينهم بنظر العرف فان العرف کما يحکم بشهادة هذه الموارد علي لزوم ملاحظة ظرف الشرط و العقد في تحليل الحرام کذلک يقول بلحاظ هذا الظرف في تحريم الحلال، و لا فرق بين التحليل و التحريم من هذه الجهة اصلا؛ فالمدار في الکل ان يلاحظ الحکم في وعاء الشرط.

بالنتيجة الصحيح ما ذکرنا من ان تحريم الحلال عبارة عن التحريم الانشائي يعني ان يشترط تحريم ما حلال لک لا مجرد الالتزام بترکه[[81]](#footnote-81)؛ و تحليل الحرام عبارة عن نقض الحکم الشرعي و هذا له مصداقان احدهما ان يشترط ارتکاب الحرام يعني النقض العملي للحرام؛ و ثانيهما ان يشترط التحليل الانشائي للحرام مثل ما لو اشترط في العقد ان يکون الکذب له حلالا.

### ب) ما معني محلل الحرام؟

ذکر السيد السيستاني ان الحرام ليس بمعني مطلق ما نهي عنه بل المراد منه خصوص ما منع منه عنه في الکتاب و السنة القطعية؛ هذا بخلاف المنهي او المکروه فانه عبارة عن مطلق ما نهي عنه و ان لم يرد في القرآن و السنة القطعية. فالنسبة بين الحرام و المنهي عموم و خصوص من وجه کل حرام يعد منهيا عنه و لکن ليس کل منهي بحرام في لسان الروايات.

و يستدل علي ذلک اولا بما ورد من الشواهد التأريخية في هذا المجال؛ من هذه الشواهد ما ذکره الشافعي في کتاب الام:

قال أبو يوسف: ما أعظم قول الأوزاعي في قوله هذا حلال من الله! أدركت مشايخنا من أهل العلم يكرهون في الفتيا أن يقولوا: هذا حلال وهذا حرام إلا ما كان في كتاب الله عز و جل بيّنا بلا تفسير حدثنا ابن السائب عن ربيع بن خيثم - وكان من أفضل التابعين - أنه قال: إياكم أن يقول الرجل إن الله أحل هذا أو رضيه فيقول الله له: لم أحل هذا و لم أرضه و يقول : إن الله حرم هذا فيقول الله: كذبت لم أحرم هذا و لم أنه عنه و حدثنا بعض أصحابنا عن إبراهيم النخعي أنه حدث عن أصحابه: أنهم كانوا إذا أفتوا بشيء أو نهوا عنه قالوا : هذا مكروه وهذا لا بأس به فأما نقول: هذا حلال وهذا حرام فما أعظم هذا ![[82]](#footnote-82) و من دأب الشافعي انه کلما ينقل کلام شخص ان ينقده و حيث انه لا ينقد هنا هذا الکلام هذا يکشف عن قبوله لهذا الکلام.

و کذلک نقل ابن قيم الجوزي في کتاب اعلام الموقعين:

قال ابن وهب سمعت مالكا يقول لم يكن من أمر الناس ولا من مضى من سلفنا ولا أدركت أحدا اقتدى به يقول في شيء هذا حلال وهذا حرام وما كانوا يجترئون على ذلك وإنما كانوا يقولون نكره كذا ونرى هذا حسنا فينبغي هذا ولا نرى هذا ورواه عنه عتيق بن يعقوب وزاد ولا يقولون حلال ولا حرام أما سمعت قول الله تعالى قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا قل آ لله أذن لكم أم على الله تفترون الحلال ما أحله الله ورسوله والحرام ما حرمه الله ورسوله[[83]](#footnote-83).

اضيف الي ذلک ما ذکره الشيخ في تفسير ما رواه مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ×: لَيْسَ الْحَرَامُ إِلَّا مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ‏: أَنَّهُ لَيْسَ الْحَرَامُ الْمُغَلَّظُ الشَّدِيدُ الْخَطَرِ إِلَّا مَا ذَكَرَهُ اللَّهُ فِي الْقُرْآنِ وَ إِنْ كَانَ فِيمَا عَدَاهُ مُحَرَّمَاتٌ كَثِيرَةٌ إِلَّا أَنَّهَا دُونَهُ فِي التَّغْلِيظِ.

هذه الشواهد يکشف لنا ان الحرام في مصطلح الفقهاء المعاصر لائمة اهل البيت کان له اصطلاح خاص و لم يکن المراد منه مطلق ما نهي عنه؛ و بما ان الروايات الواردة عن ائمة اهل البيت واردة في هذا الجو فيکون المراد من الحرام هذا المعني.

يلاحظ عليه: ان ما ذکر من کلام فقهاء العامة فلا يدل علي مطلوبه و ذلک ان مشکلتهم لم يکن مجرد التعبير و انما هو اسناد ما وصل اليه اجتهادهم من الحرام و الحلال الي الله سبحانه علي طريق البت و الجزم فانهم کانوا يتصورون انهم لو قالوا فيما وصل اليه اجتهادهم؛ هذا حلال و هذا حرام، کان ذلک نحو تجر و عدم مبالاة في الدين و نحو قلة تقوي من الله سبحانه و لذلک کانوا بصدد ان لا ينسبوا الي الله سبحانه بطريق الجزم و البت و من اجل هذا خففوا التعبير فبدل ان يقولوا علي نحو الجزم و البت هذا حلال و هذا حرام قالوا هذا مکروه و هذا ما لا ينبغي ان يفعل، من الواضح ان هذا المعني لا يدل علي ان للحرام مصطلح خاص.

الثاني: ما ورد من الروايات تفيد ان المراد من الحرام خصوص ما کان منهيا عنه في الکتاب و السنة القطعية نهيا بينا:

 من هذه الروايات ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيٍّ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يُؤْكَلَ مِنَ الدَّوَابِّ لَحْمُ الْأَرْنَبِ وَ الضَّبِّ وَ الْخَيْلِ وَ الْبِغَالِ وَ لَيْسَ بِحَرَامٍ كَتَحْرِيمِ الْمَيْتَةِ وَ الدَّمِ وَ لَحْمِ الْخِنْزِيرِ[[84]](#footnote-84). هذه الرواية تفيد ان تحريم الضبّ و الارنب ليس تحريم تغليظ کتحريم الميتة.

منها ما رواه الحميري عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ اللَّيْثِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ × قَالَ سُئِلَ أَبِي عَنْ لُحُومِ الْحُمُرِ الْأَهْلِيَّةِ فَقَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ’‏ عَنْ أَكْلِهَا لِأَنَّهَا كَانَتْ حَمُولَةَ النَّاسِ يَوْمَئِذٍ وَ إِنَّمَا الْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي الْقُرْآنِ (وَ إِلَّا فَلَا)[[85]](#footnote-85).

منها ما رواه الشيخ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ حَرِيزٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ سِبَاعِ الطَّيْرِ وَ الْوَحْشِ حَتَّى ذُكِرَ لَهُ الْقَنَافِذُ وَ الْوَطْوَاطُ وَ الْحَمِيرُ وَ الْبِغَالُ وَ الْخَيْلُ فَقَالَ لَيْسَ الْحَرَامُ إِلَّا مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَ قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ص يَوْمَ خَيْبَرَ عَنْهَا وَ إِنَّمَا نَهَاهُمْ مِنْ أَجْلِ ظُهُورِهِمْ أَنْ يُفْنُوهَا وَ لَيْسَ الْحُمُرُ بِحَرَامٍ ثُمَّ قَالَ اقْرَأْ هَذِهِ الْآيَةَ قُلْ لا أَجِدُ فِي ما أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلى‏ طاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ‏[[86]](#footnote-86).

منها ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ يَعْنِي‏ الْمُرَادِيَّ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ × يَقُولُ إِنَّ النَّاسَ أَكَلُوا لُحُومَ دَوَابِّهِمْ يَوْمَ خَيْبَرَ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ص بِإِكْفَاءِ قُدُورِهِمْ وَ نَهَاهُمْ عَنْهَا وَ لَمْ يُحَرِّمْهَا.[[87]](#footnote-87)

منها ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبَانِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَحَدِهِمَا × أَنَّهُ قَالَ إِنَّ أَكْلَ الْغُرَابِ لَيْسَ بِحَرَامٍ إِنَّمَا الْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَ لَكِنَّ الْأَنْفُسَ تَتَنَزَّهُ عَنْ كَثِيرٍ مِنْ ذَلِكَ تَقَزُّزاً.[[88]](#footnote-88)

منها ما روي عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ يَقْطِينٍ قَالَ سَأَلَ الْمَهْدِيُّ أَبَا الْحَسَنِ × عَنِ الْخَمْرِ هَلْ هِيَ مُحَرَّمَةٌ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَإِنَّ النَّاسَ يَعْرِفُونَ النَّهْيَ عَنْهَا وَ لَا يَعْرِفُونَ التَّحْرِيمَ لَهَا فَقَالَ لَهُ أَبُو الْحَسَنِ ع بَلْ هِيَ مُحَرَّمَةٌ فِي كِتَابِ اللَّهِ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فَقَالَ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ مُحَرَّمَةٌ هِيَ فِي كِتَابِ اللَّهِ جَلَّ اسْمُهُ يَا أَبَا الْحَسَنِ فَقَالَ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ قُلْ إِنَّما حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَواحِشَ ما ظَهَرَ مِنْها وَ ما بَطَنَ وَ الْإِثْمَ وَ الْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ فَأَمَّا قَوْلُهُ ما ظَهَرَ يَعْنِي الزِّنَا الْمُعْلَنَ إِلَى أَنْ قَالَ وَ أَمَّا الْإِثْمُ فَإِنَّهَا الْخَمْرُ بِعَيْنِهَا وَ قَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِما إِثْمٌ كَبِيرٌ وَ مَنافِعُ لِلنَّاسِ فَأَمَّا الْإِثْمُ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهِيَ الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ إِثْمُهُمَا كَبِيرٌ كَمَا قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ فَقَالَ الْمَهْدِيُّ يَا عَلِيَّ بْنَ يَقْطِينٍ فَهَذِهِ فَتْوَى هَاشِمِيَّةٌ قَالَ قُلْتُ لَهُ صَدَقْتَ وَ اللَّهِ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَمْ يُخْرِجْ هَذَا الْعِلْمَ مِنْكُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ قَالَ فَوَ اللَّهِ مَا صَبَرَ الْمَهْدِيُّ أَنْ قَالَ لِي صَدَقْتَ يَا رَافِضِيُّ.[[89]](#footnote-89)

و کذلک المکروه ليس بالمعني المصطلح عند الفقها اليوم بل المراد منه في مصطلح الروايات خصوص الحرام و يدل علي ذلک ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ سَيْفٍ التَّمَّارِ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي بَصِيرٍ أُحِبُّ أَنْ تَسْأَلَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ رَجُلٍ اسْتَبْدَلَ قَوْصَرَتَيْنِ فِيهِمَا بُسْرٌ مَطْبُوخٌ بِقَوْصَرَةٍ فِيهَا تَمْرٌ مُشَقَّقٌ قَالَ فَسَأَلَهُ أَبُو بَصِيرٍ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ هَذَا مَكْرُوهٌ فَقَالَ أَبُو بَصِيرٍ وَ لِمَ يُكْرَهُ فَقَالَ إِنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ع كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ وَسْقاً مِنْ تَمْرِ الْمَدِينَةِ بِوَسْقَيْنِ مِنْ تَمْرِ خَيْبَرَ لِأَنَّ تَمْرَ الْمَدِينَةِ أَدْوَنُهُمَا وَ لَمْ يَكُنْ عَلِيٌّ ع يَكْرَهُ الْحَلَالَ.[[90]](#footnote-90)

و يرتب علي هذا المبني ان ما يبطل الصلاة من اجزاء ما لا يوکل لحمه خصوص اجزاء السباع و الخنزير و ذلک لما ورد في الرواية و هي موثق ابن بکير[[91]](#footnote-91) مانعية خصوص اجزاء الحرام و حيث ان الحرام ليس الا ما حرم في الکتاب و السنة القطعية فيکون المراد منها خصوص السباع و الخنزير؛ کما ذهب اليه السيد الاصفهاني في حواشيه[[92]](#footnote-92) علي العروة.[[93]](#footnote-93)

يلاحظ عليه اولا: انه کثير من الروايات تدل علي ان المراد من الحرام مطلق ما منع سواء کان المنع في الکتاب و السنة القطعية او في روايات ائمة اهل البيت (ع) مثل ما ورد عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ صَالِحِ بْنِ السِّنْدِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ بَشِيرٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ أَبِي زِيَادٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ خَلَقَ الْخَلْقَ وَ خَلَقَ مَعَهُمْ أَرْزَاقَهُمْ حَلَالًا فَمَنْ تَنَاوَلَ شَيْئاً مِنْهَا حَرَاماً قُصَّ بِهِ مِنْ ذَلِكَ الْحَلَالِ[[94]](#footnote-94)

مثل ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ كُلُّ شَيْ‏ءٍ فِيهِ حَلَالٌ وَ حَرَامٌ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ أَبَداً حَتَّى تَعْرِفَ الْحَرَامَ مِنْهُ بِعَيْنِهِ فَتَدَعَهُ[[95]](#footnote-95)

مثل ما روي عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ كُلُّ شَيْ‏ءٍ هُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بِعَيْنِهِ فَتَدَعَهُ مِنْ قِبَلِ نَفْسِكَ[[96]](#footnote-96)

ما رواه الشيخ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي حَدِيثٍ قَالَ وَ إِنَّمَا الْأُمُورُ ثَلَاثَةٌ أَمْرٌ بَيِّنٌ رُشْدُهُ فَيُتَّبَعُ وَ أَمْرٌ بَيِّنٌ غَيُّهُ فَيُجْتَنَبُ وَ أَمْرٌ مُشْكِلٌ يُرَدُّ عِلْمُهُ إِلَى اللَّهِ (وَ إِلَى رَسُولِهِ) قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص حَلَالٌ بَيِّنٌ وَ حَرَامٌ بَيِّنٌ وَ شُبُهَاتٌ بَيْنَ ذَلِكَ فَمَنْ تَرَكَ الشُّبُهَاتِ نَجَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ وَ مَنْ أَخَذَ بِالشُّبُهَاتِ ارْتَكَبَ الْمُحَرَّمَاتِ وَ هَلَكَ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِ الْحَدِيثِ فَإِنَّ الْوُقُوفَ عِنْدَ الشُّبُهَاتِ خَيْرٌ مِنَ الِاقْتِحَامِ فِي الْهَلَكَاتِ[[97]](#footnote-97) هذه الروايات تنص علي ان المراد ليس خصوص ما حرم في الکتاب و السنة القطعية بل المراد منها الاعم.

مضافا الي انه لو کان المراد من الحلال خصوص ما حل الله عنه عقدة المنع الناشئ من القوانين السائدة علي الجاهلية او القوانين الرائجة في الشرائع السابقة کما ذهب اليه السيد السيستاني، و المراد من الحرام خصوص ما حرم في الکتاب و السنة القطعية، اذن لم يکن الحلال و الحرام متقابلان و الحال انه لا شک انهما متقابلان و من هنا نستکشف ان المراد منهما المعني العام لا الخاص الذي ابدعه السيد السيستاني.

ثانيا: ان ما ذکره من الموارد کشاهد علي المطلوب لا يفي بمقصوده اما ما ذکره من النبي لم يحرم لحوم الحمر في يوم خيبر بل نهي عن ذلک فان هذا مفاده ان النبي لم يحرمها تحريم تشريع بل نهي عنها نهيا ولائيا و حکوميا، من الواضح ان مثل هذه المنهيات الموقتة کنهي حکومي لا يوجب صدق الحرام عليه، و لا يدل الرواية علي انه يوجد ما نهي عنه نهي تحريم و لا يطلق عليه الحرام.

و ما ذکره من الاستشهاد بکلام المهدي من ان الناس يعرفون النهي عن الخمر و لا يعرفون التحريم ايضا لا يدل علي مطلوبه اذ يبعد ان يکون مقصود المهدي ان الخمر ممنوع و منهي و لکنه ليس بحرام في کتاب الله عزوجل و سنة نبيه بل مقصوده ان الناس يزعمون انه حرام و لکن ليس دليلا علي حرمته في الکتاب الکريم من اجل ذلک سأل عن الامام الکاظم لعله لم يجد لها دليلا علي حرمته من الکتاب و من هنا فتح الطريق لشربه الخمر، نهاية ما يمکن انه يتصور ان النبي نهي عنها نهيا حکوميا لا نهي تشريع و لذلک لا دليل عليه من القرآن و ما نهي عنه نهيا حکوميا لعله يمکن تغييره و تبديله.

و ما ذکره ان المکروه في الروايات هو الممنوع عنه لا ما هو محرم في الکتاب و السنة بقرينة ما ورد ان عليا لا يکره الحلال؛ ففيه المراد ان عليا لا يکره کرها لا يرضي بفعله اذ لا شک ان عليا لا يکره کره غير لزومي؛ اذ لا يعقل ان نقول ان الله يکره شيئا کراهية غير لزومية عن بعض الاشياء و علي لا يکرهه کذلک و مجرد استعمال الکراهة في هذا المقام لاجل قرينة علي الکراهة اللزومية لا يفيد ان الکراهة في جميع الموارد بهذا المعني؛ و يظهر الجواب عن سائر ما استشهد به مما ذکرناه. فالصحيح ان المراد من محلل الحرام ان يحلل شئ محرم سواء دل علي تحريمه الکتاب و السنة او روايات ائمة اهل البيت (ع) بواسطة العقد و الصلح و الشرط، فهذا ليس بنافذ.

### ج) ما هو المقصود من الکتاب؟

أن المراد من الكتاب المذكور في هذه الأخبار المستفيضة أو المتواترة أي شي‏ء حيث ذكر فيها أن كل شرط خالف كتاب اللّه فهو باطل؟ فهل المراد من الكتاب هو القرآن او المراد منه مطلق ما کتب الله علي عباده من الاحکام؟ يوجد في المسألة احتمالان:

الاول: ان المراد منه هو القرآن و يدل عليه ان الظاهر من الکتاب بحسب الفهم العرفي هو القرآن.

الثاني: ان المراد منه مطلق ما کتب الله علي عباده من الاحکام و هذا هو الصحيح و يدل علي ذلک وجوه:

الوجه الأول: أن مناسبة الحكم و الموضوع يقتضي التعميم حيث انه لا خصوصية في عدم نفوذ الشرط المخالف بين أن يكون مخالفا لحکم مذکور في القرآن او ليس بمذکور في القرآن إذ لا فرق بين أحكام الشرع و أفراد أحكامه فلا خصوصية للمخالفة مع القرآن حتى لا يكون نافذا و أما مخالف السنة فيكون نافذا، بل جميع أحكام الشارع على نسق واحد سواء كان مذكورا في القرآن أو في غيره؛ فاذن بهذه القرينة يکون مفاد تلك الاخبار هو أن كل شرط نافذ الّا شرطا خالف الحكم الشرعي.

الوجه الثاني: أن مخالفة القرآن أعمّ من أن يكون مخالفا لحكم مذكور في القرآن أن لعموم القرآن و احكامه و من الواضح أن جميع الأحكام الشرعية قد أمر في القرآن بالإطاعة بها و الإتيان بها بمقتضى قوله وَ ما آتاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ ما نَهاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا و من الواضح ان شرط ما يكون مخالفا لحكم شرع من أى حكم مخالف للقرآن كما هو واضح، فالمراد من الموافق مما يكون موافقا لحكم الشارع و لو كان مستفادا من القواعد أو كان ثابتا بالأصل الذي‏ دل عليه عموم حديث الرفع أو غير ذلك.

الوجه الثالث: ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ‏ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ وَ سِنْدِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ قَضَى عَلِيٌّ ع فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَ شَرَطَ لَهَا إِنْ هُوَ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا امْرَأَةً أَوْ هَجَرَهَا أَوِ اتَّخَذَ عَلَيْهَا سُرِّيَّةً فَهِيَ طَالِقٌ فَقَضَى فِي ذَلِكَ أَنَّ شَرْطَ اللَّهِ قَبْلَ شَرْطِكُمْ فَإِنْ شَاءَ وَفَى لَهَا بِالشَّرْطِ وَ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَ اتَّخَذَ عَلَيْهَا وَ نَكَحَ عَلَيْهَا.[[98]](#footnote-98) فان الامام بدل ان بدل ان يستدل ان الشرط المخالف للکتاب باطل يستدل بان شرط الله قبل شرطکم يعني حکم الله قبل شروطکم، من الواضح ان الحکم اعم من الکتاب بمعناه الخاص.

 و نظيره ورد ما رواه الْعَيَّاشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنِ ابْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ × فِي امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا رَجُلٌ وَ شَرَطَ عَلَيْهَا وَ عَلَى أَهْلِهَا إِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا امْرَأَةً أَوْ هَجَرَهَا أَوْ أَتَى عَلَيْهَا سُرِّيَّةً فَإِنَّهَا طَالِقٌ فَقَالَ شَرْطُ اللَّهِ قَبْلَ شَرْطِكُمْ إِنْ شَاءَ وَفَى بِشَرْطِهِ وَ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ امْرَأَتَهُ وَ نَكَحَ عَلَيْهَا وَ تَسَرَّى عَلَيْهَا وَ هَجَرَهَا إِنْ أَتَتْ بِسَبِيلِ ذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى‏ وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ وَ قَالَ أُحِلَّ لَكُمْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ- وَ قَالَ وَ اللَّاتِي تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ[[99]](#footnote-99) الْآيَةَ

### ج) هل المناط في عدم نفوذ الشرط مخالفته للکتاب او عدم موافقته له؟

قد تقدم انه ورد في بعض الاخبار ما يفيد ان المدار في نفاذ الشرط هو عدم مخالفته للکتاب و في بعض آخر ما يدل علي ان المدار هو موافقته للکتاب فعلي الاول لا يصح الشرط الذي يخالف الکتاب و علي الثاني لا يصح الشرط الذي لا يوافق الکتاب و بين المعنيين تفاوت اذ يمکن ان يکون الشرط او العقد غير موافق للکتاب و في نفس الوقت لا يکون مخالفا للقرآن فعلي الاول يکون هذا الشرط صحيحا و نافذا و علي الثاني لا يکون بنافذ لان مفادها ان کل ما لا يوافق الکتاب فهو غير نافذ؛ من هنا يطرح هذا السؤال ان المدار في عدم نفوذ الشرط المخالفة للکتاب او عدم الموافقة له؟

الصحيح باعتقادي ان المدار في عدم نفوذ الشرط هو المخالفة و ذلک اولا: ان المتفاهم العرفي من عدم الموافقة هو المخالفة مثلا عند ما يقال: فلان لا يوافقنا المقصود انه يخالفنا.

ثانيا: ان هذا العنوان لم يرد الا في صحيح ابن سنان حيث جاء فيه: وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ مِمَّا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ، هذا بمفهومه يدل علي ان المناط في عدم نفوذ الشرط هو عدم الموافقة للکتاب حيث اشترط في نفاذه الموافقة؛ لکن لا يصح هذا الاستدلال اذ في نفس الوقت جاء في هذه الرواية مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطاً مُخَالِفاً لِكِتَابِ اللَّهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَ لَا يَجُوزُ عَلَى الَّذِي اشْتُرِطَ عَلَيْهِ؛ و لا يصح ان يصدر من الشارع في رواية واحدة مناطين مختلفين في تحديد الشرط؛ فيدور الامر بين ان يکون عنوان المخالفة هو الاصل و عنوان عدم الموافقة مشيرا اليه او بالعکس؟ نحن نقول: انه بحسب المتفاهم العرفي ان المراد من عدم الموافقة هو المخالفة فيحمل عدم الموافقة علي المخالفة و لذلک جاء التعبير في الرواية تارة بالمخالفة و اخري بالموافقة؛ بالنتيجة يکون الاصل هو المخالفة. ثانيا: لو لم نقبل هذا الظهور العرفي يصير الامر مجملا يحتمل ان يکون الاصل عنوان المخالفة و عنوان الموافقة مشيرا اليه و يحتمل ان يکون الاصل عنوان عدم الموافقة و المخالفة عنوانا مشيرا اليه و لا ندري ايهما اصل و الآخر عنوان مشير اليه،

فلا يدل هذه الرواية لا علي ان المدار المخالفة و لا علي ان المدار هو عدم الموافقة بل يصير مجملا فنرجع الي سائر الروايات و عند راجعنا سائر الروايات نجد ان المناط في عدم نفاذ الشرط هو عنوان المخالفة و هذا نتيجته ان کل شرط لا يخالف کتاب الله فهو نافذ.

ثالثا: هذا کله لو حملنا الکتاب في الاخبار الواردة في الشروط علي القرآن الکريم لانه في هذا الفرض يتصور فروض ثلاثة ان يکون الشرط مخالفا للقرآن او موافقا له او لا يوافقه و لا يخالفه. و الا لو قلنا ان المراد منه مطلق الاحکام الشرعية فلا مجال لهذا البحث اذ لا يخلو الشرط و العقد اما ان يکون موافقا لحکم الله سبحانه او مخالفا له و لا يفرض فرض ثالث ان لا يکون مخالفا و لا موافقا؛ فاذن لا يتنافيان هذان العنوانان اصلا؛ و قد تقدم منا ان المراد من الکتاب في هذه الاخبار مطلق الاحکام.

### فرع استطرادي: اشتراط ترک الزواج ثانية

 يستفاد من بعض الروايات ان شرط ترک الزواج ثانية من الشرط الفاسد و يبرّره الشيخ بان الحلال لو کان علي نحو الاقتضاء و شرط علي خلافه هذا يکون محرم الحلال.

يلاحظ عليه: انه لا دليل متقن علي فساد هذا الشرط و ذلک عند ما نبحث عن الدليل علي ذلک و هو عدة من الروايات:

احدها: ما رواه محمد بن قيس عن الباقر ×؛ و لکن هذا لا يدل علي فساد اشتراط عدم الزواج مرة ثانية علي نحو شرط الفعل، بل يدل علي فساد وقوع الطلاق بمجرد زواجها مرة ثانية علي نحو شرط النتيجة.

ثانيها: ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ الْكَاهِلِيِّ عَنْ حَمَّادَةَ بِنْتِ الْحَسَنِ أُخْتِ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَذَّاءِ قَالَتْ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَ شَرَطَ لَهَا أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا وَ رَضِيَتْ أَنَّ ذَلِكَ مَهْرُهَا قَالَتْ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ × هَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ لَا يَكُونُ النِّكَاحُ إِلَّا عَلَى دِرْهَمٍ أَوْ دِرْهَمَيْنِ.[[100]](#footnote-100)‏ هذه الرواية تفيد عدم صحة ما اذا جعل المهر عدم الزواج لان المهر لا بد ان يکون من المال و لا يدل علي فساد ما اشتراط عدم الزواج مرة ثانية.

ثالثها: ما رواه الکليني عن محمد بن يحيي عن احمد بن محمد عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنْ زُرَارَةَ أَنَّ ضُرَيْساً كَانَتْ تَحْتَهُ بِنْتُ حُمْرَانَ- فَجَعَلَ لَهَا أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا وَ لَا يَتَسَرَّى أَبَداً فِي حَيَاتِهَا وَ لَا بَعْدَ مَوْتِهَا عَلَى أَنْ جَعَلَتْ لَهُ هِيَ أَنْ لَا تَتَزَوَّجَ بَعْدَهُ أَبَداً وَ جَعَلَا عَلَيْهِمَا مِنَ الْهَدْيِ وَ الْحَجِّ وَ الْبُدْنِ وَ كُلِّ مَالٍ لَهُمَا فِي الْمَسَاكِينِ إِنْ لَمْ يَفِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ثُمَّ إِنَّهُ أَتَى أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ إِنَّ لِابْنَةِ حُمْرَانَ لَحَقّاً وَ لَنْ يَحْمِلَنَا ذَلِكَ عَلَى أَنْ لَا نَقُولَ لَكَ الْحَقَّ اذْهَبْ فَتَزَوَّجْ وَ تَسَرَّ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْ‏ءٍ وَ لَيْسَ شَيْ‏ءٌ عَلَيْكَ وَ لَا عَلَيْهَا وَ لَيْسَ ذَلِكَ الَّذِي صَنَعْتُمَا بِشَيْ‏ءٍ فَجَاءَ فَتَسَرَّى وَ وُلِدَ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْلَادٌ.[[101]](#footnote-101)

الظاهر من الرواية عدم نفاذ اشتراط عدم الزواج ثانية؛ قد يجاب عنه بان هذا الشرط لم يکن شرطا ضمن العقد بل مجرد تواعد حصل بينها بعد العقد فلا يجب الوفاء به، لکن هذه الاجابة بمکان من المنع اولا: ان الشرط الابتدائي بناء علي بعض الاقوال يجب الوفاء به. ثانيا: ان هذا الجعل المتقابل بناء علي ما ذکرناه عقد لان کلا منهما جعل للآخر حقا. فاذن دلالة الرواية علي عدم نفاذ اشتراط عدم الزواج مرة ثانية تامة.

لکن يعارض ما رواه ما رواه الشيخ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورٍ بُزُرْجَ عَنْ عَبْدٍ صَالِحٍ × قَالَ قُلْتُ لَهُ إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَا لَهُ فِي التَّزْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ فَقَالَ بِئْسَ مَا صَنَعَ وَ مَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَ النَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلْيَفِ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ’ قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ‏.[[102]](#footnote-102) فان هذه الرواية تدل نفاذ اشتراط عدم الزواج مرة ثانية، و فاذن يتعارض هاتان الروايتان و يتساقطان و بعد التعارض نرجع الي عموم ادلة نفاذ الشرط.

لا يقال: ان لزوم الوفاء بالشرط في هذه الرواية لاجل کونه نذرا و هذا يختلف مورده عما اذا شرط عدم الزواج في العقد بعبارة في الواقع ليس المورد من مصاديق الشرط بل من مصاديق النذر و من الواضح انه يختلف حکم الشرط عن حکم النذر.

قلت: الظاهر ان هذا الامر قد جعل شرطا في العقد لما ورد في الذيل فليف بشرطها و لو کان مجرد نذر لما استدل الامام بعموم المومنون عند شروطهم، بالنتيجة ان الرواية تدل علي نفاذ اشتراط عدم الزواج مرة.

### اتحاد العنوانين و اختلافهما

هل ان هذين العنوانين يعني عنوان عدم المخالفة مع الکتاب و عنوان تحريم الحلال و تحليل الحرام متحدان ام لا؟ الظاهر بحسب المتفاهم العرفي ان هذين العنوانين متحدان لان المراد من الکتاب ما کتب الله علي عباده من الاحکام و المراد من الحلال و الحرام ايضا ليس الا احکام الله سبحانه؛ قال المحقق الاصفهاني في هذا المجال: و التحقيق ان الاخبار التي وقع فيها استثناء الشرط المخالف للکتاب و التي وقع استثناء الشرط المحلل و المحرم فيها بصدد امر واحد و مطلب فارد و انما التفاوت بينهما بالاجمال و التفصيل.[[103]](#footnote-103) فاذن لو کان المراد من الکتاب کما استظهرناه تبعا للسيد الخويي مطلق احکام الله سبحانه يکون النسبة بينهما التساوي. و ان کان المراد من الکتاب هو خصوص الاحکام الموجودة في القرآن الکريم يکون النسبة عموم و خصوص مطلق لان المراد من الحلال و الحرام مطلق احکام الله عزوجل.

### الشک في المخالفة للکتاب

 بعد بيان هذه المقدمة نصل الي ما هو المطلوب من انه لو شک في ان عقدا يخالف الکتاب و السنة ام لا؟ هل يجري استصحاب عدم المخالفة ام لا؟

ذکر الشيخ انه لو شک في شرط انه يخالف الکتاب ام لا؟ يستصحب عدم المخالفة للکتاب و السنة لان هذا العقد حينما لم يکن موجودا لم يکن في هذا الزمن مخالفا للکتاب، فاذن يستصحب عدم المخالفة.[[104]](#footnote-104)

يلاحظ عليه: اولا بان المخالفة او عدم المخالفة ليس وصفا لوجود الشرط بل وصف لماهيته، و ذلک لان الشرط المخالف للکتاب و السنة مثل اشتراط ضمان الودعي سواء وجد ام لا يوجد و سواء شرط في عقد او لم يشترط فهو مخالف للکتاب و السنة، مثل الجلوس فانه ضد القيام سواء وجد او لم يوجد. و اذا فرضنا ان ماهية الشرط مخالف للکتاب لا وجوده لا يجري الاستصحاب لان الاستصحاب انما يجري اذا شک الوجود ببيان ان هذا الشئ لم يکن في زمان و لم يکن مخالفا للکتاب فالآن و ان وجد لکن الاستصحاب يحکم بعدم کونه مخالفا للکتاب، و لکن حيث ان المخالفة وصف لماهية الشرط فلا يفرض زمان لم يکن هذه الماهية متحققة لان الماهيات ازلية في صقع الواقع، فاذن لا حالة سابقة عدمية لهذا الشرط فلا يتم ارکان الاستصحاب.

ان قلت: نفترض ان شرط المخالفة او عدم المخالفة وصف لماهية الشرط فلا حالة سابقة عدمية لها فلا يجري الاستصحاب، لکنا نفترض الحالة السابقة في جانب الکتاب فنقول: ان هذا الشرط لم يکن مخالفا للکتاب في زمن لم يکن کتاب فالآن ايضا ليس بمخالف فاذن يجري الاستصحاب.

قلت: قد تقدم ان المراد من الکتاب ليس خصوص القرآن الکريم حتي يفترض انه لم يکن قبل زمن النبي الخاتم ’ و لم يکن الشرط مخالفا له فالآن کذلک؛ بل المراد منه ما کتب الله سبحانه علي عباده من احکامه و مواقفه سواء کان موقفه ايجابيا او سلبيا؛ و الحکم بهذا المعني ليس له حالة سابقة عدمية و لا يصدق عليه انه لم يکن في زمان ثم کان بل الشارع کان له في کل زمان موقف و حکم و ذلک لان روح الحکم هو الارادة و الکراهة و لا ريب في ان الشارع کان له کراهة و بغض لبعض الامور و يکفي في تنجز الاحکام مجرد الاحتمال فاذن لا يجري استصحاب عدم المخالفة للکتاب.

 ان قلت: ان هذا حکم شأني لا فعلي و الحکم الشأني لا يؤثر في التنجيز و التعذير. قلت: ان الحکم السلبي لا يحتاج الي الجعل و الاعتبار و يکفي عدم الجعل و في المقام ايضا لعل موقف الشارع ان الله يريد ان لا يکون الودعي ضامنا فيکون هذا الشرط مخالفا لهذا الموقف.

ثانيا: بما ذکره المحقق النائيني من أن المراد من عدم المخالفة للکتاب و السنة ان کان هو العدم النعتي فليس له حالة سابقه إذ في أي زمان كان هذا الشرط و لم يتصف بعدم كونه مخالفا للكتاب و السنة و ذلك لأنه في العدم النعتي لا بدّ و أن يوجد الموضوع بدون النعت ليكون مسبوقا بالعدم النعتي، حتى يمكن استصحاب عدم هذا النعت عند الشك في اتصاف ذلك الموضوع بهذا النعت العدمي، و ان كان المراد من العدم العدم المحمولي الازلي، فهو و ان كان له حالة سابقه قبل الشرع و بعده بمقدار من الزمان؛ لکن جريان الاستصحاب العدم الازلي بمکان من المنع[[105]](#footnote-105) کما اختاره الشيخ نفسه في رسائله[[106]](#footnote-106).

يلاحظ عليه: ان هذا الاشکال بمکان من المنع فان هذا الاستصحاب ليس استصحابا عدما ازليا بل استصحاب عدم نعتي لان ماهية هذا الشرط کانت متحققة في زمان لازلية الماهيات و لم تکن في هذا الزمن مخالفة لحکم الاسلام، و عند الشک في تحقق هذه المخالفة يستصحب عدم المخالفة للکتاب؛ فاذن لا يستشکل عليه انه استصحاب عدم ازلي بل استصحاب عدم نعتي.

بعبارة نحن مختارون في ان نختار احد الامرين اما ان نقول ان هذا الاستصحاب ليس له حالة سابقة متقينة لعل هذا الشرط مخالف لموقف الله سبحانه من الازل فلا يتم ارکان الاستصحاب، و اما نقول بان له حالة سابقة متيقنة فلا بد من قبول جريان هذا الاستصحاب؛ لان هذا استصحاب عدم نعتي و لا اشکال في جريانه عند الکل و لا يکون المقام من استصحاب العدم الازلي لان ماهية هذا الشرط کان و لم يکن مخالفا لحکم الله سبحانه؛ من الواضح ان هذا الاستصحاب استصحاب عدم النعتي لا استصحاب العدم الازلي.

ثالثا: ما ذکره السيد الخويي من انه حتي لو قلنا بجريان الاستصحاب العدم الازلي لا يجري في المقام لا لاجل کونه استصحابا عدما ازليا بل لعدم وصول النوبة اليه و ذلک انه مع جريان الاصل الحاکم لا تصل النوبة الي الاصل المحکوم و في المقام ان الشک في المخالفة و عدمه ينشأ من الشک في الحکم؟ اذ لو علم الحکم لا يشک في المخالفة و عدمها، ففي الرتبة السابقة لا بد من اجراء الاصل في الحکم و هذا الحکم تارة يکون حکما تکليفيا و اخري حکما وضعيا فان کان حکما تکليفيا فان کان له حالة سابقة يجري الاستصحاب و ان لم يکن له حالة سابقة يجري البرائة و الحل. و ان کان حکما وضعيا فالاصل فيه الفساد، و بسبب جريان الاصل في الحکم يتحقق موضوع الشرط من انه مخالف له او ليس بمخالف فان کان مخالفا فلا ينفذ هذا الشرط لعدم نفاذ کل شرط خالف حکم الله و ان لم يکن مخالفا فينفذ هذا الشرط؛ و مع جريان الاصل لا تصل النوبة الي جريان الاستصحاب الي عدم المخالفة لانه اصل محکوم و لو اجري فيه لادي في بعض الموارد الي نتايج غريبة مثل ما لو اشترط في العقد ان يجامع زوجته في الحيض بعد انقطاع الدم قبل الاغتسال، فانه علي اساس استصحاب عدم المخالفة للکتاب يصح هذا الشرط، و لکن في نفس الوقت ندري انه لو لم يکن هذا الاستصحاب لکان حراما عليه الاجتماع لاستصحاب حرمة المجامعة الثابتة قبل الاغتسال، و من الواضح ان امرا واحدا لا يقبل حکمين في مثل هذه الموارد ان يکون حراما من دون الشرط و جائزا مع الشرط و هذا يکشف عن الخلل في الاستنباط و هذا ليس الا ناشئا من جريان استصحاب عدم المخالفة و لو اجرينا الاستصحاب في نفس الموضوع ثم نرتب عليه حکم الشرط فان کان مخالفا للحکم الثابت بالاستصحاب قلنا بعدم نفوذه و ان کان لا يخالفه قلنا بنفوذه لا يلزم هذا التهافت.[[107]](#footnote-107)

بعبارة ان الموضوع لو کان مرکبا من جزئين و شککنا في احد الجزئين يجري الاستصحاب في نفس هذا الجزء المشکوک لا في المرکب مثلا ورد في دليل ان کل دم نجس و في دليل آخر ان دم ما لا نفس سائلة له ليس بنجس؛ و الموضوع للخاص مرکب من حيوان لم يکن له نفس سائلة فاذن عند ما شککنا في دم هل هي دم ما لا نفس سائلة له ام لا؟ لا يصح ان يجري الاستصحاب في نفس الدم و يقال: ان هذا الدم لم يکن قبل وجوده دم سائلة فالآن کذلک؛ بل لا بد من اجرائه في الجزء المشکوک من هذا العنوان الخاص ان هذا دم حيوان و ليس لذلک الحيوان دم سائلة لان الشک في الجزء المشکوک فان کونه دم حيوان محرز بالوجدان و المشکوک کونه من حيوان له دم سائلة ام لا؟ فيستصحب عدم هذا الجزء المشکوک و هو عدم کونه دم حيوان له ليس له نفس سائلة؛ و بهذا الاستصحاب يثبت حکم الخاص.

و في المقام ان الموضوع لنفوذ الشرط هو عدم کون الشرط مخالفا للکتاب و هذا العنوان المأخوذ في الموضوع مرکب من امرين: احدهما عدم المخالفة و ثانيهما: الکتاب، و قد تقدم منا و هو مختار السيد الخويي ان المراد من الکتاب هو الحکم الشرعي، فلو شک في شرط هل هو مخالف للکتاب ام ليس بمخالف؟ لا يصح ان يجري الاصل في المرکب و هو عدم المخالفة للکتاب؛ بل يجري في الجزء المشکوک و هو الحکم الشرعي لان المخالفة لشئ محرز بالوجدان و انما الشک في الحکم الشرعي، فان کان الشک في الحکم التکليفي مثل ما لو شک في حرمة شئ و حليته، فان کان حراما لا يصح اشتراطه و ان کان حلالا يصح اشتراطه فيشک في صحة الاشتراط ففي مثل هذا المورد فامّا ان يكون حالته السابقة هي الحلية، فيستصحب بقاء الحليّه و اما الحرمة، فنستصحب الحرمة. و ان لم يکن له حالة سابقة تجري اصالة البرائة و الحل؛ فينقح بذلک موضوع الحكم و يترتب عليه حكم الشرط.

و ان کان الشک في الحکم الوضعي مثل ما لو شککنا في صحة شئ و بطلانه، فالاصل في كلّ حكم وضعي هو الفساد و لا محالة يکون اشتراطه فاسدا؛ مثل ما لو شک في ضمان الودعي يستصحب عدم الضمان و لو اشترط هذا الشرط؟ يثبت بالاستصحاب عدم الضمان و يترتب عليه حکم الشرط من عدم کونه مخالفا للکتاب و لو اشترط خلافه لا يکون نافذا.

بعبارة ثالثة انه عند الشک في مخالفة الشرط للحکم الشرعي، لا تصل النوبة الي جريان اصالة عدم مخالفة الشرط للحکم الشرعي بل لا بد ان نري ما يقتضيه الاصل في محتوي الحکم الشرعي، و الاصل في الاحکام الوضعية يقتضي الفساد و عدم ترتب الاثر؛ کشرط ضمان الودعي في العقد فاستصحاب عدم ضمان الودعي حاکم علي استصحاب عدم مخالفة الشرط لضمان الودعي، و اذا اثبتنا عدم الضمان يثبت ان شرط الضمان مخالف للکتاب.[[108]](#footnote-108)

اعترض الشيخ الوحيد ان العام لو خصص بمخصص يصير العام معنونا بعدم عنوان الخاص مثلا لو ورد اکرم العلماء ثم ورد مخصص لا تکرم الفساق منهم لا محالة يصير العام معنونا بعنوان العلماء غير الفاسق، و لو شک في العنوان الخاص فتارة يکون الشبهة مفهومية فالمرجع هو العام لو کان المخصص منفصلا و اخري يکون الشبهة مصداقية لا ندري ان هذا الشخص من العلماء الفاسق او من غير الفساق منهم، فالمرجع في تنقيح الموضوع هو الاصل. و في المقام ورد عام «المومنون عند شروطهم» و ورد مخصص «الا شرطا خالف الکتاب» فيصير العام معنونا بعنوان عدم المخالفة مع الکتاب، و لو شک في شئ هل انه مخالف للکتاب فتارة يکون الشک بلحاظ الشرط و اخري لا بلحاظ الشرط، فان کان الشک في موضوع مع غض النظر عن الشرط فهنا يمکن تنقيح الموضوع بالاصل، و ان کان الشک في الموضوع بلحاظ الشرط و لا ندري هل ان الموضوع بنحو يتغير بالشرط او بنحو لا يتغير بالشرط؟ ففي هذا المورد لا يوجد اصل ينقح هذا الموضوع انه بنحو يتغير بالشرط او لا يتغير؟ بل لا بد من جريان الاصل في الموضوع الذي شک فيه و هو ان الموضوع بنحو يتغير بالشرط او لا يتغير بالشرط؟ يعني ان الحکم جعل بنحو الاقتضاء او بنحو العلية، و هذا الشک مرجعه الي ان الشرط مخالف للکتاب ام لا؟ و هذا الموضوع لا يمکن تنقيحه الا باحد الوجهين:

1. اجراء اصالة عدم المخالفة للکتاب المذکور في عنوان الدليل.

2. اجراء اصالة عدم كون الحكم علي نحوالاطلاق. و لكن كان الاشكال الاساسي علي هذا الاصل انّه من لوازم عنوان المأخوذ في الدليل، يعني عدم المخالفة.[[109]](#footnote-109)

اقول: ان مقصوده من عدم جريان الاصل الذي ينقح موضوع الشرط مثلا في المثال الذي ذکرناه هو عدم جريان اصالة عدم ضمان الودعي لا يخلو من احد امرين:

الاول: ان يکون مقصوده انه لا يجري استصحاب الحکم السابق بعد الشرط مثلا استصحاب عدم ضمان الودعي في المثال المذکور لا ينقح الموضوع لانه اصل مثبت و ذلک ذلک لانا نستصحب عدم الضمان و نستنتج ان هذا الشرط مخالف للکتاب ثم يترتب الاثر علي عدم المخالفة لا علي عدم الضمان فيکون من الاصل المثبت.

الثاني: ان يکون مقصوده انه لا يجري استصحاب بقاء الحکم السابق بعد الشرط باعتبار ان هذا اصل حکمي و مع جريان الاصل في الموضوع لا تصل النوبة اليه؛ و ذلک استصحاب بقاء الحکم السابق بعد الشرط او عبر استصحاب عدم ضمان الودعي في المثال المذکور ليس الا عبارة عن عدم نفاذ هذا الشرط، من الواضح ان نفاذ الشرط و عدم نفاذه حکم سواء اقتنص بالامارة او بالاستصحاب، و الاستصحاب الحکمي في الرتبة المتأخرة عن جريان الاصل في الموضوع فاذن نحن نجري الاصل في الموضوع و هو عدم المخالفة للکتاب.

يلاحظ علي الاول يعني عدم جريانه لاجل کونه من الاصل المثبت اولا: ان ليس هذا من الاصل المثبت لان المخالفة للحکم عند السيد الخويي اعم من المخالفة للحکم الظاهري و المخالفة للحکم الواقعي، هذا ما يستفاد من بيانه ذيل ما ورد: من فاتته فريضة فليقضها؛ بان الفوت اعم من الفوت واقعا او الفوت ظاهرا، و علي اساسه قال: بانه سواء فات الفريضة واقعا و هو يعلم بها يجب عليه الاتيان او فات عنه الفريضة مثل ما اذا لم يدر انه اتي بالفريضة ام لا؟ و استصحب عدم الاتيان ففي هذا الفرض ايضا يجب الاتيان. و في المقام ايضا ان عنوان محلل الحرام اعم من الحرام الظاهري و الواقعي؛ فعند ما يستصحب عدم الضمان يثبت به حکم ظاهري فيکون المخالف له مخالفا لحکم شرعي ظاهري.

ثانيا: لو سلمنا ان المراد من الحکم الشرعي هو الواقعي و لکن اذا کان الموضوع مرکبا يقتنص الموضوع من ضم الوجدان الي الاصل و في المقام ندري کونه مخالفا لشئ و لا ندري الحکم فنحرز الجزء الآخر بالاستصحاب.

يلاحظ علي الثاني: ان السيد الخويي لم يجر الاستصحاب في الحکم بل اجري في الموضوع؛ و ذلک انه يحتمل في «المسلمون عند شروطهم» احتمالان: الاول: ان يکون مفاده وجوب الوفاء بالشرط. الثاني: ان يکون مفاده نفود الشرط و لا يرد الاشکال علي کلا الاحتمالين؛ اما بناء علي الاول فمن الواضح ان السيد الخويي لم يجر استصحاب عدم وجوب الوفاء بالشرط بل اجري استصحاب عدم الضمان و هذا اين من وجوب الوفاء بالشرط الذي لا يخالف الکتاب. اما بناء علي الثاني فايضا لم يجر الاستصحاب في الحکم لان مفاد الرواية: ان الشرط سبب صحيح للنقل و الانتقال و يدفع توهم عدم کونه سببا صحيحا لذلک لکن هذا شريطة ان يکون محتوي الشرط مشروعا و لا طريق الي کشفه الا من الخارج، و ليس بصدد بيان انه سبب تام للنقل و الانتقال علي الاطلاق سواء کان المحتوي مشروعا او لم يکن بمشروع.

من هنا يريد السيد الخويي ان استصحاب عدم ضمان الودعي يعين موضوع هذا الشرط و ينقح موضوعه من حيث کونه مشروعا او غير مشروع؛ من الواضح ان هذا الاصل بالنسبة الي نفوذ الشرط و عدمه نفوذه اصل موضوعي. و کان الشيخ الوحيد توهم ان السيد الخويي يريد ان يجري اصالة عدم نفوذ الشرط عند الشک في ان الشرط نافذ او ليس بنافذ؟ و حکم بانه اصل حکمي لان النفوذ و عدم النفوذ من الاحکام المترتبة علي الشرط فحاول ان يجري الاصل في الموضوع و هو المخالفة و عدم المخالفة للکتاب، ان هذا من ذاک؟ ليس مقصود السيد الخويي من استصحاب عدم ضمان الودعي حسب المثال الذي ذکرناه هو نفس عدم نفاذ الشرط، بل هذا الاصل في الرتبة السابقة علي نفاذ الشرط و عدمه فان هذا الاصل ينقح موضوع الشرط و يعين ان الشرط مخالف للکتاب او ليس بمخالف للکتاب، و حيث ان الاصل الجاري في المثال عدم الضمان فيکون شرط الضمان مخالفا للکتاب يعني لحکم الله سبحانه. بالنتيجة حسب ما قررناه لم يجر السيد الخويي استصحاب عدم نفوذ الشرط و هو اصل حکمي بل اجري استصحاب عدم ضمان الودعي و هذا في رتبة الموضوع للشرط[[110]](#footnote-110).

نعم ذکر السيد الخويي انه لو اردنا ان نعلم ان الشرط مخالف للکتاب او ليس بمخالف فيلاحظ حال المشروط قبل الشرط فان کان المشروط مع غض النظر عن الشرط له حکم لا يوافق الشرط فيکون الشرط مخالفا للکتاب و ان کان المشروط مع غض النظر عن الشرط له حکم لا يخالف الشرط فلا يکون الشرط مخالفا مخالفا للکتاب. قال: أن المراد من مخالف الكتاب هو المخالف لو لا الشرط[[111]](#footnote-111)

فيه مسامحة المراد من الشرط المخالف للکتاب هو المخالف مع قطع النظر عن الشرط؛ بل المراد هو المخالفة للحکم الشرعي بعد الاشتراط لا قبله؛ اذ يمکن ان يکون الشئ حراما قبل الشرط لا بعده مثل ما لو اشترط عدم تورث الزوجة في عقد النکاح فانه يثبت ذلک باستصحاب عدم تورث الزوجة من الزوج قبل موته فالآن کذلک. مثل ما لو نذر ان يحرم قبل الميقات فانه لو لم ينذر لکان حراما و لکن ننظر اليه بعد الاشتراط هل يکون حراما ام لا؟. کذلک مثل التورية فانه حرام قبل الاشتراط و لکنه يحلل بالاشتراط. فاذن لا بد ان نري ان المشروط في فرض تحقق الشرط مشروع ام لا؟ بمعني انا لا نجري الاستصحاب في فرض جريان دليل الشرط بل نفرض وجود الشرط انه لو تحقق الشرط هل يکون المشروط مشروعا ام لا؟ و لو ثبت انه مشروع نتمسک بعموم المومنون عند شروطهم.

تلخيص و تعميق

تحصل مما ذکرناه ان الشک في العقد تارة يکون من ناحية محتوي العقد و اخري من ناحية الشکل؛ فان کان الشک في اعتبار شکل خاص في العقد فهذا يرفض باطلاق اوفوا بالعقود؛ و ان کان الشک في محتوي العقد فلا يصح التمسک بعموم اوفوا بالعقود؛ و ذلک اولا لان اوفوا بالعقود منصرف الي ما اذا کان محتوي العقد مشروعا واقعا و اذا شک في المشروعية يکون من التمسک بالشبهة المصداقية للعام؛ مضافا وجود الدليل الاثباتي و هو يدل علي ان الشرط و الصلح و کذلک العقد المخالف للکتاب و المحلل للحرام و المحرم للحلال ليس بنافذ فعليه لو شک في مخالفته للکتاب يکون من الشبهة المصداقية للمخصص المنفصل و في مثله لا يصح التمسک بالعام بناء علي المبني المختار خلافا للسيد اليزدي.

لکن هنا يوجد اشکالان:

الاول: ما يرتبط بالشک في کيفية ابراز العقد؛ ذکر السيد الزنجاني ان عموم اوفوا بالعقود منصرف عن صحة العقد؛ و ذلک لان اوفوا بالعقود ليس بصدد بيان صحة العقد و قد افترضها مفروغا عنه و انما هي بصدد البيان من جهة وجوب الوفاء بالعقد، فاذا لم يکن بصدد البيان من جهة صحة العقد لا يفيد الصحة في ما اذا شک في صحته سواء کان الشک من جهة الشک في محتوي العقد او من جهة الشک في اعتبار کيفية خاصة في ابراز العقد.

يلاحظ عليه: ان وزان اوفوا بالعقود وزان اوفوا بالوعد فکما انه يصح التمسک باوفوا بالوعد اذا شک في صحة الوعد من جهة اعتبار کيفية خاصة في ابراز الوعد بخلاف ما اذا شک في صحة الوعد من جهة الشک في صحته من جهة محتواه مثل ما اذا کان الوعد مخالفا لحکم الشرع فان الخطاب منصرف عنه؛ فکذلک اوفوا بالعقود لو شک في صحته من جهة اعتبار کيفية خاصة في ابراز العقد يصح التمسک به و لا يصح التمسک به لو شک في صحة العقد من جهة محتوي العقد[[112]](#footnote-112).

الثاني: ما يرتبط بمحتوي العقد؛ ذکر السيد الصدر انه يمکن التمسک بعموم اوفوا بالعقود فيما اذا شک في مشروعية العقد فيما اذا کانت الشبهة المصداقية حکمية و ذلک إن المختار في مسألة التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للعنوان الخارج بالتخصيص هو التفصيل، و حاصله: إن الفرد المشكوك في كونه فردا للعنوان الخارج بالتخصيص: تارة يفرض أن نسبة المولى إلى الشك فيه بما هو مولى كنسبة المكلف بحيث لا يكون لمولوية المولى دخل في نفى الشك، كما إذا قيل «أكرم كل عالم» و قيل «لا تكرم فساق العلماء» و شك في عالم أنه فاسق أولا، فهنا ليس من شأن المولى بما هو مولى أن يكون عالما بواقع حال هذا الفرد، بل نسبته بما هو مولى- لا بما هو علام الغيوب- إلى حال هذا الفرد كنسبة المكلف. و أخرى يكون حال المولى بما هو مولى بالنسبة إلى الفرد المشكوك مختلفا عن حال المكلف، بمعنى أن نفس مولوية المولى تقتضي أن يكون أعرف بحال ذلك الفرد، كما لو كانت الشبهة المصداقية لدليل التخصيص شبهة حكمية في نفسها، فان المولى بحكم كونه مولى أعرف بحكم الشبهة الحكمية، كما إذا قيل «كل بيع صحيح» و قيل في دليل مخصص «ان البيع إذا وقع في وقت وجوب صلاة الجمعة على البائع فلا يصح»، و شك في أن البائع المسافر هل تجب عليه صلاة الجمعة أو لا؟. فهذه شبهة حكمية في نفسها و لكنها شبهة مصداقية بالنسبة إلى دليل التخصيص. و عدم جواز التمسك بالعام المخصص في الشبهة المصداقية الدليل التخصيص يختص بالنحو الأول، لأن نكتة عدم الجواز لا تنطبق إلا عليه. و أما في النحو الثاني من الشبهة المصداقية فيجوز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية علي ما اخترناه في علم الاصول.

و وضح السيد الهاشمي نکتة ذلک الفرق في تعليقته علي البحوث مستفيدا من مباني استاذه: ان الشبهة ان کانت متمحضة في المصداقية لا يصح التمسک بالعام كما في مثل «أكرم كل عالم» الذي خصص بالمنفصل بغير الفساق، و شك في عالم هل هو فاسق أم لا، فإنه لا يجوز فيه التمسك بعموم «أكرم كل عالم» لإثبات وجوب إكرام الفرد المشكوك في عدالته و فسقه. فان المانع أن خطاب «أكرم كل عالم» لو أراد الدلالة على وجوب إكرام الفرد المشكوك في عدالته و فسقه، فهل يدل على وجوب إكرامه و لو كان فاسقا، بأن يدل على وجوب إكرامه لأنه عالم سواء كان فاسقا في الواقع أم عادلا، أو يدل على وجوب إكرامه لأنه عادل، بأن يدل مطابقة على وجوب إكرامه و التزاما على أنه عادل؟. فهناك نحوان من وجوب الإكرام يتصور ثبوتهما للفرد المشكوك، و كلاهما لا يمكن إثباته بالعام. أما النحو الأول: فلأنه يقطع بعدمه بعد ورود المخصص الدال على أن موضوع الحكم ليس هو العالم فقط، بل العالم العادل، فلو كان الحكم ثابتا على الفرد المشكوك فلا بد و أن يكون بعنوان أنه عالم عادل. و أما النحو الثاني: بأن يتمسك بظهور العام و شموله للفرد المشكوك لإثبات وجوب الإكرام بالمدلول المطابقي و استكشاف أنه وجوب بملاك كونه عادلا، فيكون إخبارا عن تحقق موضوع الحكم بالمدلول الالتزامي. فهذا أيضا غير صحيح، لأن الشارع عند بيانه للأحكام على نحو القضايا الحقيقية ليس في مقام الإخبار عن تحقق أفراد الموضوع خارجا و أن زيدا عالم عادل أم فاسق، فإنه ليس إلا في مقام تشريع أصل الحكم و جعله على موضوعه بنحو القضية الحقيقية، فهو في هذا المقام لا يعلم بعدالة زيد أو فسقه حتى يخبر عن تحققها. نعم ربما يعلم بذلك من باب أنه عالم بالغيب و لكن هذا ليس البناء على إعماله في مقام بيان الأحكام الشرعية، فالشارع‏ بما هو متكلم بالكلام العام لا يمتاز عنا في تشخيص الموضوعات حتى يكون في كلامه ظهور في أنه يثبت وجوب الإكرام له لأنه عادل، فنسبة المولى إلى هذه الجهة كنسبتنا إليها تماما، فكما نشك في وجوب إكرامه لكونه عادلا كذلك المولى شاك في ذلك، فلا يمكن التمسك بخطابه لإثبات هذا النحو من الوجوب. فكلا النحوين من الحكم لا يمكن إثباته للفرد المشكوك و ليس في المقام نحو ثالث من الوجوب حتى يثبت بالعام.

هذا الوجه مخصوص بما إذا كانت الشبهة ذات اعتبار واحد، بحيث تكون نسبة المولى إليها كنسبتنا إليها. و أما إذا كانت الشبهة المصداقية للمخصص ذا اعتبارين: اعتبار کونه شبهة مصداقية للمخصص و اعتبار کونه شبهة حکمية كما في مثال البيع الذي يشک في صحته و فساده بنحو الشبهة الحکمية من جهة کون البائع مسافرا في يوم الجمعة؛ فلا يتم فيها هذا البيان، بل يكون ظهور العام الدال علي صحة کل بيع شاملا للفرد المشکوک و دالا بالالتزام علي صحة هذا البيع، لأن بيان الشبهة الحكمية من وظيفة المولى نفسه، فهو بما هو مولى أعرف بحدودها و شئونها، و ليست نسبتها اليه كنسبتها إلينا. و المفروض أن خطاب المولى ظاهر بنفسه في شمول هذا الفرد المشكوك و إثبات حكم العام له، لأن العموم يثبت الحكم على كل فرد فرد بحيث يكون الشك في خروج فرد شكا في تخصيص زائد، فلا بأس ان يتمسك بأصالة العموم و عدم التخصيص الزائد، و يكون دالا بالتزام على تحقق الموضوع- و هو الصحة- فيه، و أن ثبوت الحكم انما هو لكونه واجدا للموضوع، بعد أن كان أمر هذا الموضوع بيد المولى نفسه جعلا و رفعا و سعة و ضيقا.

هذا كله في العام، و أما الخطاب المطلق الذي وقع الشك فيه بنحو الشبهة المصداقية بينه و بين مقيده فلا يتم في حقه هذا البيان، باعتبار أن المطلق ليس فيه دلالة على ثبوت الحكم لكل فرد فرد من أفراد الموضوع كي يتمسك بهذا الظهور بالنسبة إلى الفرد المشكوك.[[113]](#footnote-113)

قد تقدم نظير هذه الشبهة عن بعض الاعلام مع فارق و هو ان السيد الصدر يخص جواز التمسک بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص اذا کان الشبهة حکمية بخصوص العام و الخاص و لا يقول ذلک في المطلق و المقيد و ما ذکره بعض الاعلام لا يخصه بالعام مضافا الي انه لا يفرق بين ما اذا کان الشبهة المصداقية حکمية او کانت شبهة مصداقية محضة.

لو اردنا ان نطبق هذا الکلام في المقام نقول: ان اوفوا بالعقود يدل علي ان کل بيع يجب الوفاء به و من جهة اخري دل المخصص المنفصل علي ان العقد المخالف للکتاب ليس بواجب الوفاء؛ و لو شک في عقد من ناحية محتواه مثل عقد التأمين انه صحيح يجب الوفاء به ام لا؟ يصح التمسک باوفوا بالعقود لان مرجع مثل هذا الشک هو الشارع و هي شبهة حکمية. فاذن فيما اذا علمنا عدم المشروعية المحتوي لا نتمسک باوفوا بالعقود و اما اذا لم نعلم نتمسک باوفوا بالعقود.

يلاحظ عليه اولا: انه لا يصح التمسک باوفوا بالعقود في موارد الشک في محتوي العقد مطلقا و ذلک اولا للانصراف يعني ان اوفوا بالعقود منصرف عن العقود التي لا تکون محتواها مشروعا بل منصرف عما اذا کان مخالفا للوظيفة العقلية الشرعية بالنسبة الي الشارع يعني حتي لو کان العقد محتواه مشروعا و لکن کان مخالفا لحکم العقل مثل ما اذا کان مخالفا للاحتياط الواجب مثل الاجارة علي حلق اللحية؛ فاذا کان منصرفا عن مثل ذلک يکون الموارد المشکوکة من الشبهة المصداقية لنفس العام و لم يقل احد بجواز التمسک بالعام في الشبهة المصداقية لنفس العام.

ثانيا: لو سلمنا عدم الانصراف و قلنا ان الدليل المنفصل دل علي اخراج العقود المخالف للکتاب ايضا لا يصح هذا التفصيل و ذلک يتضح من خلال مثال انه لو قال المولي اکرم جيراني و لم يقيده بقيد و لم يخصصه بامر و لکن العبد يعلم ان المولي لا يکرم النواصب؛ فهنا لا يصح للعبد ان لا يکرم بعض جيرانه لاحتمال کونه ناصبيا لان عدم التخصيص يفيد ان المولي تصدي لتطبيق هذا المفهوم علي المصاديق؛ هذا بخلاف ما لو قال: اکرم جيراني و قال: لا تکرم النواصب؛ فانه في هذا الفرض لو شک العبد في احد جيرانه لا يصح له التمسک بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص لان ذکر المخصص المنفصل قرينة علي ان المولي لم يتصد بنفسه تطبيق العام علي مصاديقه؛ و المقام من هذا القبيل اذ المفروض انه ورد دليل اوفوا بالعقود او ان کل بيع نافذ و دليل آخر کمخصص منفصل علي ان البيع وقت النداء ليس بنافذ و ان البيع الذي يخالف الکتاب ليس بنافذ؛ هذا معناه ان المولي لم يتصد تطبيق العام علي مصاديقه بل انشأ العام و الخاص کقضية حقيقية اوکل تطبيق هذا العام الي العرف و من الواضح ان العرف في مثل هذا المقام لا يرجع الي العام بنفس البيان الذي لا يرجع الي العام في الشبهة المصداقية المحضة.

و يشهد لذلک ان المولي لو قال في خطاب واحد کل بيع نافذ الا وقت النداء لا يصح التمسک بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص المتصل هذا لا خلاف فيه؛ فليکن الامر في المخصص المنفصل کذلک خصوصا بالتوجه الي ان المخصص المنفصل يوجب ان يقيد المراد الجدي للمولي و يصير النتيجة ان کل بيع نافذ الا ما يکون وقت النداء و في مثله من الواضح انه لا يمکن التمسک بالعام في الشبهة المصداقية للخاص.

ثالثا: ان ما ذکره السيد الصدر من التفصيل بين العام و الاطلاق غير تام اذ لا فرق بين العام و المطلق في هذا المقام فانه في کلتا الصورتين تکون الحکم علي نسق واحد.

تکميل

ان ما ذکرناه من جواز التمسک بعموم اوفوا بالعقود فيما اذا شک في کيفية ابراز العقد لا يصح في جميع الموارد بل يوجد موارد لا يمکن التمسک به او يحتمل عدم صحة التمسک به:

منها؛ التمسک بعمومها لاثبات النکاح المعاطاتي و ذلک ان الآية الکريمة تدل علي وجوب الوفاء بالعقد؛ انما يصح التمسک به فيما اذا شک في وجوب الوفاء به و عدم وجوب الوفاء به فالاية تدل علي وجوب الوفاء به مثل البيع المعاطاتي فانه لو صح يجب الوفاء به و لو لم يصح لا يجب الوفاء و لکن لا يحرم التصرف في المبيع؛ و لکن فيما اذا کان الشک في حرمة الوفاء بالعقد فلا تدل الآية علي وجوب الوفاء به لانصراف الآية الکريمة عما اذا کان الشک في حرمة الوفاء به و وجوبه. و النکاح المعاطاتي من هذا القبيل فانه يوجد فيه شبهة حرمة الوفاء بالعقد و لا يدل الآية الکريمة في مثل ذلک علي وجوب الوفاء به. بعبارة انه يصح التمسک بالآية الکريمة فيما اذا کان المورد من موارد دوران الامر بين الوجوب و عدم لا فيما اذا کان من موارد دوران الامر بين الوجوب و التحريم؛ و النکاح المعاطاتي من هذا القبيل اذ لو لم ينعقد العقد لا يتحقق الزوجية فيحرم الوفاء بالعقد.

منها؛ النکاح من طريق الهاتف و کذلک کل عقد نحتمل في کيفية ابرازه خصوصية؛ و ذلک لان العقود التي اعتبر الشارع فيها شکلا خاصا يوجد هذا الاشکال و هو ان الاطلاق و العموم فرع امکان التقييد و التخصيص و اما اذا لم يمکن التقييد و التخصيص بحسب المتعارف لا يمکن کشف مراد الشارع من طريق الاطلاق و العموم اذ يحتمل کون المراد للشارع هو المقيد و لکن لم يمکنه التقييد فاطلقه و من مثل هذا الاطلاق لا يستکشف المراد انه هو الاطلاق؛ و النکاح من طريق الهاتف من هذا القبيل فانه لم يکن لمثل هذا الفرد مصداق و نظير فلا يمکن للشارع بحسب البيان المتعارف بيان القيد فلا يدل اطلاق اوفوا بالعقود علي صحة مثل العقود.

لا يقال: انه بامکان الشارع ان يقيد مراده بقيد يفيد عدم صحة العقد من طريق الهاتف.

قلت: المفروض ان الشارع يبين احکامه من طريق المتعارف و اذا راجعنا الي ذلک الزمن نجد انه ما امکن للشارع ان يقيد الاطلاقات و العمومات بمثل هذه التقييدات بالاشکال المستحدثة في هذا الزمن، فاذن لا يصح التمسک بالاطلاق لاثبات صحة مثل هذه العقود التي نحتمل فيها اعتبار شکل خاص في کيفية ابرازها.

نعم في کثير من العقود لا نحتمل فقهيا الفرق بين العقد من دون واسطة و بين العقد من طريق الهاتف فيمکن القول بصحته کالبيع؛ و لا يبعد القول بعدم الفرق بين النکاح من دون واسطة و بين النکاح من طريق الهاتف لالغاء الخصوصية عند العرف؛ و لکن في التمسک بالاطلاق کما ذکرناه اشکال.

منها؛ ايقاع النکاح بايجاد الصوت من دون ان يتلفظ به فانه بنفس البيان المتقدم لا يمکن اثبات صحته من طريق اوفوا بالعقود.

### الثاني: احل الله البيع

من الآيات التي يمکن الاستدلال بها علي عدم اعتبار صياغة خاصة في ابراز العقد قوله تعالي: احل الله البيع بتقريب ان حلية البيع يساوي حلية مطلق البيع باي لفظ و صياغة کان سواء کان باللفظ او بالکتابة او بالفعل. هذا و ان کان خاصا بالبيع الا انه يتعدي الي غيره مما لا يحتمل الفرق بينه و بين البيع لالغاء الخصوصية عن البيع عند العرف.

الاشکال الاول

ان اسامي المعاملات لو کانت اسما للاعم صح التمسک باطلاق ادلة المعاملات؛ اما لو کانت اسما للصحيح فالتمسک باطلاقها مشکل لان الشک في الصحة يعني الشک في موضوع الدليل فلا ندري ان هذا الفرد من مصاديق هذا الدليل العام او المطلق ام لا؟؛ فيصبح التمسک به تمسکا بالعام في الشبهة المصداقية لنفس العام و هذا لا يجوز قطعا؛ هذا قد نجد بعض علمائنا السابقين ذهب الي هذا القول كالشهيد الاول و الثاني و يستدل ثاني الشهيدين علي ذلک بالتبادر و صحة السلب عن الفاسد و بانه لو اقر شخص اني بعت داري من زيد ثم قال ان مقصودي البيع الفاسد لم يسمع منه هذا يعني ان البيع وضع للصحيح. قال: عقد البيع و غيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد، لوجود خواصّ الحقيقة و المجاز فيهما، كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره، و غيره، و من ثمَّ حمل الإقرار به عليه، حتى لو ادّعى إرادة الفاسد لم تسمع إجماعا، و عدم صحّة السلب و غير ذلك من خواصّه. و لو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد لقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة. و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعمّ من الحقيقة و حيث كان الإطلاق محمولا على الصحيح لا يبرّ بالفاسد و لو حلف على الإثبات، سواء كان فساده لعدم صلاحيّته للمعاوضة كالخمر و الخنزير، أم لفقد شرط فيه كجهالة مقداره و عينه[[114]](#footnote-114).

اجاب الشيخ الانصاري عن هذا الاشکال بجوابين؛ الجواب الاول: ان البيع وضع للبيع الموثر في النقل و الانتقال و هو البيع الصحيح؛ و بهذا المعني استعمل في لسان الشارع في مثل احل الله البيع الا انه يوجد اختلاف بين العرف و الشرع في بعض المصاديق مثل صحة بيع الخمر عند العرف دون الشرع؛ و ورود الخطاب الشرعي احل الله البيع في هذا الجوّ بنحو مطلق من دون تقييد بقيد باطلاقها المقامي يقتضي ان المراد من البيع هو الصحيح الموثر عند العرف؛ فاذن لدي الشک في شرط جديد في اعتباره في البيع يرجع الي اطلاق الدليل لنفيه. هذا نظير ما لو قال ان الماء مطهر و لم يبين کيفية التطهير فهذا يفيد ان کيفية التطهير موکول الي العرف.

اعترض هذا الجواب باعتراضين: الاول: ما ذکره السيد الخويي من ان الاطلاق المقامي ناش عن لزوم اللغوية في الخطاب؛ و ذلك انا لو افترضنا ان الشارع استعمل لفظ البيع و المفروض انه اسم للمسبب الحاصل من السبب الخاص الذي يراه الشارع موثرا في الملکية الا انه لم يبين اسباب تلک المسبب الذي امضاه باطلاق احل الله البيع؛ فاذن يدور الامر بين القول بان المولي قد اهمل تلک الخطاب و بين القول بانه ناظر الي الاسباب العرفية للبيع و من الواضح الذي لا ريب فيه لا بد من حمل الکلام علي الثاني صونا لکلام الحکيم عن اللغوية.

من هنا يوجّه السيد الخويي الاشكال علي الشيخ ان هذا الكلام انما يصح فيما اذا لم يکن للمطلق افراد متيقنة في البين صونا لکلام الحکيم عن اللغوية؛ و الا فينصرف اليها الاطلاق من دون ان تلزم اللغوية من الاهمال؛ و من البين ان مقامنا من هذا القبيل لانا کشفنا من مذاق الشارع کشفا قطعيا و لو من غير ناحية الاطلاقات الواردة العقود من ان بعض ما هو سبب للبيع عرفا موثر في الملکية جزما فاذن لا يبقي مجال للتمسک بالاطلاق المقامي صونا لکلام الشارع عن اللغوية.[[115]](#footnote-115)

لا بد ان نلتفت الي هذه النکتة و هي ان اللغوية في الخطاب قد تکون ناشئة عن صيرورة الخطاب من القضية الضرورية بشرط المحمول مثلا لو افترضنا ان الموضوع للفظ البيع لو کان هو البيع الصحيح شرعا؛ يلزم اللغوية من خطاب احل الله البيع لان مفاد احل البيع يصير ان البيع الصحيح شرعا، صحيح؛ و اذا کان البيع صحيحا شرعا فلا يحتاج الي ان نقول انه صحيح؛ هذا قسم من اللغوية. و اخري يکون اللغوية ناشئة عن الاهمال لو افترضنا ان المراد من البيع هو البيع الصحيح شرعا و اغمضنا عن الاشکال الاول من انه الضروة بشرط المحمول؛ يلزم منه الاهمال اذ المفروض ان الشارع لم يبين اسباب و شرائط البيع الصحيح شرعا، فلو کان المراد منه هو البيع الصحيح شرعا؛ يلزم اللغوية من جهة الاهمال و عدم معرفة مصداق له اصلا؛ فيصير الخطاب لغوا لا فائدة له اصلا. و المقصود من اللغوية في تقرير السيد الخويي استدلالا و جوابا هو الثاني دون الاول؛ فان الشيخ حسب تقرير السيد الخويي يستدل بانه لو لم يکن المراد هو البيع الصحيح عرفا يلزم اللغوية لعدم معرفة العرف البيع الصحيح شرعا هذا نظير ما لو قال الشارع الماء مطهر و لم يبين کيفية التطهير و لم يعرف العرف کيفية التطهير و لم يوکل الکيفية الي العرف صار هذا الخطاب لغوا؛ فلا بد ان يکون الکيفية موکولا الي العرف؛ و يجيب السيد الخويي بانه يوجد قدر ميتقن صحيح شرعا و نحن نعرف به فاذن لا يلزم اللغوية اصلا.

يلاحظ عليه: ان الاطلاق ليس بناش بالضرورة عن اللغوية في الخطاب بل قد يکون ناشئا من لزوم اللغوية في الخطاب و اخري يکون ناشئا من ظهور حال المتکلم مثلا عند ما يقول: طهر ثيابک و لا يبين کيفية التطهير فالظاهر من حاله ان کيفية التطهير موکول الي العرف؛ و هذا الاشکال يرد علي الشيخ لو کان يتمسک بلزوم اللغوية في المقام بل تمسک بالاطلاق المقامي الناشئ من ظهور حال المتکلم. فاذن لا يرد هذا الاشکال. و لوجود هذا الفرق نجد ان السيد الصدر يفرق بين البيانين اما لزوم اللغوية فاورد عليه ما ذکره السيد الخويي من وجود قدر متيقن في البين فلا يلزم اللغوية. و اما الاطلاق المقامي فاورد عليه باشکال آخر سنتعرض له من انه فرع احراز ان المولي في مقام بيان تمام مراده في هذا الخطاب لعله يبين نظره في سائر الخطابات.

الثاني: ما اورد عليه السيد الصدر من ان التمسک بالاطلاق المقامي انما يتم لو احرزنا ان المولي في مقام بيان تمام مراده في هذا الخطاب و لا نعلم بذلک لعله يبين مراده بتمامه في خطابات اخر فلا يستفاد من هذا الخطاب اطلاق ان المراد ما هو الصحيح عند العرف[[116]](#footnote-116).

يلاحظ عليه: انه يوجد للاطلاق المقامي قسمان: احدهما ما يکون المولي في مقام بيان تمام مراده في مجموع خطاباته ففي هذا القسم لا بد من فحص جميع الخطابات و لا يمکن احراز الاطلاق المقامي من خطاب واحد. ثانيهما: ما يکون الاطلاق ناشئا من خطاب واحد مثل ما لو قال طهر الثوب فانه من الاطلاق المقامي لهذا الخطاب يستفاد ان کيفية التطهير موکول الي العرف و الا لو کان للشارع کيفية خاصة في تطهير الثوب لذکره في هذا المقام؛ و مثل ما لو قال اکرم زيدا و اخاه و عمرا فانه يستفاد من الاطلاق المقامي لهذا الخطاب عدم وجوب اکرام اخي عمرو اذ لو کان واجبا لذکره؛ و خطاب احل الله البيع و لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل من هذا القبيل فان الشارع لو کان له کيفية خاصة في ايجاد البيع و حصول الملک في البيع و کذلک لو کان له مصداق خاص من الباطل لذکره و حيث انه لم يذکر ذلک هذا معناه ان الشارع اعتمد في هذا المقام علي العرف و باطلاق کلامه يريد ان يلقي هذا المعني اني لست مخالفا للعرف في هذا المقام فان ما هو صحيح و مقبول عند العرف من البيع مقبول و صحيح عندي و ما يعده العرف من مصاديق اکل المال بالباطل فهو عندي ايضا باطل[[117]](#footnote-117).

و الفرق بين القسمين من الاطلاق انه قد يوجد قرينة علي ان المولي يبين تمام مراده في هذا الخطاب و اخري لا يوجد قرينة ففي الاول لا يجب الفحص عن المخصص مثل ما لو کان المولي يأمر عبده في کل صباح بما يفعله في اليوم من امور و لم يأمره يوما بعمل ما من الاعمال التي يأمره في کل فمن الاطلاق المقامي لهذا الخطاب يفهم انه لم يأمر بهذا العمل اليوم. و هذا اطلاق مقامي لخصوص هذا الخطاب. و احل الله البيع و لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل له اطلاق مقامي لنفس هذا الخطاب.

الجواب الثاني: ان المراد من البيع هو المعني المصدري له يعني الايجاب و الانشاء الذي يريد البائع بقوله بعت، لا المعني الاسم المصدري و هو النتيجة الحاصلة عن الايجاب و القبول؛ و هذا المعني يصدق علي البيع الصحيح و الفاسد، فاذن لو کان المراد من البيع في الآية الکريمة هذا المعني يمکن التمسک به لاثبات حلية مطلق البيع.

استشکل السيد الخويي بان التمسک بالاطلاق بناء علي هذا الوجه و ان کان صحيحا؛ الا ان هذا يرجع الي القول بوضع البيع للاعم و هذا لا ينسجم مع القول بانه وضع للصحيح[[118]](#footnote-118). و لکن هذا الکلام لا يخلو عن الاشکال؛ لان الشيخ يصرح ان لفظ البيع اذا استعمل في الحاصل من المصدر کان حقيقة في البيع الصحيح و لکن اذا اريد من لفظ البيع المعني المصدري فيراد منه المعني الاعم؛ فاذن لا يرد هذا الاشکال.

يلاحظ عليه اولا: ان معني كلام الشيخ ان البيع مشترك لفظي بين معنيين فان استعمل بالمعني المصدري فالمراد منه هو المعني الاعم من الصحيح و الفاسد، و ان استعمل بالمعني الاسم المصدري فالمراد منه خصوص الصحيح؛ غير تام اذ البيع ليس مشترکا لفظيا و لا فرق بين ان استعمل بالمعني المصدري او بالمعني الحاصل من المصدر فانه في كلا الفرضين بمعني واحد، فانه سواء استعمل في مقام الانشاء الذي يستعمل بالمعني المصدري او استعمل في مقام الاخبار الذي يراد منه المعني الاسم المصدري يراد منه صدور البيع عن البائع لكنه في مقام الاخبار يلاحظ صدور البيع مع غض النظر عن هذا الاستعمال و في الانشاء يلاحظ صدور البيع بنفس هذا الاستعمال.

ثانيا: ان ما ذكره الشيخ من ان البيع لو کان المراد منه حاصل المصدر فهو حقيقة للصحيح و مجاز في الفاسد؛ هذا الكلام مجمل فيه احتمالان: احدهما ان يکون المراد منه ماهية البيع التي يتحقق بعد انشاء البيع؛ فهذا المعني من البيع يتصف بالصحيح و الفاسد فان بيع الغاصب فاسد و بيع المالک صحيح فهنا يمکن القول بان استعمال البيع في الصحيح حقيقة و في الفاسد مجاز. ثانيهما: ان يکون المراد اثر البيع و هو النقل و الانتقال و حصول الملك. فهذا المعني لا يکون له صحيح و فاسد فلا معني للقول بانه حقيقة للصحيح و مجاز في الفاسد اذ لا فرد آخر له حتي يكون مجازا فيه.

يمکن ان يقال: ان لفظ البيع لو كان موضوعا للملكية الشرعية ليس له فرد صحيح و فرد فاسد و لکن لو کان موضوعا للايجاد الملکية العرفية کان له فرد صحيح و فاسد عند الشرع.

 قلت: ان البيع حتي لو كان موضوعا للملكية العرفية لا يصح انقسامه الي الصحيح و الفاسد لان الانقسام الي الصحيح و الفاسد انما هو بلحاظ الاثر المترقب منه اذ لو ترتب عليه الاثر يعبر عنه بالصحيح و لو لم يترتب عليه الاثر يعبر عنه بالفاسد؛ و البيع الصحيح بنظر العرف لا ينقسم الي الصحيح و الفاسد بنظر الشارع لان العرف يري نفسه مستقلا في الاعتبار فاذا اعتبر حصول الملکية بسبب خاص يحصل الملکية عنده فلا معني لان يقسم مرة اخري الي ما يترتب عليه الاثر و ما لا يترتب عليه الاثر؛ نعم يصح انقسامه الي ما هو ممضي عند الشارع و غير ممضي بنظر الشارع لان البيع العرفي الصحيح بعض اقسامه ممضي بنظر الشارع و بعض اقسامه لم يمضه الشارع.

و الصحيح باعتقادي ان البيع وضع للاعم من الصحيح و الفاسد و لا يصح السلب من الفاسد. بل اعم من الفاسد العرفي فضلا عن الشرعي لما ورد من التزوج بذات بعل و بيع الغاصب و بيع الحر نفسه هذا کله يشهد وضعه للاعم؛ و ما ذکره الشهيد من الاقرار لا يدل علي ان البيع وضع للصحيح لانه بعد الاعتراف يجري اصالة الصحة و ينصرف البيع الي الصحيح. و لذلک لو شک في شرط من الشرائط العرفية مثل التنجيز يتمسک باحل الله البيع کما ذهب اليه السيد الخويي[[119]](#footnote-119)؛ خلافا للشيخ حيث حمل ذلک علي الصحيح العرفي.

نعم تارة نعلم وجود الارتکاز العرفي علي امر خاص مثل بطلان بيع المعلق فهذا يصير بمثابة القرينة المتصلة للخطاب يمنع عن انعقاد الاطلاق و اخري نحتمل وجود الارتکاز العرفي علي امر خاص فالمشهور علي ان الشک في القرينة المتصلة ايضا يمنع عن الاطلاق و لکنا نعتقد وفاقا للسيد الصدر ان هذا القسم لا يمنع عن الاطلاق لان مجرد الاحتمال يساوق الشک في وجود القرينة المتصلة و لا يعتني بمثل هذا الشک فلا يمنع عن الاطلاق.

### مطلب استطرادي: تعريف الشيخ للبيع

ذکر الشيخ ان البيع وضع للبيع الموثر في النقل و الانتقال و هو البيع الصحيح. قال: فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، و مجاز في غيره، إلّا أنّ الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع. و في موضع آخر: بناءً على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع: من أنّ البيع في العرف اسمٌ للمؤثّر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المتشرّعة، من حيث إنّهم متشرّعة و متديّنون بالشرع، صحيحاً مؤثّراً في الانتقال كان بيعاً حقيقيّا، و إلّا كان صوريّاً، نظير بيع الهازل في نظر العرف[[120]](#footnote-120)؛ يوجد في مراده من البيع الصحيح عدة احتمالات:

1. ان البيع وضع للعقد الموثر في الملکية واقعا و يكون الإمضاء من الشرع أو العرف طريقا إلى ذلك نعم قد حكم الشارع في بعض الموارد بعدم حصول الملكية إلا أن ذلك من ناحية تخطئة الشارع أهل العرف. فاذن العرف و الشرع يختلفان في مصداق البيع الموثر للملکية فالعرف يقول بموثرية بيع الخمر و الشرع لا يقول بذلک و يخطئ رأي العرف؛ هذا الاحتمال اقرب الاحتمالات الي کلام الشيخ.

يلاحظ عليه: أن الملكية من الأمور الاعتبارية المحضة لا من الأمور التكوينية الواقعية. و من الواضح أن الأمور الاعتبارية تدور من حيث الوجود و العدم مدار الاعتبار المحض؛ و عليه فلا يتصور التخطئة في الملكية بأن يوجد مورد توجد فيه الملكية و لم يلتفت إليها أهل العرف و إنما يكشف عنها الشارع تخطئة للعرف او حکم العرف بالملکية و ليس هنا في الواقع ملکية. علي هذا الاساس لا معني لتخطئة الشرع للعرف اذ العرف يقدر ان يعتبر کمشرع ان بيع الخمر يفيد الملکية فاذا اعتبره يوجد هذا الامر الاعتباري و بعد تحققه لا معني للتخطئة و انما يوجد للتخطئة معني لو صح ان العرف يخبر بانه تحقق هذا الامر و الشرع يخطئه و يقول انه لم يتحقق و الحال ان الامر في الامور الاعتبارية ليس کذلک؛ نعم يمکن للشارع ان يقول اني لا امضي هذا الاعتبار و هذا ليس معناه تخطئة العرف في المصداق بل عدم امضاء ما اعتبره العرف و بين الامرين فرق.

ذکر الاصفهاني ان المراد من التخطئة هو التخطئة في تشخيص المصالح و المفاسد بمعني ان الشرع يقول للعرف انه اخطأ في تشخيص المصلحة. قال: ان کانت الملکية من المقولات الواقعية و لو کانت انتزاعية و امکن اطلاع الشارع علي خصوصية موجبة لعدم تحقق المقولة او لتحققها کانت التخطئة معقولة. و اما ان کانت من الاعتبارات فلا مجال للتخطئة و التصويب حيث لا واقع لاعتبار کل معتبر الا نفسه فالملکية الموجودة في اعتبار العرف باسبابها الجعلية موجودة عند کل احد و لا واقع لتأثير السبب الجعلي الا ترتب مسببه عليه و المفروض تحقق الاعتبار عند تحقق السبب الجعلي في جميع الانظار کما ان الملکية الشرعية التي هي نحو من الاعتبار لم تتحقق لعدم تحقق سببها ايضا في جميع الانظار. نعم اقتضاء الاسباب لاعتبار المعتبر ليس جزافا فانه علي حد المعلول بلا علة بل لمصالح قائمة بما يسمي سببا يقتضي عند حصول السبب اعتبار الشارع او العرف للملکية لمن حصل له السبب و العقول متفاوتة في ادراک المصالح و المفاسد الباعثة علي اعتبار الملکية او الزوجية و غيرهما، فربما يدرک العرف مصلحة في المعاطاة مثلا فتدعوهم تلک المصلحة الي اعتبار الملکية مع عدم اطلاعهم لقصور عقولهم علي مفسدة تقتضي عدم اعتبار الملکية و قد ادرکها الشارع الناظر الي الواقع فتجري التخطئة و التصويب في هذه المرحلة لا في مرحلة الملکية فانها اعتبارية لا واقعية و لا في مرحلة الاسباب فانها جعلية و بعد حصولها و ترتب مسبباتها عليها فقد وجد مصداق ما يوثر في اعتبار العرف في جميع الانظار و ان لم يوجد مصداق ما يوثر في اعتبار الشارع في جميع الانظار فليس هنا امر محفوظ اخطأ عنه العرف الا المصالح و المفاسد المقتضية لجعل تلک الامور اسبابا لاعتبار الملکية.[[121]](#footnote-121)

 فيه ان العرف ليس فيه شأن الا تشخيص المصالح الدنيوية و في هذه الدائرة لا يخطئة الشارع و يقول انه اخطأ في تشخيص الملاک الدنيوي؛ بل يلاحظ الشارع ملاکا آخر يرتبط بمصالح و مفاسد عالم آخر و علي اساسه يقول هذه المعاملة ليست صحيحة و ان هذا العمل يوجب ان يقع المصلحة الاخروية في خطر و لا مجال للعرف في ان يتدخل في الملاکات التي ترتبط بعالم آخر.

ذکر في المنتقي ان الموضوع له اللفظ هو العقد الموثر عند العرف و الشرع بحيث يکون قوله عرفا و شرعا قيدا للموثر فيکون التأثير لدي العرف و الشرع مقوما للموضوع و اشکل عليه بان هذا غير صحيح اولا لان المفروض ان الشارع ليس له اختراع خاص في باب المعاملات بل لم يکن منه سوي امضاء المعاملات العرفية او الردع عنها و هذا يعني ان هذه المعاملات کانت ثابتة قبل زمان الشارع و عليه فلا معني لان يوضع اللفظ لها في تلک الازمنة و يکون الموضوع له هو الموثر عند الشرع و العرف اذ لا شارع في زمان الوضع و لا يعترف به کي يکون التأثير عنده مقوما للموضوع له. ثانيا: ان الغرض من تعيين الموضوع له في الفاظ المعاملات هو تنزيل استعمالات الشارع عليه؛ و هذه النتيجة لا تحصل علي هذا البيان للموضوع له؛ اذ استعمالات الشارع لالفاظ المعاملات بين ما تکون في مقام الامضاء نظير قوله تعالي احل الله البيع و ما تکون في مقام الردع و الالغاء نظير ما ورد نهي النبي عن بيع الغرر، و لا يخفي ان البيع اذا کان معناه العقد الموثر شرعا و عرفا لم يقبل الامضاء و لا الالغاء اذ لا معني لامضاء الشارع ما هو موثر عند الشارع للغويته کما لا وجه لالغاء الشارع ما هو موثر عنده لانه تهافت واضح و تناقض ظاهر.

فاذن لا بد من توجيه هذا الکلام بان يقال ان عرفا و شرعا قيد للوضع يعني ان الموضوع له اللفظ عند الشرع و العرف هو العقد الموثر بنحو الاقتضاء لا بنحو الفعلية و يراد من اقتضاء التأثير هو کون العقد تام الجهات بنحو لو التفت اليه العاقل الحکيم رتب عليه الاثر بلا توقف و ذلک هو العقد الصحيح فقوله عرفا و شرعا لا يرجع الي تقييد التأثير بل الي تقييد الموضوع له بمعني ان الموضوع له عند الشرع و العرف هو العقد الموثر. و الوجه في حمل التأثير علي التأثير الاقتضائي لا الفعلي هو ظهور ذلک من عمل العقلاء فانهم حين يمضون المعاملة و يرتبون الاثر عليها يرون بحسب ارتکازاتهم انهم يمضون البيع مثلا و هذا يقتضي ان البيع موضوع لما له التأثير اقتضاء اذ لو کان موضوعا لما هو موثر فعلا کان صدق البيع مترتبا علي تحقق الامضاء منهم و اعتبار الاثر باثر العقد و هو يتنافي مع ما يرونه من ورود الامضاء علي البيع و ترتبه عليه و ان موضوعه هو البيع.[[122]](#footnote-122)

اقول: باعتقادي ان هذا يرجع الي کلام الاصفهاني من ان الشرع يخطئ العرف في تشخيص المصالح و المفاسد و قد اجبنا عن ذلک فيما تقدم.

2. ان البيع وضع للعقد الصحيح الموثر بنظر القائل؛ و هذا يعني ان الکافر لو انشأ بيع الخمر فهذا صحيح لانه يعتقد بصحة بيع الخمر؛ و لو انشأه المسلم فهذا ليس بصحيح و موثر لانه لا يعتقد بصحته و موثريته. هذا الاحتمال يمکن ان يستفاد من ظاهر عبارة المکاسب حيث قال: إنّ البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقة إلّا في ما كان صحيحاً مؤثّراً و لو في نظر القائل، ثمّ إذا كان مؤثّراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، و إلّا كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف[[123]](#footnote-123).

يلاحظ عليه: ان هذا من قبيل الوضع العام و الموضوع له الخاص اذ علي هذا التقدير ان المتصور في مقام الوضع معني عام و لکن وضع اللفظ لمصاديق هذا المعني العام و هذا خلاف الوجدان اذ لازمه ان يتفاوت المعني من متکلم الي متکلم و کل يريد منه معني و الحال انا نري بالوجدان انه ليس کذلک ان يتفاوت المعني من متکلم الي متکلم.

3. ان البيع وضع للعقد الموثر عرفا او شرعا؛ هذا يعني ان البيع وضع للبيع الصحيح شرعا او عرفا علي سبيل منع الخلو فاذا کان بيع صحيح بحسب العرف او الشرع يکفي في صدق البيع عليه؛ هذا احتمال لا يستفاد من کلام الشيخ.

يلاحظ عليه: ان هذا المعني خلاف الظاهر اذ يمکن ان يکون بيع لا صحيح عرفا و لا شرعا مثل بيع الحر نفسه؛ مضافا الي ان هذا الاحتمال خلف الفرض لان المفروض ان البيع وضع للصحيح و هذا اعم من الصحيح شرعا.

الاشکال الثاني: ان الآية الکريمة ليست في مقام البيان من جهة حلية البيع و انما هي بصدد بيان تحريم الربا هذا له تقريبان:

الاول: ان الآية بصدد نفي التسوية بين الربا و البيع و عدم مساواة الربا و البيع لا يفيد ان کل بيع حلال و ربا حرام؛ و انما ينفي المساواة بينهما فيمکن ان يکون للبيع شرائط يذکر في موضعه. اجاب السيد الامام عن هذا الاشکال صحيح ان الآية ينفي التسوية بين الربا و البيع و لکنه ليس مجرد نفي التسوية بينهما و انما هي بلسان حلية البيع، و هذا اللسان يفيد حلية مطلق البيع.

الثاني: ما ذکره السيد الامام في حاشية البيع من ان المصب الاصلي للآية الکريمة هو تحريم الربا لا تحليل البيع لان تحليله لم يکن محط کلامهم، فلا اطلاق للآية الکريمة من هذه الجهة.[[124]](#footnote-124) هذا نظير ما لو شخص في خطابه للناس انهم يقولون الزنا مثل المتعة و ليس کذلک فان الله حرم الزنا و احل الله المتعة؛ لا يستفاد من هذا البيان جواز الزواج مع الجارية مطلقا و ان کان من دون اذن من ابيها؛ فکذلک في المقام و لا اقل من وجود ما يصلح للقرينية.

استدل المحقق الاصفهاني لاثبات الاطلاق للآية الکريمة احل الله البيع بصحيح عمر بن يزيد المتقدم بتقريب ان الظاهر من المعتبرة ان الامام يستدل بالآية الکريمة احل الله البيع من کلام الامام بجواز اخذ الربح من المضطر؛ فاذا ثبت ان الآية الکريمة بصدد البيان يصح ان نستدل بها في المقام لاثبات عدم اعتبار کيفية خاصة في ابراز العقد. قد اجبنا عن هذا الاشکال بان احل الله البيع ذکر في الآية الکريمة لافادة هذه النکتة و هي ان ربح البيع حلال و الربا حرام هذا ما يفيده نص الآية الکريمة؛ و الامام حسب هذه الرواية يستدل بنص الآية الکريمة لا باطلاقها اذ يقول بعد ان يسئل السائل عن اخذ الربح عن المضطر بان المشتري علي الاعم الاغلب يشتري لاجل ضرورة و حاجة سواء کان غنيا او فقيرا و المفروض ان الآية يقول ان الربح في البيع حلال فاذن يستدل الامام باصل الآية الکريمة و نصها لا باطلاقها. بالنتيجة انه لا اطلاق للآية الکريمة.

الاشکال الثالث: بناء علي وضع البيع للمسبب يفيد الآية الکريمة ان المسبب حلال بمعني ان ايجاد الملکية حلال و مجاز و حلية ايجاد الملکية لا اطلاق له يدل علي جواز ايجاد الملکية باي سبب کان فان جواز ذي المقدمة لا يستلزم جواز جميع المقدمات مثل وجوب او جواز الصعود علي السطح فانه لا يستلزم جواز الصعود علي السطح و ان کان بسلم غصبي؛ و في المقام يمکن ان لا يکون السبب المعاطاتي مجازا.

اجاب السيد الخويي بانه بناء علي الوضع للمسبب العرفي او الشخصي ايضا يصح التمسک باطلاق احل الله البيع لان الخطاب انحلالي مفاده ان ايجاد الملکية نافذ فان کان المراد ايجاد الملکية الشرعية فلا اطلاق له و ان کان المراد ايجاد الملکية العرفية او بنظر البائع فله انحلال بحسب انحاء السبب و من انحائه بنظر العرف و البائع هو ايجاد الملکية العرفية او بنظر البائع بالمعاطاة و الآية الکريمة باطلاقها يشمل هذه الانحاء ايضا؛ فاذن يمکن التمسک باطلاق احل الله البيع في المقام[[125]](#footnote-125).

يلاحظ عليه: ان الآية الکريمة لا تفيد ان البيع نافذ او ممضي بل تفيد ان ايجاد الملکية العرفية مجاز و مسموح وضعا و تکليفا؛ لان مفاد احل الله البيع ليس نفاذ البيع و امضائه بل مفاده المکنة و القدرة من عند الله علي ايجاد الملکية؛ و لازم الجواز الوضعي و التکليفي لايجاد الملکية ان الطريق الي ايجادها مفتوح و يکفي في ذلک ان يکون الطريق الواحد مفتوحا اليه، و ليس لازمه ان کل طريق مفتوح الي ايجاده. نعم کان مفاده ان البيع نافذ او ممضي لکان الحق مع السيد الخويي لانه ينحل حينذ بتعدد الاسباب و يدل علي نفاذ کل قسم منها باطلاقه و لکن کل الکلام ان معني احل الله البيع ليس نفاذ کل بيع بل معناه المکنة علي ايجاد البيع و القدرة عليها، و کم من فرق بين ان يقول ان البيع نافذ و بين ان يقول ان الله مکنکم علي ايجاد الملکية و اقدرکم علي ذلک.

و الصحيح ان البيع و نظائره لم يوضع للسبب و لا للمسبب بمعني تحقق الملکية و الزوجية بل وضع لمعني آخر و هو انه يوجد بعد الايجاب و القبول ماهية اعتبارية في عالم الاعتبار يمکن ان نعبر عنه بنهاد قانوني بالفارسية و هذا ليس السبب لان الفاظ المعاملات بمعني السبب يطلق علي الايجاب و القبول و الماهية الاعتبارية امر مسبب عن الايجاب و القبول و ليس هي المسبب بالمعني المسبب لان المسبب بالمعني الرائج هي الملکية و الزوجية التي يتحقق في عالم الاعتبار و يترتب عليه الآثار عرفا و شرعا و الماهية الاعتبارية اعم من يترتب عليه الآثار او لم يترتب عليه الآثار اذ يشمل هذه الماهية المعاملات الفاسدة ايضا فان بيع الغاصب ايضا يوجب ان يتحقق هذه الماهية الاعتبارة في عالم الاعتبار و ان لم يترتب عليها الآثار. بعبارة ان مقصودي من الماهية الاعتبارية هي الامر المسبب عن الايجاب و القبول و المعاطاة سواء کان هذا الامر المسبب فاسدا او صحيحا يترتب عليه الآثار او لم يترتب عليه الآثار؛ هذا المعني هو ما وضع له الفاظ المعاملات. و بناء علي هذا المعني لالفاظ المعاملات لا يصح التمسک باحل الله البيع لاثبات عدم اعتبار کيفية خاصة لابراز العقد لان معني احل الله البيع بناء علي هذا المعني الذي اخترناه ان الله قبل هذه الماهية الاعتبارية و امضاها رسميا و من الواضح ان هذا الکلام لا اطلاق له بلحاظ السبب فانه يقول ان الله قبل قبولا رسميا و قانونيا هذه الماهية الاعتبارية و الماهية القانونية (نهاد حقوقي) و هذا لا يعين السبب اصلا و ليس بصدد بيانها و يمکن ان يکون المعتبر بنظر الشارع خصوص العقد اللفظي؛ فاذن لا يستفاد من احل الله البيع صحة مطلق المبرز للعقود.

### الثالث: تجارة عن تراض

من الآيات التي يمکن الاستدلال بها علي عدم اعتبار صياغة خاصة في ابراز العقد قوله تعالي:

يا أَيُّهَا الَّذينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ وَ لا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كانَ بِكُمْ رَحيماً[[126]](#footnote-126)، بتقريب ان الآية الکريمة تدل علي صحة مطلق التجارة عن تراض من دون اعتبار شکل و صياغة خاصة و يشمل ما اذا کان علي نحو المعاطاة او علي سبيل الکتابة فانه يصح هذا البيع و الشراء و المهم ان يکون التجارة عن تراض لا امر آخر.

توضيح النص

نقف لتوضيح النص هنا و لعله جملة من هذه التوضيحات لا يرتبط بالاستدلال و لکن فهم الآية الکريمة شاملة يبتني علي ذلک فنورد ذلک ضمن امور:

الاول: في المراد من التجارة

ما هو المراد من التجارة؟ في الجواهر ان المراد منه هو مطلق المعاوضة،[[127]](#footnote-127) و في مجمع البيان «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً» أي مبايعة،[[128]](#footnote-128) و عن الراغب: هو التصرف في رأس المال طلبا للربح، و في مجمع البحرين التجارة انتقال شئ مملوک من شخص آخر بعوض مقدر علي جهة التراضي، و هذا لا يختص بالبيع و الشراء. و في لسان العرب: تجر يتجر باع و اشتري ذکر خصوص البيع و الشراء.

باعتقادنا ان التجارة و ان خص في جملة من کلمات اللغويين و غيرهم بخصوص بالبيع و الشراء، لکن الصحيح انه يعتبر فيه قيد زائد بحسب المتفاهم العرفي و هو ان يکون ذلک بقصد الربح. فعلي هذا الاساس التجارة عبارة عن البيع و الشراء بغرض الربح؛ هذا ما ذهب اليه استاذنا في الارشاد.

يمکن ان يستدل لاثبات ان التجارة له معني عام بحيث يشمل التجارة بالمعني المصطلح و البيع بالآية الکريمة: رِجالٌ لا تُلْهيهِمْ تِجارَةٌ وَ لا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَ إِقامِ الصَّلاةِ وَ إيتاءِ الزَّكاةِ يَخافُونَ يَوْماً تَتَقَلَّبُ فيهِ الْقُلُوبُ وَ الْأَبْصارُ[[129]](#footnote-129) بتقريب ان ذکر الخاص بعد العام امر متعارف يقبله الذهني العرفي و لا غرابة فيه هذا بخلاف ذکر العام بعد الخاص فان الذهن العرفي يستنفر منه مثلا لو قال: اني لا التذّ لا بسماع الاصوات و لا بسماع الاصوات الجميلة، هذا يقبله الذهن العرفي و لکن لو قال اني لا التذ بسماع الاصوات الجميلة و لا بمطلق الاصوات؛ يعتبر العرف القيد الثاني لغوا؛ و مثال آخر: لو قال شخص اني لا ارغب الي النساء و لا الي الفتاة هذا لا غرابة فيه و لا لغوية بل تعبير متعارف عند العرف، بخلاف ما اذا قال لا ارغب الي الفتاة و لا النساء فان العرف يعد الثاني لغوا. علي هذا الاساس لو قلنا ان التجارة اخص من البيع يعد ذکر البيع لغوا بحسب المتفاهم العرفي؛ بل لا بد ان نحمل علي ان التجارة اعم من البيع و غيره فيکون الآية من ذکر الخاص بعد العام؛ و بهذا يثبت المطلوب من التجارة له معني اعم و ليس المراد منه خصوص التجارة المصطلحة اذ لو کان خصوص ذلک لکان اخص من البيع اذ البيع اعم من ان يکون بغرض حصول الربح او لم يکن و التجارة المصطلحة خصوص ما کان البيع و الشراء بغرض حصول الربح. و ايضا لا يساوق البيع اذ يلزم التکرار فاذن لا بد من القول بان التجارة اعم من البيع. بالنتيجة ان التجارة لا يساوق البيع للزوم التکرار في الآية الکريمة و هو لغو و لا هو اخص من البيع للغوية ذکر العام بعد الخاص، بل لا بد ان يکون اعم من البيع و بهذا البيان يثبت ان التجارة اعم من البيع و من التجارة المصطلحة.

يلاحظ عليه: اولا؛ ان الاستعمال اعم من الحقيقة و المجاز فان التجارة استعمل في المعني الاعم للتقابل مع البيع و هذا لا يصير دليلا علي ان معني التجارة عام يشمل البيع و الشراء و غيره يعني لا يکون معناه مطلق المعاوضات فان الاستعمال اعم من الحقيقة و المجاز.

ثانيا: يمکن ان يکون التجارة في الآية الکريمة بمعني مهنة التجارة لانها تارة تأتي بمعني حدث التجارة و اخري بمعني مهنة التجارة فان الشخص لو اشتري شيئا لغرض الربح فهذا يصدق عليه انه اتجر بالمعني الحدثي و لا يصدق عليه التاجر بمعني المهنة فانه يصدق علي الشخص اذا کان مهنته التجارة؛ و لعل المراد في الآية الکريمة مهنة التجارة يعني لا تلهيهم لا مهنة التجارة و لا البيع و الشراء العادي. فلا تدل الآية الکريمة علي ان المراد من التجارة معني عام.

الثاني: في المراد من الاکل

لا ريب في ان المقصود بالاکل هنا ليس هو معناه اللغوي کما هو واضح و انما هو کناية اما عن مطلق التصرف و اما عن التملک؛ فان کان کناية عن التملک کما اختاره السيد الخويي في المقام فالنهي المتعلق بالمال نهي وضعي يقصد به البطلان و قد استثني من هذا البطلان فرض التجارة عن تراض. و ان کان کناية عن مطلق التصرف فالنهي المتعلق به تکليفي و استثناء فرض التجارة عن تراض يعني حلية التصرف بالتجارة عن تراض؛ و هذا يدل بالدلالة الالتزامية العرفية علي صحة التجارة اما بتقريب ان حلية جميع التصرفات بلا اذن البائع الموقوفة علي الملک دالة عرفا علي الملکية الفعلية؛ او بتقريب ان الخطاب متوجه الي العرف الذي يري التجارة عن تراض مملکة فينصرف الخطاب الي امضاء ذلک. هذا البحث لا ثمرة له في المقام سواء قلنا بالاول او بالثاني فان مقتضي الاطلاق عدم اشتراط شکلية معينة في التجارة عن تراض.

### الثالث: في معني الباء

يحتمل في الباء في قوله تعالي: لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل؛ احتمالان:

الاول: ان يکون الباء للمقابلة؛ هذا يعني لا تأکلوا اموالکم بعوض باطل.

الثاني: ان يکون الباء للسببية؛ هذا يعني لا تأکلوا اموالکم بينکم بالسبب الباطل؛ و الاقوي ان الباء للسببية لان السبب الباطل قد طبق في روايات ائمة اهل البيت علي القمار و الاشتراط مع ان عوض هذا المال فيهما ليس بباطل عند العرف؛ بل السبب لاکل هذا المال باطل. و هذا يعني ان الباء للسببية، و کذلک طبق في الروايات علي التطفيف و الحال انه ليس من اکل المال بعوض باطل لعدم العوض في مقابل جزء من المال بل هو من مصاديق اکل المال بالسبب الباطل، فاذن علي هذا الاساس لا بد ان يحمل الباء علي السببية.

الرابع: في الباطل

يحتمل في الباطل بحسب التصور ثلاث احتمالات: العرفي، الشرعي، و الواقعي، من الواضح انه ليس المراد منه الباطل الشرعي، لان هذه الکلمة استعمل في العرف فله معني عرفي و لم يوضع للباطل الشرعي، فليس المراد منه الباطل الشرعي؛ و کونه مشترکا بين الباطل الشرعي و العرفي، خلاف الوجدان. و کذلک ليس المراد منه الباطل العرفي و ذلک لوجود شاهد في المقام و هو انه لو قيل لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل الا اکل المارة فانه باطل و لکنه يجوز؛ فان العرف لا يقبل هذا التعبير و يستنکره باعتبار انه من المستحيل ان يکون اکل شئ اکل بالباطل و مع ذلک کان مجازا؛ هذا بخلاف ما لو قال لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل العرفي الا اکل المارة فانه باطل عرفا لکنه يجوز اکله؛ هذا التعبير لا يستنکره العرف و لا يستبعده و يقول من الممکن ان يکون التصرف في شئ من مصاديق الباطل عرفا و لکنه مع ذلک يجوز التصرف فيه شرعا؛ من هنا نريد ان نستشهد علي ان المراد من الباطل ليس هو الباطل العرفي اذ لو کان المراد منه هو الباطل العرفي لم يکن العرف يفرق بين التعبيرين اذ المراد من التعبير الاول ايضا هو الباطل العرفي؛ و تفريق العرف بين التعبيرين و الاستنکار من الاول دون الثاني يشهد بان المراد من الباطل ليس بباطل عرفي، بل المراد منه هو الباطل الواقعي.

ان قلت: لا بد ان يکون المراد من الباطل هو الباطل الشرعي اذ قد تقدم منکم ان المراد من الزوج و المالک و سائر ما ورد من المفاهيم الحقوقية هو الزوج و المالک عند الشرع فکذلک الباطل مفهوم يترتب عليه آثار حقوقية فلا بد ان يکون المراد منه بناء علي مبناکم هو الباطل عند الشارع.

قلت: صحيح انه قد تقدم منا ان الشارع لو قال يجوز للزوج کل استمتاع من زوجته المراد منه الزوج بنظر الشارع اذ عند ما يترتب الحکم علي موضوع اعتباري يکون المراد منه الزوج بنظر الشارع، لکن هذا ليس معناه ان الزوج و المالک وضع للمالک و الزوج باعتبار الشارع بل الزوج و المالک وضع لما يفهم من المعني عند العرف لکن يستفاد من تعدد الدال و المدلول ان المراد منه هو الزوج و المالک عند الشارع و ذلک لان کل مقنن عند ما يرتب حکما علي موضوع اعتباري يکون المراد منه هو هذا الموضوع باعتباره، فاذن بسبب وجود هذه القرينة يکون المراد من الزوج و المالک هما عند الشارع.

لکن مثل هذه القرينة غير موجودة في المقام بل لو کان المراد منه الباطل بنظر الشارع يلزم اللغوية اذ لو قال لا تأکلوا اموالکم بالسبب الباطل عند الشارع، هذا کان من اللغو في الکلام اذ لو علم الناس ان القمار مثلا هو سبب باطل عند الشارع لکان هذا يکفي في ردعهم عن الاتيان بهذا السبب في النقل و الانتقال و لم يکن يحتج الي خطاب لا تأکلوا فيلزم ان يکن خطاب لا تأکلوا لغوا من اساسه، فحذرا من اللغوية لا نقدر ان نحمل الباطل في الآية الکريمة علي الباطل الشرعي، و لا علي الباطل العرفي لما تقدم، فيتعين ان يکون المراد منه الباطل واقعا، نعم نظر العرف متبع في معرفة الباطل لاطلاق المقامي للخطاب لا مطلق الباطل عند العرف بل المناط هو ارتکازات عرف زمن الشارع.

الخامس: في ما يرتبط بالاستثناء

ان الاستثناء في الآية الکريمة استثناء متصل ام استثناء منقطع؟ يحتمل في الآية الکريمة احتمالان: الاول: ان يکون الاستنثاء منقطعا باعتبار ان التجارة عن تراض ليس من جنس اکل المال بالباطل، فاذن يبين الآية الکريمة حکمين مستقلين احدهما عدم جواز اکل مال الغير بالباطل. و الاخر جواز التصرف في مال الغير بالتجارة عن تراض. الثاني: ان يکون الاستثناء متصلا؛ هذا الاحتمال و ان لم يساعد عليه ظاهر الآية الکريمة لکن يمکن تصحيح هذا المعني بتقدير امر ينسجم مع الاتصال بان يکون مفاد الآية الکريمة لا تأکلوا اموالکم بينکم باي سبب من الاسباب فانه باطل الا ان تکون تجارة عن تراض منکم. و الاول ما ذهب اليه جملة من الاعاظم کالسيد الامام و شيخنا الاستاذ التبريزي و صاحب بلغة الفقيه و الثاني ما ذهب اليه السيد الخويي.

يلاحظ علي ما ذکره السيد الخويي من ان الاستثناء في الآية الکريمة استثناء متصل و علي اساسه يفسر الآية الکريمة لا تأکلوا اموالکم بينکم باي سبب من الاسباب فانها باطل؛ ان هذا غير صحيح اذ لا يساعد عليه العرف و لا يدل عليه القواعد العربية و انما يذهب الي الاستثناء المتصل اذا لم يحتج الي تقدير جملة کبيرة و لا يفهم العرف ان کل سبب باطل فانه يدل علي عدم جواز الاکل بالباطل و لا يدل علي ازيد من ذلک. فالصحيح ان الاستثناء في الآية الکريمة استثناء منقطع.

ثمرة البحث

تفريعا علي ان الاستثناء متصل او منقطع رتب ثمرتان:

الاولي: انحصار السبب الصحيح بالتجارة عن تراض؛ لو بنينا علي ان الاستثناء متصل فالآية الکريمة تفيد انحصار السبب الصحيح بالتجارة عن تراض لان الآية الکريمة تفيد لا تأکلوا اموالکم بينکم باي سبب من الاسباب فانه باطل الا ان يکون ذلک السبب تجارة عن تراض و هذا يعني انحصار السبب الصحيح في التجارة عن تراض؛ فعليه لو شک في سبب من الاسباب هل انه يجوز اکل مال الغير به ام لا؟ يتمسک بعموم الآية الکريمة لاثبات عدم جواز اکل مال الغير به لانحصار السبب بالتجارة عن تراض. و لو قلنا ان الاستثناء منقطع فلا تفيد الآية الکريمة الانحصار في السبب بالتجارة عن تراض لان الآية الکريمة يبين حينئذ مطلبين مستقلين: احدهما عدم جواز اکل مال الغير بالسبب الباطل و ثانيهما: جواز اکل المال بالتجارة عن تراض؛ و عليه لو لم يکن السبب باطلا عند العرف و لا من التجارة عن تراض فلا يستفاد من الآية الکريمة حرمة اکل هذا المال و لا جواز اکله بل الآية تکون ساکتة عن بيان حکم مثل هذه الموارد.

نعم ذکر السيد الخويي اننا حتي لو قلنا بان الاستثناء منقطع يستفاد من الآية الکريمة انحصار السبب الصحيح بالتجارة عن تراض؛ کما يستفاد هذا الرأي من السيد الامام؛[[130]](#footnote-130) قال:

فان كان الاستثناء متصلا- كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية كان مفاد الآية أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض و إذن فتفيد الآية حصر الأسباب الصحيحة للمعاملة بالتجارة عن تراض. و إن كان الاستثناء منقطعا كانت الآية ظاهرة ابتداء في بيان الكبرى الكلية لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجارة عن تراض من غير أن تتعرض للحصر، و عليه فلا يمكن التمسك بها فيما لا يعد في العرف من الأسباب الباطلة، و لا من التجارة عن تراض. بل تكون الآية بالنسبة إليه مهملة. و لكن يمكن إثبات دلالة الآية على الحصر حينئذ بالقرينة المقامية بدعوى أن اللّه تعالى بصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و تمييز وجهها الصحيح عن وجهها الباطل، و لا ريب أن الإهمال مما يخل بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية و إذن فالآية مسوقة لبيان حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات في التجارة عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلا أم كان منقطعا.[[131]](#footnote-131)

يلاحظ عليه: لا يستفاد من الآية الکريمة بوضوح و جلاء انها بصدد بيان الاسباب المشروعة للمعاملات و لا قرينة علي ذلک؛ فاذن لا يفيد الآية الکريمة انحصار السبب في التجارة عن تراض؛ نعم لو قلنا بان الاستثناء متصل يصح استفادة الحصر من سياق الآية الکريمة علي ان السبب الوحيد هو التجارة عن تراض.

الثانية: ذکر صاحب بلغة الفقيه انه يوجد فرق بين الاستثناء المتصل و الاستثناء المنقطع و هو ان المتصل يتمرکز عموم الحکم فيه في ناحية المستثني منه مثلا لو قال ما جائني القوم الا زيدا هذا معناه انه ما جائه احد الا زيد تجد ان مرکز العموم في ناحية المستثني منه؛ بخلاف الاستثناء المنقطع فان عموم الحکم لا يتمرکز علي المستثني منه بل يتمرکز علي المستثني لان مغايرة المستثني للمستثني منه بالجنسية في المنقطع تبطل کون المستثني من جنس المستثني منه کلية حتي يوخذ بعموم الحکم فيه؛ اذن فيمکن ان يکون مرکز العموم انما هو حکم المستثني و يکون الکلام مسوقا لبيان حکم المستثني فقط و انما ذکر المستثني منه توطئة لذلک.

 و يشهد لذلک مثل ما ورد لا صلاة الا بطهور فانه لا يفيد ان کل صلاة مع الطهور صحيح و ان لم يکن فيه الرکوع و السجود بل يفيد ان الصلاة ان کان فاقد الطهور باطل فهذا يفيد ان مرکز العموم في الجملة الاستثنائية المتصلة هو المستثني منه لا المستثني.

فعلي هذا الاساس لو کان الاستثناء متصلا لا يصح التمسک باطلاق المستثني لان الجملة من جهة المستثني ليس في مقام البيان و انما هي في مقام البيان من جهة المستثني منه مثلا لو قال اکرم کل عالم الا من کان فاسفا لا يستفاد الاطلاق في مفهوم الاستثناء لان مرکز البيان المستثني کانه قال العالم الذي ليس بفاسق يجب اکرامه و لا يستفاد ان الفاسق لا يجب اکرامه لعل فيه التفصيل؛ بخلاف ما اذا کان الاستثناء منقطعا فانه يستفاد منه العموم.

من هنا جاء صاحب البلغة و استدل لاثبات ان الاستثناء في الآية الکريمة منقطع بوجهين: اولا: ان الحمل علي الاستثناء المتصل يستلزم الحذف و التقدير و هو خلاف الاصل بخلاف ما لو قلنا بان الاستثناء المنقطع فانه لا يحتاج الي حذف و تقدير لان کلا من المستثني و المستثني منه يفيدان مطلبا مستقلا لا يرتبط احدهما بالآخر مثل ما جائني القوم الا حمارا في هذا المقام يريد ان يقول: لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل و يجوز الاکل عن طريق التجارة عن تراض.

 ثانيا: ان الالتزام بالاستثناء المتصل يستلزم النسخ او کثرة التخصيص المستهجن اذ لو کان الاستثناء متصلا لدلت الآية علي حرمة الاکل بکل ما عدا التجارة عن تراض مع انا نجد انه استثني منه امور کثيرة من البيع و الايجار و الهبة و غير ذلک من المعاملات بحيث لا يبقي تحته الا موارد قليلة[[132]](#footnote-132). هذا بخلاف ما لو قلنا بان الاستثناء منقطع فانه لا يلزم هذا المحذور اذ الاستثناء المنقطع في الواقع امران مستقلان يعني ان المستثني منه مطلب و المستثني مطلب آخر فلا يلزم هذا المحذور.

اجاب السيد الخويي ان الظاهر من الآية الکريمة ان الاستثناء متصل و ما ذکره صاحب البلغة من انا لو حملنا علي المتصل يلزم التخصيص المستهجن غير صحيح؛ فان المعاملات علي نحوين قسم منها منوطة بالقبول فهذا القسم مصداق للتجارة عن تراض غير خارج منها کالبيع و الايجار. و قسم آخر غير منوطة بالقبول كالوقوف و الإباحات و الوصية التملکية بناء على عدم اعتبار القبول فيها فهي و إن كانت خارجة عن حدود التجارة عن تراض و لكن الالتزام بخروجها عن ذلك لا يستلزم كثرة التخصيص، بداهة أن الباقي تحت العام أكثر من الخارج. مضافا الي انها خارجة تخصصا و ذلک لان الآية الکريمة تفيد لا تتملکوا مال غيره من دون التجارة عن تراض و هذا انما يصدق فيما اذا کان التملک من اختيار اما اذا کان التملک من غير اختيار فلا تشمله الآية الکريمة اصلا[[133]](#footnote-133).

بعبارة ان الآية الکريمة يفيد حصر السبب الصحيح بالتجارة عن تراض و لکن لا يلزم من ذلک التخصيص المستهجن؛ باعتبار ان کل سبب يحتاج الي القبول فهو تجارة کالهبة و الاجارة؛ و اما ما لا يحتاج الي القبول مثل الوقف و الارث فهي خارجة عن الآية الکريمة لان الآية تفيد لا تتملکوا اموالکم بينکم بالباطل و هذا انما يکون له معني اذا کان التملک باختيار دون ما اذا کان من دون اختيار.

يلاحظ علي ما ذکره السيد الخويي: اولا: ان التجارة عند العرف هو البيع و الشراء بغرض الربح و هذه الامور لا يعد تجارة عرفا کما اعترف به في الخمس و المضاربة،[[134]](#footnote-134) و لذلک يقول ان المضاربة لو کان بغرض التجارة فهو صحيح و ان کان لاجل امر توليدي فهو باطل و لکن في المقام يقول کل ما يحتاج الي القبول فهو تجارة و هذا منه غريب.

ثانيا: ان ما ذکره من ان معني الآية الکريمة هو التملک باختيار و فيما لا يحتاج الي القبول ليس التملک باختيار؛ فيه ان اکل المال لا يختص بما اذا کان بسبب اختياري بل المهم ان يکون الاستيلاء اختياريا و ان کان السبب غير اختياري مثل ما لو ادعي البنوة لشخص فان السبب غير اختياري و لکن حيث ان استيلائه علي المال اختياري فيشمله الآية الکريمة.

الجواب عن صاحب البلغة

ان ما ذکره صاحب البلغة من انه لو کان الاستثناء متصلا لا ينعقد عموم في جانب المستثني بل مرکز العموم هو المستثني منه غير تام؛ لانه خلاف المتفاهم عند العرف فان الظاهر عرفا من الجملة الاستثنائية و ان کان الاستثناء متصلا هو استفادة العموم من کلا الحيثيتين حيثية المستثني و حيثية المستثني منه معا مثلا لو قال: لا تکرم احدا الا من کان عالما فانه يتمسک بالعموم من کلا الحيثيتين.

نعم يبقي النقض الذي ذکره صاحب البلغة من انه لو کان مفهوم المستثني مطلقا لازمه القول بتحقق الصلاة و ان لم يکن فيها رکوع و سجود بمجرد تحقق الطهور؛ فقد اجاب عنه صاحب الکفاية بعدة اجوبة:

1. ان الصلاة في النص محمولة علي الصلاة التامة الواجدة لجميع الاجزاء و الشرائط فتکون مفاد الرواية ان الصلاة التامة لا تکون الا مع طهور؛ و هذا لا تفيد ان الصلاة الناقصة بنقص آخر تتم بواسطة الطهور.

2. انه لم يثبت المفهوم في هذا المورد لعلمنا بالحال و وجود القرينة علي عدم المفهوم و هذا لا يوجب ان ننکر المفهوم علي الاطلاق.

3. ان المقدر بعنوان الخبر في الرواية لو کان من افعال العموم کالوجود و الکون و الحصول و غيرها يلزم هذا الاشکال؛ الا اننا نقدر فيها الامکان فتصير مفاد الرواية لا صلاة ممکنة الا بطهور اذا کان الصلاة مع الطهور يمکن ان يکون صحيحا اما الصحة بالفعل فهذا يحتاج الي انضمام سائر الاجزاء و الشرائط.

اقول: کل هذه الاجوبة غير تام. اما الاول فهو خلاف الظاهر لان الموضوع لم يقيد بتام الاجزاء و الشرائط و انضمام هذه القيود خلاف الظاهر. اما الثاني ففيه ان عدم الدلالة علي المفهوم لا يختص بمثل لا صلاة الا بطهور بل کل خطاب من هذا القبيل مثل لا رضاع الا في الحولين لا يدل علي اعتبار شرط آخر اذ الوجدان العرفي لا يحس بهذا الظهور. اما الثالث فان الخبر المقدر هو کائن و ثابت و موجود و اما تقدير فعل آخر غير افعال العموم فلا دليل عليه و ليس بعرفي.

و الصحيح في الجواب ان لا صلاة الا بطهور ان الباء للالصاق و الاقتران يعني لا صلاة الا انه مقترن مع الطهور هذا ينفي ادعاء تحقق الصلاة من غير طهور و هذا ليس معناه ان کل ما هو مقترن مع الطهور فهو صلاة. فعموم المستثني يدل علي ان کل صلاة مع الطهور و هذا لا يفيد ان کل ما هو مع الطهور فهو صلاة. هذا نظير ما لو قال: لا رجل الا معه السيف و هذا لا يفيد ان کل من کان معه السيف فهو رجل.

مضافا الي ان سياق مثل هذه الخطابات سياق بيان الشرط و لا اطلاق لها اصلا سواء کان الاستثناء متصلا ام منقطعا فان هذا نظير ما لو قيل لا تصح الصلاة الا مع طهور فانه لا يفيد اکثر من ان شرط صحة الصلاة هي الطهارة و ليس له ظهور علي انها هي الشرط الوحيد بل ساکت عن شرط آخر نفيا و اثباتا؛ فاذن کلما کان المتوقع بيان الشرط فهذا ليس له ظهور ان هذا الشرط شرط و ليس غيره بشرط بل بيان ان هذا شرط و يسکت عن سائر الشرائط و لعل مراد الآخوند انه في مثل هذه المقامات يوجد قرينة علي عدم المفهوم هذا المعني.

بالنتيجة انا نقبل دلالة الآية الکريمة علي نفاذ بيع المعاطاة و البيع الکتبي لان الآية الکريمة قد افترض التجارة عن تراض مفروغا عنه و انما انصب الحکم علي ان الاکل من طريق التجارة عن تراض حلال و هذا اعم من يکون التجارة عن تراض بالکتابة او بالفعل او بالقول. هذا بخلاف احل الله البيع فانه يفيد ان هذه الاعتبار القانوني حلال و هذا لا يفيد العمومية من ناحية ايجاد هذا الاعتبار القانوني. و ايضا لا فرق بين ان نقرء الآية الکريمة بضم التجارة او بفتحها علي اختلاف القرائة.

الاشکالات علي دلالة الآية الکريمة

الاشکال الاول

بناء علي ما ذکره صاحب البلغة الثمرة الثانية يمکن الاستشکال علي دلالة الآية للمطلوب بهذا البيان: ان الاستثناء في الآية الکريمة لو کان متصلا لا يدل باطلاقه علي ان التجارة عن تراض مطلقا سبب صحيح لجواز التصرف و حصول الملک و لعله يوجد فيه شروط آخر فانه نهاية ما يعطي ان التجارة في الجملة سبب صحيح، فلا يصح التمسک بها لصحة المعاطاة و لا لاثبات عدم اعتبار کيفية خاصة لابراز العقد؛ بخلاف ما لو کان الاستثناء منقطعا فانه يدل حينئذ باطلاقه علي ان التجارة عن تراض هي السبب الوحيد لحصول الملک و لجواز التصرف و لا يشترط شرط آخر لان المنقطع بمنزلة جملتين مستقلتين فاذن کما يقتضي اطلاق المستثني منه الاطلاق و العموم کذلک اطلاق المستثني يقتضي الاطلاق و العموم.

يلاحظ عليه: ان هذا الاشکال انه مبني علي ما تقدم من عدم تمرکز عموم الحکم في الاستثناء المتصل علي المستثني بل يتمرکز علي خصوص المستثني منه و قد اجبنا عنه و لم نقبل ذلک و قلنا بان هذا خلاف المتفاهم من العرف؛ اذ لا فرق بين المنقطع و المتصل في هذا الامر کما يمکن ترکز العموم في المستثني في المنقطع يمکن ترکز العموم في المستثني في المتصل؛ فاذن لا يصح هذا الاشکال.

الاشکال الثاني

قد اتضح ان الاشکال الاول ينصبّ علي ان الاستثناء في الآية الکريمة لو کان متصلا لا يفيد العموم في ناحية المستثني و لو کان منقطعا يفيد العموم، و عليه يتم الاستدلال بالآية في فرض کون الاستثناء منقطعا دون ما اذا کان متصلا؛ و هذا الاشکال ينصب علي ان الجملة الاستثنائية سواء کان المستثني متصلا ام منقطعا لا يفيد العموم و الشمول في ناحية المستثني اصلا؛ بيانه:

ان الغالب في الاستثنائات کون المتکلم بصدد بيان حکم المستثني منه فقط لا بصدد بيان حکم المستثني، مثلا لو قال: اکرم کل عالم الا من کان فاسقا يريد ان يحکم الحکم في جانب المسثتني منه اما بالنسبة الي المستثني فليس بصدد البيان و لو قال: لا وجوب اکرام الا للعالم يفيد انه لا وجوب لغير العالم و لا يفيد وجوب اکرام کل عالم و لو قال: لا يجوز التقليد من غير المجتهد فهذا لا يفيد جواز التقليد من المجتهد علي الاطلاق؛ علي هذا الاساس لو شک في ناحية المستثني في اعتبار جزء او قيد زائد فلا مجال لنفيه بالاطلاق اذ الاطلاق لا يجري الا بعد کون المتکلم في مقام البيان بالنسبة الي ما يراد الاخذ باطلاقه؛ و الغالب في موارد الاستثناء کون المتکلم في مقام بيان حکم المستثني منه فقط فلا مجال للتمسک به في ناحية المستثني، ففي المقام اذا شک في اعتبار قيد زائد بالنسبة الي التجارة المحللة شرعا مثل اعتبار الايجاب و القبول اللفظي لا مجال للتمسک لنفيه باطلاق المستثني.

هذا لا يختص بالاستثناء المتصل بل يجري في المنقطع ايضا اذ المنقطع ايضا لا يخرج عن طبيعة الاستثناء و کون المستثني منه فيه اصلا في الکلام و المستثني فرعا ذکر تطفلا؛ و لان المنقطع لا بد ان يرجع الي المتصل بتأويل في المستثني منه بحيث يعم المستثني حتي يصح اخراجه؛ اذ الاستثناء المنقطع ليس من دون ضابطة و الضابط فيه ان يرجع المتصل الي المنقطع؛ و الا لجري استثناء کل شئ عن کل شئ و الحال انه لا بد من مناسبة بين المستثني و المستثني في المنقطع؛ و هذا يشهد بان المستثني المنقطع لا بد ان يرتبط بالمستثني منه نحو ارتباط و هذا الارتباط يتحصل بان يکون المستثني منه بحيث يشمل بتعمل و مجاز للمستثني بحسب مراد المتکلم و ان لم يساعده الظهور العرفي، و هذا معناه رجوع المستثني المنقطع الي المتصل. مثلا عند ما يقال: ما جائني القوم الا حمارا هذا يراد من القوم اعم من افرادهم و مما يتعلق بهم و بهذا المعني يصح استثناء الحمار منهم. علي هذا الاساس ان مرکز العموم و الاطلاق في المتصل هو المستثني منه لا المستثني فلا يستفاد الاطلاق من ناحية المستثني اصلا لنفي ما شک في اعتباره في المستثني جزءا کان او شرطا.

ثم في آخر المطاف يرجع و يقول: اللهم الا ان يقال في خصوص المقام بان ذکر قوله تجارة عن تراض شاهد علي کونه بصدد بيان شرعية التجارة ايضا و لذا ذکر القيد الدخيل في شرعيتها، فاذن علي هذا الاساس يمکن التمسک باطلاق الآية الکريمة لنفي ما شک في اعتباره في العقد.[[135]](#footnote-135)

يلاحظ عليه: اولا؛ ان ما ذکره من رجوع المنقطع الي المتصل لا يقبل منه اذ لا يمکن عرفا ارجاع المنقطع الي المتصل في جملة من الموارد منها المقام فان التجارة عن تراض لا يرجع الي الباطل حتي لو وسّعنا الباطل. و منها قوله تعالي: لا يَسْمَعُونَ فيها لَغْواً إِلاَّ سَلاماً وَ لَهُمْ رِزْقُهُمْ فيها بُكْرَةً وَ عَشِيًّا[[136]](#footnote-136) فانه لا يمکن ادخال السلام في اللغو باي نحو من التعمل؛ نعم لو اردنا من الباطل مطلق السبب و من اللغو مطلق الکلام يتم الارجاع و لکن استعمال الباطل في مطلق السبب و اللغو في مطلق الکلام غلط من الناحية العرفية.

ثانيا: علي فرض تمامية ارجاع المنقطع الي المتصل ان ما ذکره من ان المتصل ليس في مقام البيان من ناحية المستنثي غير تام فانا عند ما نحاسب موارد استعمال المتصل نجد ان العرف يفهم الاطلاق من ناحية المستثني ايضا کما يفهم الاطلاق من ناحية المستثني منه مثلا لو قال لا تدخل علي الا من کان عالما فان العرف يفهم منه الاطلاق؛ يعني اي عالم کان. نعم لا بد من الفرق بين الهلية البسيطة و الهلية المرکبة فان مفاد الاستثناء الهلية البسيطة لا يفيد الاطلاق مثل ما لو قال: لا انسان الا في الارض فهذا لا يفيد ان کل ما في الارض انسان اذ الهلية البسيطة لا تفيد الا صرف الوجود و هذا يصدق في المثال بتحقق فرد من الانسان؛ اما الهلية المرکبة مثل ما لو قيل لا انسان في الارض الا انه عالم فهذا يفيد الاطلاق يعني يفيد ان کل انسان في الارض عالم لان الهلية المرکبة ينحل بحسب مصاديقه و يفيد ان کل من صدق عليه الانسان فهو عالم؛ و هذا يفيد الاطلاق بالنسبة الي المستثني.

ثالثا: بعد ان افترض ان الاستثناء لا عموم له و لا اطلاق في ناحية المستثني لا معني لما ذکره اخير من وجود القرينة علي ان الآية الکريمة في مقام البيان؛ لان هذا القيد يمکن ان يکون لبيان الاهمية فلا يستفاد منه الاطلاق بالنسبة الي سائر القيود؛ فاذن هو مخير بين ان يقبل افادة الاطلاق و العموم في المستثني و بين عدم استفادة العموم و الاطلاق عن قوله عن تراض لامکان ذکر هذا القيد لاهميته و هذا لا يفيد الاطلاق بالنسبة الي سائر القيود.

الاشکال الثالث

 قد تقدم منکم ان الآية الکريمة لا تدل علي نفاذ بيع المعاطاة و البيع الکتبي لانها قد افترض التجارة عن تراض مفروغا عنه و انما انصبّ الحکم علي ان الاکل من طريق التجارة عن تراض حلال و هذا اعم من يکون التجارة عن تراض بالکتابة او بالفعل او بالقول. لکن يمکن الاشکال علي ذلک بان مفاد الآية الکريمة ان لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل هذا يعني ان کل سبب باطل الا التجارة عن تراض فهو يوجب جواز الاکل لانه السبب الحق؛ اذن فالمدار في جواز الاکل هو ان يکون السبب سبب حق و العلة تعمم فکل سبب حق يوجب جواز الاکل و التجارة عن تراض ليس الا مثالا غالبيا لسبب الحق و لا خصوصية احترازية له؛ من هنا يتساؤل انه اي سبب هو السبب الحق؟ الجواب ان هذا موکول الي العرف و هو يعين في کل زمان و مکان سبب الحق؛ و بهذا البيان نقدر ان نصحح البيع المعاطاتي و الکتبي و الانترنتي و غيرها لانها اسباب حقة للنقل و الانتقال و کذلک نقدر ان نصحح بهذا البيان صحة حق التأليف و الاختراع فانها سبب حق لاخذ المال.

يجاب عنه: اولا؛ لم يتعرض الآية العلة لجواز اکل المال اذ لم يرد فيها الا ان تکون تجارة عن تراض فانه السبب الحق؛ انما فهمنا بالالتزام و القرينة المقابلة ان الشارع يعد التجارة عن تراض؛ و هذه علة مستنبطة لا يعتمد ان يوخذ به؛ و لم يعط ضابطة کلية کلوا اموالکم بالسبب الحق و انما اقتصر علي التجارة عن تراض، فلا بد علي الاقتصار بهذا السبب لاکل المال.

ثانيا: علي فرض ان يستفاد من الآية الکريمة ان السبب الحق هو المناط لجواز الاکل و عين مصداقا منه في الآية و هو التجارة عن تراض؛ الا ان الاطلاق المقامي للآية يفيد ان ما يعده العرف سبب الحق في ذلک الزمن فهو ممضي عند الشارع و هذا لا يشمل ما يأتي من الاسباب فيما بعد الزمان. فاذن لا بد من الاقتصار علي الاسباب المعهودة في ذلک الزمان للنقل و الانتقال. هذا لا يدل علي ان کل سبب عرفي حق هو السبب لجواز الاکل علي نهج القضية الحقيقية في جميع الازمان بل لا بد من الرجوع الي ما امضاه الشارع کسبب حق.

ان قلت: انا نفهم من الآية الکريمة ان سبب الباطل لا يوجب جواز الاکل و سبب الحق يوجب جواز الاکل و هذا ما نفهم من الآية الکريمة بوضوح و جلاء کامل لا يرتاب فيه و يعد کاللازم البين الاخص للآية و ليس علة مستنبطة اجتهادية محضة حتي يقال انه لا يعتمد عليه؛ فاذا کان الامر کذلک فيصير المدار في جواز اکل مال الغير هو السبب الحق؛ و لمعرفة السبب الحق نرجع الي العرف في کل زمان و هذا مفاده اعتبار جميع الاسباب في کل زمان شريطة ان يعتبر العرف ذلک السبب سببا حقا لاکل المال و بهذا البيان يمکن اثبات عدم اعتبار شکلية خاصة في العقود و المعاملات باعتبار ان العرف لا يعتمد علي ذلک و بهذا البيان يصح ان يعتبر المعاملات الکتبية و غير ذلک من انحاء المعاملات التي يعدها العرف سبب حق.

قلت: لا يصح ان نرجع في معرفة السبب الحق الي عرف کل زمان و ذلک اولا: ان عد سبب حقا او باطلا يتبع الثقافة العامة للناس و هي کثيرا ما تتأثر من الجوّ الحاکم علي المجتمع العالمي و من وسائل الاعلام الجمعي و غير ذلک من التبليغ و قد رأينا باعينا ان مدة من الزمن کان الجو الثقفي الحاکم علي المجتمع الديني هو الثقافة المارکسية و لذلک وجدنا ان العرف يعد تحصيل الربح من طريق رأس المال و ان کان بطريق شرعي مثل اصطناع المعامل الصناعية و الصناعات و استحصال الربح من طريق شراء الارض و زرعها امرا غير مقبول و تحصيل الربح من هذه الطرق من مصاديق اکل المال بالباطل؛ و لو اعتمدنا علي الاسباب العرفية لا بد ان نعد هذه الاسباب سبب باطل بتبع العرف و الحال انه لا يمکن ان يلتزم به فقيه. حتي ان وصل الامر الي هذا الزمان نجد ان جملة من المفاهيم مفاهيم ذات قيمة کبيرة تأثرا من الثقافة الغربية و مدارسها من الرأسمالية و الامانية و الفيمينية مثل عد النکاح مع ازيد من زوجة واحدة امرا مستکرها و قبيحا، و لو قلنا بان المعيار هو العرف لا بد ان نحکم ببطلان هذه الزواجات و الحال انه لا يمکن الالتزام به.

ثانيا: ان هذا القول مبني علي ان المراد من الحق و الباطل هو الحق و الباطل عند العرف کما ذهب اليه المحقق الايرواني و لکن الصحيح ان المراد منهما هو الحق و الباطل الواقعيان؛ نعم يمکن ان لا يکون لهما واقع بل کانا اعتباريين بحسب التحليل کما في المالک لا يوجد بحسب التحليل مالک واقعي و المهم ان العرف يتصور ان المالک وضع للمالک الواقعي و هذا يکفي ان نقول انه وضع للواقع فکذلک في المقام حتي لو لم يکن لهما واقع بحسب التحليل لکن العرف يري لهما واقعا و هذا يکفي ان نقول انه وضع للحق و الباطل الواقعيان؛ و اذا کان المراد منهما الواقعي لا نقدر ان نرجع الي العرف بل لا بد من الرجوع في معرفة سبب الحق و الباطل الواقعيين الي الشرع؛ و نهاية ما يدل عليه الآية باطلاقها ان السبب الحق العرفي الممضي في زمن الشارع سبب حق و لا يدل علي ازيد من ذلک. و يويد ذلک انه يوجد في الشريعة الاسلامية جملة من الاسباب لا يعده العرف سببا باطلا، مثل حق المارة و الاخذ بخيار الحيوان و استرجاع الثمن بعد ثلاثة ايام ان تلف الحيوان و العرف يعد کل ذلک سبب الباطل، و هذا يشهد بان المعيار هو السبب الواقعي و ان جملة من الاسباب سبب واقعي و ان لم يعتبره العرف سببا بل يعد سببا باطلا.

بالنتيجة ان الآية الکريمة باطلاقها المقامي لا تدل علي ازيد من اعتبار السبب المعتبر في زمن الشارع، لکن ليس المدار خصوص عمل عرف زمن الشارع بل المعيار ارتکاز عرف زمن الشارع و ان لم يترجم بالعمل.

### الرابع: اخذن منکم ميثاقا غليظا

 استدل السيد البروجردي لاثبات عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود و صحة المعاطاة کما حکي السيد الامام بقوله تعالي:

وَ إِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِحْداهُنَّ قِنْطاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَ تَأْخُذُونَهُ بُهْتاناً وَ إِثْماً مُبيناً، وَ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَ قَدْ أَفْضى‏ بَعْضُكُمْ إِلى‏ بَعْضٍ وَ أَخَذْنَ مِنْكُمْ ميثاقاً غَليظاً؛[[137]](#footnote-137)

 بتقريب ان الآية الکريمة تدل ان اخذ الميثاق الميثاق الغليظ علة للصحة و اللزوم و لا يختص بالنکاح لعدم الفرق بين الميثاق الغليظ الذي يوقع في النکاح و بين غيره و لا خصوصية لقيد الغليظ کي يخرج به بعض اقسام الميثاق بل هو وصف منتزع من ذات الميثاق اذ کل ميثاق غليظ، فاذن يسري هذا الحکم الي کل عقد؛ و هذا باطلاقه يشمل ما اذا کان العقد علي نحو المعاطاة او علي نحو الکتابة او علي نحو القول؛ فان الجميع محکوم بالصحة و اللزوم و بهذا البيان يتم الاستدلال بالآية الکريمة لاثبات عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود.[[138]](#footnote-138)

يلاحظ عليه: اولا؛ ان الآية الکريمة قد افترض الزوجية في المقام مفروغا عنها و بعد الفراغ عن ذلک يدل علي تحريم اخذ المهر من الزوجة؛ و هذا لا يفيد علي حصول الزوجية باي نحو اتفق سواء کان علي نحو المعاطاة او علي نحو آخر؛ هذا نظير ما لو قيل قد بعت هذا المال فکيف تطلب الرجوع فان هذا الکلام لا يفيد نفاذ مطلق البيع و صحته بل يفيد ان اصل البيع مفروغ عنه؛ فکذلک في المقام حتي لو استفدنا منه الاطلاق بالنسبة الي جميع العقود فانه لا يفيد اعتبار مطلق العقود باي صياغة وقعت. فاذن لا دلالة للآية الکريمة لاثبات صحة مطلق العقود و لاثبات صحة المعاطاة نعم لو کان يستدل بالآية الکريمة لاثبات اللزوم لعله کان له وجه. اما صحة المعاطاة فلا وجه له اصلا.

ثانيا: ان الآية الکريمة وردت لبيان استقرار المهر بالافضاء و الدخول کما يدل علي ذلک الروايات و لا دلالة لها علي صحة مطلق عقد النکاح و لا علي لزومه فان الآية ليست بصدد البيان من هذه الجهة اصلا.

ثالثا: ان الاستدلال يبتني علي قيد الغليظ لا خصوصية له في المقام فانه من خصوصيات نفس الميثاق، لکن هذا مدفوع فانا لو لاحظنا الغلظة بالنسبة الي نفس العقد هذا الکلام بمکان من الامکان و لکن بالنظر العرفي نجد ان الغلظة يلاحظه بالنسبة الي ما يتعلق به العقد فلذلک يطلق الميثاق الغليظ علي عقد النکاح و لا يطلق علي بيع باقة من الخضراوات؛ و علي اساس ذلک ينقسم العقد و الميثاق الي الغليظ و غير الغليظ و هذا الحکم الذي يرتبط بالميثاق الغليظ لا يمکن اسرائه الي جميع اقسام العقود.

### الخامس: الناس مسلطون علي اموالهم

مما يستدل به لاثبات عدم اعتبار صياغة خاصة في المعاملات النبوي المشهور: الناس مسلطون علي اموالهم؛ بتقريب ان لازم السلطنة علي المال هو نقله باي وجه اتفق الي الغير سواء کان بالمعاطاة او بالکتابة او بالقول؛ فاذن تدل الرواية علي عدم اعتبار شکل خاص في العقد.

### اشکال

يمکن الاشکال علي دلالة هذه الرواية علي المطلوب بان التسلط في الناس مسلطون علي اموالهم وقع محمولا في النص و لا اطلاق للمحمول اذ الغرض من المحمول هو اثبات صرف وجوده لا مطلق وجوده و اذا کان الغرض صرف وجوده فلا اطلاق له؛ هذا بخلاف الموضوع فان له اطلاق بحسب مصاديقه و حصصه؛ مثلا لو قيل زيد عالم فانه لا يدل علي انه عالم فقيه و فيلسوف و عارف و اديب؛ بل يصدق هذا العنوان بمجرد صرف وجود العلم. مثل ما لو قيل العالم مفيد فان هذا الکلام له اطلاق بحسب الموضوع و ليس له اطلاق بحسب المحمول و لا يفيد ان مطلق العالم يفيد فائدة دنيوية و اخروية، بل يفيد ان طبيعة الفائدة ثابت للعالم و اما انه مفيد في مجال الدنيا و الآخرة، و السر في ذلک ان مرکز الحکم هو الموضوع و هو يرجع الي قضية حقيقية ان کل ما وجد عالم فهو مفيد للمجتمع؛ و الغرض من المحمول اثبات صرف وجوده و هذا يثبت بمجرد حصة من حصص المحمول؛ و بهذا البيان نقول في المقام ان السلطنة وقع في الرواية محمولا للناس و قد اثبتنا ان المحمول لا اطلاق له فلا يثبت جميع انحاء السلطنة؛ و علي اساس هذا الاشکال لا يمکن التمسک بالرواية لاثبات صحة العقد المعاطاتي فان النص يفيد ان صرف وجود السلطنة ثابت له[[139]](#footnote-139).

يجاب عن الاشکال بوجهين:

الاول: التمسک باطلاق المتعلق؛ ان المتعلق لو حذف عن الکلام هل يفيد العموم ام لا؟ مثلا ورد انهاکم عن آنية الذهب و الفضة و متعلق النهي محذوف يحتمل ان يکون المنهي الاکل و الشرب و يحتمل ان يکون المنهي مطلق الاستعمال و يحتمل ان يکون المنهي مطلق الانتفاع، و ورد النهي عن التماثيل، فيحتمل ان يکون المنهي اصطناعها و يحتمل ان يکون المنهي اقتنائها و يحتمل ان يکون الجميع؛ و المشهور علي ان حذف المتعلق يفيد العموم و لذلک يحرم الوضوء عن آنية الذهب و الفضة؛ هذا خلافا لجملة من الاعاظم منهم السيد الصدر و شيخنا الاستاذ التبريزي حيث ذهبوا الي ان حذف المتعلق يوجب الاجمال و لا يفيد العموم.

 علي هذا الاساس نجيب انا لا نتمسک باطلاق المحمول و هي السلطنة بل نتمسک بان حذف المتعلق يفيد العموم اذ المتعلق محذوف في المقام و هو التصرف يعني ان الناس مسلطون في التصرف علي اموالهم و التصرف يشمل کل نوع تصرف، من اقسامها التصرف بنحو البيع المعاطاتي؛ فاذن يتم الاستدلال بالرواية للمطلوب. الا ان هذا الجواب مبني علي القول بافادة حذف المتعلق العموم و لا يتم علي مبني من يقول بعدم افادته العموم.

الثاني: ان ما يقال: انه لا اطلاق للمحمول هذا الکلام باطلاقه غير تام فان المحمول تارة يلاحظ بالنسبة الي حصصه و اخري يلاحظ بالنسبة الي ما يقتضيه بقول مطلق؛ اما المحمول فلو لوحظ بالنسبة الي حصصه فلا يفيد الاطلاق انما يفيد صرف الوجود مثلا لو قيل العالم مفيد للبشر لا يفيد انه مفيد للبشرية في مجال الدنيا و الآخرة معا؛ اما لو لوحظ بالنسبة الي ما يقتضيه المحمول بقول مطلق فانه يفيد الاطلاق لان ذلک مقتضي طبعه و ذاته؛ مثلا عند ما يقال زيد وصيي فان الوصي بقول مطلق يفيد الوصاية في جميع الشؤون لا في بعض الشؤون. مثال آخر؛ لو قيل زيد ولي المسلمين هذا لا اطلاق له بالنسبة الي الولاية التکوينية و التشريعية لعدم اطلاق المحمول بحسب حصصه و لکن هذا يفيد ان له الولاية بقول مطلق في جميع الشؤون. و الفرق ان الولاية التکوينية و التشريعية فردان للولاية و المحمول لا يثبت القسمين اذ صرف الوجود کاف لثبوت المحمول اما بالنسبة لشؤون متعلق الولاية له اطلاق يشمل جميع الشؤون.

علي هذا الاساس نقول في المقام ان السلطنة بقول مطلق لا يصدق الا اذا کان للمالک سلطنة بقول مطلق و هذا انما يصدق ان يتصرف في المال کيف يشاء و الا لا يصدق فيه انه مسلط علي ماله.

علي کل حال لنا في الاستدلال بالرواية ملاحظتان: اولا ان الرواية ضعيفة السند. ثانيا: انه يدل علي ان المالک له سلطنة علي التصرف المشروع و لا يحق للآخرين ان يزاحمه في ذلک و لا يدل علي السلطنة علي نقله الي الآخرين باي وجه اتفق فان الرواية ساکتة عن ذلک و لعله ان المتبع في ذلک هو الطريقة المتبعة عند العرف من ايقاع العقد بصيغة خاصة. هذا ما ذکره المحقق الخراساني کجواب لهذا الاستدلال و قال: أنّ دليل السلطنة مسوق لعدم حجر المالك عن التصرف في ماله، لا في مقام إثبات السلطنة بأنحائها كما قلنا حتى يتمسك بإطلاقها.

اجاب عنه المحقق الاصفهاني بان توضيح الحال فيه يتوقف على بيان أمر: و هو أنّ عدم نفوذ التصرف تارة لعدم الملك، و أخرى لعدم مشروعية أصل التصرف كغير البيع و نحوه من المعاملات المتداولة، و ثالثة لعدم نفوذ السبب شرعا كالمنابذة و الملامسة و المعاطاة عند من لا يراها سببا شرعا، و رابعة لوجود مانع كسفه أو صغر أو جنون أو فلس، مع وجود الملكية و مشروعية المعاملة و مشروعية السبب كالصيغة المستجمعة للشرائط.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ ظاهر قوله صلّى اللّه عليه و آله: (الناس مسلطون على أموالهم) ثبوت السلطنة لهم من حيث إضافة المال إليهم، و الحكم بالمقتضي- استنادا إلى ثبوت مقتضيه، إمّا اقتضاء و إمّا فعلا لعدم المانع- معقول، إلّا أنّ الحكم بعدم المانع استنادا إلى ثبوت المقتضي غير معقول، فلا معنى لحمل دليل السلطنة على أنّ المالك غير محجور، في قبال المحجور بأسبابه، مع عدم استناد عدم المحجورية على ثبوت المقتضي و هو كون المال له، بل عدم المحجورية مستندا إلى عدم ثبوت مانع غير الأسباب الموجبة للحجر شرعا، فتدبره فإنّه حقيق به.[[140]](#footnote-140)

اقول: ان هذا الجواب ممنوع فان هذا نشأ من الخلط بين الامور التکوينية و الاعتبارية فان هذا المعني يصدق في الامور التکوينية من انه لا يستدل لاثبات عدم المانع بوجود و لکن لا يصدق هذا المعني في الامور الاعتبارية فان المانع بيد المعتبر و اذا لم يعتبر مانعا يصح ان يقول اني جعلت اعتبرت هذا الامر.

### السادس: المسلمون عند شروطهم

مما استدل به علي عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود هي الرواية المعروفة المسلمون او المومنون کما في رواية عند شروطهم؛ هذا النص کما تقدم ورد في عدة من الروايات، و تقريب الاستدلال به ان النص يدل علي وجوب الوفاء بالعقد و نفوذه ايا کان شکله لصدق الشرط علي العقد.

توضيح تقريب الاستدلال؛ ان الشرط يحتمل في المراد منه احتمالات ثلاثة: الاول: ان يکون المراد منه خصوص الالتزام التابع. الثاني: ان يکون المراد منه الالتزام في ضمن التزام و هذا المعني يصدق علي الشرط التابع و علي العقد فانه التزام متقابل. الثالث: ان يکون المراد منه مجرد الالتزام فبهذا المعني يصدق علي الالتزام التابع و الاصلي و الابتدائي. و صحة الاستدلال بهذا الرواية يتوقف علي اثبات ان الشرط لا ينحصر مفهومه بالمعني الاول فسواء ثبت المعني الثاني او الثالث يمکن الاستدلال بهذه الرواية علي المطلوب، لان اثبات الاعم يثبت الاخص و لو ثبت المعني الثالث يثبت الاول و الثاني فاذن يصح الاستدلال بالنص؛ من هنا لا نرکز علي اثبات المعني الثالث و المهم اثبات ان الشرط لم يطلق علي خصوص الالتزام التابع؛ و بعدم اختصاصه يثبت المطلوب في المقام؛ و المدعي في تقريب الاستدلال ان الشرط اعم فاذن يصح الاستدلال بالنص لاثبات المطلوب.

### الاشکالات علي دلالة النص

قد اعترض علي دلالة النص علي عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود باعتراضات ثلاثة:

الاعتراض الاول: اختصاص الشرط بالالتزام التابع

ما ذکره الشيخ في ابواب الخيار و السيد الامام من ان الشرط حقيقة في الالتزام التابع و هو الشرط الذي يکون تابعا في العقد و لا يطلق علي غيره من الالتزام الابتدائي و الالتزام الاصلي الذي هو ضمن التزام. و يستشهد علي ذلک بما ذکره بعض اهل اللغة من ان الشرط هو الالتزام التابع؛ قال السيد الامام: و الذي يظهر من كلمات اللغويين أنّ الإلزام و الالتزام إمّا مطلقاً، أو في البيع و نحوه أحد معانيه، و أمّا المعنى الثاني فلم أرَ شاهداً عليه في اللغة. ففي «القاموس»: «الشرط إلزام الشي‏ء و التزامه في البيع و نحوه، و جمعه الشروط»، و نحوه في «أقرب الموارد».و ظاهرهما أنّهما بصدد بيان ماهيّة المعنى اللغوي، لا بعض مصاديقها، و لو كان الشرط عندهما مطلق الإلزام و الالتزام كان التقييد لغواً، بل مخلّاً[[141]](#footnote-141).

حاول الشيخ ان يرد ما استدل به علي ان الشرط يصدق علي الالتزام الابتدائي ايضا، مثل ما ورد في دعاء التوبة «و لك يا ربِّ شرطي أن لا أعود في مكروهك، و عهدي أن أهجر جميع معاصيك» و ما ورد في أوّل دعاء الندبة: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا» بتقريب ان الشرط اطلق في هذه الموارد علي الشرط الابتدائي؛ کانه اجاب بان الشرط في مثل هذه الموارد اطلق علي الالتزام في ضمن التزام فلا يکون من الشرط الابتدائي، بل التزام تبعي باعتبار و ذلک لان المراد في الاول ان الله وهب للائمة النعيم المقيم و اشترط عليهم الزهد فهذا کان في ضمن هبة معوضة؛ و في الثاني ايضا يکون من الالتزام في ضمن التزام اذ الشخص يسئل من الله ان يعفو عنه و هو يعهد ان لا يرجع الي الذنوب هذا نحو من الاشتراط و الالتزام في ضمن التزام. قال:

 و منها: قوله صلّى اللَّه عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم». و قد استدلّ به على اللزوم غير واحدٍ منهم المحقّق الأردبيلي (قدّس سرّه) بناءً على أنّ الشرط مطلق الإلزام و الالتزام و لو ابتداءً من غير ربطٍ بعقدٍ آخر، فإنّ العقد على هذا شرطٌ، فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدّي عنه، فيدلّ على اللزوم بالتقريب المتقدّم في أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائيّة، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتّى في مثل قوله عليه السلام في دعاء التوبة: «و لك يا ربِّ شرطي أن لا أعود في مكروهك، و عهدي أن أهجر جميع معاصيك»، و قوله عليه السلام في أوّل دعاء الندبة: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا» كما لا يخفى على من تأمّلها، مع أنّ كلام بعض أهل اللغة يساعد على ما ادّعينا من الاختصاص، ففي القاموس: الشرط إلزام الشي‏ء و التزامه في البيع و نحوه.[[142]](#footnote-142) بالنتيجة ان الشرط لو کان مستعملا بالمعني الاعم من الالتزام التابع و الالتزام الابتدائي او علي الاقل اعم من الالتزام التابع و الالتزام الاصلي کما في العقود لصح الاستدلال بالنص لاثبات عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود و الحال انه لم يستعمل الشرط الا في الالتزام التابع فلا يشمل النص العقود فاذن لا يصح الاستدلال بالنص لاثبات عدم اعتبار شکل خاص في البيع و نحوه.

يلاحظ عليه: اولا؛ ان الشيخ و ان ذهب في ابواب الخيار الي ان الشرط بمعني الالتزام التابع و لکنه عدل عنه في بحث الشروط فقال بان الشرط استعمل بمعني اعم من الالتزام التابع و استدل علي ذلک بجملة من الشواهد و نحن سنذکره في ضمن ما يدل علي ان الشرط بمعني اعم من الالتزام التابع و يصدق علي الالتزام الابتدائي ايضا.[[143]](#footnote-143)

ثانيا: ان الشرط کما تقدم له اطلاقات ثلاثة قد يراد منه خصوص الالتزام التابع. و اخري يکون المراد منه الالتزام في ضمن التزام و هذا المعني يصدق علي الشرط التابع و علي العقد فانه التزام متقابل. و ثالثة يکون المراد منه مجرد الالتزام فبهذا المعني يصدق علي الالتزام التابع و الاصلي و الابتدائي. علي هذا الاساس نقول ان ما استدل به من کلمات اللغويين کالقاموس لاثبات ان المراد من الشرط خصوص الالتزام التابع غير صحيح؛ اذ نهاية ما يستفاد منه ان الالزام و الالتزام الابتدائي لا يطلق عليه الشرط و لا يستفاد منه ان يکون الالتزام تابعا للعقد بل يستفاد منه معني ام من کونه تابعا او کان الزاما و التزاما اصليا في العقد يعني کان من ارکان العقد؛ فان «في» في قوله: «الشرط إلزام الشي‏ء و التزامه في البيع و نحوه»؛ لا يدل بالضرورة علي التبعية اذ المعني العرفي منه ان يکون هذا الالتزام في البيع سواء کان تابعا او کان اصلا؛ مضافا الي ان هذا الکلام معارض مع کلمات جملة من اللغويين الاخر. فاذن باعتقادنا ان الشرط يشمل الالزام و الالتزام العقدي.

ثالثا: ان ما ذکره الشيخ کجواب لما استدل به علي افادة الشرط العموم قابل للنقاش؛ و ذلک ان ما ورد في دعاء الندبة ليس بالتزام تابع -کما عدّه الشيخ من الالتزام التابع- حسب المتفاهم العرفي بل يعدّ التزامان متقابلان التزام من جانب الله سبحانه و هو التزام باعطاء النعيم و التزام من جانبهم برعاية الزهد. و هذا المعني يجري في دعاء التوبة يعني يا الله اعف عني و في قباله التزم ان لا ارجع الي الذنوب؛ هذا التزام متقابل فانا نسئل من الله سبحانه ان يعفو عنا و نحن في قباله نلتزم ان لا نرجع الي الذنوب.

رابعا: انه يوجد قرائن و شواهد کثيرة علي ان الشرط لا يختص بخصوص الالتزام التابع و هي من الکثرة بمثابة لا يرتاب فيه ان يکون الاستعمال في جميع هذه الموارد مجازيا و نحن نورد جملة من هذه الشواهد بادئا مما ذکره الشيخ کشاهد علي افادة الشرط العموم.

منها ما ورد عن مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ وَ سِنْدِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ قَضَى عَلِيٌّ × فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَ شَرَطَ لَهَا إِنْ هُوَ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا امْرَأَةً أَوْ هَجَرَهَا أَوِ اتَّخَذَ عَلَيْهَا سُرِّيَّةً فَهِيَ طَالِقٌ فَقَضَى فِي ذَلِكَ أَنَّ شَرْطَ اللَّهِ قَبْلَ شَرْطِكُمْ فَإِنْ شَاءَ وَفَى لَهَا بِالشَّرْطِ وَ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَ اتَّخَذَ عَلَيْهَا وَ نَكَحَ عَلَيْهَا.[[144]](#footnote-144) بتقريب ان هذا الشرط لم يقع في ضمن عقد بل کان الزاما ابتدائيا من عند الله سبحانه، و لو قيل: ان هذا الشرط ليس من الشرط الابتدائي بل شرط في قبال النعم الالهية في الجنة لقلنا حتي لو قبلنا هذا الاحتمال يصير نهاية الامر انه يشمل الالتزام الاصلي في العقد فاذن يصح الاستدلال بالنص حسب هذا الاحتمال ايضا.

يلاحظ عليه: ان الالفاظ قد يستعمل بقرينة التقابل و مکروا و مکر الله فمن اعتدي عليکم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليکم؛ و الحال انه لا مکر لله و لا اعتداء في الجزاء و کذلک في المقام يمکن ان يکون استعمال الشرط بقرينة التقابل يعني بقرينة شرطکم اطلق علي حکم الله سبحانه الشرط مجازا فاذن بهذا المقدار لا ينحل الاشکال.

منها ما ورد عن النبي ’ في حکاية بريرة عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ أَمَةٍ كَانَتْ تَحْتَ عَبْدٍ فَأُعْتِقَتِ الْأَمَةُ قَالَ أَمْرُهَا بِيَدِهَا إِنْ شَاءَتْ تَرَكَتْ نَفْسَهَا مَعَ زَوْجِهَا وَ إِنْ شَاءَتْ نَزَعَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ وَ قَالَ وَ ذُكِرَ أَنَّ بَرِيرَةَ كَانَتْ عِنْدَ زَوْجٍ لَهَا وَ هِيَ مَمْلُوكَةٌ فَاشْتَرَتْهَا عَائِشَةُ وَ أَعْتَقَتْهَا فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ص وَ قَالَ إِنْ شَاءَتْ أَنْ تَقِرَّ عِنْدَ زَوْجِهَا وَ إِنْ شَاءَتْ فَارَقَتْهُ وَ كَانَ مَوَالِيهَا الَّذِينَ بَاعُوهَا اشْتَرَطُوا عَلَى عَائِشَةَ أَنَّ لَهُمْ وَلَاءَهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ’ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ[[145]](#footnote-145). و المراد من شرط الله هو الحکم الالزامي لله سبحانه. و هذا المعني يحتمل تطبيقه علي المعني الثالث باعتبار کونه الزاما ابتدائيا و يحتمل تطبيقه علي المعني الثاني باعتبار ان الزام الله سبحانه في قبال اعطاء الجزاء و الثواب للعباد. و المهم انه ليس الشرط بمعني الالتزام التابع.

يلاحظ عليه: يمکن ان يکون الاستعمال بقرينة المقابلة و ليس الاستعمال هنا علامة الحقيقة لوجود علاقة المجاز لانهم شرطوا و قال: شرط الله مقدم ففي قبال شرطهم اطلق الشرط علي حکم الله بقرينة المقابلة فلا يصح الاستدلال بهذه الرواية.

منها ما اطلق علي خيار الشرط روي محمد بن الحسن بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ حَدِيدٍ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي حَدِيثٍ قَالَ وَ قَالَ فِي الْحَيَوَانِ كُلِّهِ شَرْطُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي وَ هُوَ بِالْخِيَارِ فِيهَا اشْتَرَطَ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ.

في رواية اخري مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ فُضَيْلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ قُلْتُ لَهُ مَا الشَّرْطُ فِي الْحَيَوَانِ قَالَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي[[146]](#footnote-146).

 في رواية عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ باسناده عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِئَابٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً لِمَنِ الْخِيَارُ فَقَالَ الْخِيَارُ لِمَنِ اشْتَرَى إِلَى أَنْ قَالَ قُلْتُ لَهُ أَ رَأَيْتَ إِنْ قَبَّلَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ لَامَسَ قَالَ فَقَالَ إِذَا قَبَّلَ أَوْ لَامَسَ أَوْ نَظَرَ مِنْهَا إِلَى مَا يَحْرُمُ عَلَى غَيْرِهِ فَقَدِ انْقَضَى الشَّرْطُ وَ لَزِمَتْهُ[[147]](#footnote-147). ففي هذه الروايات اطلق الشرط علي الخيار و هو حکم الله سبحانه و ليس شرطا تبعيا و من جانب المتبايعين، هذا يشهد بان الشرط لا يطلق علي خصوص الشرط التابعي بل اطلق علي المعني الثاني و الثالث.

منها ما ورد في مورد شهر رمضان عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ’ لِجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ يَا جَابِرُ هَذَا شَهْرُ رَمَضَانَ مَنْ صَامَ نَهَارَهُ وَ قَامَ وِرْداً مِنْ لَيْلِهِ وَ عَفَّ بَطْنُهُ وَ فَرْجُهُ وَ كَفَّ لِسَانَهُ خَرَجَ مِنْ ذُنُوبِهِ كَخُرُوجِهِ مِنَ الشَّهْرِ فَقَالَ جَابِرٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا أَحْسَنَ هَذَا الْحَدِيثَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ’ يَا جَابِرُ وَ مَا أَشَدَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ.[[148]](#footnote-148) فان الامام قد اطلق الشرط علي صوم شهر رمضان و هو الزام من جانب الله سبحانه.

منها ما رواه أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى فِي نَوَادِرِهِ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ جَرَّاحٍ الْمَدَائِنِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ إِنَّ الصِّيَامَ لَيْسَ مِنَ الطَّعَامِ وَ الشَّرَابِ وَحْدَهُ إِنَّمَا لِلصَّوْمِ شَرْطٌ يَحْتَاجُ أَنْ يُحْفَظَ حَتَّى يَتِمَّ الصَّوْمُ وَ هُوَ الصَّمْتُ الدَّاخِلُ أَ مَا تَسْمَعُ قَوْلَ مَرْيَمَ بِنْتِ عِمْرَانَ إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمنِ صَوْماً فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ إِنْسِيًّا يَعْنِي صَمْتاً فَإِذَا صُمْتُمْ فَاحْفَظُوا أَلْسِنَتَكُمْ عَنِ الْكَذِبِ الي آخره[[149]](#footnote-149).فان المراد من هذا الشرط ليس بمعني الشرط في ضمن العقد.

منها ما ورد في صوم شهر رمضان عن مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَسْبَاطٍ عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ إِذَا دَخَلَ شَهْرُ رَمَضَانَ فَلِلَّهِ فِيهِ شَرْطٌ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى‏: فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ فَلَيْسَ لِلرَّجُلِ إِذَا دَخَلَ شَهْرُ رَمَضَانَ أَنْ يَخْرُجَ إِلَّا فِي حَجٍّ أَوْ فِي عُمْرَةٍ أَوْ مَالٍ يَخَافُ تَلَفَهُ أَوْ أَخٍ يَخَافُ هَلَاكَهُ وَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْرُجَ فِي إِتْلَافِ مَالِ أَخِيهِ فَإِذَا مَضَتْ لَيْلَةُ ثَلَاثٍ وَ عِشْرِينَ فَلْيَخْرُجْ حَيْثُ شَاءَ.[[150]](#footnote-150) فان الشرط ليس هنا الا بمعني التکليف بالصوم.

منها ما ورد في باب الحج عن مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيم عَنْ أَبِيهِ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مَرَّارٍ عَنْ يُونُسَ عَنْ زِيَادِ بْنِ مَرْوَانَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ × مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ تَهَيَّأَ لِلْإِحْرَامِ وَ فَرَغَ مِنْ كُلِّ شَيْ‏ءٍ الصَّلَاةِ وَ جَمِيعِ الشُّرُوطِ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُلَبِّ أَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَ ذَلِكَ وَ يُوَاقِعَ النِّسَاءَ فَقَالَ نَعَمْ.[[151]](#footnote-151) و المراد من جميع الشروط واجبات الاحرام، فاطلق علي الزام الله سبحانه الشرط.

ايضا ورد في ابواب الحج عن مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُوماتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلا رَفَثَ وَ لا فُسُوقَ وَ لا جِدالَ فِي الْحَجِّ فَقَالَ إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَطَ عَلَى النَّاسِ شَرْطاً وَ شَرَطَ لَهُمْ شَرْطاً قُلْتُ فَمَا الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِمْ وَ مَا الَّذِي اشْتَرَطَ لَهُمْ فَقَالَ أَمَّا الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِمْ فَإِنَّهُ قَالَ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُوماتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلا رَفَثَ وَ لا فُسُوقَ وَ لا جِدالَ فِي الْحَجِّ وَ أَمَّا الَّذِي شَرَطَ لَهُمْ فَإِنَّهُ قَالَ فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ وَ مَنْ تَأَخَّرَ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقى‏ قَالَ يَرْجِعُ لَا ذَنْبَ لَهُ الْحَدِيثَ.[[152]](#footnote-152) معني شرط لهم شرطا التزم لهم و معني اشترط عليهم الزمهم، فاستعمل الشرط بمعني الالزام و الالتزام من جانب الله سبحانه و هذا ليس هو الشرط بالمعني الالتزام التابع.

منها ما رواه الْكُلَيْنِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ حُكَيْمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الصَّيْرَفِيِّ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا قَالَ سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ السَّعْيِ بَيْنَ الصَّفَا وَ الْمَرْوَةِ فَرِيضَةٌ أَمْ سُنَّةٌ فَقَالَ فَرِيضَةٌ قُلْتُ أَ وَ لَيْسَ قَدْ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ فَلا جُناحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِما قَالَ كَانَ ذَلِكَ فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص شَرَطَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَرْفَعُوا الْأَصْنَامَ مِنَ الصَّفَا وَ الْمَرْوَةِ فَتَشَاغَلَ رَجُلٌ تَرَكَ السَّعْيَ حَتَّى انْقَضَتِ الْأَيَّامُ وَ أُعِيدَتِ الْأَصْنَامُ فَجَاءُوا إِلَيْهِ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ فُلَاناً لَمْ يَسْعَ بَيْنَ الصَّفَا وَ الْمَرْوَةِ وَ قَدْ أُعِيدَتِ الْأَصْنَامُ فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ فَلا جُناحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِما أَيْ وَ عَلَيْهِمَا الْأَصْنَامُ.[[153]](#footnote-153) شرط عليهم اي الزمهم علي ان يرفعوا الاصنام.

منها ما ورد في باب البيع مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبَانٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ إِنَّ أُمَّ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَارِثِ أَرَادَتْ أَنْ تَكْتُبَ مُصْحَفاً وَ اشْتَرَتْ وَرَقاً مِنْ عِنْدِهَا وَ دَعَتْ رَجُلًا فَكَتَبَ لَهَا عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ فَأَعْطَتْهُ حِينَ فَرَغَ خَمْسِينَ دِينَاراً وَ إِنَّهُ لَمْ تُبَعِ الْمَصَاحِفُ إِلَّا حَدِيثا.[[154]](#footnote-154) يعني ان الرجل کتب المصحف من دون ان يشترط الاجرة، فاطلق الشرط علي الاجرة و من الواضح انها رکن للعقد لا انها تابعة للعقد، فاذن اطلق الشرط علي احد رکني الالتزام المتقابل.

منها ما ورد في المزارعة عن مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ وَ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ شُعَيْبٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الْمُزَارَعَةِ فَقَالَ النَّفَقَةُ مِنْكَ وَ الْأَرْضُ لِصَاحِبِهَا فَمَا أَخْرَجَ اللَّهُ مِنْ شَيْ‏ءٍ قُسِمَ عَلَى الشَّرْطِ وَ كَذَلِكَ قَبَّلَ رَسُولُ اللَّهِ ’ خَيْبَرَ أَتَوْهُ فَأَعْطَاهُمْ إِيَّاهَا عَلَى أَنْ يَعْمُرُوهَا عَلَى أَنَّ لَهُمْ نِصْفَ مَا أَخْرَجَتْ فَلَمَّا بَلَغَ الثَّمَرُ أَمَرَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ فَخَرَصَ عَلَيْهِمُ النَّخْلَ فَلَمَّا فَرَغَ مِنْهُ خَيَّرَهُمْ فَقَالَ قَدْ خَرَصْنَا هَذَا النَّخْلَ بِكَذَا صَاعاً فَإِنْ شِئْتُمْ فَخُذُوهُ وَ رُدُّوا عَلَيْنَا نِصْفَ ذَلِكَ وَ إِنْ شِئْتُمْ أَخَذْنَاهُ وَ أَعْطَيْنَاكُمْ نِصْفَ ذَلِكَ فَقَالَتِ الْيَهُودُ بِهَذَا قَامَتِ السَّمَاوَاتُ وَ الْأَرْضُ[[155]](#footnote-155). قسم علي الشرط. اي قسم حسب ما توافقا عليه؛ و تعيين الحصة في المزارعة من ارکان العقد لا انه شرط ضمن العقد.

منها ما ورد في السکني عن مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حُسَيْنِ بْنِ نُعَيْمٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى × قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ جَعَلَ دَاراً سُكْنَى لِرَجُلٍ أَيَّامَ حَيَاتِهِ أَوْ جَعَلَهَا لَهُ وَ لِعَقِبِهِ مِنْ بَعْدِهِ هَلْ هِيَ لَهُ وَ لِعَقِبِهِ مِنْ بَعْدِهِ كَمَا شَرَطَ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ لَهُ فَإِنِ احْتَاجَ يَبِيعُهَا قَالَ نَعَمْ قُلْتُ فَيَنْقُضُ بَيْعُ الدَّارِ السُّكْنَى قَالَ لَا يَنْقُضُ الْبَيْعُ السُّكْنَى كَذَلِكَ سَمِعْتُ أَبِي × يَقُولُ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ × لَا يَنْقُضُ الْبَيْعُ الْإِجَارَةَ وَ لَا السُّكْنَى وَ لَكِنْ تَبِيعُهُ عَلَى أَنَّ الَّذِي اشْتَرَاهُ لَا يَمْلِكُ مَا اشْتَرَى حَتَّى تَنْقَضِيَ السُّكْنَى كَمَا شَرَطَ وَ كَذَا الْإِجَارَةُ قُلْتُ فَإِنْ رَدَّ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ مَالَهُ وَ جَمِيعَ مَا لَزِمَهُ مِنَ النَّفَقَةِ وَ الْعِمَارَةِ فِيمَا اسْتَأْجَرَ قَالَ عَلَى طِيبَةِ النَّفْسِ وَ بِرِضَا الْمُسْتَأْجِرِ بِذَلِكَ لَا بَأْسَ.[[156]](#footnote-156) فان الشرط اطلق علي نفس السکني و هي ليس من الشرط بالمعني المصطلح و هو الالتزام التابع.

منها ما ورد في النکاح عن مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ باسناده عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ فِي حَدِيثِ صِيغَةِ الْمُتْعَةِ أَنَّهُ قَالَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فَإِنِّي أَسْتَحْيِي أَنْ أَذْكُرَ شَرْطَ الْأَيَّامِ قَالَ هُوَ أَضَرُّ عَلَيْكَ قُلْتُ وَ كَيْفَ قَالَ لِأَنَّكَ إِنْ لَمْ تَشْرِطْ كَانَ تَزْوِيجَ مُقَامٍ وَ لَزِمَتْكَ النَّفَقَةُ فِي الْعِدَّةِ وَ كَانَتْ وَارِثاً وَ لَمْ تَقْدِرْ عَلَى أَنْ تُطَلِّقَهَا إِلَّا طَلَاقَ السُّنَّةِ.[[157]](#footnote-157) فاطلق الشرط علي تعيين الوقت في المتعة و من الواضح ان قوام المتعة بذکر الايام و ليس من الالتزام التابع.

ايضا ما ورد فِي صِيغَةِ الْمُتْعَةِ عن مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ باسناده عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ × الرَّجُلُ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ مُتْعَةً فَيَتَزَوَّجُهَا عَلَى شَهْرٍ ثُمَّ إِنَّهَا تَقَعُ فِي قَلْبِهِ فَيُحِبُّ أَنْ يَكُونَ شَرْطُهُ أَكْثَرَ مِنْ شَهْرٍ فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَزِيدَهَا فِي أَجْرِهَا وَ يَزْدَادَ فِي الْأَيَّامِ قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ أَيَّامُهُ الَّتِي شَرَطَ عَلَيْهَا فَقَالَ لَا يَجُوزُ شَرْطَانِ فِي شَرْطٍ قُلْتُ كَيْفَ يَصْنَعُ قَالَ يَتَصَدَّقُ عَلَيْهَا بِمَا بَقِيَ مِنَ الْأَيَّامِ ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ شَرْطاً جَدِيدا.[[158]](#footnote-158)ً

منها ما ورد في الايلاء عن مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَيْفٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ‏ سُلَيْمَانَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ الثَّانِي × قَالَ قُلْتُ لَهُ جُعِلْتُ فِدَاكَ كَيْفَ صَارَتْ عِدَّةُ الْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثَ حِيَضٍ أَوْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَ صَارَتْ عِدَّةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً فَقَالَ أَمَّا عِدَّةُ الْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ فَلِاسْتِبْرَاءِ الرَّحِمِ مِنَ الْوَلَدِ وَ أَمَّا عِدَّةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَطَ لِلنِّسَاءِ شَرْطاً وَ شَرَطَ عَلَيْهِنَّ شَرْطاً فَلَمْ يُحَابِهِنَّ فِيمَا شَرَطَ لَهُنَّ وَ لَمْ يَجُرْ فِيمَا اشْتَرَطَ عَلَيْهِنَّ (أَمَّا مَا) شَرَطَ لَهُنَّ فِي الْإِيلَاءِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ إِذْ يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَلَمْ يُجَوِّزْ لِأَحَدٍ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فِي الْإِيلَاءِ لِعِلْمِهِ تَبَارَكَ اسْمُهُ أَنَّهُ غَايَةُ صَبْرِ الْمَرْأَةِ عَنِ الرَّجُلِ وَ أَمَّا مَا شَرَطَ عَلَيْهِنَّ فَإِنَّهُ أَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ إِذَا مَاتَ زَوْجُهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً فَأَخَذَ مِنْهَا لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ مَا أَخَذَ لَهَا مِنْهُ فِي حَيَاتِهِ عِنْدَ الْإِيلَاءِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً وَ لَمْ يَذْكُرِ الْعَشَرَةَ الْأَيَّامَ فِي الْعِدَّةِ إِلَّا مَعَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَ عَلِمَ أَنَّ غَايَةَ الْمَرْأَةِ الْأَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ فِي تَرْكِ الْجِمَاعِ فَمِنْ ثَمَّ أَوْجَبَهُ عَلَيْهَا وَ لَهَا[[159]](#footnote-159). شرط لهن اي التزم لهن و شرط عليهمن اي الزمهن.

منها ما عن مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ أَوْ قَالَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ شُعَيْبٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ رَجُلٍ أَعْتَقَ جَارِيَتَهُ وَ شَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ تَخْدُمَهُ خَمْسَ سِنِينَ فَأَبَقَتْ ثُمَّ مَاتَ الرَّجُلُ فَوَجَدَهَا وَرَثَتُهُ أَ لَهُمْ أَنْ يَسْتَخْدِمُوهَا قَالَ لَا[[160]](#footnote-160). هذه الرواية تدل علي ان الشرط في ضمن الايقاع يعد شرطا.

 منها ما ورد هذا المضمون ان شرط الله قبل شرطک فعن مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي أَحْمَدَ يَعْنِي ابْنَ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَمْرٍو صَاحِبِ الْكَرَابِيسِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ رَجُلٍ كَاتَبَ مَمْلُوكَهُ وَ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنَّ مِيرَاثَهُ لَهُ فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عَلِيٍّ ع فَأَبْطَلَ شَرْطَهُ وَ قَالَ شَرْطُ اللَّهِ قَبْلَ شَرْطِكَ.[[161]](#footnote-161)

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَمَّنْ كَاتَبَ مَمْلُوكاً وَ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنَّ مِيرَاثَهُ لَهُ قَالَ رُفِعَ ذَلِكَ إِلَى عَلِيٍّ ع فَأَبْطَلَ شَرْطَهُ وَ قَالَ شَرْطُ اللَّهِ قَبْلَ شَرْطِكَ.[[162]](#footnote-162)

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَمَّنْ كَاتَبَ مَمْلُوكاً وَ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنَّ مِيرَاثَهُ لَهُ قَالَ رُفِعَ ذَلِكَ إِلَى عَلِيٍّ ع فَأَبْطَلَ شَرْطَهُ وَ قَالَ شَرْطُ اللَّهِ قَبْلَ شَرْطِكَ.[[163]](#footnote-163)

في التهذيب أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَيْمُونٍ الصَّائِغِ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ × إِنِّي أَتَقَبَّلُ الْعَمَلَ فِيهِ الصِّيَاغَةُ وَ فِيهِ النَّقْشُ وَ أُشَارِطُ النَّقَّاشَ عَلَى شَرْطِهِ فَإِذَا بَلَغَ الْحِسَابُ فِيمَا بَيْنِي وَ بَيْنَهُ اسْتَوْضَعْتُهُ مِنَ الشَّرْطِ قَالَ فَبِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ قُلْتُ نَعَمْ قَالَ لَا بَأْسَ[[164]](#footnote-164). استوضعته من الشرط يعني اقلّل من اجرته، فان الشرط في الرواية اطلقت علي القرار و الجعل و علي الاجرة من الواضح ان الشرط هنا بمعني الالتزام لا بمعني الالتزام التابع.

منها عَنْ أَبِي الْمِعْزَى عَنِ الْحَلَبِيِّ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ رَجُلٍ تَكَارَى دَابَّةً إِلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ فَنَفَقَتِ الدَّابَّةُ فَقَالَ إِنْ كَانَ جَازَ الشَّرْطَ فَهُوَ ضَامِنٌ وَ إِنْ دَخَلَ وَادِياً لَمْ يُوثِقْهَا فَهُوَ ضَامِنٌ وَ إِنْ سَقَطَتْ فِي بِئْرٍ فَهُوَ ضَامِنٌ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْثِقْ مِنْهَا[[165]](#footnote-165). فان الشرط اطلق علي احد ارکان العقد و هذا المعني من الالتزام العقدي.

 مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي حَدِيثٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ’ بَعَثَ رَجُلًا إِلَى أَهْلِ مَكَّةَ وَ أَمَرَهُ أَنْ يَنْهَاهُمْ عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ[[166]](#footnote-166). و المقصود من شرطين في بيع کما في رواية اخري[[167]](#footnote-167) ان يبيع الشخص متاعا مترددا بين السلف بثمن اکثر و بالحال بثمن اقل و قبل المشتري علي هذا النحو بان يقول: ان ان اديت الثمن بتأخير فکذا و ان اديت علي الفور فکذا و قبل المشتري بهذا النحو. و المهم ان الشرط في الرواية اطلق علي البيع؛ و هو ليس من الالتزام التبعي بل من التزام المتقابل.

بالنتيجة المستفاد من الروايات ان الشرط اعم من الالتزام التابع سواء کان المراد منه الالتزام المتقابل او اعم منه و من الالتزام الابتدائي، و لا مجال للتجوز لکثرة لکثرة الروايات الواردة في المقام، فاذن يتم الاستدلال بالنص لاثبات عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود.

### الاعتراض الثاني: عدم شمول الشرط للمعاملات

ذکر السيد الامام ان الشرط حتي لو کان بالمعني الاعم من الالتزام التابع؛ لا يشمل مثل اجارة الاعيان و البيع لان البيع لا يتضمن التزاما اصلا، اذ البيع عبارة عن مبادلة خاصة او تمليک عين بعوض و هذا العنوان غير عنوان الالزام و الالتزام بشئ؛ و بناء العقلاء على‏ لزوم بعض المعاملات غير الإلزام و الالتزام، كما أنّ التزام المتعاملين بالعمل على المعاملة غير كونها إلزاماً و التزاماً. اذن فلا يشمل المسلمون عند شروطهم مثل البيع و نحوه، فلا يصح الاستدلال به لاثبات عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود[[168]](#footnote-168).

يلاحظ عليه: اولا؛ ان الشرط يشمل مثل البيع اذ يوجد في البيع التزام عرفا لان الالتزام لا يختص بالالتزام بالفعل بل يشمل الالتزام بالوضع ايضا اذ عند ما يملک البائع کتابه من زيد يوجد التزام منه بملکية المشتري للمبيع. و لا يختص الالتزام بالالتزام بفعل اختياري..

 و يشهد لذلک ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مَالِكِ بْنِ عَطِيَّةَ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ كَانَ لَهُ أَبٌ مَمْلُوكٌ وَ كَانَتْ لِأَبِيهِ امْرَأَةٌ مُكَاتَبَةٌ قَدْ أَدَّتْ بَعْضَ مَا عَلَيْهَا فَقَالَ لَهَا ابْنُ الْعَبْدِ هَلْ لَكِ أَنْ أُعِينَكِ فِي مُكَاتَبَتِكِ حَتَّى تُؤَدِّي مَا عَلَيْكِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ لَكِ الْخِيَارُ عَلَى أَبِي إِذَا أَنْتِ مَلَكْتِ نَفْسَكِ قَالَتْ نَعَمْ فَأَعْطَاهَا فِي مُكَاتَبَتِهَا عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ لَهَا الْخِيَارُ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ قَالَ لَا يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ.[[169]](#footnote-169) فان الشرط في هذه الرواية اطلق علي شرط النتيجة و لا يختص ذلک بالالتزام بالفعل. فعلي هذا الاساس يشمل النص مطلق الالزام و الالتزام التابع للعقد و الالتزام العقدي فاذن يصح الاستدلال به لاثبات المطلوب.

ثانيا؛ بما اجاب به نفس السيد الامام من انه لو افترضنا ان الشرط لا يشمل بمفهومه مثل البيع سواء کان بالمعني الاعم او بالمعني الاخص؛ لکن العرف يلغي الخصوصية بمناسبة الحکم و الموضوع من الشرط التابع الي مطلق الجعل و القرار اذ لا يجد العرف فرقا بين الالتزام التابع و بين سائر انحاء الالتزام من الالتزام الابتدائي و العقدي بل لا يجد فرقا بين الالتزام و بين مطلق الجعل و القرار من دون مدخلية لعنوان الشرط، فيحکم بان مطلق الجعل و القرار يجب الوفاء به علي اساس النص: المومنون عند شروطهم[[170]](#footnote-170). علي هذا الاساس ايضا يتم الاستدلال بالنص لاثبات المطلوب لان المفروض علي اساس هذا التصوير ان النص يدل علي وجوب الوفاء بمطلق الجعل و القرار و هذا باطلاقه يشمل ما اذا کان الجعل و القرار علي شکلية الايجاب و القبول ام کان علي شکلية المعاطاة او علي نحو آخر.

### الاعتراض الثالث: عدم کونها في مقام البيان

يمكن ان يستشكل علي دلالة النص علي المطلوب بان الظاهر منه انه بصدد بيان لزوم الوفاء بالعقد، اذ يفيد ان المومن في جنب شرطه و هذا کناية عن لزوم الوفاء بالعقد و ليس بصدد بيان صحة صياغة العقد؛ فاذن لا يصح التمسك به لاثبات عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود. هذا ما يستفاد من ظاهر اسلوب الشيخ لانه لم يتمسک بعموم المومنون عند شروطهم لاثبات صحة المعاطاة، و قد نقلنا عن السيد الزنجاني انه ليس بصدد بيان صحة العقد من حيث المحتوي و الشکل.

يلاحظ عليه: مفاد النص، ان المسلمون عند عقودهم من البيع و الاجارة و غيرهما و هذا بالدلالة المطابقية يفيد لزوم الوفاء بالعقد و باطلاقه يشمل الشرط الارتکازية و المعاطاتية و اللفظية فنستفيد من الدلالة الالتزامية للنص صحة البيع مطلقا من دون اعتبار صياغة خاصة شريطة ان لا يکون فيه اشکال و شک من الناحية المحتوائية في هذا العقد.

بالنتيجة ان النص المسلمون عند شروطهم يدل علي عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود؛ نعم ان هذا الکلام لا يجري في النکاح لما تقدم منا ان مورد النص ما اذا کان الوفاء جائزا بالعقد في فرض عدم صحة العقد؛ و هذا المعني لا يصدق في النکاح اذ لو افترضنا عدم صحة العقد المعاطاتي لا يجوز الوفاء به؛ فيکون من موارد دوران الامر بين کون الوفاء واجبا او حراما. هذا بخلاف البيع المعاطاتي فان وفاء به ليس حراما لو افترض عدم صحته. فاذن لو کان من دوران الامر بين جواز الوفاء و لزوم الوفاء بالعقد يصح التمسک بعموم المسلمون عند شروطهم لاثبات عدم اعتبار صياغة خاصة في العقد؛ و لو کان من موارد دوران الامر بين وجوب الوفاء بالعقد و حرمته فلا يجري هذا النص. يعني لا يدل علي عدم اعتبار صياغة خاصة في العقد.[[171]](#footnote-171)

و کذلک لا يصح التمسك به لاثبات صحة العقد فيما اذا كان الشك في محتوي العقد اذ كلما شك في صحة العقد يكون من الشبهة المصداقية لمخصص العام و هو عنوان الا ما احل حراما او حرم حلالا؛ مضافا الي تقيد كل دليل علي عدم كونه مما لا يخالف احكام الشريعة.

### ختام البحث

في الختام تعليقا علي هذا البحث اذکر نکات:

### النکتة الاولي: العلاقة بين العقد و الشرط

في تکييف العلاقة بين الشرط و العقد يوجد رأيان اساسيان:

الرأي الاول؛ علاقة الظرفية بين العقد و الشرط

 ذهب اليه السيد الامام الي ان العلاقة بين الشرط و العقد کعلاقة الظرف و المظروف و العقد کظرف وقع فيه الشرط، عند ما يقول البائع: بعتک الکتاب من الف تومان و اشترط عليک ان تخيط ثوبي؛ يکون العقد مجرد ظرف لوقوع هذا الشرط فيه. و الوجه فيه ان هذا العقد لا يخلو اما ان يکون معلقا علي تحقق الشرط خارجا و هو نفس الخياطة في المثال بحيث ما لم يتحقق الشرط لم يتحقق البيع؛ و اما ان يکون العقد معلقا علي التزام المشتري بالشرط بحيث لو لم يلتزم به يبطل العقد؛ و کلا الاحتمالين غير صحيح؛ اما الاول لمخالفته للعرف و الفقه و لا يلتزم به فقيه و الشاهد علي ذلک انه لو اشترط في العقد امر مثل الکتابة للعبد ثم ظهر کون العبد امّيا يحکم بخيار تخلف الوصف للبائع لا ان العقد باطل بحيث حتي لو رفع المشتري اليد عن هذا الشرط يحکم عليه بالبطلان. و اما الثاني و هو کون المعلق عليه التزام البائع بتحقق الشرط فهو خلاف الظاهر لان الظاهر من الاشتراط تعليق البيع علي نفس الخياطة خارجا؛ فاذن لا بد من القول بان العقد مجرد ظرف وقع فيه الشرط لا اکثر. بعبارة ان ظاهر العقد تعليق البيع علي نفس الشرط و هذا باطل قطعا لمخالفته للعرف و الفقه و القول بان المعلق عليه هو التزام المشتري فخلاف الظاهر؛ فلا يکون العقد الا مجرد ظرف وقع فيه الشرط[[172]](#footnote-172).

### الملاحظات علي رأي السيد الامام

الاولي: اعترض شيخنا الاستاذ التبريزي & انه بناء علي هذا المبني لو قال شخص لعمرو بعتک ثم اقول لابني جئني بماء ثم استمر علي انشاء العقد و قال: بالف تومان؛ بمجرد وقوع «جئني بماء» ضمن العقد لا يصير شرطا. لکن هذا الاشکال غير تام اذ ليس مراده من الظرف و المظروف الکلامي بل مراده الظرف و المظروف الاعتباري يعني يعتبر ان يکون الالتزام بخياطة الثوب في ضمن هذا البيع. و الظرف الاعتباري يحتاج الي الاعتبار.

الثانية: ان علاقة الظرفية بين الشرط و العقد ممكن بحسب مقام الثبوت, الا ان الظاهر عند العرف من الشرط في العقد هو التعليق مثلا عند ما يقول البائع: بعتک الکتاب بشرط ان تخيط ثوبي فلو قبل المشتري ذلك من دون الشرط يحكم العرف بعدم التطابق بين الايجاب و القبول و هذا معناه ان الشرط ليس مجرد مظروف وقع في هذا الظرف و لا علاقة له بالعقد. فيدور الامر بين ان يكون المعلق عليه هو الوجود الخارجي للشرط و هو غير صحيح لما تقدم من عدم تقوم صحة العقد بتحقق الشرط خارجا فان المشتري لو لم يخط الثوب لا يعد العرف هذا البيع باطلا, فيكون المعلق عليه هو التزام الملتزم عليه بالشرط.

الرأي الثاني: علاقة التعليق بين الشرط و العقد

اختار السيد الخوئي من ان الشرط في باب العقود و الايقاعات[[173]](#footnote-173) له معنيان:

 الاول: ان يکون الالتزام ببقاء العقد معلقا علي تقدير خاص؛ بمعني ان البائع ينشئ العقد مطلقاً و من غير أيّ تعليق فيه، إلّا أنّه يجعل التزامه بهذا العقد و إنهائه له منوطاً و معلّقاً على تحقّق أمر أو وصف معيّن كما لو باع العبد بشرط أن يكون كاتباً، فإنّا لو فتّشنا كيفيّة ارتباط البيع بكتابة العبد التي هي أمر خارج عن الاختيار نرى أنّ البائع لا يعلّق أصل البيع على الكتابة و لا يجعل الإنشاء البيعي منوطاً بها، كيف؟! و التعليق في العقود باطل بالإجماع، كما أنّه ليس بمراد له خارجاً قطعاً اذ لازمه عدم انعقاد البيع في فرض عدم کونه کاتبا فللبائع ان يرجع الي المشتري لعدم انعقاد البيع و الحال ان هذا خلاف المرتکز العقلائي فان العرف يقول له حق الفسخ و لو لم يفسخ له الانجاز. و إنّما يعلّق التزامه بهذا البيع المفروض وقوعه و تحقّقه على كلّ تقدير على وجود تلك الصفة بحيث لولاها لم يكن ملتزماً بهذا البيع و له الحقّ في أن يرفع اليد عنه. و هذا كما ترى مرجعه إلى جعل الخيار على تقدير عدم الكتابة، و من المعلوم أنّ التعليق في الالتزام ليس فيه أيّ محذور أو شائبة إشكال.

الثاني: ان يکون نفس العقد معلّقا علي الالتزام؛ بمعني ان البائع يعلّق نفس العقد او الايقاع علي التزام الطرف المقابل بشئ فان التزم يتم العقد و الا فلا عقد و لا ايقاع و کانما لم يصدر منه اي انشاء. مثل ما لو باع العبد شريطة خياطة ثوبه هذا يعني ان العقد معلق علي التزامه بالخياطة بحيث لو لم يلتزم المشتري بالخياطة يبطل البيع.

و هذا المعني ظاهر في العقود الآبية عن الفسخ و التقايل كالنكاح على المشهور، فإنّ الزوجيّة لا ترتفع إلّا بالطلاق أو بالفسخ بعيوب خاصّة دلّ النصّ عليها و الأمر في الإيقاع كالطلاق أظهر و أوضح، لعدم قبوله للفسخ قولًا واحداً. فلو زوّجت نفسها شريطة الاستقلال في السكنى، أو طلّق زوجته بشرط أن‏ تفعل كذا و قد قبلت الشرط و التزمت به، فإنّ معنى الشرط هنا لا يتّحد معه في القسم الأوّل، لعدم تطرّق الفسخ فيه لكي يؤول إلى جعل الخيار كما آل إليه هناك حسبما عرفت. فليس معنى الشرط هنا: تعليق الالتزام بالنكاح أو الطلاق على تحقّق ذلك الشي‏ء الذي التزم به الطرف الآخر خارجاً؛ بل معناه: أنّ أصل الطلاق أو النكاح معلّق لكن لا على تحقّق ذلك الشي‏ء في الخارج ليكون من التعليق المبطل، بل على نفس الالتزام به من الطرف المقابل الذي لا ضير في مثل هذا التعليق جزماً؛ فإنّه إن لم يلتزم به فعلًا فلا موضوع و لم ينعقد إنشاء من أصله، إذ قد كان منوطاً في تكوّنه بوجود هذا التقدير، حيث إنّه قد أنشأ الحصّة الخاصّة المقرونة بفعليّة هذا التقدير حسب الفرض. و إن التزم به حالًا التزاماً هو بمثابة الموضوع لهذا الإنشاء فقد تحقّق المعلّق و المعلّق عليه معاً في آنٍ واحد. فهذه الإناطة و إن كانت تعليقاً في المنشأ لكنّه تعليق على أمر حالي موجود بالفعل، و مثله لا يقدح في العقد و الإيقاع.

و نتيجة هذا النوع من الاشتراط: أنّه بعد ما التزم بالشرط و تمّ الإيقاع أو العقد كان للشارط مطالبة المشروط عليه و إلزامه بالوفاء، عملًا بعموم: «المؤمنون عند شروطهم». فلا يتضمّن هذا الشرط إلّا التكليف المحض دون الوضع.

اتضح الي هنا ان الشرط في باب المعاملات يرجع إلى أحد الأمرين: إمّا تعليق العقد على الالتزام، و إمّا تعليق الالتزام به على وجود الملتزم به خارجاً، و ثمرته على الأوّل: الإلزام بالوفاء، و على الثاني: جعل الخيار.

ثم ذکر السيد الخوئي ان هذان المعنيان قد يجتمعان، كما لو كان الملتزم به فعلًا اختياريّاً في عقدٍ قابل للفسخ، مثل ما لو باع بشرط الخياطة، فقد اشتمل هذا على تعليق البيع على الالتزام بالخياطة، فمن ثمّ كانت له المطالبة بها كما اشتمل على تعليق الالتزام به على تحقّقها خارجاً، و لأجله كان له الفسخ لو تخلّف الشرط و لم تتحقّق الخياطة في الخارج. و اخري يوجد المعني الاول دون الثاني مثل النکاح بشرط خياطة الثوب فان النکاح معلق علي الالتزام بخياطة الثوب بحيث لو لم يلتزم الزوج بالشرط يکون العقد باطلا و ليس هنا جعل الخيار. و ثالثة يوجد المعني الثاني دون الاول مثل بعتک هذا العبد بشرط ان يکون کاتبا هذا ليس التزاما بالکتابة لعدم کونه فعلا اختياريا[[174]](#footnote-174).

### ثمرات القولين

لکل من المبنيين ثمرات تترتب عليهما لا بأس بان نشير الي عدة منها:

منها في القرض الربوي؛ بناء علي ما اختاره السيد الامام من کون العقد مجرد ظرف للشرط؛ لو اشترط البنک علي المقترض بازاء اعطاء القرض له ان يدفع الزيادة، فلو وشحه المقترض ناويا عدم دفع الزيادة صح القرض لانه لم يرتکب حراما و لا يلزم بدفع الزيادة و لو اخذ منه الزيادة بالقهر فهذا لا اشکال فيه؛ بخلاف ما لو اخذ ذلک بنية قبول الزيادة فهو ربا حرام؛ قال:

القرض المشروط بالزيادة صحيح‏، لكن الشرط باطل و حرام، فيجوز الاقتراض ممن لا يقرض إلا بالزيادة كالبنك و غيره مع عدم قبول الشرط على نحو الجدّ و قبول القرض فقط، و لا يحرم إظهار قبول الشرط من دون جد و قصد حقيقي به، فيصح القرض و يبطل الشرط من دون ارتكاب الحرام‏.[[175]](#footnote-175)

اما بناء علي مبني السيد الخويي لا يصح القرض بشرط دفع الزيادة اصلا حتي لو کان المقترض ناويا عدم دفع الزيادة المقرض اذ لو اشترط دفع الزيادة في القرض و لم يقبل المقترض في نيته هذا الشرط، لا ينعقد هذا العقد لان انشائه کان مبنيا علي هذا الشرط و من دونه لم يقع الانشاء کما هو عليه فيبطل العقد. منها في باب البيع؛ لو اشترط الخياطة في البيع و نوي المشتري عدم الالتزام بالشرط، فانه بناء علي مبني السيد الامام يصح هذا البيع لان العقد مجرد ظرف لهذا الشرط؛ اما بناء علي مبني السيد الخويي فانه يبطل هذا البيع لان البيع قد انشأ معلقا علي هذا الشرط و مع عدم قبوله من جانب المشتري يبطل البيع.

منها في الاشتراط في باب النکاح؛ لو اشترط الزوجة علي الزوج شرطا فللزوج ان يقبل العقد ناويا عدم قبول الشرط؛ فبناء علي مبني السيد الامام صح العقد دون الشرط، و ذلک لان العقد ظرف للشرط. و لکن بناء علي مبني السيد الخوئي يبطل هذا العقد.

منها في شرط الخيار في النکاح؛ المشهور علي ان النکاح بشرط الخيار يکون صحيحا الا ان الشرط باطل؛ لان لزوم الخيار ليس لزوما حقيا بل لزوم حکمي، لکن يعتقد السيد الخويي ان النکاح يبطل لأن مرجع الاشتراط في العقود هو تضييق دائرة المنشأ و جعله على قسم خاص و كونه مقيدا بعدم الفسخ و عليه فإذا اشترط الخيار في عقد النّكاح فمعناه أن للمشروط له الفسخ متى أراد و عليه فلا يعلم انه يفسخ النكاح أو لا يفسخ و على تقدير انه يفسخ فلا يعلم أنه متى يفسخ و عليه فيكون وقت الفسخ مجهولا و حيث أنّه لم يرد النّكاح في الشّريعة الا على قسمين دائمي و موقت و هذا العقد خارج عن كلاهما فإنّه ليس بدائمى لكون الزواج مقيّدا بعد الفسخ كما عرفت إذا لا معنى لاعتبار الزّواج بعد الفسخ أيضا ليكون دائميا لكونه تناقضا واضحا و لغوا محضا و أما الموقت فلانّه مشروط بكون الوقت معلوما و مسما كما ورد في الرّوايات الكثيرة و حيث ليس الأجل هنا معلوما فيكون باطلا فاذن فاشتراط الخيار في النّكاح فاسد و مفسد للعقد[[176]](#footnote-176).

### النکتة الثانية: الاجارة بشرط القرض

قد تعارف بين الناس ان احدهم يقرض الآخر مبلغا و الآخر يوجره البيت بسعر منخفض، هل يصح مثل هذا القرض ام لا؟ و المشهور منهم السيد الامام التفصيل بين ما اذا کان القرض شرطا في ضمن عقد الايجار فيجوز لانه اشترط ضمن العقد شرطا سائغا فهو نافذ و بين ما اذا کان الايجار شرطا في ضمن عقد القرض مثل ما لو قال اقرضتک عشر ميليون تومان مدة سنة بشرط ان توجر البيت بسعر منخفض، فلا يجوز لانه دخل ذلک تحت عنوان قرض جرّ نفعا.

يلاحظ عليه: اولا؛ ان هذا التفصيل مبني علي ان الشرط عبارة عن الالتزام التابع فاذا اشترط في عقد الايجار کالتزام تابع ليس الا اشتراط امر سائغ ضمن العقد فيصح العقد؛ نعم في القسم الثاني حيث انه يصدق عليه انه قرض جر نفعا لا يجوز؛ لکن قد تقدم منا ان الشرط لا يختص بالالتزام التابع بل عبارة عن مطلق الالتزام فاذن حيث ان مجرد الالتزام موجود في الاجارة بشرط القرض فهذا يوجب ان يصدق عليه القرض الذي جر نفعا فلا يجوز مثل هذا الايجار[[177]](#footnote-177).

ثانيا: حتي لو قلنا بان الشرط عبارة عن الالتزام التابع يمکن القول بحرمة الاجارة بشرط القرض و ذلک لنکتة عرفية موجودة في المقام و هي: اننا عند ما راجعنا العرف نجد ان العرف لا يفکّک بين القرض بشرط الاجارة او الهبة و بين الهبة و الاجارة بشرط القرض، بل کلما يسمع حرمة القرض بشرط الاجارة او الهبة و کونها ربا يعد الاجارة و الهبة بشرط القرض ايضا ربا و محرما. و مثل مثل هذا الفرق يعده مجرد فرق في التعبير و الصياغة لا يوجب تغيير الواقع اصلا.

ثالثا؛ انه علي فرض عدم قبول هذا الجواب بامکاننا ان نستفيد من الروايات حرمة الاجارة او الهبة بشرط القرض و هي:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَن‏ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَسْبَاطٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّه | عَنْ سَلَفٍ وَ بَيْعٍ وَ عَنْ بَيْعَيْنِ فِي بَيْعٍ وَ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ وَ عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ.[[178]](#footnote-178) المقصود من السلف هو القرض و النهي عن سلف و بيع باطلاقه يشمل ما اذا کان القرض بشرط البيع و هو القدر المتيقن او کان بيعا بشرط القرض و لا يختص بالقرض بشرط البيع.

 في رواية اخري مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَن‏ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ وَ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُسْلِمُ فِي بَيْعٍ أَوْ تَمْرٍ عِشْرِينَ دِينَاراً وَ يُقْرِضُ صَاحِبَ السَّلَمِ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ أَوْ عِشْرِينَ دِينَاراً قَالَ لَا يَصْلُحُ إِذَا كَانَ قَرْضاً يَجُرُّ شَيْئاً فَلَا يَصْلُحُ قَالَ وَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ يَأْتِي حَرِيفَهُ وَ خَلِيطَهُ فَيَسْتَقْرِضُ مِنْهُ الدَّنَانِيرَ فَيُقْرِضُهُ وَ لَوْ لَا أَنْ يُخَالِطَهُ وَ يُحَارِفَهُ وَ يُصِيبَ عَلَيْهِ لَمْ يُقْرِضْهُ فَقَالَ إِنْ كَانَ مَعْرُوفاً بَيْنَهُمَا فَلَا بَأْسَ وَ إِنْ كَانَ إِنَّمَا يُقْرِضُهُ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ يُصِيبُ عَلَيْهِ فَلَا يَصْلُحُ.[[179]](#footnote-179) لعل المقصود من الرواية ان الرجل يبيع التمر باقل من قيمته و يأخذ من المشتري القرض؛ ففي هذا الفرض اجاب الامام بان القرض الذي يجر نفعا فهذا غير صحيح؛ و الحال ان الرواية تفيد ان البيع هو القرض اذ مفاده اما ان يکون البيع و القرض او يکون البيع بشرط القرض مع ذلک نهي الامام عن ذلک باعتبار ان هذا قرض يجر نفعا و هو من مصاديق الربا. و هذه الروايات يشمل الاجارة بشرط القرض. و ما جاء في بعض الروايات ان خير القرض ما جر نفعا؛ فقد فسر بما اذا کان الزيادة من دون اشتراط.

نعم يوجد روايات اخري يجوز ما يشابه مورد هذه الروايات و اهمها دلالة و اتمها سندا ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ × يَكُونُ لِي عَلَى الرَّجُلِ دَرَاهِمُ فَيَقُولُ أَخِّرْنِي بِهَا وَ أَنَا أُرْبِحُكَ فَأَبِيعُهُ جُبَّةً تُقَوَّمُ عَلَيَّ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ أَوْ قَالَ بِعِشْرِينَ أَلْفاً وَ أُؤَخِّرُهُ بِالْمَالِ قَالَ لَا بَأْسَ.[[180]](#footnote-180) مفاد الرواية جواز البيع المحاباتي بشرط الامهال و من الواضح ان الامهال بشرط حصول النفع من الربا و هذا لا يختلف عن البيع بشرط القرض.

هذه الرواية من الناحية السندية لا اشکال فيه؛ الا ان السيد الامام اشکل علي ذلک: بان محمد بن اسحاق بن عمار کان صرافا و لذلک لعله وقع في زلة في ما يرتبط بشؤونه الشغلية مضافا لم يثبت وثاقته بمثابة لا يحتمل فيه الزلة اصلا[[181]](#footnote-181). لکن هذا غير صحيح فانه لم يکن رجلا اعتياديا حتي نقبل في شأنه مثل هذا الکلام بل هو من عيون الشيعة و ثقاتهم و اهل الورع فلا يقبل في حقه مثل هذا الکلام. قال النجاشي: محمد بن إسحاق بن عمار بن حيان التغلبي الصيرفي: ثقة، عين، روى عن أبي الحسن موسى ع، له كتاب كثير الرواة. و ذکر المفيد أنه من خاصة الكاظم × و ثقاته و أهل الورع و العلم و الفقه من شيعته ممن روى النص على الرضا × [[182]](#footnote-182). ثانيا: علي فرض کونه ثقة اعتياديا لا في اعلي درجات الورع و الوثاقة، لا يصح ان نرفع اليد عن رواياته بمجرد ان له نفعا في رواياته فان دليل اعتبار خبر الثقة يعم جميع الفروض مضافا الي انه لو تم ذلک يلزم ان لا نقبل الروايات التي رواه الرجال في ما يرتبط بشؤونهم مثل المتعة في حق النساء و بالعکس.

بالنتيجة ان الرواية معارضة بالروايتين المتقدمتين بل معارضة مع ادلة تحريم الربا فان العرف يجد التهافت بين ادلة تحريم الربا و هذه الرواية اذ مع مثل هذه الحيل لا يبقي قيمة للتحريم و العرف لا يجد فرقا بين القسمين نعم لو کان لسان هذه الروايات مجرد تعبد امکن قبول مثل هذه الرواية و امکن قبول التفکيک بين القرض بشرط الاجارة و الاجارة بشرط القرض؛ لکن التشديد و التعليل في تحريم الربا القرضي تنفي کونها بصدد التعبد المحض بل تفيد انها ليس بصدد التعبد المحض.

فاذن هذه الرواية معارضة مع سائر الروايات و مخالف للکتاب عرفا فيطرح هذه الرواية و نرجع الي عموم تحريم الربا فلذلک نقول ان مثل هذه الحيل التي لا يجد العرف بينها و بين الربا فرقا فهذا غير صحيح؛ نعم انما يصح الحيل التي تجد العرف بين الربا و بين مثل ذاک الحيل فرقا جوهريا بحيث يعد هذا الامر امرا غير الربا المحرم فهذا لا اشکال فيه. هذا بحث استطرادي من ثمرات القول بان الشرط اعم من الالتزام التابع و المتبوع.

رابعا: يرد علي خصوص السيد الامام ان هذا خلاف ما ذکره في البيع من ان البيع بشرط القرض عين الربا و لا فرق بينه و بين الاجارة نطبق ذلک علي الاجارة فيقرر: ان الاجارة بشرط القرض عين الربا لان من يوجر بيته باقل من اجرة المثل في فرض القرض يکون هذه الاجارة المحاباتية مبنية علي هذا القرض. قال: مع أنّ طبع القضيّة في مورد تلك الروايات، يقتضي كون القرض أو تأخيره مبنيّاً على‏ بيع شي‏ء بأكثر من قيمته، و هذا لا يخرج الموضوع عن الربا؛ فإنّه بمنزلة الشرط. فإذا قال المقترض: «أقرضني كذا» أو «أخّرني إلى‏ كذا» فقال المقرض: «بع كذا بكذا حتّى أفعل» يكون القرض و التأخير مبنيّاً عليه، لا داعياً لذلك، و هو عين الربا، و عين القرض بالشرط[[183]](#footnote-183).

### النکتة الثالثة: وجوب الوفاء بالالتزام الابتدائي

هل يجب الوفاء بالالتزام الابتدائي المحض الذي لا يکون في ضمن عقد او ايقاع و لا يکون عقدا مستقلا بنفسه و هذا هو الذي يسمي بالوعد ام لا؟

استدل علي لزوم الوفاء به بوجوه:

الاول: اوفوا بالعقود

ان وجوب الوفاء بالعقد يشمل مثل الوعد.

### الثاني: المسلمون عند شروطهم

استدل السيد الحائري بقوله × المسلمون عند شروطهم علي وجوب الوفاء بالوعد فيما شريطة ان يکون ذلک التزاما و رتب الملتزم له عمله بعلم من المشروط عليه کمن يسافر مبنيا علي التزام زيد بحفظ اهله و عياله و يقبل زيد بذلک، و بذلک يخرج ما اذا کان وعدا بحتا لا يشمل النص مثل هذا الامر فلا يجب الوفاء به، و نکتة الاستدلال في هذا الدليل يکمن في ان الشرط يصدق علي خصوص ما اذا کان التزاما بحيث رتب الملتزم له عمله علي هذا الالتزام و لا يصدق علي غيره[[184]](#footnote-184).

يلاحظ عليه: الظاهر انه لا خصوصية لکون التزام الشخص بعلم من الملتزم له و ترتبيه الاثر علي التزامه فان صدق علي الالتزام الابتدائي فيصدق عليه مطلقا فيسمل مطلق الوعد بشئ اذا کان الوعد متضمنا للالتزام بفعل؛ نعم لو کان مجرد اخبار عن صدوره في المستقبل او بنائه علي صدوره کما هو المتعارف في کثير من الوعود فلا يصدق عليه الشرط. و يويد صدق الشرط علي الالتزام الابتدائي البحت جمله من الروايات السابقة. علي کل حال ان هذا البحث ليس بمهم بعد ما يدل علي وجوبه الروايات.

### الثالث: الروايات

منها: ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ شُعَيْبٍ الْعَقَرْقُوفِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ’ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيَفِ إِذَا وَعَدَ.[[185]](#footnote-185)

 منها: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × يَقُولُ عِدَةُ الْمُؤْمِنِ أَخَاهُ نَذْرٌ لَا كَفَّارَةَ لَهُ فَمَنْ أَخْلَفَ فَبِخُلْفِ اللَّهِ بَدَأَ وَ لِمَقْتِهِ تَعَرَّضَ وَ ذَلِكَ قَوْلُهُ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ ما لا تَفْعَلُونَ كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا ما لا تَفْعَلُونَ‏.[[186]](#footnote-186)

 منها: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ‏ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ بْنِ مِهْرَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ قَالَ مَنْ عَامَلَ النَّاسَ فَلَمْ يَظْلِمْهُمْ وَ حَدَّثَهُمْ فَلَمْ يَكْذِبْهُمْ وَ وَعَدَهُمْ فَلَمْ يُخْلِفْهُمْ كَانَ مِمَّنْ حَرُمَتْ غِيبَتُهُ وَ كَمَلَتْ مُرُوءَتُهُ وَ ظَهَرَ عَدْلُهُ وَ وَجَبَتْ أُخُوَّتُهُ.[[187]](#footnote-187) و لا ريب في ظهور هذه الروايات في وجوب الوفاء بالوعد.

ذکر السيد الخوئي ان الروايات الواردة في هذا المقام كثيرة جدا، و كلها ظاهرة في وجوب الوفاء بالوعد، و حرمة مخالفته، و لم نجد منها ما يكون ظاهرا في الاستحباب. و لكن خلف الوعد حيث كان يعم به البلوى لجميع الطبقات في جميع الأزمان، فلو كان حراما لاشتهر بين الفقهاء كاشتهار سائر المحرمات بينهم، مع ما عرفت من كثرة الروايات في ذلك، و كونها بمرأى منهم و مسمع، و مع ذلك كله فقد أفتوا باستحباب الوفاء به و كراهة مخالفته حتى المحدثين منهم كصاحبي الوسائل و المستدرك و غيرهما مع جمودهم على ظهور الروايات، و ذلك يدلنا على أنهم اطلعوا في هذه الروايات على قرينة الاستحباب، فأعرضوا عن ظاهرها.

و لكنا قد حققنا في علم الأصول أن إعراض المشهور عن العمل بالرواية الصحيحة لا يوجب وهنها، كما أن عملهم بالرواية الضعيفة لا يوجب اعتبارها، إلا إذا رجع إعراضهم الى تضعيف الرواية، و رجع عملهم الى توثيقها. و إذن فلا وجه لرفع اليد عن ظهور الروايات المذكورة على كثرتها، و حملها على الاستحباب.

و لكن الذي يسهل الخطب أن السيرة القطعية بين المتشرعة قائمة على جواز خلف الوعد، و على عدم معاملة من أخلف بوعده معاملة الفساق. و لم نعهد من أعاظم الأصحاب ان ينكروا على مخالفة الوعد كانكارهم على مخالفة الواجب و ارتكاب الحرام، فهذه السيرة القطعية تكون قرينة على حمل الأخبار المذكورة على استحباب الوفاء بالوعد، و كراهة مخالفته نعم الوفاء به و الجري على طبقه من مهمات الجهات الأخلاقية، بل ربما توجب مخالفته سقوط الشخص عن الاعتبار في الأنظار، لحكم العقل و العقلاء على مرجوحيته.

و مع ذلك كله فرفع اليد عن ظهور الروايات، و حملها على الاستحباب يحتاج إلى الجرأة و الأوفق بالاحتياط هو الوفاء بالوعد[[188]](#footnote-188).

و ما ذکره و ان کان لا يخلو من وجه لکن قد يقال بان الارتکاز المتشرعي علي عدم وجوب الوفاء بالوعد لعله نشأ من فتوي المشهور بعدم وجوبه فلا موجب لرفع اليد عن ظهور هذه الروايات. بل قد يقال: بان الارتکاز المتشرعي ليس علي عدم وجوب الوفاء بالوعد مطالق بل يختص بما اذا لم يرتب الموعود له اثرا علي وعده کما لو قال لشخص اشتر بيتا و انا اقرضک فاشتري الموعود له البيت و هکذا لو کان الوعد مرتبطا بوعد آخر. بان کان مواعدة.

 فالانصاف ان الوفاء بالوعد خاصة في ما اذا رتب الموعود له اثرا عمليا عليه او کان مواعدة لا يخلو من وجه فلا يترک الاحتياط. نعم وجوب الوفاء بالوعد وجوب تکليفي محض بمعني انه ليس مثل وجوب الوفاء بالشرط من جهة انه لو تخلف المشروط عليه من الوفاء بالشرط امکن للمشروط له الرجوع الي الحاکم الشرعي للتوصل الي حقه. فانه لا دليل علي مثله في وجوب الوفاء بالوعد کما ان وجوب الوفاء بالوعد مثل الواجبات التي يجب علي المکلف القيام بها مطلقا. فان الظاهر من وجوب الوفاء بالوعد بمناسبة الحکم و الموضوع انه لو رضي الموعود له بترک الوفاء لم يجب الوفاء بالوعد حينئذ. الا اذا وقع المکلف من ناحية تخلفه عن الوفاء بالوعد في ضرر معتد به مع ترتبه الاثر العملي علي ذلک الوعد فيجب عليه ان يجبر ضرره.

### السابع: جملة من الروايات

مما يمکن الاستدلال به کما ذکر السيد اليزدي علي عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود عدة من الروايات:

منها: صحيح جميل؛ روي مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي رَجُلٍ اشْتَرَى طَعَاماً كُلَّ كُرٍّ بِشَيْ‏ءٍ مَعْلُومٍ فَارْتَفَعَ الطَّعَامُ أَوْ نَقَصَ وَ قَدِ اكْتَالَ بَعْضَهُ فَأَبَى صَاحِبُ الطَّعَامِ أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ مَا بَقِيَ وَ قَالَ إِنَّمَا لَكَ مَا قَبَضْتَ فَقَالَ إِنْ كَانَ يَوْمَ اشْتَرَاهُ سَاعَرَهُ عَلَى أَنَّهُ لَهُ فَلَهُ مَا بَقِيَ وَ إِنْ كَانَ إِنَّمَا اشْتَرَاهُ وَ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ فَإِنَّ لَهُ بِقَدْرِ مَا نَقَدَ.[[189]](#footnote-189) بتقريب ان المناط في لزوم المعاملة و صحتها هي المساعرة و عدمها، لا ذکر اللفظ و عدمه و هذا يدل علي صحة المعاملة و لزومها و ان لم يکن انشاء.

منها: صحيح علاء بن رزين؛ روي مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ قُلْتُ لَهُ إِنِّي أَمُرُّ بِالرَّجُلِ فَيَعْرِضُ عَلَيَّ الطَّعَامَ وَ يَقُولُ قَدْ أَصَبْتُ طَعَاماً مِنْ حَاجَتِكَ فَأَقُولُ لَهُ أَخْرِجْهُ أُرْبِحْكَ فِي الْكُرِّ كَذَا وَ كَذَا فَإِذَا أَخْرَجَهُ نَظَرْتُ إِلَيْهِ فَإِنْ كَانَ مِنْ حَاجَتِي أَخَذْتُهُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ حَاجَتِي تَرَكْتُهُ قَالَ هَذِهِ الْمُرَاوَضَةُ لَا بَأْسَ بِهَا قُلْتُ فَأَقُولُ لَهُ اعْزِلْ مِنْهُ خَمْسِينَ كُرّاً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ بِكَيْلِهِ فَيَزِيدُ وَ يَنْقُصُ وَ أَكْثَرُ ذَلِكَ مَا يَزِيدُ لِمَنْ هِيَ قَالَ هِيَ لَكَ ثُمَّ قَالَ إِنِّي بَعَثْتُ مُعَتِّباً أَوْ سَلَّاماً فَابْتَاعَ لَنَا طَعَاماً فَزَادَ عَلَيْنَا بِدِينَارَيْنِ فَقُتْنَا بِهِ عِيَالَنَا بِمِكْيَالٍ قَدْ عَرَفْنَا فَقُلْتُ لَهُ عَرَفْتَ صَاحِبَهُ قَالَ نَعَمْ‏ فَرَدَدْنَا عَلَيْهِ فَقُلْتُ رَحِمَكَ اللَّهُ تُفْتِينِي بِأَنَّ الزِّيَادَةَ لِي وَ أَنْتَ تَرُدُّهَا قَدْ عَلِمْتَ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ لَهُ قَالَ نَعَمْ إِنَّمَا ذَلِكَ غَلَطُ النَّاسِ لِأَنَّ الَّذِي ابْتَعْنَا بِهِ إِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ بِثَمَانِيَةِ دَنَانِيرَ أَوْ تِسْعَةٍ ثُمَّ قَالَ وَ لَكِنْ أَعِدْ عَلَيْهِ الْكَيْلَ[[190]](#footnote-190). فان الظاهر من الرواية عدم وقوع المعاملة بالصيغة اللفظية، فاذن يدل علي صحة المعاطاة و عدم اعتبار صيغة خاصة في العقود.

منها ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ الْكَرْخِيِّ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × إِنِّي كُنْتُ بِعْتُ رَجُلًا نَخْلًا كَذَا وَ كَذَا نَخْلَةً بِكَذَا وَ كَذَا دِرْهَماً وَ النَّخْلُ فِيهِ ثَمَرٌ فَانْطَلَقَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنِّي فَبَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ بِرِبْحٍ وَ لَمْ يَكُنْ نَقَدَنِي وَ لَا قَبَضْتُ قَالَ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ أَ لَيْسَ كَانَ قَدْ ضَمِنَ لَكَ الثَّمَنَ قُلْتُ نَعَمْ قَالَ فَالرِّبْحُ لَهُ[[191]](#footnote-191). فان ظاهرها صحة العقد و لزومها بمجرد ضمان الثمن و ان لم يکن هناک صيغة لفظية.[[192]](#footnote-192) اقول: ان الاستدلال بهذه الرواية غير تام فان مورده ليس بيع بالمعاطاة اذ المفروض انه لم يعط الثمن و لا المثمن فکيف يکون معاطاة؛ بل مورده البيع باللفظ، فاذن هذه الرواية خارجة عن محل البحث.

### الثامن: السيرة

تقريب الاستدلال بالسيرة في المقام يكون باحد وجهين: تارة يكون الاستدلال بالسيرة العقلائية و اخري بالسيرة المتشرعية؛ قبل ان نقرب الاستدلال بهذين التقريبين من المناسب ان اذكر مقدمة و هي: ان السيرة علي اقسام: احدها؛ السيرة التي تنقح موضوع الحكم الشرعي و لا تشرع الحكم مثل وجوب النفقة للزوجة علي النحو المعروف و المستساغ؛ و هذا الامر انما يقدر بسبب السيرة المتعارفة للناس في كل زمان. ثانيها؛ السيرة التي تنقح ظهور الدليل من المرتكزات العرفيّة و العقلائيّة التي تتدخل في تكوين الظهور و تتصرّف و تحدد ظهور اللفظ و المراد منه توسعة أو تضييقاً. ثالثها؛ السيرة التي يراد الاستدلال بها على كبرى الحكم الشرعي كالسيرة العقلائية القائمة على أنَّ من حاز شيئاً من الأموال المنقولة المباحة ملكها. و هذا القسم من السيرة هي المبحوث عنها في المقام. و السيرة التي يراد بها الاستدلال علي الحكم الشرعي قد يكون سيرة عقلائية و اخري سيرة متشرعية و السيرة المتشرعية تارة تنشا من جهة تشرعهم بالدين مثل اتيان قرائة صلاة الظهر يوم الجمعة جهرا؛ و هذا هي السيرة المتشرعية بالمعني الاعم. و اخري تکون ناشئة من جهة کونهم عقلاء او من جهة کونهم متشرعين و هذا هي السيرة المتشرعية بالمعني الاعم؛ و المقصود من السيرة هنا هو المعني العام.

و الفرق بين السيرة العقلائية و المتشرعية من وجهين:

الاول: ان السيرة العقلائية لا يتوقف علي عمل الاصحاب بمورد السيرة بل يکفي اقتضاء الطبع العقلائي بالعمل به. هذا بخلاف السيرة المتشرعية فانه بحاجة الي عمل الاصحاب بمورد السيرة.

الثاني: ان السيرة العقلائية بحاجة الي اثبات عدم رادعية العمومات الناهية عن العمل بغير علم عن مثل هذه السيرة المتشرعية لا يحتاج الي اثبات ذلك بنكتة انا نستكشف ببرهان الانّ عدم رادعية الآيات الناهية عن العمل بغير علم عن مثلها اذ لو كانت ناهية عنها لما عمل الاصحاب بمثل هذه السيرة.

الثالث: ان نفس قيام السيرة المتشرعية علي عمل دليل علي المقصود من دون حاجة الي اثبات وصول الردع و عدمه لانها ان كانت سيرة لهم بما هي متشرعة فهي في طول رأي الشارع و ان كانت سيرة لهم بما هم عقلاء فنفس ثبوتها دليل علي عدم صدور ردع كاسر عن الشارع و الا لم تتحقق السيرة علي العمل به اصلا. و هذا بخلاف السيرة العقلائية فاننا عندئذ بحاجة الي البحث عن عدم وصول الردع.

بعد ان اتضح هذه المقدمة نقول يمكن الاستدلال بالسيرة علي احد طريقين:

### الاول: السيرة العقلائية

يمکن الاستدلال بالسيرة العقلائية ببيان انا نحس من الطبع العقلائي و نحدس اشتراكه بين هذا الزمان و زمان المعصوم, فانا عند ما راجعنا جذورها النفسية و اسبابها نجد ان الطبع العقلائي يقتضي عدم المنع من المعاطاة بل ثبوتها, و بهذا البيان نحدس و نثبت وجودها في الزمن المعصوم؛ و من الواضح ان الواضح ان الطبع العقلائي بهذه الاهمية لو لم يكن يرض به المعصوم لردع عنها و لو ردع لوصل الينا و حيث انه لم يصل فلم يردع عنها الشارع و هذا المقدار كاف في اثبات حجية السيرة العقلائية علي المعاطاة.

### الثاني: السيرة المتشرعية

تقريب ذلك بعد ان اثبتنا وجود السيرة العقلائية علي المعاطاة لا شك في ان المجتمع اي مجتمع كان لا يخلو عن سيرة قائمة علي علي طريقة المعاملات؛ من هنا نتساءل ان السيرة المتشرعية و الاصحاب في زمن ائمة اهل البيت ^ لا يخلو اما انها كانت قائمة علي اساس الطريقة المعروفة لدي الناس و العقلاء فاذن يثبت المطلوب من دلالة السيرة علي صحة المعاملات. و اما انها كانت قائمة علي خلاف الطريقة المألوفة لدي الناس؛ لكن هذا الاحتمال باطل بوجوه: اولا: لو كانت السيرة المألوفة لديهم علي خلاف ما يقتضيه الطبع العقلائي و سيرتهم لانعكس ذلك في التأريخ و تناقلته الالس و لوصل الينا خبره. ثانيا: انه لو شاع هذه السيرة في الزمن المتأخر لانعکس في التأريخ ان هذا البيع لم يکن في الزمن القديم و انما جاء في الزمن المتأخر. ثالثا: لو لم يکن يجري المعاطاة في المعاملات لانعکس في الروايات اذ الاصحاب لو کانوا لم يعملوا بالمعاطاة خلافا للسيرة العقلائية لسئلوا عن ذلک و عن الصيغ التي لا بد ان تستعمل في مقام الايجاب و القبول و عدم التساءل في الروايات يدل علي ان المعاطاة کان جاريا في ذلک الزمان. فاذن بهذا البيان يثبت صحة البيع المعاطاتي بالسيرة المتشرعية بالمعني الاعم.[[193]](#footnote-193)

استشکل الشيخ علي الاستدلال بالسيرة المتشرعية بانها نشأت من قلة المبالاة بالدين و لذلک لا يصح الاعتماد عليها کدليل لاثبات صحة المعاطاة و الشاهد علي ذلک انا نجد ان المشهور من قدامي الاصحاب ذهبوا الي بطلان المعاطاة و عدم افادتها الملک و مع ذلک نجد ان المتشرعة تعمل في سلوکهم المعاملي والاقتصادي حسب المعاطاة کانه لا اثر من الفتاوي و رأي الاصحاب الذين لا بد من يطبق الجاهل عمله علي ميزان فتاويهم و من الواضح ان مثل هذه السيرة لا يکون ناشئا الا من قلة المبالاة بالدين.

يلاحظ عليه: اولا؛ ان هذا الاشکال يختص بالسيرة المتشرعية و لا يشمل السيرة العقلائية فانه لا مجال فيها من البحث عن قلة المبالاة بالدين و قد تقدم منا انا استدللنا بالسيرة العقلائية ايضا و من الواضح انه مع عدم الردع من جهة ائمة المعصومين نستکشف امضاء هذه السيرة العقلائية.

ثانيا؛ ان قلة المبالاة لا يضر بالسيرة المتشرعية ايضا اذ بعد ان احرزنا السيرة المتشرعية في زمن ائمة المعصومين ^ و احرزنا عمل الاصحاب بها حسب التقرير الذي قررناه في السيرة المتشرعية تكون هذه السيرة كدليل لاثبات المطلوب و ان كانت ناشئة من قلة المبالاة بالدين اذ يكشف بالطريق الاني عن رضا المعصوم فان المعصوم لو لم يكن راضيا بها لردع اصحابه عن ذلك و لو ردعهم لارتدعوا و لم يتحقق سيرة و لوصل الينا خبره و مع عدم خبر من هذا الامر يثبت السيرة المتشرعية و هذا دليل لاثبات صحة المعاطاة بل يدل علي عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود.

نعم لا بد من ان اتذکر هذه النکتة ان السيرة التي ادعينا من العقلائية و المتشرعية علي صحة المعاطاة في العقود انما هي جرت في الامور اليسيرة و غير المهمة و اما في الامور الخطيرة فلم تجر السيرة علي کفاية المعاطاة فاذن لا دلالة لها علي صحة المعاطاة في الامور الخطيرة. نعم ان الادلة اللفظية التي تقدم الکلام عنها فهي باطلاقها تشمل الامور اليسيرة و الخطيرة معا و بها يثبت عدم اعتبار صحة المعاطاة في الامور الخطيرة ايضا کما يثبت عدم اعتبار صياغة خاصة في مطلق العقود سواء کان يسيرا ام خطيرا. و لا تنافي بين السيرة العقلائية و المتشرعية و بين ما تفيده الاطلاقات لان السيرة لا تنفي عدم صحة المعاطاة في الامور الخطيرة اذ نهاية ما تدل عليه ان السيرة ما جرت علي المعاطاة في الامور الخطيرة و المهمة، لا انه جرت علي عدم صحة المعاطاة فيها.

### الاشکالات علي عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود

### الاشکال الاول: انحصار التحليل و التحريم بالکلام

الي هنا اقمنا الادلة علي صحة المعاطاة و علي عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود من الآيات و الروايات و السيرة العقلائية و المتشرعية و اثبتنا صحتها؛ الا ان بعض الروايات تفيد عدم صحة المعاطاة مثل ما رواه:

 الکليني عن عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ خَالِدِ بْنِ نَجِيحٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ×الرَّجُلُ يَجِي‏ءُ فَيَقُولُ اشْتَرِ هَذَا الثَّوْبَ وَ أُرْبِحَكَ كَذَا وَ كَذَا فَقَالَ أَ لَيْسَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ وَ إِنْ شَاءَ تَرَكَ قُلْتُ بَلَى قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ إِنَّمَا يُحَلِّلُ الْكَلَامُ وَ يُحَرِّمُ الْكَلَامُ.[[194]](#footnote-194) و رواه الشيخ في التهذيب نفس الرواية عن الحسين بن سعيد عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ خَالِدِ بْنِ الْحَجَّاجِ عن الصادق ×.[[195]](#footnote-195)

وَ روي مثله الکليني بِاسْنَادِه عَنِ الْحَلَبِيِّ قَالَ سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الرَّجُلِ يَزْرَعُ الْأَرْضَ فَيَشْتَرِطُ لِلْبَذْرِ ثُلُثاً وَ لِلْبَقَرِ ثُلُثاً قَالَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَمِّيَ شَيْئاً فَإِنَّمَا يُحَرِّمُ الْكَلَامُ.[[196]](#footnote-196) بتقريب ان هذه الرواية تدل علي ان السبب المحلل منحصر بالکلام و حيث ان المعاطاة ليس بکلام فلا يکون سببا محللا للمشتري في ان يتصرف في المبيع کما انه ليس سبب يحرم تصرف البائع فيه. و هذا النص كما يدل علي عدم صحة المعاطاة و يعارض بمدلوله ما دل علي صحة المعاطاة يردع عن السيرة العقلائية القائمة علي صحة المعاطاة.

### الملاحظات علي دلالة الرواية

### الاولي: عدم تمامية سند الرواية

ان هذه الرواية تارة روي عن طريق خالد بن نجيج و اخري عن طريق خالد بن الحجاج و لو کان في طريق السند خالد بن نجيح فالرواية تامة من حيث السند لوثاقة خالد بن نجيح. و ان کان في السند هو خالد بن الحجاج فليس الرواية من حيث السند بتام لعدم الدليل علي وثاقته؛ و يغلب علي الظن کون الصحيح هو خالد بن نجيح و ذلک لامرين: اولا ان نسخة الکافي اضبط بمن التهذيب و الوارد في خالد بن الحجاج. و ثانيا: ان احتمال الخطأ بتبدل ابن نجيح بابن الحجاج اقوي من العکس و ذلک لاحتمال ان کون الراوي عنه يحيي بن الحجاج اخا خالد بن الحجاج؛ و لکن مع ذلک کله لا تحصل الاطمئنان بان الصحيح هو خالد بن نجيح. و لذلک لا يتقدم ما ذکره الکليني علي رواية الشيخ عند التعارض.

نعم يمكن ان يقال ان خالد بن الحجاج ايضا ثقة لرواية ابن ابي عمير عنه مع الواسطة و قاعدة ان هولاء الثقات الثلاث اعني محمد ابن ابي عمير و صفوان و البزنطي لا يروون و لا يرسلون الا عن ثقة كما يشمل مشائخهم من دون واسطة كذلك يشمل مشائخهم مع واسطة فاذن بهذا البيان يثبت وثاقة خالد فلا اشكال في الرواية اصلا.

يجاب عن ذلك صحيح ان ما يرسلونه هولاء الثقات لا يختص بمشائخهم من دون واسطة بل يشمل كلهم سواء كان مع واسطة او من دون واسطة اذ لو اختص بمشائخهم من دون واسطة لا يبقي قيمة لمراسيلهم فانه كثيرا ما يرسلون الرواية خصوصا ابن ابي عمير و لا يذكرون له سندا بل يسندون الي الامام من دون واسطة مع انا نعلم انه ينقل عن الامام مع وسائط, و هذا يشهد بان مراسيلهم يشمل حتي مشائخهم مع واسطة.

 لكن الكلام في ما يروونه عن مشائخهم هل ان ما شهد عليه الشيخ من عدم روايتهم الا من الثقات يشمل مشائخهم مع واسطة ام لا؟ و هل لهذا الکلام اطلاق ام لا؟ باعتقادنا ان استفادة الاطلاق من هذا الکلام مشکل لان هذا التعبير بحسب العرف يصدق علي من لا يروي الا عن ثقة من دون واسطة و لا يدل بالضرورة علي انه لا ينقل عن ثقة و ان کان مع الف وسائط اذ لو قال شخص انا لا اروي الا عن ثقة معناه انا انظر الي من انقل عنه فان کان ثقة فاروي عنه اما هذه الثقة يروي عن ثقة ام من غير ثقة فلا يرتبط بي اصلا. بالنتيجة لا يثبت من هذا الطريق وثاقة خالد بن الحجاج فيبقي الرواية غير تام من حيث السند.

ذکر السيد الخوئي ان الرواية مخدوشة من حيث السندلعدم ثبوت وثاقة الراوي، سواء أ كان هو خالد بن نجيح أم خالد بن الحجاج. و اضاف انه: قيل بوثاقة الأوّل، لوجوه مزيّفة كرواية صفوان عنه، أو أنّ للشيخ الصدوق طريقاً إليه، و نحو ذلك ممّا لا يرجع إلى محصّل. على أنّها لو تمّت لا تكاد تنفع، لما عرفت من التردّد بينه و بين ابن الحجّاج الذي لم تثبت وثاقته جزماً[[197]](#footnote-197).

اقول: ان ما ذکره السيد الخوئي من عدم الاعتماد علي روايات خالد بن نجيح مبني علي عدم وثاقة مشائخ الثقات الثلاث، و لکن هذا المبني عندي غير فان الاصح عندي وثاقة مشائخهم من دون واسطة، و انما المهم تردد الرواية بين کونها مروية عن ابن الحجاج او عن ابن نجيح و لهذا السبب لا يعتمد عليها.

### الثانية: عدم تمامية الدلالة

### فقه الرواية

مورد الرواية ان بعض الناس کانوا يشترون مثلا مال زيد من عمرو و هو ليس يملکه ثم يأتي عمرو و يشتري المال من زيد باقل مما باعه لآخر فيعطيه لمن باعه، و الروايات الواردة عن النبي الاکرم ’ و ائمة المعصومين نهت عن مثل هذا البيع تارة بلسان لا تبع ما ليس عندک و اخري بلسان جواز مجرد المقاولة من دون انجاز. و هذه الرواية وردت في مثل هذا الجوّ يقول الامام في جواب السائل: ان البيع ان انجز قبل شرائه فهذا غير صحيح و ان کان مجرد مقاولة من دون انجاز فهذا لا اشکال فيه.

### دلالة الرواية علي عدم صحة المعاطاة

ان المستشکل قد استدل لاثبات عدم صحة المعاطاة بقوله: انما يحلل الکلام و يحرم الکلام بتقريب ان النص يدل علي انحصار سبب الحل بالکلام و حيث ان المعاطاة ليس بکلام فلا يوجب الحل. اجابة عن هذا الاشکال نقول: ان النص يوجد فيها احتمالات يتم الاستدلال به علي عدم صحة المعاطاة علي بعض الاحتمالات دون بعض و الذي يتم الاستدلال حسبها هي احتمالات ضعيفة بعيدة عن مقصود النص و الذي لا يتم الاستدلال حسبها هي احتمالات قوية تناسب النص و لذلك لا يصح الاستدلال بهذا النص علي المطلوب. بيان ذلك؛ في المقصود من هذا النص يوجد احتمالات کما ذکر الشيخ جملة منها:

الاول: ان يکون المراد منه ان الکلام يوجب التحليل و التحريم؛ بناء علي هذا الاحتمال يتم الاستدلا لان النص يفيد ان سبب الحل منحصر بالکلام و حيث ان المعاطاة ليس بکلام فلا يکون سببا للحل.

يعتقد السيد اليزدي ان الصحيح من الاحتمالات المتصورة في المقام هذا الاحتمال و حاول ان يبرر وجه هذا الاحتمال بهذا البيان: فمحصّل الرّواية أنّه إن جاء الرّجل و قال اشتر لي هذا الثّوب و أربحك كذا و كذا و أنت اشتريت له فإن كان شراؤك قبل أن تبيعه منه بحيث إذا أردت أن تعطيه كان له أن يمتنع فلا بأس به لأنّه لا يكون بيع ما ليس عندك و ذلك لأنّ المؤثّر في المعاملات إنّما هو الكلام أعني إيجاب البيع مثلا و إنشاءه بالصّيغة و المفروض عدم وجوده بعد فلا يكون ذلك من البيع الممنوع و إن كان شراؤك بعد البيع منه بحيث يكون ملزما بالأخذ بمجرد الإعطاء فلا يجوز لأنّه من بيع ما ليس عندك لأنّ المفروض وجوب إيجاب المؤثّر في النّقل (و الحاصل) أنّ مفاد التعليل أنّ المؤثّر في الحلّية و الحرمة إنّما هو الكلام يعني أنّ المعاملات لا يترتّب عليها آثارها إلّا بذكر الصّيغة و في المورد لمّا كان المفروض عدم وجودها فلم يتحقّق معاملة و بيع حتّى يكون من بيع ما ليس عنده و يكون باطلا فعلل عدم البأس في المفروض بعدم وجود الكلام الّذي معه لم يتحقّق بيع حتّى يكون داخلا تحت العنوان الممنوع فتدبّر؛ و كذا الحال بالنّسبة إلى أخبار المزارعة حسب ما عرفت فإنّ المراد منها أنّه إذا لم يذكر في العقد بذر و لا بقر فلا بأس و إن كان بحسب اللّب بعض العوض في مقابلهما لأنّ المدار على ما ذكر في العقد لأنّ المحرّم أي المؤثّر هو الكلام فتدبّر.[[198]](#footnote-198)

يلاحظ علي هذا الاحتمال اولا: انه يستلزم التخصيص الاکثر اذ نجد ان کثيرا من اسباب الحل و الحرمة لا يختص بالکلام مثل التذکية فانه سبب الحل ذهاب ثلثي العصير العنبي فانه محلل للحرام و الحيازة محلل للمباحات و کذلک الارث و رضا المالک، فاذن لا يصح هذا الاحتمال.

اجيب عن ذلک: تارة کما عن السيد الامام بان المراد من الکلام الاعم من کلام الشارع و من کلام الناس فبناء علي هذا لا يلزم التخصيص الاکثر فان سببية التذکية و الارث و ذهاب الثلثين و الحيازة للحل حصل بکلام الشارع[[199]](#footnote-199). و تارة کما عن السيد اليزدي و السيد الخوئي بان المنصرف من هذا المقطع خصوص ابواب المعاملات و المعاملات المحتاجة الي الايجاب و القبول اکثر من التحليل و التحريم بالاباحة و الاذن، فاذن لا يلزم التخصيص الاکثر[[200]](#footnote-200).

لکن هذا الجواب غير تام فان المحلل ليس کلام الله سبحانه بل المحلل حکمه و امره اذ لا مدخلية لکلامه في التحليل و التحريم. و کذلک ما ذکره السيد الخويي من اختصاصه بالمعاملات غير صحيح لان المورد لا يوجب التخصيص. مضافا الي انه لا يمکن الالتزام به في باب المعاملات لان مفاد الحديث ان المعاطاة ليس سبب الحل و الحال ان الاجماع قام علي کون المعاطاة سبب الحل و انما انصب النزاع في انه يوجب الملک ام لا؟ و لو کان يفيد الرواية عدم سببية غير الکلام الحل في المعاملات لکان من اللازم علي الفقهاء ان يلتزموا بفساد المعاملات التي وقعت علي سبيل المعاطاة.

ثانيا: ان هذا الاحتمال مخالف لمورد الرواية کما ذکره الشيخ فان التفصيل المقصود في الحديث بينما اذا کان الامر بنحو ان شاء ترک و ان شاء اخذ و بين ما اذا کان مجبورا علي الاخذ؛ و هذا المعني لا علاقة له بحصر المحلل و المحرم في الکلام بداهة ان هذا التفصيل يکون واردا حتي لو لم يکن الکلام هو المحلل و المحرم يعني حتي لو کانت المعاطاة صحيحة يرد التفصيل بين ما اذا کا بالخيار في الاخذ و الترک او کان مجبورا علي الاخذ.

الثاني: ان يکون المراد ان التحليل و التحريم يختلف بحسب اختلاف التعبير في کلام واحد؛ بمعني ان المطلب الواحد يؤدي بمضامين مختلفة فحينما يحلل بعضها و يحرم بعضها کالنکاح فانه قد يؤدي بمضمون زوجتک نفسي فيصح و يوجب التحليل و اخري يؤدي بمضمون احللت لک نفسي فلا يصح.

بناء علي هذا الاحتمال لا يرتبط الرواية بصحة و فساد البيع المعاطاتي اصلا لان النص يفيد ان اختلاف التعبير يوثر في التحليل و التحريم و لا علاقة له بصحة و فساد البيع المعاطاتي نفيا و اثباتا من رأس.

يلاحظ علي هذا الاحتمال انه ساقط لعدم مسانخته لمورد الرواية اذ المقصود في الرواية کما بيناه سابقا هو التفصيل بين ما اذا کان الامر بنحو ان شاء اخذ و ان شاء ترک و بين ما اذا کان مجبورا علي الاخذ؛ و هذا المعني لا علاقة بان مطلبا واحدا يکون محللا حينما يؤدي بمضمون و صياغة و محرما حينما يؤدي بمضمون و صياغة اخري.

الثالث: ان يکون المراد التحليل و التحريم بحسب وجود الکلام و عدمه؛ بمعني ان وجود الکلام محلل و عدمه محرم او بالعکس او انه محلل في محل و محرم في محل آخر؛ و ذکر الشيخ ان روايات المزارعة تحتمل هذا المعني. و لو طبقنا هذا المعني في الرواية يصير المعني: ان شخصا لو باع مال الغير فان کان علي سبيل البت و الانجاز المعاملي فهذا البيع السابق محرم؛ و ان کان ذلک مجرد المقاولة من دون انجاز البيع فلا يحرم؛ يعني انه في هذا المقام يکون وجود البيع السابق علي الشراء محرما و عدمه محللا.

بناء علي هذا الاحتمال ايضا لا يرتبط الرواية بالمعاطاة اذ يفيد ان وجود الکلام محلل و عدمه محرم او بالعکس و هذا لا علاقة له بالمعاطاة[[201]](#footnote-201).

هذا الاحتمال خلاف الظاهر لانه لم يرد في النص انما يحلل الکلام و يحرم عدمه او بالعکس بل الظاهر ان التحريم و التحليل يرتبط بالوجود يعني ان وجود الکلام سبب للتحليل و وجوده سبب للتحريم.

الرابع: ان يکون المراد ان المقاولة و البيع يوجب التحليل و التحريم؛ يعني ان مجرد المقاولة من دون استيجاب البيع محلل و انجاز البيع يوجب التحريم، فيکون المراد من الکلام المحلل المقاولة و من المحرم البيع؛ بناء علي هذا الاحتمال ايضا لا يرتبط الرواية بصحة المعاطاة اذ تفيد ان المقاولة لا يوجب التحريم و انجاز البيع يوجب الحرمة و هذا لا علاقة له بالمعاطاة اصلا[[202]](#footnote-202).

يلاحظ عليه: ان هذا الاحتمال خلاف الظاهر فان الظاهر ان کلاما واحدا يوجب التحليل و التحريم؛ لا ان کلامين مختلفين احدهما يوجب التحليل و الآخر التحليل؛ کما يستفاد من صحيح الحلبي ان کلاما واحدا قد يوجب التحليل و اخري يوجب التحريم. ببيان آخر کما ذکره السيد اليزدي ان لازم هذا الاحتمال ان يکون المراد من الکلام في کل من الفقرتين هو الکلام المعهود و لا قرينة عليه بل هو من قبيل المعمي.[[203]](#footnote-203)

الخامس: ان يکون المراد ان الالتزام المعاملي يوجب التحليل و التحريم؛ بمعني ان الالتزام يکون محلّلا بالنّسبة إلى شخص و محرّما بالنّسبة إلى آخر مثل البيع فانه يكون محلّلا لتصرف المشتري في المبيع و محرّما لتصرف البائع فيه، و في جانب الثمن يکون الامر بالعكس؛ فيكون محصّل هذه الفقرة انحصار المحرّم و المحلّل في باب المعاملات بالالتزام المعامليّ و أنّه ما لم يجي‏ء التزام معامليّ فلا محرّم و لا محلّل و إن أتى بمقدّماته و حصلت المقاولة و المواعدة. و علي هذا الاساس ينطبق الفقرة علي ما أجاب × عن السّؤال في المقام بهذا البيان حيث إنّ المحرّم و المحلّل هو الالتزام المعاملي فلا بأس بمجرد المقاولة من دون انجاز للبيع لان مجرد المقاولة لا يوجب التحليل و التحريم. و ان کان مع ذلک انشاء بيع قبل ان يشتري الثوب ففيه باس لان الالتزام المعاملي يوجب التحليل و التحريم، هذا ما ذکره المحقق الايرواني[[204]](#footnote-204).

نفس هذا المعني ذکره المحقق الاصفهاني الا انه عبر بدل الالتزام المعاملي بايجاب البيع و حاول ان يبرر علاقة هذه الفقرة بمورد النص ببيان آخر: ان هذه الفقرة من النص يفيد ان ايجاب البيع محلل ان وقع في محله و محرم ان وقع في غير محله؛ و طبق الامام × هذه القاعدة في المقام ببيان انه حيث يري ان ايجاب البيع غير متحقق بقرينة رخصة المشتري في الاخذ و الترک فحکم بعدم الحرمة لعدم ما يوجب التحريم؛ و بمفهومه يفيد انه لو کان البيع متحققا لحکم بالحرمة لان ايجاب البيع محرم في مثل هذا المقام لکونه من مصاديق بيع ما ليس عنده[[205]](#footnote-205).

بناء علي هذا المعني ايضا يتم الاستدلال لان النص يفيد ان سبب الحل و الحرمة منحصر بالالتزام المعاملي الناشئ من اللفظ و من الواضح ان المعاطاة و الکتابة ليس من مصاديق الالتزام المعاملي الناشئ من اللفظ فلا يکون سبب التحليل و التحريم[[206]](#footnote-206).

يلاحظ عليه: انه لا بد من مناسبة بين هذه الجملة و بين مورد السؤال و الجواب فان مورد الحکم ان البيع في مثل هذا المورد لو کان مجرد مقاولة لا بأس فيه و ان کان علي سبيل الانجاز ففيه بأس و هذا المقطع کقاعدة کلية تشمل حکم هذا المورد لا بد ان يفسر بنحو يبين حکم المورد بکامله و يوضحه بتمامه و الحال ان هذا المعني يعني ان الالتزام البيعي يوجب التحليل في ما انتقل اليه و التحريم فيما انتقل عنه؛ لا ينطبق علي المورد بحيث يوضح حکم هذا المورد بکامله. اذ من الواضح انه لو قال القائل في بيع ما ليس عنده ان کان البيع علي سبيل المقاولة لا بأس فيه و ان کان علي سبيل الانجاز ففيه بأس لان الالتزام البيعي يوجب التحليل و التحريم، لا يحس المخاطب ارتباطا بين هذا التعليل و مورد الحکم يقع في حيرة فاذن هذا المعني ايضا ليس بصحيح اذ من الواضح ان کلام الامام لا بد ان يحمل علي معني يحتفظ به الارتباط بين مورد الحکم و التعليل.

مضافا الي ان حمله علي الالتزام البيعي يقتضي ان يکون سبب الحل في المقام ايضا کما في سائر الموارد و الحال ان المقصود انه سبب للحل في سائر الموارد و لکنه في المقام سبب للحرمة و من الواضح هذا المعني فيه تکلف واضح يأبي الکلام ان يحمل عليه.

السادس: ان يکون المراد أنّ الإيجاب الصحيح سبب الحل و الحرمة؛ بمعني ان الايجاب الصحيح في حد ذاته قد يکون سبب الحل و أخرى سبب الحرمة، مثلا النکاح الصحيح سبب للحل و الطلاق الصحيح سبب الحرمة. فاذن السبب الصحيح منحصر في الکلام و اما غير الکلام لا يوجد سبب صحيح يوثر في الحل و الحرمة و حيث ان بيع المعاطاة ليس کلاما فهو خارج عن محل الکلام.[[207]](#footnote-207) بناء علي هذا المعني ايضا يتم الاستدلال فان الرواية تفيد حينئذ ان سبب التحليل و التحريم منحصر بالايجاب و الالتزام المعاملي الصحيح، و المعاطاة ليس منها.

يلاحظ عليه: ان هذا المعني ايضا ليس ينسجم مع مورد الحديث فان مورد النص انه في بيع ما ليس عندک ان کان البيع علي سبيل المقاولة و المواعدة لا بأس فيه و ان کان علي سبيل البت و الجزم ففيه بأس؛ و هذا المقطع لا بد ان يوجه هذا الحکم انه لما ذا لا بأس بمجرد المقاولة و يوجد اشکال من منظور الشريعة ان کان البيع علي سبيل الانجاز، و مجرد بيان هذا الکلام ان ايجاب الصحيح قد يوجب الصحة و اخري يوجب البطلان لا يبرر هذا الحکم بل اجنبي عن محل الکلام.

### المختار في المراد من النص

و الصحيح باعتقادي ان المراد من الکلام جنس الکلام يعني ان جنس الکلام يوجب التحليل و التحريم لان الظاهر منه الجنس و هو اعم من ان يکون الکلام واحدا او متعددا و هذا يختلف بحسب المقامات فان في مقام کلام واحد يکون محرما و محللا و في مقام آخر هذا الکلام محلل و ذاک محرم.

و ذلک ان هذا الجملة کانها ورد لرفع استغراب السائل اذ بعد ان ذکر الامام ان البيع علي سبيل الانجاز فيه اشکال و مجرد المواعدة لا بأس فيه کانه حصل في ذهن الراوي هذا السؤال ما الفرق بين الموردين ان الامام يحکم في مورد بعدم الاشکالية و في مورد آخر بوجود بأس مع انه بحسب الظاهر لا فرق بين الامرين خصوصا بملاحظة تحقق المعاملة نهائيا في کلا الفرضين؛ من هنا جاء الامام حاول ان يجيب عن هذا التساؤل و يقول: أنّ جميع الكلمات لم تكن على حدّ سواء، بل هي مختلفة، فان بعضها يوجب التحليل و بعضها التحريم کما في المقام إنّ الكلام الصادر من الرجل من قول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا، إن كان بعنوان الوعد بحيث لم يكن ملزماً بالوفاء فلا بأس به، و إن كان بعنوان البيع و لا يمكنه التخلّف منه حرم، لاندراجه حينئذٍ في كبرى بيع شي‏ء قبل أن يملكه، فلا يكون الكلّ على نسق واحد. و لعله في مورد آخر نحو کلام يکون محرما و نحو آخر من الکلام محللا.

و هذا المعني يطبق علي ما ورد في باب المزارعة کما تقدم حيث ان ذکر الکلام في غير موضعه يوجب فساد المزارعة و في موضعه يوجب صحة المزارعة. بناء علي هذا المعني ايضا لا يرتبط النص بالمعاطاة لانه يفيد ان جنس الکلام قد يوجب التحليل و اخري التحريم و هذا المعني ساکت عن صحة المعاطاة نفيا و اثباتا.

الي هنا اتضح ان النص لا يدل علي عدم صحة المعاطاة في العقود و المعاملات هذا کله اولا.

ثانيا: لو سلمنا ان النص يفيد عدم اعتبار المعاطاة في المعاملات الا انه لا يکفي وحده للردع عن السيرة العقلائية و المتشرعية لان الردع يجب ان يتناسب في الشدة مع شدة السيرة و اصالتها و قوتها، و بما ان السيرة العقلائية و المتشرعية سيرة قوية عريقة فلو کانت غير مرضية لدي الشارع لکثر الردع عنها و کان هذا الردع ملفتا للنظر و کان يکثر نقله و بالتالي کان يصلنا اکثر من حديث واحد في الردع.[[208]](#footnote-208)

### فرع: التعهد بالشراء

قد تقدم ان الرواية تفيد ان بعض الناس کانوا يشترون مثلا مال زيد من عمرو و هو ليس يملکه ثم يأتي عمرو و يشتري المال من زيد باقل مما باعه لآخر فيعطيه لمن باعه، يسئل الراوي عن حکم هذا الامر، افاد الامام في جوابه: ان البيع ان انجز قبل شرائه فهذا غير صحيح و ان کان مجرد مقاولة من دون انجاز فهذا لا اشکال فيه. هذه الرواية و ان کانت ضعيفة من حيث السند الا انه توجد روايات معتبرة اخر تويد هذا المعني ان البيع لو کان بنحو الجواز يصح و الا فلا يصح.

هذه الرواية و ما في مضمونها تفيد ان ما هو المتعارف الآن في بعض معاملات الناس مع البنوک غير صحيح و هي ان البنوک يبيع السيارات لاشخاص حقيقيين او حقوقيين ثم يذهب وکيل البنک او المشتري کوکيل من جانب البنک فيشتري السيارة من المعمل و يدفعه الي من اشتراه من قبل. علي اساس ما تفيده الرواية نستطيع ان نقول: ان المراجعين الي البنوک ان کانوا من الناحية القانونية ملزمين و مجبورين علي اخذ هذه السيارات فهذا غير صحيح لان الرواية تنفيه. و ان کانوا من الناحية القانونية غير ملزمين و غير مجبورين لاخذ هذه السيارات بعد ان اشتراها البنوک من المعامل فهذا غير صحيح. و الرائج في اوساطنا الاقتصادية الآن هو الالزام من جانب البنک و هذا لا يصح شرعيا. هذا ما يستفاد من اطلاق الرواية.

فصل جملة من الفقهاء بين فرض التعهد و بين فرض البيع، بان البنک لو باع السيارات للاشخاص قبل ان يشتريها وکيل البنک فهذا غير صحيح لکونه من مصاديق بيع ما ليس عندک، هذا بخلاف ما اذا اخذ البنک تعهدا عرفيا من الفرد بانه لو اشتري البنک سيارة فعليه ان يشتري منه، فلا اشکال فيه، لعدم کونه من بيع ما ليس عندک.

و لکن الصحيح ان الرواية لا يختص بفرض البيع لما لا يملکه الآن بل يشمل فرض ما اذا اخذ تعهدا من الاشخاص لشراء السيارات ايضا لان مفروض الرواية ان من يريد ان يشتري ان کان بحيث ان شاء اخذ و ان شاء ترک فهذا صحيح و ان لم يکن کذلک فالبيع باطل و من الواضح ان من اخذ منه التعهد فهو ليس بحيث ان شاء اخذ و ان شاء ترک؛ فعلي هذا الاساس يشکل الامر في مثل هذه المعاملات. هذا ما نستفيده من النصوص و ان لم نکن مصرين علي ذلک.

نعم اننا نقول -کما ذکر الفقهاء- بعدم صحة هذه المعاملة اذا کان البيع شخصيا ففي هذا الفرض لا يصح شرائه علي سبيل الانجاز بلا ريب و کذلک لا يصح اخذ التعهد من الفرد بناء علي ما هو المختار، و اما اذا کان البيع کليا فلا اشکال فيه و يد علي ذلک صحيح عبد الرحمن ابن الحجاج[[209]](#footnote-209).

### الاشکال الثاني: اعراض الاصحاب عن ادلة المعاطاة

ان السيرة العقلائية او المتشرعية يوجد فيها هذه الاشکالية اننا عند ما راجعنا الي فتاوي قدامي الاصحاب نجد ان جلهم ذهبوا الي عدم افادة المعاطاة الملک بل ادعوا الاجماع و مع ذلک لا يمکن عادة احراز امضاء السيرة العقلائية و المتشرعية علي صحة المعاطاة و افادتها للملک فاذن لا يتم دلالة السيرة علي صحة المعاطاة؛ بل لا يبقي قيمة لما تمسک به من الادلة اللفظية علي صحة المعاطاة و عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود و ذلک لان هذه الادلة تفيد صحة المعاطاة بظهورها و من الواضح ان حجية الظهور تتبع السيرة العقلائية لانها الدليل علي حجيتها و عند ما راجعنا الي السيرة العقلائية في باب الظهور نجد انهم يعتنون به مادام لم يذهب بطانة و خواص المشرع الي خلاف ما يدل عليه ظهور کلام المشرع و الا فلا يعتد بالظهور باعتبار ان العقلاء يحکمون ان هذا الظهور لو کان مرادا لما خالف في ذلک بطانة المشرع و خواصه؛ و من الواضح ان قدامي الاصحاب تعد من خواص ائمة اهل البيت و هم لم يفهموا من هذه العمومات صحة المعاطاة و عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود و هذا يوجب ان نشک في ظهور هذه العمومات لافادة المعاطاة الملک فاذن لا يصح التمسک بهذه العمومات. ذکر نظيره السيد الامام في طهارة الکتاب و هو يقول انه لا اشکال في ادلة طهارة اهل الکتاب و لکن حيث ان علماء الشيعة قالوا بنجاسة اهل الکتاب هذا يکشف عن خلل في مثل هذه الروايات و لذلک يقول بنجاسة اهل الکتاب علي سبيل الجزم و البت.

و لعل اصرح عبارة يوضح موضع القدماء في هذا المجال ما ذکره العاملي في مفتاحه. قال:

و لا تكفي المعاطاة (في البيع) كما في «الشرائع و التذكرة و الدروس و اللمعة و ظاهر الجميع لأن كانت العبارة واحدة أنّها لا تكفي في المقصود بالبيع و هو نقل الملك كما هو صريح «الخلاف و السرائر و المختلف و حواشي الشهيد على الكتاب و قواعده و التنقيح و هو ظاهر الإرشاد حيث قال: و لا ينعقد بدون الإيجاب و القبول. و هو ظاهر كلّ ما اشترط فيه الإيجاب و القبول كالخلاف و المراسم و الوسيلة و النافع و المهذّب البارع و غيرها.

و ظاهر قواعد الشهيد الإجماع على أنّها لا تفيد الملك و إنّما تفيد الإباحة، فلا تكون عند هؤلاء جميعاً بيعاً حقيقةً و إنّما هي إباحة كما هو صريح الخلاف و المبسوط و الجواهر و الغنية و السرائر و جامع الشرائع و الميسية و الروضة و المسالك في أثناء كلامٍ له في الكتابين قال: لإطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها، و في «الغنية» أيضاً الإجماع عليه، قال: إنّها ليست ببيع و إنّما هي إباحة للتصرّف يدلّ عليه الإجماع المشار إليه، و أيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّة العقد به و ليس على صحّته بما عداه دليل، و لما ذكرناه نهى النبيّ صلى الله عليه و آله عن بيع الملامسة و المنابذة و ثمن بيع الحصاة على التأويل الآخر، و معنى ذلك أن يجعل اللمس للشي‏ء و النبذ له و إلقاء الحصاة بيعاً موجباً.

و في «الميسية» أنّ المشهور بين الأصحاب أنّها ليست بيعاً محضاً و لكنّها تفيد فائدته في إباحة التصرّف. و نسب ذلك في مجمع البرهان إلى المشهور. و في المسالك و الروضة عند شرح عبارتي الشرائع و اللمعة و قد عرفت المراد منهما أنّه المشهور بل كاد يكون إجماعاً، و مثله ما في المفاتيح. و في موضع آخر من «المسالك» قال عند نقل كلام المفيد: ما أحسنه و أمتن دليله إن لم يقم إجماع على خلافه. و في «التذكرة» أنّ الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصيغة فلا تكفي المعاطاة. و في «المختلف» أنّه مذهب الأكثر. و في «المفاتيح» أنّ المشهور أنّها تفيد إباحة تصرّف. و في «تعليق الإرشاد» أنّ الأظهر بين عامّة المتأخّرين من الأصحاب أنّ المعاطاة تفيد إباحة كلّ من العوضين لآخذه و لكلٍّ منهما الرجوع فيه ما دامت العين باقية، فإذا تلفت لزم المبيع حينئذٍ، ثمّ إنّه جعل مقتضى ذلك أنّها تفيد ملكاً متزلزلًا. ثمّ أخذ يستدلّ عليه بما ستسمعه. و في «الكفاية» أنّ المشهور أنّها تفيد إباحة تصرّف كلٍّ منهما لا أنّها بيعٌ فاسد. و فيها أيضاً: أنّ المشهور عدم تحقّق اللزوم بدون اللفظ المعتبر. و في «الرياض» أنّها تفيد الإباحة كما هو المشهور بين الطائفة بل كافّتهم، لرجوع القائل بعدمها و حرمة التصرّف في المعاطاة عنه إلى‏ الإباحة كما حكاه عنه جماعة.

قلت: هذه الشهرات الأخيرة ليست نصّ في أنّها لا تفيد ملكاً و إنّما نقلت على الإباحة الأعمّ من كونها محضة و بالملك لكنّ الشهرة معلومة بل الإجماع على أنّها لا تفيد ملكاً كما ستسمع إن شاء اللَّه تعالى.

و في «نهاية الإحكام» المعاطاة ليست بيعاً و الأقرب أنّ حكمها حكم المقبوض بسائر العقود الفاسد، و لو كان الثمن الّذي قبضه البائع مثل القيمة فهو مستحقّ ظفر بمثل حقّه و المالك راضٍ فله تملّكه، و يحتمل العدم. فقد انفرد هذا الكتاب من بين كتب الأصحاب باحتمال كونها بيعاً فاسداً، و قد نقل عنه جماعة أنّه رجع عنه، و الوجدان شاهد لهم، إذ «القواعد و المختلف» متأخّران عن نهاية الإحكام قطعاً. و في «جامع المقاصد» لا يقول أحد من الأصحاب أنّها بيعٌ فاسد سوى المصنّف في النهاية، و قد رجع عنه في كتبه المتأخّرة. و أطرف شي‏ء ما في «المفاتيح» من نسبة ذلك إلى العلّامة و جماعة و لعلّه أخذه ممّا يأتي في عبارة «جامع المقاصد».

فقد اتفقت هذه الكتب جميعها ما عدا الأخير فإنّه محلّ تأمّل على أنّها لا تفيد ملكاً و أنّها ليست بيعاً و إنّما تفيد إباحة محضة على اختلافها في الظهور و الصراحة[[210]](#footnote-210).

نعم حاول المحقق الثاني ان يحمل ما ذکره الفقهاء علي ان مقصودهم من ان المعاطاة لا تفيد الملک يعني انها لا تفيد الملکية اللازمة و ان کانت تفيد الملکية الجائزة؛ لکن هذا الاحتمال غير صحيح کما ذکره الشيخ فان کلام الفقهاء صريح في ان المعاطاة لا تفيد الملک. قال الشيخ: نزّل المحقّق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، و أنّه يلزم بذهاب إحدى العينين، و حقّق ذلك في شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه .

و الإنصاف: أنّ ما ارتكبه المحقّق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل، بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ في‏ المبسوط، و الخلاف، و الحلي في السرائر، و ابن زهرة في الغنية، و الحلبي في الكافي، و العلّامة في التذكرة و غيرها، بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك[[211]](#footnote-211).

الملاحظة علي هذا الاشکال

ان الشهرة في مسألة من المسائل الفقهية يوجب قدح السيرة المتشرعية و العقلائية اذا لم يکن عن مستند بل اشتهر الحکم جيل بعد جيل من دون ان يعرف له مستند فان ذلک يدل علي ان السيرة العقلائية ليست بحيث نحرز من عدم الدليل سکوت المعصوم؛ بل يکون الاشتهار علي الخلاف عند قدامي الاصحاب قرينة علي ردع السيرة العقلائية؛ و في المقام کذلک فان هذا الاشتهار عند اعاظم قدامي الاصحاب يردع السيرة العقلائية و المتشرعية و يکون کقرينة لبية علي خلاف ما يستفاد من العمومات اذا کان ذلک من دون مستند فان الاشتهار في هذا الفرض يحتمل فيه الاتصال بزمن المعصوم من هذا الاشتهار لعله نشأ من موقف ائمة اهل البيت ^. لکن عند ما راجعنا هذا الاشتهار في المقام نجد انه حصل عن مستند فنستکشف من ذلک عدم کونه ناشئا من موقف ائمة اهل البيت، و انما نشأ عن هذا المستند الخاص، و الشاهد علي ذلک ذکره جملة من فقهاء العظام کمستند لهذا الحکم اعني عدم افادة المعاطاة الملک.

منها ما ذکره الشيخ في الخلاف، قال:

مسألة 59: إذا دفع قطعة إلى البقلي، أو إلى الشارب، و قال: أعطني بقلا أو ماء، فأعطاه، فإنه لا يكون بيعا، و كذلك سائر المحقرات، و انما يكون إباحة، له أن يتصرف كل واحد منهما فيما أخذه، تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه. و فائدة ذلك، أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك، لأن الملك لم يحصل لهما. و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة: يكون بيعا صحيحا و إن لم يوجد الإيجاب و القبول، قال ذلك في المحقرات دون غيرها.

دليلنا: إن العقد حكم شرعي، و لا دلالة في الشرع على وجوده هاهنا، فيجب أن لا يثبت. فإما الاستباحة بذلك فهو مجمع عليه، لا يختلف العلماء فيها.[[212]](#footnote-212) ذکر نظير ذلک في جامع الخلاف و الوفاق. [[213]](#footnote-213)

منها ما ذکره العلامة في التذکرة؛ قال:

و لا تكفي المعاطاة في الجليل و الحقير، مثل: أعطني بهذا الدينار ثوبا، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار، فيأخذه و به قال الشافعي مطلقا، لأصالة بقاء الملك، و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. و بعض الحنفيّة و ابن سريج في الجليلة. و قال أحمد: ينعقد مطلقا و نحوه قال مالك، فإنّه قال: بع بما يعتقده الناس بيعا- لأنّه تعالى أحلّ البيع و لم يبيّن الكيفيّة، فتحال على العرف كالقبض، و البيع وقع في زمانه عليه السّلام كثيرا و لم ينقل اللفظ، و إلّا لتواتر. و الجواب: المعاطاة تثبت في غير البيع، فيجب عود النصّ إلى غيرها و نمنع عدم التواتر، و الاستغناء بالإباحة عنه و الحوالة في الحقيرة على العرف، فتختلف بأجناس الأموال و قصور الافعال في الدلالة علي المقاصد[[214]](#footnote-214). نجد ان العلامة يستدل علي عدم افادة المعاطاة الملک باصالة بقاء الملک و قصور الافعال عن الدلالة علي المقاصد.

اما الاجماع علي عدم افادة المعاطاة فلا يعتد به اصلا؛ اولا؛ ان ادعاء الاجماع ذکر في الغنية و من الواضح البين ان اجماعاته لا يعتد به لدي الفقهاء اذ کثيرا ما يعد الاجماع علي کبري مسألة اجماعا علي صغري المسألة ايضا، مضافا الي انه يوجد شواهد علي عدم کون المسألة اجماعيا.

منها ما ذکر في التذکرة نقلا عن المفتاح کما تقدم من أنّ الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصيغة فلا تكفي المعاطاة و في المختلف أنّه مذهب الأكثر. هذه العبارات تصرح بانه يوجد قول آخر ذهب الي خلاف ما ذهب اليه المشهور.

منها ما نقل عن المفيد انه قال بافادتها الملک اللازم، قال الشيخ الانصاري: ثمّ إنّ المعروف بين علمائنا في حكمها: أنّها مفيدة لإباحة التصرّف، و يحصل الملك بتلف إحدى العينين، و عن المفيد و بعض العامّة: القول بكونها لازمة كالبيع، و عن العلّامة رحمه اللّه في النهاية احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحة التصرّف[[215]](#footnote-215).

### المعاطاة في النکاح

الي هنا اثبتنا عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود فيصح العقد باي صياغة کان فعلا کان او قولا او کتابا او غير ذلک من انحاء الصياغات؛ من هنا يقع هذا التساؤل هل يصح المعاطاة في النکاح ام لا؟ المقصود من المعاطاة في النکاح ليس مجرد التعاطي من الطرفين بل انما المقصود منه ما اذا کان الفعل الذي لا يباح لغير الزوج ان يقصد الزواج دائميا کان او موقتا، فاذن لا يخلط بين النکاح المعاطاتي و السفاح فان بينهما فرقا من هذه الجهة، هذا القسم من النکاح هل هو صحيح ام لا؟

الصحيح باعتقادنا عدم صحة المعاطاة في النکاح و الدليل علي ذلک يترکب من مقدمتين:

الاولي: عدم الدليل علي صحة المعاطاة في النکاح؛ قد تقدم منا في المباحث السالفة ان الادلة التي اقيم لاثبات عدم اعتبار صياغة خاصة في العقود لا يدل علي صحة المعاطاة في النکاح اذ قلنا ان اوفوا بالعقود منصرف الي موارد جواز الوفاء بالعقد و لا يشمل موارد حرمة الوفاء بالعقد و النکاح المعاطاتي من هذا القبيل؛ و اما السيرة المتشرعية فلم تجر عليها اصلا بل جرت علي خلاف اذ من الواضح انا نجد ان الناس يعتنون جدا بمسألة اجراء الصيغ في النکاح و مع وجود هذه السيرة المتشرعية لو کانت السيرة العقلائية علي خلافها لا نحرز امضائها اصلا، فاذن لا دليل علي صحة النکاح المعاطاتي من السيرة اصلا.

الثانية: اصالة الفساد؛ ان الاصل الحاکم في ابواب المعاملات و منها النکاح هو اصالة الفساد في المعاملات الا اذا قام الدليل علي صحته و حيث انه لا دليل علي صحة المعاطاة في النکاح يحکم عليها بالفساد. فاذن بهذا البيان نستنتج عدم صحة المعاطاة في النکاح.

و يؤيد هذا المعني بعض الروايات مثل ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ زُرْعَةَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَدْخَلَ جَارِيَةً يَتَمَتَّعُ بِهَا ثُمَّ أُنْسِيَ أَنْ يَشْتَرِطَ حَتَّى وَاقَعَهَا يَجِبُ عَلَيْهِ حَدُّ الزَّانِي قَالَ لَا وَ لَكِنْ يَتَمَتَّعُ بِهَا بَعْدُ وَ يَسْتَغْفِرُ اللَّهَ مِمَّا أَتَى.[[216]](#footnote-216) بتقريب ان المعاطاة لو کانت تکفي لما کان حاجة لان يقول الامام × و لکن يتمتع بها. الا ان هذا مجرد شاهد علي المقصود اذ بامکان الناقد ان يقول حيث انه يشترط في الزواج غير الدائم تعيين الاجل و المهر و لم يعين في هذا المورد لا الاجل و لا المهر فلذلک حکم الامام بالفساد لا لاجل بطلان المعاطاة في النکاح.

استدل لاثبات عدم کفاية المعاطاة في النکاح بوجوه اخر ايضا:

### منها؛ جملة من النصوص

استدل السيد الخوئي علي اعتبار الصيغة في النکاح و عدم کفاية المعاطاة بجملة من النصوص:

منها: ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُوسَى بْنِ سَعْدَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْقَاسِمِ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الْمُتْعَةِ كَيْفَ أَتَزَوَّجُهَا وَ مَا أَقُولُ قَالَ تَقُولُ لَهَا أَتَزَوَّجُكِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ كَذَا وَ كَذَا شَهْراً بِكَذَا وَ كَذَا دِرْهَماً.[[217]](#footnote-217)

و کذلک عن مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُوسَى بْنِ سَعْدَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْقَاسِمِ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ الْجَوَالِيقِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي حَدِيثٍ قَالَ قُلْتُ مَا أَقُولُ لَهَا قَالَ تَقُولُ لَهَا أَتَزَوَّجُكِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ وَ اللَّهُ وَلِيِّي وَ وَلِيُّكِ كَذَا وَ كَذَا شَهْراً بِكَذَا وَ كَذَا دِرْهَماً عَلَى أَنَّ لِيَ اللَّهَ عَلَيْكِ كَفِيلًا لَتَفِيِنَّ لِي وَ لَا أَقْسِمُ لَكِ وَ لَا أَطْلُبُ وَلَدَكِ وَ لَا عِدَّةَ لَكِ عَلَيَّ فَإِذَا مَضَى شَرْطُكِ فَلَا تَتَزَوَّجِي حَتَّى يَمْضِيَ لَكِ خَمْسَةٌ وَ أَرْبَعُونَ يَوْماً وَ إِنْ حَدَثَ بِكِ وَلَدٌ فَأَعْلِمِينِي.[[218]](#footnote-218)

فان الظاهر من هذه النصوص مفروغية اعتبار العقد لدي السائل و انما السوال عن کيفياته و خصوصياته و إذا كان اعتباره في المتعة معلوماً و مفروغاً عنه، فاعتباره في الدوام يكون بطريق أَولى.

منها: ما رواه محمد بن يعقوب عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ وَ عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مِهْرَانَ وَ مُحَمَّدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ × كَيْفَ أَقُولُ لَهَا إِذَا خَلَوْتُ بِهَا قَالَ تَقُولُ أَتَزَوَّجُكِ مُتْعَةً عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ ص لَا وَارِثَةً وَ لَا مَوْرُوثَةً كَذَا وَ كَذَا يَوْماً وَ إِنْ شِئْتَ كَذَا وَ كَذَا سَنَةً بِكَذَا وَ كَذَا دِرْهَماً وَ تُسَمِّي مِنَ الْأَجْرِ مَا تَرَاضَيْتُمَا عَلَيْهِ قَلِيلًا كَانَ أَمْ كَثِيراً فَإِذَا قَالَتْ نَعَمْ فَقَدْ رَضِيَتْ فَهِيَ امْرَأَتُكَ وَ أَنْتَ أَوْلَى النَّاسِ بِهَا قُلْتُ فَإِنِّي أَسْتَحْيِي أَنْ أَذْكُرَ شَرْطَ الْأَيَّامِ قَالَ هُوَ أَضَرُّ عَلَيْكَ قُلْتُ وَ كَيْفَ قَالَ إِنَّكَ إِنْ لَمْ تَشْتَرِطْ كَانَ تَزْوِيجَ مُقَامٍ وَ لَزِمَتْكَ النَّفَقَةُ فِي الْعِدَّةِ وَ كَانَتْ وَارِثَةً وَ لَمْ تَقْدِرْ عَلَى أَنْ تُطَلِّقَهَا إِلَّا طَلَاقَ السُّنَّةِ[[219]](#footnote-219). بتقريب ان قوله: «إذا قالت: نعم، فقد رضيت و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها» ظاهر الدلالة في عدم كفاية الرضا الباطني و اعتبار اللّفظ بحيث لولا قولها: «نعم» لما تحقّقت الزوجية و لما كان الرجل أولى الناس بها.

منها: ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ قَالَ قُلْتُ كَيْفَ يَتَزَوَّجُ الْمُتْعَةَ قَالَ يَقُولُ أَتَزَوَّجُكِ كَذَا وَ كَذَا يَوْماً بِكَذَا وَ كَذَا دِرْهَماً فَإِذَا مَضَتْ تِلْكَ الْأَيَّامُ كَانَ طَلَاقُهَا فِي شَرْطِهَا وَ لَا عِدَّةَ لَهَا عَلَيْكَ[[220]](#footnote-220).

ورد مثله ايضا عن مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ وَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَقُولَ فِيهِ هَذِهِ الشُّرُوطَ أَتَزَوَّجُكِ مُتْعَةً كَذَا وَ كَذَا يَوْماً بِكَذَا وَ كَذَا دِرْهَماً نِكَاحاً غَيْرَ سِفَاحٍ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ وَ عَلَى أَنْ لَا تَرِثِينِي وَ لَا أَرِثَكِ وَ عَلَى أَنْ تَعْتَدِّي خَمْسَةً وَ أَرْبَعِينَ يَوْماً وَ قَالَ بَعْضُهُمْ حَيْضَةً[[221]](#footnote-221).

و کذلک عن مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مَعْرُوفٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ جُبَيْرٍ أَبِي سَعِيدٍ الْمَكْفُوفِ عَنِ الْأَحْوَلِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × قُلْتُ أَدْنَى مَا يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ بِهِ الْمُتْعَةَ قَالَ كَفٌّ مِنْ بُرٍّ يَقُولُ لَهَا زَوِّجِينِي نَفْسَكِ مُتْعَةً عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ نِكَاحاً غَيْرَ سِفَاحٍ عَلَى أَنْ لَا أَرِثَكِ وَ لَا تَرِثِينِي وَ لَا أَطْلُبَ وَلَدَكِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَإِنْ بَدَا لِي زِدْتُكِ وَ زِدْتِنِي.[[222]](#footnote-222) بتقريب ان هذه الروايات تسئل الراوي عن الامام عن کيفية المتعة و الامام يجيب بان يقول: اتزوجک علي کذا و کذا و هذا يدل علي اعتبار اللفظ.

منها: ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عن مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ بُرَيْدٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ × عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ وَ أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثاقاً غَلِيظاً،[[223]](#footnote-223) قَالَ الْمِيثَاقُ هِيَ الْكَلِمَةُ الَّتِي عُقِدَ بِهَا النِّكَاحُ وَ أَمَّا قَوْلُهُ غَلِيظاً فَهُوَ مَاءُ الرَّجُلِ يُفْضِيهِ إِلَى امْرَأَتِهِ.[[224]](#footnote-224) هذه الرواية ايضا واضحة الدلالة على اعتبار التلفّظ، و عدم كفاية مجرد الرضا الباطني، بل و إظهاره بغير اللّفظ المعين. بالنتيجة يستفاد من هذه الروايات اعتبار الصيغة في انشاء و عدم کفاية المعاطاة[[225]](#footnote-225).

يلاحظ علي دلالة هذه الروايات مع غض النظر عن الاشکال السندي في بعضها لا ريب ان الطريق المتعارف لذکر الاجل و المدة و سائر الشروط هي ذکرها باللفظ، و من الواضح ان الامام لا يأتي ان يجعل طريقا غير متعارف لبيان المراد، و مثل هذا الکلام الذي ورد ورد لبيان ما هو المتعارف عند الناس لا خصوصية احترازية له اصلا فلا يدل علي عدم تحقق النکاح في فرض عدم ذکر الصيغة باللفظ، کما ان ذکر الصيغة بالعربية لا يدل علي اعتبار کون الصيغة عربيا لان المتعارف في المجتمع الذي يعيش الامام کان مجتمعا عربيا و السائل من العرب يجيب الامام بلغته و هذا لا يدل اصلا علي اعتبار العربية اصلا. هذا مضافا الي ان ما يسئل السائل عن الامام کيف يقول لها و الامام يجيب بان يقول لها کذا و کذا هذا لا دلالة له اصلا علي اعتبار اللفظ في العقد اذ من الواضح ان السائل عند ما يسئل عما يقول لها، بطبيعة الحال لا يجيب الامام ان لا يقول لها شيئا بل يجيب بما عما لا بد ان يقول لها من ذکر الاجل و المدة و في ضمنها ما يدل علي الزواج، هذا لا دلالة له اصلا علي اعتبار اللفظ في الزواج.

### اصالة اللزوم في العقود

يقع الکلام في اصالة اللزوم في العقود في مقامين: الاول؛ في ما يدل علي اللزوم في العقود من الآيات و الروايات و السيرة. المقام الثاني في ما يقتضيه الاصل العملي في العقود.

### المقام الاول: الادلة علي اللزوم في العقود

استدل لاثبات اللزوم في العقود بعدة ادلة نحن نورده هنا:

### الدليل الاول: الناس مسلطون علي اموالهم

استدل الشيخ علي لزوم العقد بقوله ’: الناس مسلطون علي اموالهم[[226]](#footnote-226) بتقريب ان مقتضي سلطنة المشتري علي المبيع ان لا يخرج عن ملکه بغير اختياره، و جواز تملک البائع لهذا المال بالرجوع فيه مناف للسلطنة المطلقة له، فليس له حق الرجوع، و هذا يعني ان الاصل في العقد اللزوم[[227]](#footnote-227).

ان قلت: ان التمسک بالاطلاق الازماني للدليل لاستمرار السلطنة الي ما بعد الفسخ فرع احراز موضوع الحکم و هو غير محرز في المقام إذ لعلّ موضوع المال لم يبق بعد فسخ الطرف المقابل فكيف يتمسّك بإطلاق دليل السّلطنة على إثبات الحكم، فان التمسک بالعام في هذا الفرض من التمسک بالعام في الشبهة المصداقية للعام. بعبارة لا ريب في سلطنة المشتري علي المال قبل الفسخ لصدق ان هذا المال ملک له و اذا کان ملکا له يترتب عليه الناس مسلطون علي اموالهم و لکن بعد الفسخ لا يصدق ان هذا المال ملک للمشتري بل کون هذا المال ملکا له مشکوک، و لا يصح التمسک في مثل هذا المورد بعموم الناس مسلطون علي اموالهم اذ المورد من الشبهة المصداقية للعام.

اجاب الشيخ عن هذا الاشکال انا نتمسک باطلاق الناس مسلطون علي اموالهم قبل الفسخ و هذا باطلاقه يدل علي عدم جواز تملک الغير لهذا المال من دون اذن المشتري سواء کان بالفسخ او من دون فسخ[[228]](#footnote-228). يعني ان الاطلاق الشمولي لدليل السلطنة قبل تحقق الفسخ يشمل جميع انحاء السلطات و شعب التصرفات من الاکل و الشرب و الاستعمال و من ذلک رفع يد الاغيار و دفع مزاحمة الاجانب و من جملتهم المالک السابق و لازم هذا عدم تأثير الفسخ منه و لغويّته إذ لو كان مؤّثرا لم يجز له دفعه عن العين و كان مالكا للعين بفسخه فكان تملّك العين قهرا على المالك ضعفا لسلطانه و إطلاق دليل السّلطنة يدفع هذا الضّعف و يحكم بعدم جواز تملّك الغير لمال الشّخص قهرا عليه و من غير اختيار منه.

### الاشکالات

### الاشکال الاول: عدم اقتضاء الدليل حفظ الموضوع

استشکل المحقق الايرواني علي هذا الجواب بانّ السّلطنة في دليل النّاس مسلّطون متفرّعة على ماليّة المال للشّخص تفرّع الحكم على موضوعه و كلّ إطلاق مهما بلغت سعته لا تتجاوز سعته عن سعة موضوعه فغاية الإطلاق و نهاية استيعاب الحكم، شموله تمام أطوار موضوعه و لكن هذا لا يجدي في إثبات المقصود و استنتاج عدم خروج المال عن ملك الشّخص بفسخ الجانب المقابل قهرا عليه هنا فإنّ غاية إطلاق دليل السّلطنة ثبوت السّلطنة و شيوعها لكافّة شعب التصرّفات لكن في مرتبة متأخّرة عن انحفاظ ماليّة المال له و أمّا نفس انحفاظ الماليّة فلا يدخل في مدلول إثبات السّلطنة و لا يتدرّج في حيطة إطلاقها فلذلك لم يكن رفعها برفع الماليّة عن المال قصرا لإطلاق دليل السّلطنة.[[229]](#footnote-229)

يلاحظ عليه: صحيح ان الحکم لا يقتضي حفظ موضوعه، لکن السلطنة المطلقة للمشتري علي المال لا ينسجم مع حق تملک الآخرين للمال.

### الاشکال الثاني: عدم الشمول للسلطنة علي الازالة

استشکل المحقق الاصفهاني علي الاستدلال بالرواية لاثبات اللزوم بأنّ الاستدلال بعموم دليل السلطنة بوجهين، و کلاهما غير تام؛

الاول: الاستدلال بمدلوله المطابقي؛ بتقريب ان السلطنة على جميع التصرفات حتى بعد إنشاء الرجوع يستلزم اللزوم. و فيه: أنّ موضوعها المال المضاف بإضافة الملكية، و كونه بعد الرجوع كذلك مشكوك، فيكون من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

الثاني: الاستدلال بمدلوله الالتزامي؛ بتقريب انّ مقتضى سلطنته على جميع التصرفات سلطنة مطلقة، عدم سلطنة الغير على ما يزاحم تلك السلطنة المطلقة، و إلّا لم تكن سلطنة مطلقة، فسلطنة الغير على تملّك المال في ظرف إضافته إلى مالكه بدون اختياره مزاحمة لسلطانه المطلق.

 يندفع هذا البيان: بأنّ المنفي بالمدلول الالتزامي هي السلطنة المنافية لسلطنة المالك على جميع التصرفات الواردة على المال، دون غيرها من أنحاء السلطنة، مثلا سلطنة المالك على بيع ماله تنافي سلطنة الغير على اشترائه منه بدون اختياره، و ليس سلطنة الغير على الرجوع سلطنة على تملّك المال لتكون مزاحمة لسلطان المالك، بل سلطنة على الرد و الاسترداد، فهو في الحقيقة سلطنة على إزالة الملكية، و المالك له السلطان على الملك لا على الملكية، فكما ليس له السلطنة على إزالة الملكية ابتداء، كذلك ليس له السلطنة على إبقاء الملكية، حتى تكون سلطنة الغير على إزالتها مزاحمة لها. فاذن ان المالک ليس له سلطنة علي ابقاء الملک و لا علي ازالته بل له السلطنة علي التصرف في الملک، و لا يدل الناس مسلطون علي اموالهم علي سلطنة المالک علي الازالة و الابقاء، و الفسخ سلطنة علي ازالة الملک فلا يزاحم سلطنة البائع لسلطنة المشتري اصلا.[[230]](#footnote-230)

### الملاحظة علي الاشکال

يلاحظ عليه: اولا؛ ان دليل الناس مسلطون علي اموالهم تشمل السلطنة علي الازالة ايضا لان السلطنة يشمل کل سلطنة في طول الملک سواء کان هذه السلطنة من قبيل النقل و الانتقال او کان من قبيل ازالة الملک بالاعراض و الابراء، اذ لا معني لاختصاص السلطنة علي مثل الهبة و البيع. نعم في الرتبة المتقدمة لا بد من احراز مشروعية ازالة الملک بالابراء و الاعراض او الاقالة، لما تقدم منا ان الناس مسلطون علي اموالهم لا يدل علي مشروعية السبب.

ثانيا: لو سلمنا بان دليل الناس مسلطون علي اموالهم لا يدل علي سلطنة المالک علي ازالة الملک، لکن يرفض هذا الدليل مثل هذه السلطنة من سائر الناس علي المال لان العرف يعد سلطنة الغير منافيا لسلطنة المالک علي المال.

### الاشکال الثالث: زوال الموضوع

ان البائع تارة يتصرف في المال تصرفا لا يزيل سبب الملک مثل ان يهب المال للغير من دون ان يفسخ هذا العقد فهذا القسم ينافي الناس مسلطون علي اموالهم. تارة يزيل سبب الملک بالفسخ و هذا لا ينافي الناس مسلطون علي اموالهم لان الفسخ يوجب زوال موضوع الناس مسلطون علي اموالهم. و السبب في ذلک ان التصرف التي يکون في طول الملک فهذا منفي بالناس مسلطون علي اموالهم و بيع البائع ملک المشتري من هذا القبيل، و لکن التصرف الذي لا يکون في طول الملک بل بحيث يلغي الملک من اساسه و لا يبني عليه فهذا لا ينفي بالناس مسلطون علي اموالهم. و بهذا البيان يثبت ان مسلطون علي اموالهم لا يدل علي اللزوم لا بالبيان الذي ذکره الايرواني و الاصفهاني.[[231]](#footnote-231)

### الدليل الثاني: لا يحل مال امرء مسلم

يدل عدة من الروايات علي عدم حلية مال احد الا بطيب نفسه منها؛ ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص قَالَ مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لَا مَالُهُ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ.[[232]](#footnote-232)

 منها؛ ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدٍ الشَّحَّامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ’ وَقَفَ بِمِنًى حِينَ قَضَى مَنَاسِكَهَا فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ -إِلَى أَنْ قَالَ- فَقَالَ أَيُّ يَوْمٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً فَقَالُوا هَذَا الْيَوْمُ فَقَالَ فَأَيُّ شَهْرٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً فَقَالُوا هَذَا الشَّهْرُ قَالَ فَأَيُّ بَلَدٍ أَعْظَمُ حُرْمَةً قَالُوا هَذَا الْبَلَدُ قَالَ فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَ أَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا إِلَى يَوْمِ تَلْقَوْنَهُ فَيَسْأَلُكُمْ عَنْ أَعْمَالِكُمْ أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ قَالُوا نَعَمْ قَالَ اللَّهُمَّ اشْهَدْ أَلَا مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لَا مَالُهُ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ وَ لَا تَظْلِمُوا أَنْفُسَكُمْ وَ لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّاراً.[[233]](#footnote-233)

منها؛ ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي إِكْمَالِ الدِّينِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ السِّنَانِيِّ وَ عَلِيِّ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ الدَّقَّاقِ وَ الْحُسَيْنِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ هِشَامٍ الْمُؤَدِّبِ وَ عَلِيِّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْوَرَّاقِ جَمِيعاً عَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرٍ الْأَسَدِيِّ قَالَ كَانَ فِيمَا وَرَدَ عَلَيَّ [مِنَ‏] الشَّيْخِ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عُثْمَانَ الْعَمْرِيِّ قَدَّسَ اللَّهُ رُوحَهُ فِي جَوَابِ مَسَائِلِي إِلَى صَاحِبِ الدَّارِ # -إِلَى أَنْ قَالَ- وَ أَمَّا مَا سَأَلْتَ عَنْهُ مِنْ أَمْرِ الضِّيَاعِ الَّتِي لِنَاحِيَتِنَا هَلْ يَجُوزُ الْقِيَامُ بِعِمَارَتِهَا وَ أَدَاءُ الْخَرَاجِ مِنْهَا وَ صَرْفُ مَا يَفْضُلُ مِنْ دَخْلِهَا إِلَى النَّاحِيَةِ احْتِسَاباً لِلْأَجْرِ وَ تَقَرُّباً إِلَيْكُمْ فَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَكَيْفَ يَحِلُّ ذَلِكَ فِي مَالِنَا مَنْ فَعَلَ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ لِغَيْرِ أَمْرِنَا فَقَدِ اسْتَحَلَّ مِنَّا مَا حَرُمَ عَلَيْهِ وَ مَنْ أَكَلَ مِنْ مَالِنَا شَيْئاً فَإِنَّمَا يَأْكُلُ فِي بَطْنِهِ نَاراً وَ سَيَصْلَى سَعِيراً.[[234]](#footnote-234)

تقريب الاستدلال –کما عن الشيخ- ان الرواية تدل علي ان السبب المنحصر لحل مال الغير هو رضا المالک و لا يحل من دون رضاه، و فسخ البائع يعد من مصاديق حل مال الغير من دون رضاه فيکون مردودا و هذا معناه لزوم العقد. لا يقال: ان تصرف البائع بعد الفسخ من الشبهة المصداقية لمال الغير، فلا يصح التمسک بها لاثبات عدم نفاذ الفسخ؛ لانا نقول: انا لا نطبق الرواية علي تصرف البائع بعد الفسخ حتي يقال ان ذلک من الشبهة المصداقية للدليل، بل نطبق علي نفس الفسخ باعتبار ان هذا الفسخ تصرف من البائع في مال الغير، فاذا کان تصرفا في مال الغير من دون رضاه لم يکن حلالا فاذا لم يکن حلالا فليس بنافذ.[[235]](#footnote-235)

### الاشکالات

### الاشکال: عدم الدلالة علي الحل الوضعي

اورد السيد الخوئي علي الاستدلال بهذه الرواية أن الحل في اللغة هو الإطلاق و الإرسال و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع و الحجر. و الحل بهذا المعنى يناسب الحلية الوضعية و التكليفية معا، و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحلية الوضعية أو التكليفية كذلك يصح استعماله فيهما معا و يختلف ذلك حسب اختلاف القرائن و الموارد. مثلا إذا أسند لفظ الحل إلى الأمور الاعتبارية- كالبيع و نحوه- أريد منه الحل الوضعي و التكليفي معا. و إذا أسند ذلك إلى الأعيان الخارجية أريد منه الحل التكليفي فقط: أعني الترخيص في الفعل كقوله تعالى: وَ يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّباتِ.[[236]](#footnote-236)

و في المقام لفظ الحل في الرواية نسب الى المال و هو إما من الأعيان الخارجية أو من المنافع و على كلا التقديرين لا معنى لحلية ذلك إلا باعتبار ما يناسبه كالتصرف، إذن فيراد من حلية المال حلية التصرف فيه. كما أن المراد من حلية المأكولات حلية استعمالها و هكذا في كل مورد من الموارد حسب ما تقتضيه مناسبة الحكم و الموضوع. و على هذا فمعنى الرواية: أن الشارع المقدس لم يرخص في التصرف في مال امرئ إلا بطيب نفسه، و هذا اجنبي عن الدلالة علي اللزوم[[237]](#footnote-237)؛ و ذلک لان الرواية تدل علي حرمة التصرف التکويني في مال الغير من دون رضاه و لا يدل علي حرمة التصرف الاعتباري، فيکون الرواية اجنبيا عن اللزوم.

لا يقال: ان العرف لا يفرق بين التصرف التکويني و الاعتباري بل يعتبرهما ملازما للآخر فاذا کان احدهما حراما کان الآخر حراما و اذا کان احدهما حلالا و الآخر حلالا، و الا لزم القول بحرمة التصرف الاستهلاکي في المال في مثل ما لو قيل لا يحل اکل هذا المال دون التصرف الاعتباري مثل هبة المال للآخرين باعتبار ان المراد من الحل هو الحل التکليفي، و هذا يعني ان التصرف التکويني هذا المال من دون واسطة حرام؛ لکن يجوز هبته اولا ثم التصرف التکويني فيه، هذا مما لا يقبله العرف.

قلت: ان التصرف التکويني تارة يکون عارضا علي التصرف الاعتباري مثل ما لو وهب المال للغير ثم صرفه فانه من الواضح ان التصرف التکويني لو کان حراما لکان التصرف الاعتباري ايضا حراما و هذا يستفاد من فحوي الکلام، و اخري لا يکون التصرف التکويني عارضا علي التصرف الاعتباري مثل المقام فان الغاء البيع السابق ليس عارضا علي التصرف الاعتباري فلا يدل النص الدال علي حرمة التصرف التکويني علي حرمة التصرف الاعتباري فاذن لا يدل هذه الرواية علي اللزوم[[238]](#footnote-238).

### الجواب عن الاشکال

يمکن الجواب عن هذا الاشکال بناء علي مبني السيد البروجردي و السيد الامام و السيد السيستاني من ان الحل اعم من الحل الوضعي و التکليفي، ففي رواية سماعة حذف المتعلق يدل علي العموم و يفيد ان مطلق التصرف في مال الغير سواء کان تکوينيا او اعتباريا حرام الا ان يأذن المالک في التصرف فيه، و في رواية محمد بن جعفر الاسدي اطلاق التصرف يشمل التصرف الاعتباري ايضا، فاذن يدل الرواية علي النهي عن تملک مال الغير بالفسخ، و هذا معناه انه ليس بحلال وضعا و بهذا البيان يثبت اللزوم. نعم لا معني للحرمة التکليفية بالنسبة للتصرف الاعتباري لانه لا يحتمل الحرمة التکليفية في مثل الفسخ. و لا يلزم من ذلک استعمال اللفظ في اکثر من معني لان اللفظ مستعمل في طبيعة الحل و الحرمة و الحل الوضعي و التکليفي يفهم من خصوصيات المورد.

### الاشکال الثاني: عدم صدق التصرف علي الفسخ

الصحيح ان الاستدلال بالرواية غير تام اذ عند ما يقال لا يحل لاحد ان يتصرف في مال غيره باذنه يکون المراد ما هو عرفا من مصاديق التصرف، و عند ما راجعنا العرف نجد ان التصرف الاعتباري کالبيع و التصرف التکويني کصرفه يعد من مصاديق التصرف، فيکون البيع حراما وضعا و التصرف التکويني حرام تکليفا، و لکن الفسخ لا يعد عند العرف من التصرف في مال الغير فان العرف لا يعد الفسخ من جانب الفاسخ تصرفا في مال الغير و لا يعد ذلک تخصيصا لقوله لا يحل التصرف في مال الغير، بل هذا من الغاء السبب فان التصرف اما تصرف تکويني و اما تصرف اعتباري في طول ملک الغير و الفسخ من جانب البائع السابق لو کان نافذا يوجب زوال ملک المالک السابق و ان لم يکن نافذا فلا يوجب زوال الملک، و علي کل حال لا يعد ذلک من منظور العرف من مصاديق التصرف في مال الغير.

### الاشکال الثالث: عدم الدلالة علي الحرمة الوضعية

ان المدلول المطابقي لقوله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه الحرمة التکليفية للتصرف التکويني للمال، و المدلول الالتزامي عدم نفاذ التصرف الاعتباري لان الحرمة التکليفية تقتضي بالفحوي عدم نفاذ التصرف الاعتباري، لکن هذا لا يفيد عدم نفاذ الفسخ اذ لا اولوية في البين، و ذلک نظير ما لو قال لا تأکل هذا الرمان و هذا بالفحوي يدل علي انه لا تبعه و لکن لا يفهم ان الفرد لا يفسخ المعاملة السابقة علي هذا المال.

### الدليل الثالث: لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل

استدل الشيخ بالآية الکريمة يا أَيُّهَا الَّذينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُم‏[[239]](#footnote-239) بعدة تقريبات:

التقريب الاول: ما يرتبط بالحصر؛ من ان الآية تدل علي حصر سبب جواز اکل مال الغير بالتجارة عن تراض، و الفسخ ليس بتجارة عن تراض فلا يجوز اکل مال الغير به، و علي هذا البيان اعتمد السيد الصدر لاثبات اصالة اللزوم في العقود.[[240]](#footnote-240)

ان قلت: ان الآية الکريمة تدل علي تحريم أكل مال الغير إلا إذا كان بنحو التجارة عن تراض، و بعد رجوع المالک السابق لم يعلم أنه مال الغير بل يحتمل كونه مال الآكل، فاذن يکون التمسک بالآية الکريمة لاثبات اللزوم تمسکا بالدليل في الشبهة المصداقية له.

 يجيب الشيخ عن هذا الاشکال بما مفاده ان نظير هذا الاشکال يرد في مثل الناس مسلطون علي اموالهم و لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه، و لکن لا مجال هنا لهذا الاشکال و ذلک لأنّ المستفاد من الآية حصر سبب تملّك أموال الناس في التجارة عن تراض، و من الواضح أنّ هذا الحصر ينفي سببيّة رجوع المالك الأصلي بتملّكه، لعدم كون رجوعه تجارة عن تراض، بل من الأسباب الباطلة، فهذه الآية الشريفة نصّ في عدم كون رجوع المالك مملّكا، لعدم اندراج الرجوع في «التجارة عن تراض» و كلّ ما لم يكن كذلك يعدّ من الأسباب الباطلة.

التقريب الثاني: ما يرتبط بالمستثني منه؛ من ان الآية تدل علي عدم جواز اکل المال بالسبب الباطل عرفا، و عند نراجع العرف نجد انهم بعد تمامية العقود يتعاملون معها معاملة اللزوم و لا يعتنون بفسخ احد المتعاقدي من دون رضا الآخر، فنستشکف ان الفسخ من الاسباب الباطلة بنظرهم، و حيث ان الآية الکريمة تدل بعدم جواز اکل المال بالباطل العرفي و اکل المال بالفسخ يکون من مصاديق ذلک. و بهذا البيان يثبت دلالة الآية الکريمة علي اللزوم.

اضاف الشيخ نعم لو حکم الشارع بالسلطنة علي الفسخ من دون رضا المالک يخرج ذلک من البطلان وجدانا و حقيقتا و ذلک لان حکم العرف بحرمة اکل المال بالباطل مقيد بما اذا لم يأذن المالک علي اکله، و الا فليس من مصاديق الاکل بالباطل، و الشارع هو المالک حقيقتا للمال فاذن بتجويزه تملک هذا المال للغير يخرج من مصاديق الاکل بالباطل وجدانا، فاذن يقدم تجويز الشارع علي حرمة الاکل بالباطل من باب الورود لانه يعدم موضوع الحکم اذ بعد تجويزه لا يکون من مصاديق الاکل بالباطل[[241]](#footnote-241).

### تقييم الاستدلال

ان التقريب الاول يبتني علي کون الاستثناء في الآية الکريمة متصلا کما عليه السيد الخوئي اذ علي هذا التقدير يفيد حصر جواز اکل مال الغير بالتجارة عن تراض، و الا لو کان منقطعا فلا يتم به الاستدلال اذ لا يفيد في هذا التقدير الحصر مفاده لا تأکلوا مال الغير بالسبب الباطل، و يجوز لکم اکل مال الغير بالتجارة عن تراض و هذا لا حصر فيه. و هذان مطلبان مستقلان لا يرتبط احدهما بالآخر. و الظاهر من الآية الکريمة کما تقدم ان الاستثناء منقطع لا متصل فاذن لا يتم الاستدلال بهذا التقريب.

و التقريب الثاني يجري فيما اذا احرزنا لزوم العقد عرفا و الا لو احتملنا جوازه عرفا کالمعاطاة لا يکون من اکل المال بالسبب الباطل العرفي جزما و يکون التمسک بالآية من التمسک بالعام في الشبهة المصداقية للعام.

### الاشکالات

### الاشکال الاول: عدم الجمع بين التقريبين

استشکل المحقق الايرواني علي الشيخ بعدم صحة الاستدلال بکلا التقريبين و ذلک لان الاستثناء في الآية الکريمة لا يخلو إمّا أن يكون متّصلا أو منقطعا فإن كان متّصلا صح التمسک بمفهوم الحصر و هو حرمة الأكل بغير التّجارة عن تراض لكن هذا مع التّصريح بالمستثنى منه لا يحتمل. و إن كان منقطعا كما هو ظاهر الآية لا يكون في الآية حصر و لا عقد سلبيّ وراء العقد السّلبي المصرّح به فيها و هو حرمة الأكل بالباطل فينحصر أن يكون الاستدلال بحرمة اکل المال بالباطل؛ فاذن لا بد من الاستدلال اما بحرمة اکل المال بالباطل او بحرمة اکل المال بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض و الجمع بينهما لا يمکن[[242]](#footnote-242).

### الاشکال الثاني: التمسک بالشبهة المصداقية للدليل

استشکل المحقق الايرواني باشکال آخر و هو اننا نقبل الصحيح ان يستدل بصدر الآية باعتبار ان الاستثناء منقطع لا يفيد الحصر فلا يصح الاستدلال بمفهوم الحصر، لکن مع ذلک لا يتم الاستدلال و ذلک لان المراد بالباطل في الآية لا يخلو إمّا أن يكون هو الباطل الشّرعي أو هو الباطل العرفي و على كلّ حال فهو غير محرز في المقام حتى يتمسّك بإطلاق دليل الحكم أمّا على الأوّل فواضح بعد احتمال حكم الشّارع بجواز المعاملة و تأثير الرجوع فيها و أمّا على الثّاني فكذلك بعد الاعتراف بأنّ موارد ترخيص الشّارع خارجة عن البطلان العرفي لعدم قصور إذن المالك الحقيقي عن إذن المالك الصّوري المخرج للأكل عن الأكل بالباطل فإذا كان التّقدير تقدير احتمال إذن الشّارع و جعله المعاملة جائزة يجوز الرّجوع فيها فقد كان موضوع البطلان غير محرز تحقّقه فكيف يتمسّك بحكمه. و الرّجوع إلى استصحاب عدم جعل الشّارع المعاملة جائزة و إذنه في الرّجوع فيها رجوع إلى التمسّك بالدّليل الفقاهتي مع فساد الأصل المذكور في ذاته لعدم الحالة السّابقة للسّلب النّاقص و عدم إثبات استصحاب السّلب التّام للسّلب النّاقص و أيضا هو معارض باستصحاب عدم جعل الشّارع المعاملة لازمة[[243]](#footnote-243).

### الاشکال الثالث: عدم صدق السبب الباطل علي الفسخ

ذکر المحقق الايرواني أنّ الاستدلال بالآية إنّما يتمّ إذا قلنا إنّ الفسخ و الرّجوع من الأسباب المفيدة للملك أمّا إذا قلنا إنّ بناءه رفع أثر السّبب المملّك ثم الملك يكون حاصلا بما كان من السّبب أوّلا فلا يكون الأكل بسبب الفسخ أكلا بالباطل نعم الشأن في تأثير الفسخ في رفع أثر المعاملة حتّى يملك الفاسخ و المفسوخ عليه ملكيهما بالسّبب الّذي كانا ملكا به أوّلا لكنّ الآية لا تنهض بإثبات عدم التّأثير[[244]](#footnote-244). هذا الاشکال تام لا غبار عليه.

### الاشکال الرابع: لزوم ما لا يمکن الالتزام به

تقدم ان الشيخ يعتقد ان جعل السلطنة علي الفسخ من جانب الشارع يخرج المورد من مصاديق الاکل بالباطل لورود اذن الشارع علي دليل حرمة الاکل بالباطل؛ لازم ذلک عدم صحة التمسک بعموم الآية في فرض الشک في جعل الخيار من جانب الشارع، لاثبات عدم صحة تصرف الغير و ذلک لعدم صحة التمسک بالدليل المورود في الشبهة المصداقية للدليل الوارد، و هذا ما لا يمکن الالتزام به.

بيانه: ان الشک تارة يکون في الدليل الحاکم؛ مثل ما علمنا بحرمة الربا و لا نعلم انه ورد لا ربا بين الوالد و الولد ام لم يرد، ففي هذا الفرض يصح التمسک بعموم حرمة الربا لاثبات الحرمة لهذا الفرد، لان الشک في الدليل الحاکم مرجعه الي الشک في التخصيص و مع عدم احراز المخصص يتمسک بعموم العام اذ نعلم بکون الفرد المحتمل تخصيصه من افراد العام حقيقة و انما الشک في خروجه بالتخصيص و حيث لم يثبت الدليل المخصص يتمسک بالعام. و اخري يکون الشک في الدليل الوارد؛ مثل ما لو نعلم بوجود الدليل المورود و لا نعلم هل صدر الدليل الوارد ام لا؟ ففي هذا الفرض لا يصح التمسک بالدليل المورود لان الدليل الوارد بوجوده رافع لموضوع الدليل المورود بحيث لو کان الدليل الوارد موجودا لم يشمل موضوع الدليل المورود هذا الفرد اصلا، و مع الشک في الدليل الوارد يکون هذا الفرد المشکوک من الشبهة المصداقية لموضوع الدليل المورود و لا يصح التمسک بالعام في الشبهة المصداقية له.

بالتوجه الي هذا البيان بناء علي ما ذکره الشيخ من ان جعل الخيار من جانب الشارع يکون واردا علي دليل حرمة اکل المال بالباطل، يلزم انه في فرض ما اذا احتملنا تجويز الشارع اکل مال الغير بنحو لا يصح التمسک بعموم الآية لنفي هذا الاحتمال لانه من التمسک بالعام في الشبهة المصداقية له.

نعم لو کان الدليل الوارد واردا بوصوله لا بوجوده واقعا لصح التمسک بالدليل المورود في فرض الشک في الدليل الوارد و ذلک لان الحکم بحرمة اکل مال الغير بالباطل يقيد حينئذ بوصول تجويز من الشارع و من الواضح انه مادام لم يصل تجويز منه يکون من مصاديق الاکل بالباطل. لکن ظاهر کلام الشيخ ان دليل جعل الخيار بوجوده الواقعي رافع لدليل المورود، فاذن في فرض الشک في جعل الخيار يکون التمسک بالعام من التمسک بالعام في الشبهة المصداقية للعام.

و الحق ان المراد من الباطل لو کان هو الباطل الواقعي لا يصح التمسک بعموم العام في فرض الشک في جعل الخيار لکونه من الشبهة المصداقية للعام. و لو قلنا بان المراد من الباطل هو الباطل العرفي يمکن الاجابة عن هذا الاشکال و ذلک بان نقول ان جعل السلطنة علي الفسخ لا يکون واردا علي الباطل العرفي بل الغاء من جانب الشارع نظر العرف، اذ العرف لا يحکم بناء علي کون المراد هو الباطل العرفي بخروج المورد بمجرد حکم الشارع عن الباطل موضوعا، بل يبقي الموضوع بحاله و انما يعد حکم الشارع اخراجا من الحکم، يعني ان اکل المال بالباطل العرفي حرام، و لو اذن الشارع بالفسخ کان من اکل المال بالباطل لکن ليس حراما. و علي هذا الاساس لا يکون التمسک بالآية الکريمة من التمسک بالعام في الشبهة المصداقية لان الغاء نظر العرف يکون من باب التخصيص لا من باب الورود و من الواضح انه عند الشک في التخصيص ما دام لم يصل التخصيص يصح التمسک بالعام[[245]](#footnote-245).

### الاشکال الخامس: عدم تمامية الاستدلال علي جميع المباني

ان التقريب الاول و الثاني لا يجريان علي اساس نظريتان:

الاولي؛ لو قلنا ان المراد من الباطل هو الباطل الشرعي، و ان الاستثناء منقطع، فعلي هذا الاساس لا يصح التمسک بالآية الکريمة لا بالتقريب الاول و لا بالثاني و ذلک لانه من جهة ان الاستثناء منقطع لا يصح التمسک بالحصر، و من جهة ان المراد من الباطل هو الباطل الشرعي يکون فرض الشک من مصاديق الشبهة المصداقية للعام.

الثانية: لو قلنا ان الاستثناء منقطع و ان المراد من الباطل هو الباطل الواقعي و لا يتبع في تشخيصه نظر العرف کما عليه السيد الخوئي في بعض المجالات[[246]](#footnote-246)، فايضا لا يصح التمسک بالآية الکريمة لا بالتقريب الاول و لا بالثاني، و ذلک من جهة ان الاستثناء منقطع لا يصح التمسک بالحصر اذ لا ظهور لاستثناء المنقطع في الحصر. و من جهة ان المراد من الباطل هو الباطل الواقعي يکون التمسک بالعام من التمسک بالشبهة المصداقية للعام، و لا يتبع في تشخيص المصاديق نظر العرف حتي يحرز به صدق الباطل علي هذا الفرد.

و لا يصح استصحاب بقاء اکل المال بالباطل باعتبار ان تملک البائع کان من مصاديق اکل الباطل، الان کما کان، غير صحيح اذ لعدم الحالة السابقة لذلک اذ لعل في الازل لم يکن من مصاديق الاکل بالباطل. بخلاف ما اذا کان المراد من الباطل هو الباطل العرفي فانه يفترض فيه حالة سابقة نعلم انه کان من مصاديق اکل المال بالباطل، فيستصحب بقاء ذلک.

### التقريب الثالث: ما يرتبط بالمستثني

ان ذيل الآية الکريمة تفيد أنّ التجارة سببٌ لحلّية التصرّف بقولٍ مطلق، هذا باطلاقه يشمل ما اذا فسخ البائع احدهما من دون رضا الآخر. فاذن يدل الآية بهذا البيان علي لزوم العقد[[247]](#footnote-247).

### الاشکالات علي التقريب الثالث

### الاشکال الاول: التمسک بالشبهة المصداقية للعام

ذکر المحقق الاصفهاني علي هذا البيان اشکالا و هو ان التمسک بالآية الکريمة لما بعد الفسخ من التمسک بالعام في الشبهة المصداقية اذ الآية تفيد جواز اکل و تملک مال الغير بالتجارة عن تراض، و لا حصر فيه، و بعد فسخ البائع لا نعلم بقائه علي ملکه، فاذن لا يدل الآية الکريمة علي اللزوم.[[248]](#footnote-248) هذا بخلاف ما اذا تمسکنا بمفهوم الحصر فان الآية تدل حينئذ علي السبب المنحصر لجواز اکل مال الغير هو التجارة عن تراض، و لا يجوز بغيرها من الاسباب و من الواضح ان الفسخ ليس من الاسباب جواز اکل مال الغير، فاذن هو باق علي ملکه. و لکن لو تمسکنا بالمستثني لا بالحصر يصير مفاد الآية الکريمة يجوز اکل مال الغير بالتجارة عن تراض، و هذا لا حصر فيه و لعله يوجد سبب آخر، فلذلک اذا فسخ البائع لا نعلم انه باق علي ملکه حتي يجوز له الاکل ام لا؟ فيکون من التمسک بالشبهة المصداقية للعام.[[249]](#footnote-249)

الاشکال الثاني: عدم الاطلاق

ذکر المحقق الخراساني ان الآية الکريمة لا اطلاق لها و ذلک لانها بصدد صرف النّاس عن الأكل بالباطل إلى الأكل بالحقّ، و هو الأكل بالتجارة عن تراض من دون ان يكون في بيان السبب[[250]](#footnote-250).

يلاحظ عليه: ان هذا البيان مبتن علي ما تقدم من ان الترکيز في الجملة الاستثنائية في المستثني منه دون المستثني، و هذا ما اجبناه عنه هنا و قلنا بانه ليس الامر کذلک ان يکون علي الدوام الترکيز في الجملة الاستثنائية علي المستثني منه دون المستثني بل قد يکون الترکيز علي المستثني، خصوصا ان المستثني هنا منقطع فلا معني لان يکون الترکيز في الجملة الاستثنائية علي المستثني منه بل کل من المستثني و المستثني منه مستقل عن الآخر. فاذن يکون لجملة المستثني اطلاق و باطلاقها يمکن اثبات اللزوم.[[251]](#footnote-251)

### الاشکال الثالث: ظهور الآية في حدوث الملک

ان المراد من الاکل في الآية الکريمة لا يخلو اما يکون بمعني التملک و اما بمعني التصرف، و علي الاحتمالين لا يتم الاستدلال، اذ بناء علي الاول يکون مفاد الآية لا تتملکوا اموال الغير بالاسباب الباطلة و يجوز ان تتملکوا بالتجارة عن تراض، و الظاهر من التملک هو حدوث الملک فاذن يصير مفاد الآية لا يجوز احداث الملک بالسبب الباطل و يجوز احداث الملکية بالتجارة عن تراض، من الواضح ان حدوث الملک لا يفيد بقائه، و لا عدم بقائه فاذن لا يدل علي اللزوم. و بناء علي الثاني يکون مفاد الآية لا تتصرفوا في مال الغير من طريق الاسباب الباطلة و يجوز التصرف بالتجارة عن تراض. بناء علي هذا الاحتمال لا يخلو شمول الآية الکريمة بقاء الملک لان اطلاق النهي عن التصرف في مال الغير بالسبب الباطل يشمل اي تصرف. لکن لا يمکن الجزم به لان لا تأکلوا لا ظهور له في لا تتصرفوا اذ عند ما يقال: فلان اکل مال الغير معناه انه استولي علي مال الغير ظلما.

### الملاحظة علي هذا الاشکال

يلاحظ علي هذا الاشکال: ان الاکل ليس بمعني التملک اذ لا يساعده العرف و اللغة لان من استهلک مال الغير و اتلفه او صرفه يصدق عليه انه يأکل مال الغير و لا يوجد هنا تملک، و ليس معناه خصوص التصرف لان من يتملک مال الغير و ان لم يتصرف فيه يصدق عليه انه اکل مال الغير، بل قد يستعمل ما يفيد التملک و اخري ما يفيد الاستهلاک، من هنا نستنتج ان الاکل له معني عام له مصداقان احدهما استهلاک المال باتلاف او صرف. و ثانيهما الاستيلاء المالکي علي المال بان ضمه الي ساير امواله و ان لم ير نفسه مالکا قانونيا لهذا المال. فمعني الآية يجوز الاستيلاء المالکي او استهلاک المال بالتجارة عن تراض، هذا باطلاقه يشمل ما اذا فسخ البائع او لم يفسخ. نعم لو کان معني الآية جواز تملک المال بالتجارة عن تراض لکان الاشکال واردا و لکن ليس معني الاکل هو التملک بل الاستيلاء و هذا باطلاقه يدل علي جواز الاستيلاء بالتجارة عن تراض سواء فسخ البائع او لم يفسخ البائع.

### الاشکال الرابع: الدلالة علي الترخيص الحيثي

ان الاحکام الترخيصية ظاهر في الترخيص الحيثي مثلا حين ما يقال: ان اکل الجبن حلال هذا معناه ان اکله من حيث هذا العنوان حلال، و هذا لا ينافي عدم حليته من حيثية اخري. في المقام ان الآية الکريمة تدل علي ترخيص المشتري علي التصرف في هذا المال من حيث کونه تجارة عن تراض و هذا لا ينافي المنع من حيث فسخ البائع.

يلاحظ عليه: ان لازم هذا البيان ان العنوان الطارئ علي الموضوع دائما يوجب ان لا نتمسک باطلاق الخطاب، مثلا ورد اکل الجبن حلال، و شککنا في اکل جبن الشاة، لا يتمسک باطلاق الخطاب لان الحلية لو کان حيثيا يکون مهملا لا اطلاق له، و هذا غير صحيح فانه لا يقبل العرف ان لا يتمسک في مثل هذه الموارد باطلاق الخطاب، بل يتمسک باطلاق الخطاب اذ يري العرف ان العنوان الوارد في لسان الدليل له اطلاق يشمل الحالات العارضة علي العنوان. و ذلک بشهادة ان لازمه انه لو ورد اکرام العالم حلال و اکرام الفاسق حرام ان لا يري العرف هذين الخطابين متعارضين لان الحلية من حيثية کونه عالما و الحرمة من حيث کونه فاسقا، مع ان العرف يري الخطابين متعارضين.

بناء علي ذلک نقول: في المقام ان حلية تصرف المشتري باطلاقه يشمل ما اذا فسخ البائع او لم يفسخ، و هذا معناه لزوم العقد. نعم يوجد بحث ان عنوان الاولي بالنسبة الي العنوان الثانوي له اطلاق او مهمل؟ مثلا ان خطاب اکل الجبن حلال له اطلاق بالنسبة الي عنوان ايذاء المؤمن و الغصب ام لا؟ و ظاهر الکفاية ان اکل الجبن حلال له اطلاق فلو شک في مثل ايذاء المومن اطلاق الخطاب يشمل مثل هذا المورد و ان کان العنوان الثانوي متقينا مثل تحقق الغصب فهنا يجمع بين الدليل المتکفل للعنوان الاولي و الدليل المتکفل للعنوان الثانوي بتقدم دليل العنوان الثانوي، هذا ما ذکره صاحب الکفاية و لکنا نقول باهمال الدليل العنوان الاولي بالنسبة الي العنوان الثانوي، هذا البحث يطرح في العنوان الثانوي لا في الحالات العارضة للعنوان. بالنتيجة باعتقادنا ان هذا الدليل يدل علي اللزوم في خصوص التجارة، و لو الغينا الخصوصية نتعدي عنه الي البيع.

### الدليل الرابع: احل الله البيع

مما استدل به علي اصالة اللزوم في العقود قوله تعالي: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ[[252]](#footnote-252) و ذلک بتقريب ان الآية الکريمة تدل علي امضاء ما انشأه الملکية من الملکية، و الملکية المنشأة قد تکون دائمية مثل البيع و اخري يکون مقيدة بزمان مثل الاجارة، و معنى إمضاء الشارع لما أنشأه، الحكم بتحقق الملكيّة المطلقة في الفرض الأوّل، و المقيدة بذلك الزمان في الثاني للطرف الآخر، و مقتضى إطلاق دليل الإمضاء عدم ارتفاعها بالفسخ، فإنه منافٍ له و لا يصار إليه إلّا لدليل خاص، و هذا البيان يکفي لاثبات اللزوم لان امضاء الشارع يكون على طبق ما أنشأه المنشئ، و بذلك فيكون رفعه محتاجاً إلى دليل خاص مقيد للإطلاق، و إلّا فمقتضاه عدم الارتفاع. و اعتمد السيد الخوئي علي هذا الوجه و ذکر ان هذا الوجه خير الوجوه التي يمكن بها إثبات أصالة اللزوم.[[253]](#footnote-253)

يلاحظ عليه: اولا؛ ان الآية الکريمة ليس لسانه ان البيع ممضي بل مفاده ان البيع مجاز و مسموح فيه، و يوجد فرق بين کون البيع مجازا و مسموحا و بين کون البيع ممضي، فان معني کون البيع مجازا نفوذ البيع و ليس لازمه انه ممضي و لازم لا يقبل الفسخ و هذا ليس معناه ان البيع. فاذن لا يفيد الآية الکريمة لزوم البيع و لا يفيد بقاء ملکية المشتري بعد فسخ البائع و ليست الآية الکريمة من هذه الجهة في مقام البيان.

ثانيا: علي فرض ان مفاد الآية الکريمة نفاذ البيع و امضائه فايضا لا يدل علي لزوم العقد اذ المتفاهم العرفي من نفاذ البيع انه لو خلي و طبعه نافذ مع غض النظر عن فسخ البائع و المشتري و لا يفيد انه لا يقبل الفسخ من جانب البائع و المشتري.

ثالثا: ان ما ذکره السيد الخوئي من ان البائع في البيع ينشأ ملکية غير محدودة بزمان و الشارع يمضي هذا البيع و هذا معناه انه سواء فسخ البائع ام لم يفسخ فهو غير نافذ لان البيع المنشأ و الممضي هو الملکية الدائمية غير محدودة بزمان، لکنه في بيع الخيار ينشأ ملکية محدودة بزمان خاص يعني يعتبر انک مالک لهذا المال مادام لم افسخ هذا البيع.

فيه؛ انه ليس معني انشاء البيع انشاء الملکية غير المحدودية بل مجرد اعتبار الملک للمشتري من دون تعيين زمان. و لا معني بيع الخيار هو انشاء الملکية المحدودة بزمان، فان هذا ليس بعرفي، بل المتبائعين ينشأ ذات الملکية من دون تقييد بوقت معين و لا مطلقا من حيث الزمان و علي الدوام، و لکنه في نفس الوقت يجعل حق الالغاء لذي الخيار. کما ان الامر في المناصب الاعتبارية کذلک فانه عند ما يجعل الفرد کوالي من جانب رئيس الدولة ليس معناه انک والٍ علي هذا البلد سواء عزلتک ام اعزل فان هذا ليس بعرفي قطعا.

قد يستدل بهذه الآية لاثبات اللزوم ببيان آخر کما عن الشيخ من الآية الکريمة تدل علي حلية جميع التصرفات المترتبة عليه و ذلک لان معني حلية البيع ليس الا حلية جميع التصرفات، و هذا بعمومه يشمل التصرفات التي تقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الآخر و هذا معناه عدم تأثير ذلک الفسخ و کونه لغوا غير مؤثر و بهذا البيان يثبت اللزوم[[254]](#footnote-254).

هذا الاستدلال ايضا غير تام لما تقدم من ان الآية الکريمة ليست بصدد البيان، و انما هي بصدد بيان حلية البيع في مقابل حرمة الربا و ليس بصدد البيان من جهة شرائطه و خصوصياته.

### الدليل الخامس: اوفوا بالعقود

مما استدل به علي اصالة اللزوم في العقود قوله تعالي: يا أَيُّهَا الَّذينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُود،[[255]](#footnote-255) و ذلک باحد تقريبين:

### التقريب الاول: الدلالة علي الحکم الوضعي

ذهب السيد الخوئي الي ان المراد من الأمر بالوفاء بالعقد هو الإرشاد إلى لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ، بناء علي هذا المعني يدل الآية الکريمة بالمطابقة علي لزوم الوفاء بالعقد. و علله بوجهين:

الاول؛ انه لو كان الأمر بالوفاء تكليفيا لكان فسخ العقد حراما و هو واضح البطلان لان مجرد الفسخ ليس بحرام تکليفا[[256]](#footnote-256).

يلاحظ عليه: انه لو کان المراد من الوفاء بالعقد هو الارشاد الي عدم فسخ العقد للزم ان لا يصدق عدم الوفاء، علي من لم يفسخ العقد و لا يفي بعقده عملا، مع انه من الواضح انه لا يصدق عليه عرفا انه وفي بالعقد. نعم لا يعاقب للفسخ اما للاجماع او للارتکاز العرفي علي ذلک.

الثاني: أن حرمة التصرف انما هي من الأحكام الشرعية المترتبة على الملكيّة فلا ربط لها بالعقد الذي هو عبارة عن الالتزام النفساني فلا دلالة في الآية بناء على ما ذكره المصنف على لزوم العقد. و ذلک أن الالتزام على شي‏ء قد يكون متعلّقا بالأمور الخارجية كالنذر و العهد بأن يتعهد بالالتزام النذري أو العهدي على فعل شي‏ء في الخارج أو على تركه فيه و قد يكون متعلقا بأمر اعتباري نفساني. و الأول يكون نقضه بالفعل الخارجي لكونه التزاما خارجيا بأن يترك ما التزام بفعله أو يفعل ما التزم بتركه و على هذا فيكون التصرّف الخارجي نقضا للالتزام و العقد فتدل حرمة التصرّف على حرمة الفسخ كما ذكره المصنف. و الثاني رفعه بنقضه في عالم الاعتبار و رفع المعاقدة النفسانية و لا ربط له بالتصرّف الخارجي حتى لو التزم بشي‏ء و تعاهد عليه في عالم الاعتبار و أوجد المعاقدة الاعتبارية في ذهنه و مع ذلك التزم و بني على التصرّف الخارجي و عدم ترتب الحكم عليه فلا يكون ذلك مخلا بالتزامه العقد أصلا، مثلا لو باع داره من زيد و بنى أن يأخذها منه بعد الإقباض أو تزوج امرأة و بنى أن لا يعطى لها نفقتها فإن بنائه هذا لا يضرّ بالالتزام العقدي بوجه و الآية الشريفة ناظرة إلى الوفاء بالمعاقدة الاعتبارية التي نقضها برفع تلك الاعتبار النفساني لا بالتّصرّف الخارجي فلا تدل الآية على حرمة التّصرّف أصلا حتّى لو لم يكن دليل على حرمة التصرّف في مال غيره لم يظهر ذلك من الآية و لجاز أن يبيع أحد أمواله ثمّ يتصرّف فيها تصرفا خارجيّا و هذا واضح جدا[[257]](#footnote-257). بالنتيجة ان الوفاء لو تعلق بالعمل يکون المراد منه هو الالتزام العملي بذلک العمل، و ان تعلق بامر اعتباري يکون المراد منه هو الالتزام النفساني به و لا معني للالتزام به عملا.

يلاحظ عليه: ان الظاهر من الامر بالوفاء هو الوفاء العملي بالعقد و ترتيب الآثار العملية عليه، و لذلک من لم يأت بمقتضي العقد يقال: انه لم يف بعقده، و ليس بمعني الوفاء الحقيقي بالعقد و هو عدم الفسخ، و يؤيده المکاتبة السابقة و يصدق هذا المعني علي البيع بلحاظ ما له من الشروط الضمنية من تسليم المبيع للمشتري و تسليم الثمن للبائع[[258]](#footnote-258).

### التقريب الثاني؛ الدلالة علي الحکم التکليفي

ذکر الشيخ الانصاري ان الآية الکريمة تدل علي وجوب الوفاء بکل عقد، و المراد من وجوب الوفاء هو العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دلّ العقد مثلًا على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكيّة ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرّف فيه كذلك نقضٌ لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام، فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد و منها التصرّفات الواقعة بعد فسخ المتصرّف من دون رضا صاحبه كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرّد فسخ أحدهما، فيستدلّ بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، و هو معنى اللزوم.

يؤکد الشيخ ان الاستدلال علي اللزوم في العقد مبني علي کون المراد من العقد: مطلق العهد كما فسّر به في صحيحة ابن سنان المرويّة في تفسير عليّ بن إبراهيم أو ما يسمّى عقداً لغةً و عرفاً لا ان يکون المراد منه عهد الولاية او الميثاق.[[259]](#footnote-259)

### الاشکالات علي الاستدلال

### الاشکال الاول: عدم الدلالة علي اللزوم

 ذكر العلامة و تبعه جلّ من تأخر عنه أن معنى الآية الشريفة وجوب الوفاء على مقتضى العقد من الجواز و اللزوم ان جائزا فجائز و ان لازما فلازم، بمعنى أن العقود لما كانت قسمين قسم جائز و قسم لازم، فيجب الوفاء على مقتضى الجواز في العقود الجائزة، بأن ترتب آثار الملكية للغير قبل الفسخ و لنفسه بعده، و يجب العمل على مقتضى اللزوم في العقود اللازمة، بمعنى وجوب ترتيب آثار الملكية للغير مطلقا سواء فسخ أم لا، لعدم تأثير الفسخ في العقد اللازم.

اجاب عنه الشيخ بأن اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد و ليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع، بل انما هو مستفاد من نفس الأمر بالوفاء على العقد، فلو أخذ في نفس العقد الذي هو موضوع الحكم يلزم الدور.

و بعبارة أخرى: ان اللزوم و الجواز ليسا مأخوذين في موضوع الحكم- أعني العقد- فاذا تعلق الحكم أعني وجوب الوفاء يصير المعنى وجوب الوفاء على مقتضى العقد و مدلوله، و مقتضى العقد و مدلوله ليس إلا الملكية و حصول النقل لمال كل منهما للآخر، فوجوب الوفاء على الملكية المدلولة للعقد عبارة عن ترتب آثار الملكية، و منها حرمة التصرف من دون رضا الأخر مطلقا، سواء كان قبل الفسخ أم بعده.

و سرّ ذلک ان العقد طبيعة واحدة و مقتضاه اعني الملکية طبيعة واحدة ليس فيهما تعدد و لم يؤخذ في ماهيتهما التعدد من الجواز و اللزوم حتى يتعلق الحكم بهما، بل مقتضى العموم الاحوالي في الأمر- أعني «أَوْفُوا»- و موضوعه- أعني العقود- وجوب العمل على مقتضاه على نسق واحد، و هو ترتيب آثار الملكية الذي هو مساوق للزوم، الا ما خرج بالدليل من عدم لزوم الوفاء كما في العقود الجائزة[[260]](#footnote-260).

### الاشکال الثاني: التمسک بالشبهة المصداقية

أنّ الوفاء بالعقد و الالتزام بترتيب الآثار المترتبة عليه إنّما يتوقّف على بقاء متعلّقه، أعني العقد و بعد الفسخ يشک في بقاء العقد، و من الواضح أنّه لا يصحّ التمسّك بالآية على هذا التقدير لوجوب الوفاء، لعدم إحراز موضوعه. اللّهم إلّا أن يتمسّك بالاستصحاب لإحراز الموضوع، فيترتّب عليه الحكم بمقتضى الآية، و لكنّه بعد تسليم الاستصحاب و عدم المناقشة فيه[[261]](#footnote-261).

بعبارة ان موضوع اوفوا بالعقود هو العقد الموجود و بعد فسخ البائع نشک ان العقد موجود ام غير موجود لعل البائع له حق الفسخ و بعد فسخه يکون العقد منحلا فلا يبقي العقد، و موضوع اوفوا بالعقود هو العقد الموجود، لا العقد الزائل و بعد الفسخ نشک ان العقد موجود او لا فيکون التمسک من الشبهة المصداقية.

### الاجابة عن الاشکال

### الاول: موضوعية العقد بالمعني المصدري

لو كان المراد من العقد هو معنى الاسم المصدري أعني العقدة الحاصلة من ربط احد الالتزامين بالآخر لأنها المشكوكة بقائها بعد الفسخ لكن المراد بالعقد الذي تعلق الوجوب بوفائه هو المعنى المصدري أعني ما صدر عن العاقد الذي وجوده في حال إنشائه و تحققه و هو لا بقاء له حتى يرتفع بالفسخ فبعد تحقق الفسخ يصح تعلق الأمر بالوفاء به.[[262]](#footnote-262)

يلاحظ عليه: باعتقادنا ان ما ذکره النائيني من العقد بالمعني المصدري موضوع لوجوب الوفاء فهو خلاف الظاهر فان الظاهر من العقد هو المعني الاسم المصدري لا المصدري. و مجرد الاحتمال في ان يکون المراد منه الاسم المصدري، يوجب عدم صحة الاستدلال بالآية الکريمة.

### الثاني: موضوعية حدوث العقد

اجاب المحقق الايرواني و السيد الخوئي عن هذا الاشکال بان موضوع وجوب الوفاء انما هو العقد حدوثا فإنه بمجرّد حدوثه يثبت له وجوب الوفاء إلى الأبد فيكون العقد حدوثا موضوعا لوجوب الوفاء المستمر بقاء فلا يكون مشكوكا في نفسه لكونه مقطوعا في ظرفه فيتمسك بالإطلاق بعد الفسخ أيضا فإن مقتضى ما ذكره المصنف‏ من جرى العمل على طبق ذلك العقد الحادث لا يؤثر الفسخ في شي‏ء و لا يوجب كون العقد مشكوكا حتى تصل النوبة إلى الاستصحاب من جهة الشك في بقاء الموضوع و عدمه. نعم الملكية تكون مشكوكة بعد الفسخ و لكنها أجنبية عما ذكرناه.[[263]](#footnote-263)

### نقد علي الجواب

الانصاف ان العرف يفهم من خطاب اوفوا بالعقود الحدوث، فاذن يکون حدوث العقد موضوع لوجوب الوفاء مثل اوفوا بالوعد و العقد. هذا و من جانب ان العرف لا يقول فيما اذا کان مجازا في الفسخ لا يقول انه تخلف عن العقد و لکنه کان مجازا.

من هنا نستنتج انه لا يبعد ان نقول: ان الوفاء بالعقد يشمل عدم الفسخ و يشمل ترتيب الآثار فانه عند ما يقال:اوفوا بالعقود يفهم منه العرف امران: لا تفسخ العقد و هذا ارشاد الي اللزوم و عدم نفوذ الفسخ، و رتب عليه الاثر عليه عملا، و الداعي الي الاول هو الارشاد الي عدم نفوذ الفسخ، و الثاني ترتيب الاثر عليه عملا، هذان الامران يستفاد من الامر بالوفاء بالعقد. و لا يلزم استعمال اللفظ في اکثر من معني فان المعني واحد و لکن الداعي مختلف في الاول بداعي الارشاد الي اللزوم و في الثاني بداعي ترتيب الاثر عملا. و لذلک ترتيب الآثار موضوعه هو العقد الباقي دون الزائل. و لکن بلحاظ تفسخ لا يکون موضوعه العقد الباقي، و هذا من تعدد الدال و المدلول. بهذا البيان نلتزم ان اوفو بالعقود يدل علي اللزوم.

بعبارة ان ثلاث امور امر عرفي الاول: ان شخصا لو اعمل حق الخيار عن حق عرفي او شرعي مثلا استأجر لمعمل قبل ثلاثين سنين و رآه غبنيا فسخ هذا العقد و العرف حيث يري هذا الشخص محقا في فسخ العقد لا يعده العرف انه يترک الوفاء بالعقد بل يقول ان هذا العقد الغي و لا يري له بقاء اصلا. و ما نراه انه يترک الوفاء هذا خلاف العرف. الثاني: لو کان لشخص حق الفسخ شرعا و قانونا لا حق الفسخ الناشئ من خيار الشرط و يفسخ هذا العقد يعد هذا الفسخ ترکا للوفاء بالعقد مثل الفسخ في خيار المجلس. فان هذا نقض للعقد من الواضح ان الذي ينقض العقد و ان کان عن حق لا يصدق الوفاء بالعقد. و الفرق انه في الفرض الاول انه بعد ان فسخ العقد يعد هذا الفسخ مصداق عدم الوفاء و لا يعد کل يوم يترک الوفاء لا يعده فسخا، و ان الذي يعد مصداق عدم الوفاء بالعقد هو الفسخ الاول لا التروک الکثيرة التي يترکها الشخص طول ثلاثين سنة. بخلاف الثاني فان الفسخ و ان کان يعد عدم الوفاء بالعقد و ان کان هذا الفسخ عن حق شرعي او عرفي. الثالث: لو جعل شرط الخيار في ضمن العقد مدة شهر ففسخ العقد لا يصدق عند العرف انه لم يف بالعقد.

نتيجة هذه المطالب الثلاثة عند ما يقال اوفوا بالعقود يشمل طائفتين: 1. الذين يفسخون العقد. فيقول الآية: لا تفسخوا العقود 2. الذين لا يعملون بمقتضي العقد من دون ان يفسخوا العقد، فيقول الآية الکريمة للطائفة الاولي لا تفسخوا العقود، و للثانية التزم بالعقود، علي هذا الاساس لو قلنا اذا حدث عقد يجب الوفاء به، هذا علي خلاف القسم الاول من الارتکاز، اما العقد الذي له بقاء الي زمن الفسخ

ففي مورد الفسخ يکون العقد المستمر الي زمان الفسخ لا تفسخوا هذا العقد، هذا يعني اللزوم، و رتب الاثر علي هذا العقد الباقي.

و الالتزام بالعقد يتضمن امرين الاول: عدم فسخ هذا العقد، الا ان يکون مشروطا فيه حق الخيار. الثاني: ترتيب الاثر العملي عليه، و ان لا يترک العمل علي طبق العقد.

و لو امتنع عن قبول هذا المطلب من افادة الآية الکريمة امرين: بداعي الارشاد الي عدم الفسخ و بداعي المولوية الي ترتيب الاثر علي العقد وانه يلزم من ذلک استعمال اللفظ في اکثر من معني نقول: ان الاية له مدلول مطابقي و هو عدم جواز الفسخ. و بالمدلول الالتزامي تفيد ترتيب الاثر علي العقد.

من هنا تبين انه لا محذور في شمول اوفوا بالعقود للعقود الجائزة خلافا للسيد الخوئي حيث يقول بعدم شمولها للعقود الجائزة فان العقود الجائزة اما جائزة بالجواز الشرعي، و اما بالجواز الحکمي، فان الآية الکريمة تشمل العقد الجائز بالجواز الشرعي الا انه خصص عدم جواز الفسخ بالنسبة الي هذا العقد و ان لم يفسخ فلا بد من ترتيب الاثر عليه. و اما بالنسبة الي الجواز الحکمي مثل الهبة و المضاربة لو فرضنا انها عقد يصدق عليه العقد. اما لو جعل الخيار فان اعمل الخيار فيکون الفسخ خارجا تخصصا عن اوفوا بالعقود و لا يقال انها نقض للوفاء بالعقد، و لکن لو لم يفسخ هذا العقد، و اراد عدم ترتيب الآثار يقول العرف لا بد من الوفاء به. هذا تمام الکلام في اوفوا بالعقود و هو اجود الدليل علي لزوم العقد و لا يلزم شبهة التمسک بالمصداقية. لاحتمال ان يکون العقد منحلا، و قد انحل بنحو لا يلزم الشبهة المصداقية.

###  الدليل السادس: أخبار خيار المجلس

مما استدل به علي لزوم الملک في خصوص البيع هي طائفة من الاخبار الواردة في خيار المجلس منها ما رواه الکليني رواه في الکافي عن مُحَمَّد بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ فُضَيْلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ قُلْتُ لَهُ مَا الشَّرْطُ فِي الْحَيَوَانِ فَقَالَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لِلْمُشْتَرِي قُلْتُ فَمَا الشَّرْطُ فِي غَيْرِ الْحَيَوَانِ قَالَ الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا فَإِذَا افْتَرَقَا فَلَا خِيَارَ بَعْدَ الرِّضَا مِنْهُمَا[[264]](#footnote-264).

منها ما رواه الکليني في الکافي عن عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ قَالَ أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعاً فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ.[[265]](#footnote-265)

و تقريب الاستدلال بها يتم بوجوه ثلاثة:

التقريب الأوّل: جعل الخيار في البيع؛ ان جعل الخيار في البيع يکشف عن لزوم البيع و يدل علي ان البيع بحسب طبعه لازم و الا لکان جعل الخيار لغوا، و مقتضى إطلاق الجعل ثبوت الخيار في البيع المعاطاتي، فثبوت الخيار فيه يكشف عن اللزوم، فتكون المعاطاة بيعا لازما لأجل ثبوت الخيار فيها، الذي هو من خصائص البيع اللازم.

### الاشکالات

الاشکال الاول: اجاب السيد الامام صحيح ان البيعان بالخيار يکشف عن لزوم البيع و لکن هذا قرينة متصلة علي ان موضوع خيار المجلس هو البيع الذي يکون لازما بالطبع لکن هل ان المعاطاة من مصاديق البيع اللازم بالطبع او ليس من مصاديقه بل من مصاديق البيع الجائز بالطبع؟ من الواضح انه عند الشك في كون العقد من مصاديق العقد اللازم او ليس من مصاديقه لا يتمسک بالعموم في الشبهة المصداقية للدليل. بعبارة ان الدليل يدل علي ان البيع الذي هو لازم بالطبع فيه خيار المجلس و لکن هذا لا يکشف عن لزوم المعاطاة.

يلاحظ عليه: انا نستکشف من الاطلاق الاثباتي الاطلاق الثبوتي اذ عند ما قال: ان البيع فيه خيار المجلس و لم يقل ان البيع الذي يکون لازما بالطبع يوجد فيه خيار المجلس فنستشکف ان کل بيع فيه الخيار و منه نستشکف ان کل بيع، لازم سواء کان علي نحو المعاطاة او علي سبيل غير المعاطاة، اذ من شأن المولي ان يشخص ان البيع مطلقا لازم او غير لازم و حيث انه لم يشخص ذلک فمن الاطلاق الاثباتي نستکشف ان کل بيع فيه خيار المجلس و نستکشف منه ان المعاطاة لازم بالطبع.

الاشكال الثاني: انه وقع الخلط في الاستدلال بين الخيار بالمعني المصطلح عند الفقهاء و هو جواز الفسخ الحقي، و بين الخيار المستعمل في مصطلح الروايات فان المراد منه في الروايات هو جواز الفسخ اعم من ان يکون حقيا او حکميا، فعلي هذا الاساس لو ذکر الخيار في رواية لا يستفاد منه ان يکون خيارا حقيا حتي يستکشف منه اللزوم الطبعي بل يمکن ان يکون لاجل کون المعاملة جائزة رأسا و لاجل ذلک ورد في الهبة ان صاحب الهبة بالخيار مع ان الجواز في الهبة حکمي لا حقي، ففي المقام لا يستفاد من جعل الخيار في البيع لزوم المعاطاة اذ من الممکن ان يکون الجواز فيها بنحو الجواز الحکمي، و لا ندري ان الجواز بهذا المعني سقط بعد التفرق من مجلس العقد ام هو باق، فاذن لا يستدل به علي اللزوم.

التقريب الثاني: دلالة مفهوم الغاية؛ ببيان ان قوله البيعان بالخيار و ما لم يفترقا يدل بمفهومه علي انه اذا افترقا فلا خيار، و من المعلوم ان مقتضي اطلاق البيع صدق البيع علي المعاطاة، فتکون المعاطاة لازمة.

يلاحظ عليه: ان الغاية ليس له مفهوم مطلق يدل علي انتفاء طبيعي الحکم عند انتفاء الغاية علي الاطلاق، بل له مفهوم في الجملة و يدل علي انتفاء الحکم عند انتفاء الغاية في الجملة علي ما قرر في المباحث الاصولية و بني عليه السيد الصدر مثلا لو قال يجب الامساک الي غروب الشمس هذا يدل علي ان انتفاء الحکم عند الغاية في الجملة و لا يدل علي انتفائه بالجملة. فاذن لا يدل مفهوم الغاية في المقام علي انتفاء الحکم و هو الخيار علي الاطلاق بل يدل علي انتفائه في الجملة فلا يثبت به اللزوم مطلقا حتي في المعاطاة.

التقريب الثالث: قوله ×: «فإذا افترقا وجب البيع» بتقريب: أنّ الإطلاق يقتضي أن يكون البيع واجبا فعليا من جميع الجهات بعد الافتراق. و هذا اجود التقاريب.

اورد عليه المحقق الاصفهاني بان النص يدل علي اللزوم الحيثي يعني يفيد ان البع لازم من حيث خيار المجلس بعد الافتراق و لا يدل علي اللزوم من سائر الجهات و من ناحية سائر الخيارات، فلا دلالة فيها علي اللزوم.

يلاحظ عليه: ان حمل النص علي اللزوم الحيثي خلاف الظاهر فان النص باطلاقه يدل علي اللزوم علي الاطلاق و لو کنا نحن هذا الدليل لقلنا بعدم الخيار بعد الافتراق مطلقا، الا انه بعد ورود الدليل علي وجود سائر الخيارات نخصص هذا النص بمقدار ما دل الدليل علي الخيار و يبقي ظهور النص علي اللزوم في ماعداه باق علي حاله.

###  المقام الثاني: مقتضي الاصل العملي

بعد ان بينا مقتضي الاصل اللفظي في لزوم العقد و جوازه تصل النوبة الي البحث عن مقتضي الاصل العملي في العقد. هل ان الاصل العملي يقتضي لزوم العقد او جوازه؟ ذکر الشيخ الانصاري ان الاصل اللزوم، لانه لو شک في جواز العقد و لزومه بعد فسخ البائع يستصحب ملکية المشتري، و يثبت اللزوم.[[266]](#footnote-266)

### الاشکالات

### الاول: عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحکمية

ان الاستصحاب لا يجري في الشبهات الحکمية و هذا منه. توضيح ذلک: المشهور علي جريان الاستصحاب في الشبهات الحکمية، و لکن ذهب جمع من الاعاظم الي عدم جريانه فيها، و الوجه في المنع امران:

الاول: ما ذکره السيد الزنجاني من عدم وجود المقتضي لجريان الاستصحاب في الشبهات الحکمية لانصراف دليل الاستصحاب عن الشبهات الحکمية، و ذلک ان مورد جريان الاستصحاب في الروايات هي الشبهات الموضوعية و لا يمکن الغاء الخصوصية عنها و اجرائها في الشبهات الحکمية هذا مضافا الي انه لا شک في عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحکمية قبل الفحص و لو کان الدليل شاملا لها لذکر لزوم الفحص في الدليل، و الأمر بالبقاء علي اليقين من دون ذکر الفحص و اليأس ليس بعرفي فإنه مما يؤدي إلي ترک الناس کثيرا من الأحکام تعويلا علي الاستصحاب تارکين للفحص عن الأحکام من هنا نستنتج عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحکمية.

علي هذا الاساس ذهب السيد الزنجاني الي عدم جريان رفع ما لا يعلمون في الشبهات الحکمية لشموله لما قبل الفحص و من الواضح ان البرائة لا يجري قبل الفحص فاذن نستنتج ان البرائة الشرعية لا يجري في الشبهات الحکمية اصلا. وضم هذا القول إلي ما اختاره من عدم جريان البرائة العقلية في الشبهات الحکمية دعاه إلي التمسک لإجراء البراءة بمذاق الشارع و ذلک ببيان اننا نعلم من مذاق الشارع انه لا يجب الاحتياط في جميع الشبهات الحکمية بعد الفحص، فاذن يجري البرائة. و لکنه من الواضح ان مذاق الشارع دليل لبي يقتصر فيه علي القدر المتيقن، فلا يمکننا ان نجري اصالة البرائة في الدوران بين التعيين و التخيير.

يلاحظ علي هذا الوجه المنع من الانصراف فان الظاهر من کلمة اليقين بملاحظة التعبير ب : " لا ينبغي " و التعبير ب" أبدا " هو جنس اليقين. و ما ذکره من الشاهد العرفي ايضا غير تام فان إجراء الاستصحاب في الأحکام اللاترخيصية ليس مشروطا بالفحص و اليأس و جريانه في الأحکام الترخيصية و إن کان مشروطا بالفحص و اليأس إلا أن ذلک مما دلّ عليه القرينة اللبية المتصلة فلا يجب ذکره في الخطاب و لا يکون ترک ذکره إغراء للمکلفين.

الثاني: ما ذکره السيد الخوئي من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحکمية لوجود المانع، و ذلک لتعارض استصحاب بقاء المجعول مع استصحاب عدم جعل الزائد، مثلا في المقام عند ما نلاحظ الي المجعول و هو الملکية نري ان المشتري کان مالکا قبل الفسخ فيستصحب بعد الفسخ بقائها، و من جهة اخري نري ان هذا الحکم يعني ملکية المشتري لم يکن بمجعول قبل الشريعة الاسلامية لا قبل الفسخ و لا بعده، و بعد التشريع نشک في ان الاسلام جعل الملکية لما بعد الفسخ ام لا؟ يستصحب عدم الجعل.

لا يقال: ان استصحاب عدم جعل الملکية لما بعد الفسخ معارض باستصحاب عدم جعل المضيق. لانه يقال: انه لا اثر لهذا الاستصحاب اي استصحاب عدم جعل المضيق لانه لو کان يراد ان يستنتج منه وجود الجعل الموسع يکون من الاصل المثبت. و ان کان المراد منه نفي ملکية المشتري فهذا ينافي القطع التفصيلي بملکية المشتري قبل الفسخ.

هذا ما ذکره السيد الخوئي في اکثر کتبه و لکن وجدنا في القضاء الشهادات انه يقول: ان استصحاب عدم جعل الزائد حاکم علي استصحاب بقاء المجعول، لان منشأ الشک في بقاء المجعول هو الشک في سعة و ضيق الجعل[[267]](#footnote-267).

اورد عليه شيخنا التبريزي، صحيح ان استصحاب بقاء المجعول يعارض استصحاب عدم الجعل و کذلک نحن نعتقد بحکومة استصحاب عدم الجعل الزائد علي استصحاب بقاء المجعول، الا ان في المقام خصوصية يوجب ان نقدم استصحاب بقاء المجعول من دون ان يجري استصحاب عدم الجعل و هو ان الملکية و النجاسة من الامور التي لا تزول الا بمزيل، و من الواضح ان الملکية قد جعلت من قبل الشارع، و هذا معناه ان الشارع جعل الملکية ما لم يأت مزيل من جانب الشارع، و لو شک في بقاء الملک هذا مرجعه الي الشک في مجئ الرافع من جانب الشارع، و في المقام حيث شک في بقاء الملکية يستصحب عدم مجئ الرافع من جانب الشارع. و هذا استصحاب موضوعي يقدم علي الاستصحاب الحکمي.

يلاحظ عليه: انه يحتمل بحسب مقام الثبوت کون هذا الحکم اعني ملکية المشتري محدودا بعد الفسخ من جانب البائع و مع وجود هذا الاحتمال لا نعلم ان الشارع جعل الملکية من دون تحديد ما لم يأت المزيل، فاذن کون جعل الملکية غير محدود ما لم يأت مزيل اول الکلام.

نعم ما ذکره من استصحاب الملکية و نحوها إنما نسلمه في ما کان الشک في زوال الملکية ناشئا من الشک في تأثير الأسباب الجديدة للملک مثل البيع التعليقي، مثلا لو حصل مال لفرد بالارث ثم باعه بالبيع التعليقي للغير، و شککنا في صحة هذا البيع نرجع الي اصالة الفساد في المعاملات و هو عبارة عن استصحاب عدم ترتب الاثر، لکن هذا الاستصحاب ينفي ملکية المشتري للمال و لا يثبت ملکية البائع بالنسبة اليه، من هنا نستصحب بقاء ملکية البائع و وجهه مساعدة الارتکاز العرفي لجريان هذا الاستصحاب، اذ لو لم يجر هذا الاستصحاب للزم ان يکون المال مرددا بين الشخصين و لجاز لکل منهما التغلب علي المال لان المال الذي لا يجوز اخذه هو ما أحرز کونه مالا للغير، و هذا لم يحرز کونه للغير، هذه النتيجة لا يمکن القول به و لا يساعده الارتکاز العرفي اصلا.

حاول السيد الخوئي ان يحل المشکلة عن طريق التمسک بإطلاق دليل الملکية السابقة کدليل الإرث في المثال بان اطلاق الدليل يدل علي ان هذا المال ملک للوارث سواء تحقق البيع المعلق ام لم يتحقق، و لکن هذا الاستدلال غريب لان دليل السبب کالإرث لا ينظر إلي مرحلة البقاء اصلا، فليس مدلول دليل الإرث مثلا بقاء الميراث في ملک الوارث حتي بعد تحقق البيع المعلق بل غاية مدلولها تحقق أصل الملکية بالإرث.

فالصحيح بالنسبة الي الموارد التي يشک في صحة السبب الجديد جريان استصحاب بقاء الملک لمساعدة العرف لجريانه. و اما بالنسبة لمثل الفسخ مما لا يکون سببا جديدا بل ازالة السبب السابق فلا ارتکاز عرفي علي جريان استصحاب الملک ما دام لم يثبت حق الفسخ، و الحکم الذي وضع في هذه الموارد لا نعلم انه جعل موقتا الي بوقت خاص لم يفسخ البائع او جعل علي الدوام، و لا يوجد قانون للعقلاء يزيل ابهام القانون.

تتميما للفائدة نقول: ذکر السيد الخوئي في مصباح الأصول أنه لا فرق بين مسلک الحکومة و مسلک التعارض بحسب النتيجة[[268]](#footnote-268)، لکنه غير صحيح لوجود الفرق بين المسلکين بحسب النتيجة في مختلف ابواب الفقه؛ منه في باب عدة المدخول بها متعة فانا لوقلنا بعدم أمکان الجمع العرفي بين ما دل علي کون عدة المدخول بها في المتعة حيضة واحدة و ما دل علي ان عدتها حيضيتان و أن الدليلين يتساقطان فيکون المرجع هو الإصل العملي في المقام، فاذن لو قلنا في باب استصحاب الأحکام الکلية بمسلک الحکومة يعني حکومة استصحاب عدم الجعل علي استصحاب المجعول، لازمه القول بعدم العدة للمرأة بين الحيضتين و لازمه جواز التزويج بها تمسکا باستصحاب عدم جعل العدة لما بين الحيضتين. و أما بناء علي مسلک التعارض بين الاستصحابين فلا يجوز التزويج بالمرأة لاحتمال العدة و الاصل في النکاح الفساد .

### الثاني: عدم جريان الاستصحاب في الشک في المقتضي

ذکر الآخوند ان المورد من الشک في المقتضي و ذلک لان الشک في بقاء الملک و عدمه ناش عن ان الملک المجعول في هذا المقام محدد الي ما بعد الفسخ او ليس کذلک؟ فاذن نحن نشک في اقتضاء الملک البقاء و عدمه و من الواضح انه لا يجري الاستصحاب في الشک في المقتضي بناء علي مبني الشيخ[[269]](#footnote-269).

يلاحظ عليه: إن الشک في المقتضي إنما يکون في الأمور التي تزول بنفس مضي الزمان – کخيار الغبن علي القول بالفورية – و أما زوال الملکية بالفسخ إن کانت متزلزلة فليس إلا زوالا بالرافع، فالشک في ذلک شک في الرافع لا في المقتضي.

الثالث: عدم جريان استصحاب الکلي القسم الثاني

ان هذا الاستصحاب من استصحاب الکلي القسم الثاني و ذلک لانه عبارة عما اذا کان المستصحب كليا مع كون منشإ الشك في بقائه تردد الخاص الذي تحقق الكلي في ضمنه بين فرد مقطوع البقاء و فرد مقطوع الارتفاع، مثلا إذا حصل لنا العلم بدخول حيوان في الدار و شككنا في أنه بق أو فيل مع فرض أن البق لا يعيش أزيد من ثلاثة أيام، ثم شككنا في اليوم الرابع و الخامس مثلا في بقاء الحيوان في الدار و عدمه و استصحبنا بقاء الحيوان فهذا من الاستصحاب القسم الثاني من الکلي لان منشأ الشک يرجع الي ان الحيوان تحقق ضمن البق او تحقق ضمن الفيل فان کان متحققا ضمن البق فلا يکون باقيا و ان کان متحققا ضمن الفيل فهو باق.

و هذا المعني جار في المقام و ذلک لان الملکية علي قسمين: جائزة و لازمة. و الملکية الحاصلة بالمعاطاة إن کانت جائزة فقد زال قطعا، و إن کانت لازمة فهي و إن کانت باقية، إلا إن حدوث الملکية الکذائية مشکوک رأسا و الأصل عدمه، فلا يجري استصحاب بقاء الملک. بعبارة: ان الشک في بقاء الملک بعد فسخ البائع ناش من ناحية ان الملک الکلي الذي تحقق في ضمن الفرد هل هو الفرد الجائز او اللازم فان تحقق في ضمن الفرد المتزلزل فقد انتفي بالفسخ و ان تحقق ضمن الفرد اللازم فهو باق علي حالي، و بناء علي عدم جريان الاستصحاب القسم الثاني من الکلي لا يتم هذا الاستصحاب.

اجاب عنه الشيخ باجوبة ثلاثة:

الجواب الاول: انا نقول بجريان الاستصحاب القسم الثاني من الکلي فاذن لا اشکال فيه.

الجواب الثاني: ان المورد ليس من الاستصحاب الکلي القسم الثاني بل من استصحاب الشخص و ذلک لان اللزوم و الجواز ليس نوعين من الملک حتي يکون کلي الملک مرددا بين مقطوع البقاء و مقطوع الزوال، بل هما من احکام العقد فان اسباب الملک علي قسمين قسم يقبل الفسخ و قسم آخر لا يقبل الفسخ، و تعدد احکام سبب الملک لا يکشف عن تعدد حقيقة الملک. و حينئذ يکون استصحاب الملک استصحاب الفرد لا استصحاب الکلي لعدم تعدد الملک بتعدد الجواز و اللزوم.

قال الشيخ: 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. فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات‏ المأخوذة في المسبب[[270]](#footnote-270).

و استدل الشيخ علي ان الجواز و اللزوم من احکام السبب لا من احکام المسبب و هو الملک أنه لو كان اللزوم و الجواز من ناحية حقيقة الملك لكان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين إما بجعل المالك، أو بحكم الشارع، و على الأول فيلزم تأثير قصد المالك في الرجوع و عدمه، و هو واضح البطلان. و على الثاني فيلزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو أيضا بديهي الفساد، لما عرفته فيما تقدم قريبا من أن العقود تابعة للقصود، فيستحيل أن يكون إمضاء الشارع من حيث هو إمضاء على خلاف ما قصده المنشئ[[271]](#footnote-271).

أورد عليه المحقق الخراساني بأن ما ذکره الشيخ من ان المورد من استصحاب الفرد لا الکلي ينسجم مع مبناه علي فرض دون فرض و ذلک ان الشيخ يعتقد ان الجواز و اللزوم تارة يکونان بمعني جواز فسخ المعاملة و عدمه کما في باب الخيار، ففي هذا الفرض لا شبهة في کونهما من احکام الاسباب، و من الواضح ان اختلاف احکام الاسباب لا يوجب اختلاف المسبب فبناء علي هذا الاحتمال يتم ما ذکره من ان المورد من استصحاب الفرد لا الکلي. و تارة يکونان بمعنى تراد العينين و تملّك ما انتقل عنه و عدمه بلا توسيط فسخ المعاملة كما في الهبة على ما صرّح به في الملزمات فهما من أحكام المسببات، و او من الواضح ان الاختلاف فيهما، كاشف عن اختلافها في الخصوصيات المختلفة في اقتضاء الجواز و اللزوم، لئلا يلزم الجزاف في أحكام‏ الحكيم تعالى شأنه. ففي هذا الفرض لا يتم ما ذکره من ان المورد من استصحاب الکلي لا الفرد لتعدد الملک بسبب اختلاف الخصوصيات[[272]](#footnote-272).

يلاحظ علي ما ذکره الآخوند: اولا ان جواز الرجوع و عدم جواز الرجوع من احکام الملک لکن الاختلاف في الحکم ليس بالضرورة ناشئا عن الاختلاف في ذات الملک لعل الاختلاف فيه کان ناشئا من المقارنات التي توجد في الملک مثل ما لو کان الهبة بذي رحم فان الشارع يحکم بعدم جواز الرجوع في الملک و ان کان بغير ذي رحم يحکم بجواز الرجوع. و کذلک الملکية نوع واحد و لکن للشارع ان يحکم باللزوم او الجواز نظرا الي المقارنات.

ثانيا: لو سلمنا ان الاختلاف في الحکم يکشف عن الاختلاف في الخصوصية لکن بالضرورة ليس کل خصوصية مفردّا مثلا ان السمن و الهزال في زيد من الخصوصيات العارضة عليه و مع ذلک لا يصير زيد بطروّ السمن و الهزال فردا آخر غير من کان قبل طروّ هذه الخصوصية.

ثالثا: يوجد هذا الاحتمال بالوجدان ان يکون الملکية المتزلزلة و الملکية المستقرة نوعا واحدا من الملک و مجرد احتمال وحدة الموضوع يکفي لجريان استصحاب الشخص لانه لا بد في جريان الاستصحاب الکلي من احراز الموضوع.

الجواب الثالث: انه يحتمل ان يکون الملکية المتزلزلة و الملکية المستقرة فردا واحدا من الملک لا فردين من کلي الملک و مجرد هذا الاحتمال يکفي لجريان استصحاب الملک و ان لم نقل بجريان الاستصحاب في القسم الثاني من الکلي. قال: يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك[[273]](#footnote-273).

### الاشکال

استشکل علي هذا الجواب بانه لا يجري الاستصحاب في هذا الفرض لانه من الشبهات المصداقية لدليل الاستصحاب و توضيح ذلک ان اللزوم لو کان من خصوصيات الملک لا يجري الاستصحاب بناء علي عدمه جريانه في الکلي القسم الثاني، و ان کان من لوازم السبب المملک يجري الاستصحاب، و المفروض في المقام انه لا يدري ان اللزوم من خصوصيات الملک او من لوازم السبب المملک، و مع الشک في ذلک، يشک في ان المورد من موارد جريان الاستصحاب او ليس موردا له و کل ما کان کذلک لا يجري فيه الاستصحاب، اذ مرجعه الي الشک في کون المورد من مصاديق العام ام لا، و من الواضح ان الدليل لا يشمل الشبهة المصداقية للعام.

اجيب عن هذا الاشکال بجوابين:

الاول: ما ذکره المحقق النائيني أن المورد و إن كان من موارد التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لدليل المخصص، إلا أنه لا بأس به في المقام، بداهة أن المانع عن جريان الاستصحاب في‏ القسم الثاني من أقسام الكلي إنما هو العقل من ناحية أن الكلي إن كان في ضمن الفرد الزائل فهو مقطوع الزوال. و إن كان في ضمن الفرد الآخر فهو مشكوك الحدوث و عليه فإذا شككنا في مورد أنه من مصاديق الاستصحاب الشخصي ليجري فيه الاستصحاب، أو من مصاديق الاستصحاب الكلي لكي لا يجري فيه ذلك، حكمنا بجريانه فيه، ضرورة أن المخصص لعموم لا تنقض اليقين بالشك دليل لبي فيقتصر فيه بالأفراد المتيقنة، و يتمسك في غيرها بعموم أدلة الاستصحاب[[274]](#footnote-274).

يلاحظ علي ما ذکره النائيني کما عن السيد الخوئي: أن هذه الكبرى التي أفادها و إن كانت مسلمة في نفسها، و لكنها لا تنطبق على ما نحن فيه، بداهة أن التمسك بالعام في الشبهة المصداقية فيما إذا كان هناك فرد معلوم، و دار أمره بين دخوله في أفراد المخصص، و عدم دخوله في ذلك من ناحية شبهة خارجية. كما إذا ترددت اليد الموضوعة على مال الناس بين كونها يد ضمان و كونها يد أمانة. و كالماء المردد بين كونه معتصما، و كونه غير معتصم و كالعام المردد بين دخوله تحت الخاص و دخوله تحت العام، فإن أشباه هذه الأمثلة من صغريات التمسك بالعام في الشبهة المصداقية. و أما إذا شك في صدق عنوان العام على فرد فهو ليس من موارد التمسك بالعام قطعا. و المقام من هذا القبيل.

و السر في ذلك: أن قوام الاستصحاب إنما هو باتحاد القضية المتيقنة مع القضية المشكوكة لكي يكون رفع اليد عن اليقين السابق من نقض اليقين بالشك. و من الظاهر أن هذا المعنى لم يحرز في المقام، إذ بناء على المناقشة الأولى التي وجهوها على الاستصحاب الكلي كانت القضية المتيقنة غير القضية المشكوكة. فإذا احتمل كون الاستصحاب من الاستصحاب الكلي لم يمكن التمسك بأدلة الاستصحاب، لعدم إحراز انطباق العنوان المأخوذ فيها على مورد الشك[[275]](#footnote-275).

الثاني: ما ذکره السيد الخوئي من ان المناقشات المتوجهة الي استصحاب القسم الثاني من الکلي و ان کانت کثيرة و لکن المهم منها امران:

1. عدم وحدة القضية المتقينة و المشکوکة؛ و ذلک أن وجود الكلي بوجود فرده، و عدم الكلي بعدم فرده. و عليه فالكلي في ضمن الحصة الزائلة مقطوع الزوال. و هو في ضمن الحصة الأخرى مشكوك فيه من أول الأمر. و إذن فالكلي مردد بين مقطوع الزوال و مشكوك الحدوث.

2. جريان الاصل الحاکم علي الاستصحاب الکلي؛ و ذلک أن الشك في بقاء الكلي، و في ما هو القدر المشترك بين الفردين مسبب عن الشك في حدوث الفرد الذي يبقى معه القدر المشترك على تقدير حدوثه. و إذا حكم بأصالة عدم حدوثه لزم منه ارتفاع القدر المشترك، بديهة أن الأصل السببي حاكم على الأصل المسببي على ما حقق في محله.

علي هذا الاساس لو شككنا في أن الاستصحاب فيما نحن فيه هل هو من الاستصحاب الشخصي‏ لكي يحكم بجريانه، أم هو من الاستصحاب الكلي لكي يحكم بعدم جريانه، إذا كان الأمر كذلك فان كان المانع عن جريان الاستصحاب في الكلي هو المناقشة الأولى أعني تردد الكلي بين كونه في ضمن الفرد الذي لا يحتمل بقاؤه، و بين كونه في ضمن الفرد الآخر الذي هو مشكوك الحدوث من الأول فلا يجري الاستصحاب هنا، لأنه إذا خرج القسم الثاني من الكلي عن أدلة الاستصحاب و شككنا في أن المورد من القبيل الخارج، أو من القبيل الباقي تحت العام، كان التمسك بعموم تلك الأدلة تمسكا بالعموم في الشبهة المصداقية. و هو لا يجوز على ما حقق في محله.

و إن كان المانع عن ذلك هو المناقشة الثانية أعني بها حكومة الأصل السببي عليه فلا مانع عن استصحاب الملكية، لأنه إن كان الاستصحاب كليا فالمانع موجود و هو الأصل الحاكم. و إن كان شخصيا فالمانع غير موجود.

و حينئذ فيقع الشك في وجود المانع عن استصحاب الملكية، و عدم وجوده. و من البين الذي لا ريب فيه أنه ما لم يحرز الأصل الحاكم لا مانع عن جريان الأصل المحكوم و إذن فلا مانع عن استصحاب الملكية في المقام. و لعل هذا هو مراد المصنف من قوله: (مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك، أو من لوازم السبب المملك‏[[276]](#footnote-276).

اقول: ان استصحاب عدم الفرد الطويل ليس حاکما علي استصحاب الکلي لان استصحاب الکلي يجري فيما اذا کان الحکم علي نحو صرف الوجود، مثل ترتب الحکم علي صرف وجود ملکية المشتري بالنسبة لهذا المبيع، و من الواضح ان استصحاب عدم ملکية المستقرة لو اثبت صرف الوجود لکان من الاصل المثبت.

الجواب الرابع: ذکر السيد اليزدي حلا لاشکال الکلي القسم الثاني من الاستصحاب لا نحتاج الي استصحاب الکلي اي الملکية کي يرد عليه الاشکالات اذ بامکاننا ان نستصحب الفرد الواقعي المردد بين الملکية المستقرة و الملکية المتزلزلة و يترتب عليه الحکم من دون لزوم اشکال[[277]](#footnote-277).

يرد عليه: کما عن السيد الخوئي أنه إن كان المراد من الفرد المردد ما هو مردد في الواقع حتى في علم اللّه (تعالى) فهو بديهي البطلان، إذ لا وجود للفرد المردد في أي وعاء من الأوعية. و إن كان المراد منه الموجود المعين على تردده: بمعنى أن المستصحب هو الوجود الخارجي مع قطع النظر عن الخصوصيات المفردة فهو عين الكلي، لا شي‏ء آخر وراءه.[[278]](#footnote-278) فاذن لم يأت السيد اليزدي بشئ جديد.

الرابع: عدم وجود الجامع

ذکر المحقق النائيني اشکالا آخر ما نصه: قد يستشكل في جريان الاستصحاب الكلّي في المقام بعين الإشكال في جريان الاستصحاب الشّخصي إذا وجد أحد الرّافعين و توضيح ذلك أنّا قد بيّنا في الأصول أنّ في القسم الثّاني قد يجري استصحاب الشّخصي كما يجري استصحاب الكلّي و قد لا يجري فإذا شكّ في أنّه عمل عملا يرفع الحادث المردّد أم لا فيجري استصحاب بقاء الشّخص الحادث الواقعي و نتيجته وجوب الاحتياط أو إيجاد الرافع على أيّ تقدير مثل الجمع بين الوضوء و الغسل في الحدث المردّد بين البول و المني. و أمّا إذا توضّأ ثم شكّ في بقاء الحدث الشخصي الثّابت واقعا فلا يجري استصحاب الشّخصي لأنّ الشك ليس في البقاء بل في حدوث أي واحد من الشّخصين و في كلّ واحد منهما أحد ركني الاستصحاب منتف أمّا في الحدث الأصغر فللقطع بارتفاعه و أما الأكبر فللشكّ في حدوثه فعلى هذا لا يجري في مسألة الحدث بعد إيجاد رافع أحدهما و هكذا في الظّهر و الجمعة و البق و الفيل و نحو ذلك إلّا استصحاب الكلي. و أمّا في المقام فلا يجري استصحاب الكلّي أيضا لأنّ اختلاف الملك ليس إلّا بنفس الارتفاع و البقاء فالشكّ في بقاء الكلّي عبارة عن الشك في أنّ الحادث ما هو فإن تنوعه بنوعين ليس باختلاف السبب المملّك و لا باختلاف حقيقته و ماهيته من غير جهة أن أحدهما يرتفع بالفسخ و الآخر لا يرتفع فإذا كان تنوّعه بنفس اللّزوم و الجواز فينتفي أحد ركني الاستصحاب على أي حال لأن الملك الجائز مقطوع الارتفاع و اللّازم مشكوك الحدوث من أوّل الأمر و بعبارة أخرى يعتبر في كلّ قضية أن يكون المحمول خارجا عن الموضوع أي يعتبر أن يكون الموضوع في القضية مجرّدا عن عقد الحمل حتى يصلح الحمل و في المقام حيث إنّه ليس تقسيم الملك‏ إلى القسمين باعتبار الفصول المنوعة و ليس كالحدث المشترك بين النوعين المتخصّص كلّ منهما بخصوصيّة خاصّة من غير جهة البقاء و الزّوال بل جهة تقسيمه إليهما منحصرة بالبقاء و الارتفاع فلو شك في بقاء الملك و ارتفاعه فمعنى استصحاب الملك هو استصحاب الملك الباقي فيصير البقاء الّذي هو عقد الحمل داخلا في عقد الوضع و لا شبهة في خروج هذا القسم من الاستصحاب من عموم لا تنقض عقلا و مرجع هذا الإشكال في الحقيقة إلى أنّ النّوعين من الملك متباينان بتمام هويّتهما و في كل واحد منهما أحد ركني الاستصحاب منتف كما لا يخفى.[[279]](#footnote-279)

توضيح مقصوده کما في تقرير الآملي: ان استصحاب الملکية يجري فيما لو کان کليا من القسم الثاني و لکن في المقام ليس من الکلي القسم الثاني بل من استصحاب الفرد المردد، و ذلک لان الاستصحاب الکلي القسم الثاني يتصور فيما اذا کان للجامع الذي نريد ان نستصحبه هوية منحازة عن الخصوصيات و يکون الخصوصيات عارضة عليه، فاذا کان الخصوصيات مرددة بين الباقي و الزائل نقدر ان نستصحب الکلي الجامع بين الفردين، و لکن في المقام لا يوجد جامع منحاز عن الخصوصيات لان الجامع المستصحب هو الملک الباقي، و الاثر الذي نرتبه هو بقاء الملک، فيکون الملک المستصحب عين الاثر. قال: يعتبر في صحة استصحاب القدر المشترك كون الكلى قدرا مشتركا بين أمرين أو أمور مع قطع النظر عن حكم البقاء و الارتفاع كالحيوان المردد بين البق و الفيل و الحدث المردد بين الأصغر و الأكبر لا ما إذا كان بين نفس البقاء و الارتفاع بأن كان تنوعه بالنوعين باعتبار نفس البقاء و الارتفاع كما في المقام فإنه لا يصح أن يجرى فيه الاستصحاب لأن حكم الاستصحاب اعنى البقاء عند الشك فيه يرد على الموضوع و لا بد في كل موضوع أن يؤخذ مع قطع النظر عن حكمه و يرد عليه الحكم ففي مثل زيد موجود لا يكون المحكوم عليه بالوجود هو القدر المشترك بين الموجود و المعدوم و في مثل زيد اسود مثلا لا يكون قدر المشترك بين‏ الأسود و غير الأسود هو المحكوم عليه بالسواد و في المقام أيضا لا يكون القدر المشترك بين الملكية الباقية و الزائلة هو المحكوم عليه بالبقاء إذ الحكم بالبقاء مأخوذ في ناحية عقد الحمل و الموضوع إذا كان قدرا مشتركا لا بد و أن يكون هو القدر المشترك مع قطع النظر عن عقد الحمل.[[280]](#footnote-280)

يوضح هذا الاشکال بانه هو اشکالية الفرد المردد و يقول: و لا يخفى أن هذا الاشكال الوارد على استصحاب الفرد المردد جار في استصحاب الكلي في خصوص المقام إذ المراد باستصحابه انما هو استصحاب الحصة بالمعنى المعهود و تخصص الملكية بخصوصية اللزوم و الجواز انما هو بنفس البقاء و الارتفاع فيكون الكلى مرددا بين مقطوع البقاء و الارتفاع هكذا أفيد و للنظر فيه مجال من جهة كون المراد بالكلي المستصحب هو الحصة و من جهة كون خصوصية اللزوم و الجواز نفس البقاء و الارتفاع.[[281]](#footnote-281)

يلاحظ عليه: ان البقاء المأخوذ في جانب الموضوع بقاء واقعي و البقاء الذي في جانب المحمول بقاء تعبدي فيختلف البقاءان، فاذن يفترض للجامع هوية منحازة عن الاثر. ثانيا: ان المقصود استصحاب بقاء الملکية قبل الفسخ و هو ان کان نوعا واحدا فيکون من استصحاب الفرد و ان کانا نوعين فيکون من استصحاب الکلي.

### الخامس: جريان استصحاب بقاء الخيار

لا اشکال في ان البائع کان له جواز فسخ العقد قبل التفرق من مجلس العقد و نشک في بقائه بعد التفرق منه باعتبار ان العقد المعاطاتي لو کان لازما قد زال حق فسخ العقد بالمفارقة و ان کان جائزا فهو باق علي حاله، و مع الشک في بقاء و زوال جواز فسخ العقد نستصحب بقاء حق فسخ البائع و هذا الاستصحاب اصل حاکم علي استصحاب ملکية المشتري للمبيع اذ مع استصحاب بقاء الخيار لو فسخ ذي الخيار لا يبقي ملکية المشتري علي حاله.

### الاشکالات

ذکر عدة اشکالات علي استصحاب بقاء الخيار و هي:

### الاول: الاخصية من المطلوب

 ذکر الشيخ انه اخص من المدعي لان المطلوب عدم جريان اصالة اللزوم في جميع اقسام العقود، و هذا الاستصحاب يفيد بقاء الخيار في خصوص البيع الذي يوجد في خيار المجلس لاختصاصه به ولا يجري في ما کان عقدا و لم يکن ببيع مثل مبادلة المال بالمال کما عن السيد الخوئي[[282]](#footnote-282)، و لا في بيع لا يکون فيه هذا الخيار مثل ما اذا تبايعا من طريق المکاتبة او من طريق الهاتف او غيرها، و لا في بيع اسقط فيه هذا الخيار[[283]](#footnote-283).

الثاني: لزوم الرجوع الي الدليل اللفظي

انه في فرض الشک بعد افتراق المتبايعين ان العقد لازم او جائز؟ لا بد من الرجوع الي عموم اوفوا بالعقود و هو يثبت اللزوم و مع وجود العموم اللفظي لا تصل النوبة الي الاستصحاب[[284]](#footnote-284).

يلاحظ عليه: اولا؛ ان هذا الاشکال لا يتم علي مبني الشيخ لانه يعتقد کلما کان الزمان ظرفا و شککنا بعد مضي زمن التخصيص هل هو محکوم بحکم العام او محکوم بحکم الخاص، لا يرجع عموم العام بل يرجع الي استصحاب حکم الخاص. و في المقام، ان الزمان ظرف في اوفوا بالعقود و نعلم ان هذا العقد الخياري قد خرج عن العام لانه قبل التفرق کان فيه الخيار و بعد مضي زمن التخصيص و هو زمان التفرق نشک في بقاء حکم العام او الخاص فيرجع الي استصحاب حکم الخاص لا الي عموم العام.

نعم بناء علي ما اخترناه من جواز التمسک بعموم العام بعد مضي زمن التخصيص سواء کان الزمان ظرفا او قيدا، يصح التمسک بعموم اوفوا بالعقود بعد مضي زمن التخصيص. و تفصيل الکلام موکول الي محله.

 ثانيا: ان البحث منصب علي بيان الاصل العملي في المقام و قد افترضنا انه لا دليل علي اللزوم من الامارات، فاذن لا يصح من الناحية المنهجية التمسک بعموم اوفوا بالعقود لاثبات اللزوم في هذا المقام.

الثالث: عدم الشک في سقوط الخيار

لا اشکال و لا شبهة في سقوط الخيار بعد تفرق المتبايعين بدليل البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع، فلا مجال للشک في بقاء الخيار حتي نستصحبه[[285]](#footnote-285).

يلاحظ عليه: ما تقدم من ان البحث منصب علي بيان الاصل العملي، و لو افترضنا ان البيعان بالخيار يدل علي اللزوم فلا تصل النوبة الي الاستصحاب و الکلام في فرض عدم الدليل اللفظي علي اللزوم.

### الرابع: کون استصحاب بقاء الخيار تعليقيا

ان استصحاب بقاء الخيار تعليقي، اذ المفروض ان البائع لم يفسخ البيع قبل التفرق بل فسخه بعد التفرق عن مجلس العقد، و نحن ندري ان البائع لو کان يفسخ العقد قبل التفرق لکان نافذا، و بعد التفرق لا ندري ان فسخ البائع يکون نافذا ام لا؟ نستصحب بقاء هذا الحکم، و نقول: ان البائع لو کان يفسخ العقد قبل التفرق لکان نافذا فالآن کذلک. و الاستصحاب التعليقي غير جار فاذن هذا الاستصحاب غير تام.

اقول: ان الاستصحاب التعليقي علي نوعين تارة يکون الحکم تعليقيا في حد نفسه مثل طهورية الماء فان معناه ان المتنجس اذا غسل بالماء کان مطهرا، ففي مثل هذه الموارد يجري الاستصحاب التعليقي و لا اشکال فيه، لان التعليق في ذات الحکم و القانون. و تارة لا يکون الحکم في حد ذاته تعليقيا بل تنجيزيا قد تعلق الحکم بموضوعه و نحن ننتزع منه الحکم علي نحو التعليق ففي مثل هذا القسم لا يجري الاستصحاب التعليقي، مثل ما لو قال الشارع العنب المغلي حرام، فانا ننتزع عنه ان العنب اذا غلي يحرم، ففي هذا الفرض لا يجري استصحاب هذا الحکم اذ يحتمل فيه احتمالان الاول ان يکون القانون حرام و الموضوع العنب المغلي، ففي هذا الفرض لا يجري الاستصحاب لان الموضوع لم يتحقق حتي يستصحب الحکم، و الثاني: ان يکون القانون اذا غلي يحرم يعني کان التعليق في ذات الحکم و الموضوع هو العنب ففي هذا الفرض يجري الاستصحاب لان التعليق في نفس الحکم. ففي فرض يجري الاستصحاب دون فرض فلا يکون جريان الاستصحاب فيه محرزا.

و في المقام جواز الفسخ و ان کان بظاهره غير تعليقي لکن بالتوجه الي مناسبة الحکم و الموضوع لا بد ان يرجع الي الحکم التعليقي اذ لا معني لجواز الفسخ الا ان نفسره بان البائع اذا فسخ يکون فسخه نافذ و هذا الحکم تعليقي في حد ذاته فيجري مثل هذا الاستصحاب و لا اشکال فيه. نعم من الذي يعتقد ان الاستصحاب الذي في ذاته التعليق لا يجري فلا يصح جريان هذا الاستصحاب لکن بناء علي ما اخترناه من الحکم الذي يکون في ذاته التعليق يجري استصحابه علي نحو التعليق فلا اشکال في جريان الاستصحاب.

###  الخامس: کون الاستصحاب من الکلي القسم الثالث

ان المورد من الاستصحاب الکلي القسم الثالث و ذلک لانا ندري ان خيار المجلس قد سقط مقارن الافتراق و لکنا في شک في حدوث جواز فسخ آخر مقارنا لتحقق العقد و اما مقارنا لزوال هذا الخيار و الحکم بجواز المعاطاة، فاذن يوجد فرد متيقن الحدوث قد سقط بالافتراق يقينا و الفرد الآخر مشکوک الحدوث من اول الامر و هذا هو الکلي القسم الثالث، و لا يجري مثل هذا الاستصحاب.

يجاب عن هذا الاشکال بجوابين: الاول ما يجاب عنه بناء علي مبني الشيخ من ان الاستصحاب الکلي القسم الثالث علي نوعين، ان الفرد الثاني تارة يحتمل وجوده مقارنا لوجود الفرد الاول، و اخري يحتمل حدوث بعد زوال الفرد الاول، و يجري الاستصحاب في مثل القسم الاول، و المقام من هذا القبيل لانا نحتمل وجود جواز الفسخ المعاملي مقارنا لوجود الخيار، فاذن يجري الاستصحاب، لکنه هذا الجواب لا يصح بناء علي المختار لانا نقول بعدم جريان الاستصحاب الکلي القسم الثالث سواء کان احتمال وجود الفرد الثاني مقارنا لوجود الفرد الاول او مقارنا لزواله.

الثاني: ان مثل المعاطاة لا يخلو اما ان يکون عقدا لازما، فلا يحتمل جواز الفسخ الحکمي في حقه فيسقط الخيار بالافتراق. و اما ان يکون عقدا جائزا فلا يشمله مثل البيعان بالخيار لان النص ورد في العقد اللازم، و هذا العقد ليس بلازم، فهو جائز من دون حاجة الي استصحاب بقاء الخيار، و لو تردد الامر بين کونه عقد جائزا او لازما، فيشک في بقاء جواز الفسخ، فيکون استصحاب بقاء الخيار من الکلي القسم الثاني لا القسم الثالث لان امر جواز الفسخ و بقاء الخيار يتردد بين کونه موقتا او غير موقت.

### فرع: عدم جريان اصالة اللزوم في بعض العقود

قال الشيخ: ثمّ إنّه يظهر من المختلف في مسألة أنّ المسابقة لازمة أو جائزة أنّ الأصل عدم اللزوم، و لم يردّه من تأخّر عنه إلّا بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ[[286]](#footnote-286)، و لم يُعلم وجهٌ صحيحٌ لتقرير هذا الأصل. نعم، هو حسنٌ في خصوص عقد المسابقة و شبهه ممّا لا يتضمّن‏ تمليكاً أو تسليطاً؛ ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.[[287]](#footnote-287)

### تبرير عدم جريان اصالة اللزوم

 تبرير عدم جريان اصالة اللزوم في بعض العقود يتضح من خلال توضيح المتن المتقدم فنقول: توضيح مقصوده ان العقود علي اقسام، منها ما يکون له اثر تمليکي بمجرد تحققه کالبيع فان المشتري يمتلک بمجرد البيع فلو شک في لزوم مثل هذا القسم يستصحب الملکية و يثبت لزوم العقد. منها ما يکون له اثر تسليطي کعقد المزارعة فان المالک يقدر ان يلزم العامل علي ان يقوم بالعمل بعد العقد، ففي مثله لو شک في بقاء العقد فيما اذا فسخ العامل مثلا يستصحب بقاء التسليط فيثبت لزوم العقد. منها ما لا يکون للعقد اثر تمليکي و لا تسليطي مثل ما اذا کان عقد المسابقة علي سبيل الجعالة مثل ما لو اتفقا علي ان من سبق في المسابقة يکون مأة الف تومان علي عهدة الغير، لا ما اذا کان عقد المسابقة لازما مثل ما لو جعل الجعل علي عهدة احد الطرفين، ففي هذا الفرض لو فسخ احد الطرفين عقد المسابقة يشک في جواز العقد و لزومه، لا مجال لاصالة لزوم العقد لان لزوم العقد انما يثبت اما بسبب استصحاب الملک، و قبل المسابقة لم يحصل الملک لاحد الطرفين و لا تسليط لاحد الطرفين علي الآخر لان مثل هذا المسابقة جعالة و من الواضح ان الجاعل لا يقدر ان يلزم العامل علي العمل فلا يثبت اللزوم. فاذن نشک في ان العقد لازم او ليس بلازم يستصحب عدم اللزوم.

ان قلت: صحيح انه لا يجري استصحاب بقاء ملکية الفائز لعدم حصول الملک له، لکنه يجري استصحاب الملک علي نحو التعليق، و ذلک لانا ندري ان الفرد لو کان يفوز قبل الفسخ لصار مالکا، و بعد الفسخ نشک في ان الفائز يملک الجائزة ام لا؟ نستصحب الحکم التعليقي انه لو کان فائزا قبل الفسخ لکان مالکا و الآن کما کان فيحکم بمالکية الفائز للجائزة، علي فرض تحقق المسابقة بعد الفسخ مثل ما اذا فسخ احد المتعاقدين العقد ثم رضي بالمسابقة ففي هذا الفرض يفيد هذا الاستصحاب يثبت ملکية الفائز.

قلت: ان هذا البيان ايضا لا يفيد اثبات الملک للفائز اما بناء علي عدم جريان الاستصحاب التعليقي فواضح انه لا يفيد الملک لعدم جريانه علي الاطلاق، و اما بناء علي ما اخترناه ايضا لا يجري الاستصحاب في هذا المقام و ذلک لان الاستصحاب التعليقي علي نحوين تارة يکون التعليق مأخوذا في متن القانون و الحکم الشرعي او يستفاد من الحکم بمناسبة الحکم و الموضوع ففي هذا الفرض يجري الاستصحاب التعليقي و لا اشکال فيه. و اخري لا يکون مأخوذا في متن القانون و انما نحن ننتزعه بنحو من التعمل من الحکم الشرعي، ففي هذا الفرض لا يجري الاستصحاب. و المقام من قبيل القسم الثاني اذ لم يرد من الشارع الحکم علي نحو التعليق بل جاء ان الفائز يملک الجائزة، و في مثله لا يجري الاستصحاب اذ يحتمل ان يکون الموضوع هو الفائز في السابق و الحکم يملک الجائزة ففي هذا الفرض لا معني لجريان الاستصحاب لعدم تحقق الموضوع في اليوم السابق حتي نستصحب الحکم في هذا اليوم. و يحتمل ان يکون الموضوع هو احد المتعاقدين و الحکم يملک الجائزة اذا فاز، ففي هذا الفرض يجري الاستصحاب التعليقي لان الموضوع و هو احد المتعاقدين کان في اليوم السابق موجودا متيقنا، فيترتب عليه الحکم اليوم و اذا فاز قيد للحکم. و فرض التردد بين الجريان و عدم الجريان لا يجري الاستصحاب. نعم لو کان يرد من جانب الشارع ان احد المتعاقدين يملک الجائزة اذا فاز بحيث کان الفوز قيد الحکم لکان للاستصحاب التعليقي مجالا. فاذن لا مجال لجريان الاستصحاب التعليقي ايضا فلا يثبت الملک کي يثبت من طريقه اللزوم.

بالنتيجة ان الشيخ يريد ان يقول: أن استصحاب الملكية إنّما تجري فيما إذا كانت الملكية فعلية أي ثابتة حين العقد أى تثبت الملكية فيما ينشأ العقد و حينئذ كلما شككنا في جواز العقد و لزومه نستصحب الملكية و نحكم باللزوم. نعم في مثل عقد المسابقة حيث لم تثبت فيها الملكيّة الفعليّة و انّما الملكيّة فيها تقديريّة أي تحصل الملكيّة لاحد المسابقتين على تقدير سبقه في المسابقة فالأصل عدم اللزوم و ذلك لعدم حصول الملكيّة الفعليّة حتى نستصحبه في مورد الشك في أن العقد جائز أو لازم و نحكم باللزوم، بل نتمسك بأصالة عدم اللزوم و نحكم بكون العقد جائزا.

هذا الاشکال يجري في بعض اقسام البيع مثل البيع الذي يحصل الملک للمتبايعين متأخرا عن العقد کعقد الصرف فان الملک يحصل بعد التقابض، فلو فسخ احد المتبايعين عقد الصرف قبل القبض يشک في نفاذ هذا الفسخ، لا يجري استصحاب الملک لعدم حصول الملک بمجرد العقد.

### الاشکال علي عدم جريان استصحاب عدم اللزوم

استشکل السيد الخوئي علي الشيخ بان المقام ليس من قبيل جريان الاستصحاب التعليقي، بل من قبيل الاستصحاب التنجيزي و ذلک لان الحکم في موارد التعليق غير محقق فعلا و معلق علي ثبوت امر آخر و هو المعلق عليه مثل تعليق الحکم بالنجاسة و الحرمة في العصير العنبي علي الغليان. و لکن في مثل هذه العقود ليس الحکم معلقا علي امر آخر بل هو فعلي.

و ذلک لان المفروض في مثل هذه العقود ان المتعاقدين التزما علي عقد و هو ان کل من سبق الآخر فله کذا، و امضي الشارع هذا العقد، عند ما نحلل هذا العقد نجد ان الالتزام بامتلاک احدهما الجائزة جعل علي نحو القضية الحقيقية و هو ان کل منهما سبق الآخر فله کذا، و الموضوع في هذه القضية هو کل من سبق الآخر، و الحکم هو الالتزام بملکية السابق لهذه الجائزة، و الحکم ليس فيه اي تعليق و انما الموضوع اخذ مقدر الوجود بمعني انه کلما تحقق الموضوع يترتب عليه هذا الحکم، و اخذ الموضوع مقدر الوجود غير تعليق الحکم. فاذن ليس ماهية هذا العقد الممضي من عند الشارع علي نحو القضية التعليقية يکون الحکم فيها معلقا علي شرط، بل من قبيل القضية الحقيقية قد اخذ الموضوع فيه مفروض الوجود و ليس في جانب الحکم اي تعليق.

فلو شککنا بعد فسخ احد المتعاقدين في ان الحکم و هو الالتزام بالملکية للجائزة علي تقدير تحقق الموضوع باق ام يرتفع بالفسخ؟ يستصحب الالتزام السابق لان الالتزام فعلي بعد ما صدر منهما و قد امضاه الشارع حسب الفرض فلو بدا لاحدهما في التزامه بعد العمل فلا يبدو للشارع في امضاء هذا الالتزام. بالنتيجة ان هذا من استصحاب الحکم الفعلي لا التعليقي[[288]](#footnote-288).

يلاحظ عليه: ان الحکم بامتلاک السابق للجائزة في هذا العقد لا يخلو اما ان يکون مطلقا بحسب مقام الثبوت من غير تحديد برجوع احدهما عن العقد. و اما ان يکون محددا من الاول بعدم رجوع احدهما عن العقد. و مع وجود هذا الاحتمال لا مجال لاستصحاب بقاء الملک لان الموضوع يحتمل ان يکون مرکبا من امرين احدهما من سبق الآخر و ثانيهما لم يرجع احدهما عن هذا الالتزام، و مع عدم تحقق هذا الموضوع لا يترتب عليه الاثر و لا يستصحب بقاء الملک، من هنا تبين ان الاستصحاب تعليقي.[[289]](#footnote-289)

### الملاحظة علي رأي الشيخ

يلاحظ علي ما ذکره الشيخ: ان هذا العقد لا يخلو اما ان لا يکون فيها تعهد من احد الطرفين علي العقد مثل ما لو جعل الجعل من جانب شخص و قال بان من سبق فله علي کذا فيکون من قبيل عقد الجعالة و اما يکون فيه تعهد من الجانبين علي العقد مثل ما لو التزم کل من الطرفين بهذا العقد فيکون فيه تسليط، فان کان من قبيل عقد الجعالة، فيرد عليه ان الجعالة ليس بعقد بل ايقاع و لذلک لا يحتاج الي القبول، فلا معني لطرحه هنا لان البحث عن لزوم العقد و ليس البحث عن الايقاع. و ان کان فيه تسليط فيکون المسابق ملتزما بالعمل، و لذلک لو ندم احد الطرفين و فسخ العقد لا ينفذ هذا الفسخ؟ لان الاستصحاب يحکم بلزوم القيام بالعمل، اذ بعد الفسخ نشک في بقاء وجوب الوفاء و عدمه فيستصحب وجوب الوفاء. نعم لا بد ان نعلم انه لا يثبت بهذا الاستصحاب ملکية المسابق المتقدم لان اثباته به يکون من اوضح انحاء الاصل المثبت اذ ليس ملکية المسابق المتقدم من آثار وجوب الاشتراک في السبق.

هل يجري استصحاب بقاء عقد المسابقة و لازمه ترتيب الاثر الشرعي و هو الملکية؟ قلت: ان موضوع الحکم هو حدوث العقد و نحن نشک ان حدوث العقد تمام الموضوع لملکية الغالب للجائزة او جزء الموضوع و الجزء الآخر عدم انشاء الفسخ من الطرف الآخر، فلا يثبت ملکية الفائر بالنسبة الي الجائزة.

### اصالة اللزوم في الشبهات الموضوعية

الي هنا بحثنا عن الشبهات الحکمية للزوم العقد، و اتضح ان الاصل فيها هو اللزوم. من هنا نريد ان نبين حکم الشبهات المصداقية للزوم العقد، يعني لو وقع عقد في الخارج و لا ندري انه من القسم اللازم او من القسم الجائز؟ هل ان الاصل يقتضي الجواز ام اللزوم؟

يعتقد الشيخ انه تارة يکون في موارد الشبهات الموضوعية اصل موضوعي يقتضي الجواز، فيجري الاصل و يثبت الجواز، و تارة يکون فيها اصل موضوعي يقتضي اللزوم، فيجري الاصل و يثبت اللزوم، اما لو لم يكن أصل موضوعي يقتضي اللزوم أو يقتض الجواز، هذا هو مورد الکلام هل ان الاصل يقتضي اللزوم او الجواز؟ الجواب ان الاصل الحکمي يقتضي في هذا الفرض اللزوم لجريان استصحاب بقاء الملکية و هو يقتضي اللزوم. قال: و بالجملة، فلا إشكال في أصالة اللزوم في كلّ عقدٍ شكّ في لزومه شرعاً، و كذا لو شكّ في أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، كالصلح من دون عوض، و الهبة. نعم، لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.[[290]](#footnote-290) و يذکر لکل من هذه الفروض الثلاثة بمثال.

### المورد الاول: جريان الاصل الموضوعي علي اللزوم

لو شک في عقد في الخارج انه کان هبة فيکون عقدا جائزا و للواهب الرجوع او صلحا فيکون عقدا لازما و ليس له الرجوع؟ هل ان الاصل يقتضي لزوم هذا العقد ام جوازه؟

يعتقد الشيخ الانصاري ان الاصل في هذا المورد هو لزوم العقد و ذلک لانا نعلم صدور العقد بالوجدان و نشک في کونه هبة حتي يکون عقد جائزا ام لا؟ نستصحب عدم کونه هبة فيثبت اللزوم. و لذلک قال في العبارة المتقدمة و کذا لو شک في ان الواقع في الخارج هو العقد اللازم او الجائز کالصلح من دون عوض او الهبة.

### الاشکالات

### الاشکال الاول: عدم جريان الاستصحاب العدم الازلي

ان استصحاب عدم کونه هبة استصحاب عدم ازلي، لان عدم کونه هبة انما هو باعتبار قبل تحقق العقد، و هو غير جار.

الجواب: صحيح ان هذا الاستصحاب من الاستصحاب العدم الازلي فيکون جريانه منوطا بجريان الاستصحاب العدم الازلي، فان قلنا بجريانه فيکون هذا الاستصحاب تاما، و ان قلنا بعدم جريانه کما عليه السيد الامام و هو المختار فلا يجري هذا الاستصحاب، لکنه تصل النوبة الي الاستصحاب الحکمي و هو استصحاب بقاء ملکية المالک الثاني لانه کان مالکا قبل الفسخ و بعد فسخ المالک المالک يشک في بقاء ملکيته، فيستصحب بقائها.

نعم ان هذا الاستصحاب اصل حکمي يجري في فرض عدم جريان الاستصحاب العدم الازلي لانه استصحاب موضوعي و مع جريان الاصل الموضوعي لا تصل النوبة الي الاستصحاب الحکمي. و لا يعارض هذا الاستصحاب استصحاب عدم الجعل الزائد لاختصاص المعارضة بالشبهات الحکمية الکلية و لا معارضة بين استصحاب عدم الجعل الزائد و استصحاب المجعول في الاحکام الجزئية کما سنبينه خلافا للسيد الخوئي في هذا المقام.

الاشکال الثاني: المعارضة بين الاستصحابين

ان استصحاب عدم کونه هبة حتي بناء علي القول بجريان الاستصحاب عدم الازلي يعارض مع استصحاب عدم کونه صلحا، فيتعارضان و يتساقطان فلا بد من استصحاب ملکية المالک الثاني.

يلاحظ عليه: ان استصحاب عدم کونه صلحا لا يعارض استصحاب عدم الهبة لان استصحاب عدم کونه صلحا ليس موضوعا للاثر فان الموضوع للاثر هو کل عقد ليس بهبة فهو لازم و هذا يعني ان موضوع الاثر مرکب من امر وجودي و هو وجود العقد و امر عدمي و عدم کونه هبة فيترتب عليه اللزوم.

نعم يمکن ان يقال: ان استصحاب ليس التامة يقبله حتي المنکرين للعدم الازلي فان العقد موجود بالوجدان و لم يکن الهبة موجودا في زمان فيستصحب عدم الهبة لا عدم کون هذا العقد هبة فانه استصحاب ليس الناقصة بل نستصحب ليس التامة و هو انه لم يتحقق هبة، فيه ان الاثر الشرعي قد ترتب علي ليس الناقصة فان ظاهر الدليل ان کل عقد ليس بهبة فهو موضوع الاثر. فالاثر الشرعي ترتب علي ليس الناقصة لا التامة فان ظاهر الدليل و هو ان يکون عقد ليس بهبة فان المستفاد منه ليس التامة.

### المورد الثاني: جريان الاصل الموضوعي للجواز

لو شک في عقد انه صدقة او هبة؟ لانا نعلم انه وقع تمليک مجاني و لکن لا نعلم انه وقع علي وجه القربة او وقع من دون وجه القربة، فان کان واقعا علي وجه القربة فهو صدقة و هي عقد لازم، و ان کان واقعا من دون وجه القربة فهو هبة و هي عقد جائز، ذکر الشيخ ان الموضوع للزوم العقد هو التمليک المجاني بقصد القربة، و الجزء الاول محرز بالوجدان و نحرز عدم الجزء الثاني بالاستصحاب فيثبت عدم لزوم العقد[[291]](#footnote-291).

### الاشکالات

### الاول: عدم افادة الاستصحاب جواز العقد

ان استصحاب عدم قصد القربة لا يثبت عدم لزوم العقد، و ذلک لانه ليس کل تمليک مجاني مع قصد القربة صدقة، و کل تمليک مجاني من دون قصد القربة هبة، لامکان ان يکون هبة مع قصد القربة، فليس قوام الهبة بعدم قصد القربة، بل هما امران وجوديان فان الصدقة عبارة عن دفع المال بداعي دفع الآلام و الأسقام و بعنوان التّنزيه عن الأوساخ إمّا للبدن أو للمال، و الهبة تمليک المال بداعي الاحسان، فاذن استصحاب عدم قصد القربة لا يثبت کونه هبة، فاذا لم يثبت کونه هبة فلا يثبت عدم لزوم العقد.

نعم لو کان الفارق بين الهبة و الصدقة ان الصدقة هو التمليک مع قصد القربة و الهبة التمليک من دونها، لتم هذا الاستصحاب و لکن الکلام انهما امران وجوديان و مع جريان هذا الاستصحاب لا يثبت کون هذا العقد هبة.[[292]](#footnote-292)

يلاحظ عليه: ان موضوع اللزوم هو التمليک المجاني بقصد القربة سواء سمّي صدقة ام لم يسمّ صدقة و ذلک لما دل عليه من الروايات ففي الکافي روي الکليني عن عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِئَابٍ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ إِنَّمَا الصَّدَقَةُ مُحْدَثَةٌ إِنَّمَا كَانَ النَّاسُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ’ يَنْحَلُونَ وَ يَهَبُونَ وَ لَا يَنْبَغِي لِمَنْ أَعْطَى لِلَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ شَيْئاً أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ قَالَ وَ مَا لَمْ يُعْطَ لِلَّهِ وَ فِي اللَّهِ فَإِنَّهُ يُرْجَعُ فِيهِ نِحْلَةً كَانَتْ أَوْ هِبَةً حِيزَتْ أَوْ لَمْ تُحَزْ.[[293]](#footnote-293) فعلي هذا الاساس نستطيع ان نستصحب عدم قصد القربة لاثبات جواز العقد، لان هذا التمليک مجاني بالوجدان، الا انا نشک في ان الاعطاء کان لله او لم يکن لله، نستصحب عدم کونه بداع قربي بالاستصحاب، فاذن يثبت ان التمليک المجاني لم يکن بداعي الا ان احد الجزئين ثبت بالوجدان و الآخر بالاستصحاب، و هذا موضوع جواز العقد.

بعبارة مختصرة: ان الرواية تدل علي ان کل اعطاء کان لله فهو لازم لا يرجع فيه و کل اعطاء لم يکن لله فهو جائز يرجع فيه و في المقام يحرز التمليک المجاني بالوجدان و عدم کونه لله بالاستصحاب فاذن يثبت عدم اللزوم و الاصل الموضوعي يقدم علي الاصل الحکمي.

اما ما ذکره من الصدقة عبارة عن دفع المال بداعي دفع الآلام و الاسقام و غير ذلک، ففيه اولا؛ ان البحث لا ينوط بصدق الصدقة و عدم صدقها فان المهم عدم کونه بداعي قربي او بداعي قربي. مضافا الي ان ما ذکره من معني الصدقة غير تام فان الصدقة له معان تارة يکون المراد منه الصدقة بالمعني الاعم و المراد منه مطلق التمليک المجاني مثلا يقال انه تصدق علي ولده و من الواضح انه ليس معناه انه تصدق لله علي ولده. و تارة يکون المراد منه الصدقة بالمعني الاخص و هذا ما يدفع لدفع البلاء و تارة يطلق بالمعني المتوسط و هذا يکون المراد منه التمليک المجاني بداعي قربي.

### الثاني: کونه من استصحاب العدم الازلي

ذکر السيد الامام اشکالا علي استصحاب عدم قصد القربة في المقام ان هذا الاستصحاب لا يخلو اما ان يکون مفاده ليس الناقصة يعني يريد القائل ان يقول انه يوجد تمليک مجاني و لکن ليس هذا التمليک مقترنا بقصد القربة، و اما ان يکون مفاده ليس التامة يعني يريد القائل ان يقول: يعني عند ما لم يکن تمليک لم يکن قصد القربة ايضا من باب السالبة بانتفاء الموضوع، فان کان مراده الاول فهذا الاستصحاب لا حالة سابقة له اذ لم يحرز لنا وجود تمليک من دون قصد القربة بل يحتمل حال وجوده اقترانه بقصد القربة، فلا يفيد هذا الاستصحاب. و لو کان المراد الثاني فهو من الاصل المثبت لان هذا الموضوع و هو عدم کونه بداع قربي عند ما لم يکن تمليک مجاني اصلا، ليس موضوع الاثر، و انما الاثر مترتب علي التمليک المجاني من دون قصد القربة، و لو اردنا ان نثبت من استصحاب عدم داعي القربة عند عدم تحقق التمليک و نقول: انه عند ما لم يکن تمليک لم يتحقق قصد القربة و بعد ان وجد التمليک فکذلک فهذا من الاصل المثبت.[[294]](#footnote-294)

### الثالث: معارضة استصحاب المجعول و عدم الجعل

لو لم نقدر ان نجري استصحاب الموضوعي في المقام تصل النوبة الي الاستصحاب الحکمي و هو استصحاب بقاء الملکية في المقام، هل يجري هذا الاستصحاب ام لا؟ قال الشيخ بجريان الاستصحاب الحکمي و هو بقاء الملکية، فيثبت اللزوم، الا انه اشکل عليه السيد الخوئي ان هذا الاستصحاب غير جار لمعارضة استصحاب عدم الجعل لاستصحاب المجعول، بل شدد في هذا الاشکال و قال: و کلما نتأمل في عدم جريان الاستصحاب في الاحکام يزداد لنا وضوحا.[[295]](#footnote-295)

يلاحظ عليه: ان شبهة معارضة استصحاب المجعول لاستصحاب عدم الجعل يختص بالشبهات الحکمية دون الشبهات الموضوعية، لانا نشک في ان الحکم جعل بالنسبة الي مورد الشبهة محدودا او غير محدود به، فيتعارض اصالة المجعول لاصالة عدم الجعل مثلا لا ندري ان وجوب الوفاء جعل محدودا بما اذا لم يفسخ البائع العقد او جعل غير محدود به ففي مثله يلزم المعارضة. اما في مثل الشبهات الموضوعية فلا يطرح هذا الکلام لان جعل المولي ليس بحيث ان يجعل في کل مورد مورد حکما خاصا بل جعل قانونا عاما و قد افترضنا ان هذا القانون العام مطلق غير محدد فلا مجال لاحتمال استصحاب عدم الجعل، فيستصحب بقاء المجعول من دون اشکال.

نعم لو کان الجعل منحلا بحسب الازمان يجعل الحکم في کل آن آن للموضوع لکان للمعارضة مجال لانه في الآن المشکوک کما يمکن اجراء استصحاب بقاء المجعول يستصحب عدم الجعل، لکن الحکم يجعل للعنوان و لا سعة و لا ضيق له بحسب الازمان.

 يويد ما ذکرناه صحيح زرارة انک کنت علي يقين من طهارتک و لم يقل لانک کنت علي يقين من نومک. و ما اجاب به السيد الخوئي من ان الامام تکلم باللسان العرفي لانه مع الاستصحاب الموضوعي لا تصل النوبة الي الاستصحاب الحکمي، فهو خلاف الظاهر کيف ان الامام يستدل لاثبات المطلب بامر غير صحيح، و ظاهر الرواية انه حتي مع جريان الاستصحاب الحکمي يجري الاستصحاب الموضوعي. هذا يختص بما اذا کانا متوافقين في الحکم، اما لو کانا متخالفين في النتيجة يجري الاستصحاب الموضوعي دون الحکمي. بالنتيجة لا اشکال في جريان الاستصحاب الجزئي و يويده صحيح زرارة.

### الرابع: الشک في بقاء الموضوع

يستفاد من کلام السيد الخوئي في مصباح الاصول ان استصحاب الحکم الجزيي لا يجري لا للمعارضة بل للشک في بقاء الموضوع، و ذلک انه لو افترضنا انه يوجد ثوب متنجس غسل بماء توارد فيه حالتان المضافية و الاطلاق، و شک في تقدم احدي الحالتين علي الاخري، هنا يتعارض استصحاب کونه مطلقا باستصحاب کونه مضافا، فتصل النوبة الي الاستصحاب الحکمي، و هو ان هذا الثوب کان قبل الغسل متنجسا فالآن کذلک. و في المقام کذلک فانا نشک في بقاء الموضوع و لا يجري الاستصحاب الحکمي مع الشک في بقاء الموضوع[[296]](#footnote-296).

يلاحظ عليه: ان المراد من الموضوع هو معروض الحکم بالنظر العرفي لا المعروض الشرعي، و المعروض للحکم باق هنا، توضيح ذلک: ان السيد الخوئي في الموارد التي تغير الماء و زال تغيره بسبب برودة الجو و شککنا في بقاء النجاسة قال انه لا يلاحظ الي الدليل الشرعي هل يقول: الماء اذا تغير نجس او الماء المتغير نجس بل يلاحظ الي معروض النجاسة بنظر العرف، فان التغير واسطة في العروض فيستصحب بقاء النجاسة. نعم يشکل عليه بانه مبتلي بالمعارضة. فان المهم بقاء الموضوع بنظر العرف. نعم لو کان الموضوع بالنظر العرفي مشکوک البقاء کالکلب المستحال في الملح لا يستصحب بقاء النجاسة لان معروض الحکم بنظر العرف هو الصورة الکلبية. کيف يقول: مع احراز زوال عنوان الحکم الشرعي کعنوان التغير فکيف فيما اذا شک في زوال العنوان لا يجري في الاستصحاب.

### المورد الثالث: جريان الاصل الحکمي للزوم

لو شک في عقد انه کان بيعا او هبة، فذکر الشيخ انه يستصحب بقاء ملک المشتري بعد الفسخ، لکن هذا الاستصحاب لا يثبت کون العقد بيعا لانه من الاصل المثبت، فلا يترتب عليه آثار البيع من اشتغال ذمة المشتري بالثمن.

### الاشکالات

### الاول: العلم بالمخالفة القطعية

ان جريان الاستصحاب الحکمي في مثل ما اذا تردد الامر بين کونه بيعا او هبة يستلزم الترخيص في المخالفة القطعية فانه يستصحب من جانب بقاء ملکية المشتري علي هذا المال. و من جانب آخر يجري البرائة عن الاشتغال بالثمن، فيحصل له العلم بالمخالفة القطعية للعلم الاجمالي لانه يدري ان هذا العقد لا يخلو اما انه يکون هبة فلا يجوز له ان يمنع من رجوع البائع بل لا بد من ان يرد المال الي البائع. و اما انه بيع فعليه من دفع الثمن، فعليه اما رد المال و اما رد ثمن المال الي البائع، و الحال انا قد وصلنا الي هذه النتيجة انه لا يجب عليه رد المال و لا دفع ثمن المال.

اجاب السيد الخوئي عن هذا الاشکال: بانه في فرض تعارض استصحاب بقاء الملک و البرائة عن الاشتغال بالثمن، لا بد من الاحتياط، لانه بعد ان حصل له العلم بالمخالفة القطعية للعلم الاجمالي في فرض جريان کلا الاصلين، يکون المورد من موارد الشبهات المقرونة بالعلم الاجمالي و يطبق عليه قواعده و هو لزوم المصالحة في المقام.[[297]](#footnote-297)

### الثاني: المخالفة للعلم بعدم کونه ملکا للمشتري

ان هذا المال ليس ملک المنتقل اليه لان العقد لا يخلو اما ان يکون هبة فبرجوع المالک الاول يرجع اليه، و اما ان يکون بيعا ففي هذا الفرض قد تخلف المشتري عن اعطاء الثمن و من الواضح انه مع تخلف المشتري عن تسليم الثمن فللبائع حق الفسخ. اذن علي کل حال يرجع المال الي المنتقل اليه و يحصل العلم بان العين بعد الرجوع ليس ملک المنتقل اليه.

### الاشکال الثالث: جريان الاصل الموضوعي

ذکر السيد الخوئي انه بناء علي مسلکنا لا يجري استصحاب بقاء الملک للمعارضة بينه و بين استصحاب عدم الجعل، و انما يجري في مثل هذا المورد استصحاب العدم الازلي، و ذلك لانا إذا شككنا في العقد الذي وقع في الخارج أنه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فنقول: ان هنا عقد بالوجدان و ليس هبة بالاستصحاب العدم الازلي و حيث ان کل عقد لازم الا الهبة. فيترتب عليه انه عقد لازم.

ان قلت: ان استصحاب عدم کونه هبة يعارض باستصحاب عدم کونه بيعا، فلا يجري هذا الاستصحاب. قلت: ان استصحاب عدم کونه بيعا ليس موضوع الاثر لان موضوع اللزوم ليس هو البيع بل الموضوع کل عقد ليس بهبة، فاذن يتم جريان استصحاب عدم کونه هبة و يثبت من هذا الطريق لزوم العقد[[298]](#footnote-298).

يلاحظ عليه: ما ذکرناه من السيد الامام ان هذا الاستصحاب لا يخلو اما ان يکون مفاد ليس التامة و هو انه هذا العقد عند لم يکن متحققا لم يکن هبة فالآن کذلک، فهو من الاصل المثبت. و اما ان يکون مفاد ليس الناقصة و هو انه عند کان عقد لم يکن هبة ففيه اولا انه لا حالة سابقة له.

### تکميل: بحث حول الاستصحاب العدم الازلي

ان ما ذکرنا من الاشکال علي السيد الخوئي مبني علي عدم جريان الاستصحاب العدم الازلي و لکن لو قلنا بجريانه کما هو يعتقد لا يرد ما ذکرناه من کونه من الاصل المثبت، و لذلک تکميلا لهذا البحث نورد الاقوال في مسألة جريان الاستصحاب العدم الازلي.

ان الاقوال في جريان الاستصحاب العدم الازلي و جريانه ثلاث: الاول القول بالجريان مطلقا کما عليه السيد الخوئي. الثاني: القول بعدم الجريان کما عليه السيد البروجردي و السيد الامام و هو المختار. و الثالث: التفصيل بين عوارض الذات و بين عوارض الوجود فانه يجري في الثاني دون الاول کما عليه المحقق العراقي و و السيد الحکيم و الشيخ الوحيد الخراساني. توضيح هذا القول: تارة نشک في ان هذا الحجر اسود ام لا؟ و ان هذه المرأة قرشية ام لا؟ فنقول: ان هذه المرأة حينما لم تکن موجودة لم تکن قرشية فهذا من عوارض الوجود ففي هذا الفرض لا اشکال في جريان الاستصحاب. و تارة نشک في ان الاربعة زوج ام فرد؟ فنقول: ان الاربعة حينما لم تکن لم تکن زوجا، ففي هذا القسم لا يجري استصحاب عدم کونه زوجا لان الزوجية من عوارض الماهية، و هي ثابتة في مرحلة التقرر الماهوي للشئ فلا حالة سابقة عدمية متقينة لها فانه ان کان زوجا فکان من الازل زوجا في مرحلته تقرره الماهوي فلا ينفي بالاستصحاب. و کل ما يرجع الي عوارض الماهية کذلک.

علي اساس هذا الرأي في المقام لا يجري استصحاب عدم کون هذا العقد هبة لان کون العقد هبة او بيعا يرتبط بماهية العقد فان العقد لا يخلو في مرحلته التقرر الماهوي اما هو بيع و اما هو هبة و لم يجر عليه زمان کان عقدا و لم يکن هبة بل اما من الازل کان هبة او بيعا، فلا يجري استصحاب عدم کون هذا العقد هبة.

يلاحظ عليه: اننا ننظر تارة الي العناوين الذاتية بالحمل الاولي و اخري ننظر اليها بالحمل الشائع مثلا ان ماهية هذا الدم فنج دانه في الازل کان دما و لم يجر عليه زمان کان شيئا و لم يکن دما، و لکن في استصحاب العدم الازلي ننظر الي العناوين التي ترتبط بذات الشئ بالحمل الشائع فنستطيع ان نقول ان هذا لم يکن دما بالحمل الشائع فيجري الاستصحاب، و في المقام ايضا ان کون العقد هبة او بيعا و ان کان من عوارض الذات لکننا ننظر اليها بالحمل الشائع فنقول: ان هذا العقد حينما لم يکن لم يکن عقدا لم يکن هبة فيجري الاستصحاب؛ فاذن لا فرق في جريان الاستصحاب العدم الازلي بين عوارض الذات و عوارض الوجود.

نعم نحن نستثني من هذا الحکم عوارض الماهية کالامکان فان مثل هذه العوارض صحيح انها لا حالة سابقة عدمية لها حتي نستصحب عدمها، فاذن نحن نفرق بين عوارض الماهية و عوارض الذات فنقول بجريان الاستصحاب العدم الازلي علي القول به في عوارض الذات دون عوارض الماهية. فتحصل من جميع ما ذکرنا ان الاصل في العقود اللزوم.

### عدم جريان اصالة اللزوم في العقود الاذنية

هل ان اصالة اللزوم يجري في العقود الاذنية کالوکالة ام لا؟ الصحيح عدم جريان اصالة اللزوم في مثل هذه العقود و ذلک لعدم کونها عقدا في الحقيقة و انما يطلق عليها العقد بالتسامح العرفي.

هل ان الهبة من العقود الاذنية ام لا؟ کان استاذنا التبريزي يعقتد انه من العقد الاذنية و لذلک کان يعتقد انه لا يحتاج الي القبول و ان اعتبر القبض؛ لکن هذا الرأي ليس بصديد لان التمليک تصرف في سلطان الشخص فلا يصح ان يملکه من دون اذنه و هذا علي خلاف المرتکز العرفي. و نقول ان المعاطاة عقد لازم و ما ذکره الشيخ ان المعاطاة يفيد الاباحة و حمله ان المعاطاة ملکية جائزة و قد تقدم ان المشهور يقولون يفيد الاباحة لا الملک.

### الاختلاف في الجواز و اللزوم

الي هنا بينا مقتضي الاصل في فرض الشک في الشبهة المصداقية للزوم العقد، و لو وقع الاختلاف بين المالک الاول و الثاني في ان العقد الواقع کان علي نحو اللزوم ام علي نحو الجواز مثل ما لو اختلف الزوجان في مال بيد الزوجة فيقول الزوج اني وهبت هذا المال لها فلي حق الرجوع و الزوجة تدعي ان هذا المال وقع بيده علي سبيل الصلح فليس له حق الرجوع، هنا يقع التساؤول انه ما هو الحکم في فرض الاختلاف؟ هل ان المورد يعد من باب التداعي باعتبار ان کلا منهما يدعي شيئا او يعتبر الزوجة مدعية و الزوج منکرا او بالعکس؟

الجواب عن هذه المسألة يبتني علي بيان انه ما هو المناط لتشخيص المدعي عن المنکر؟ و الاجابة عن هذا السؤال يعين لنا ان ايا منهما مدع و الآخر منکر او کلاهما متداعيان کما ذهب اليه الشيخ، في مقام تشخيص المدعي عن المنکر يوجد ملاکان مترتبان يعني لا بد من تعيين الملاک في المقام الاول ثم تعيين الملاک في المقام الثاني و نحن نأتي بهذين الامرين:

### الاول: العبرة بالمصب او بالغرض

هل ان العبرة في تشخيص المدعي و المنکر بمصب الدعوي او الغرض؟ يوجد رأيان: احدهما ما ذهب اليه جمع من الاعلام کالمحقق الايرواني و السيد الامام من ان المناط في ذلک هو مصب الدعوي و کيفية طرحه.[[299]](#footnote-299) فبناء علي هذا القول لابد ان نلاحظ کيفية طرح الدعوي فان طرح الدعوي بهذا الشکل بان تقول الزوجة اني مالک لهذا البيت و الزوج يدعي عدم کونها مالکة باعتبار انه فسخ هذا العقد، فيکون الزوج مدعيا لادعائه زوال ملکها و الزوجة منکرة لادعائها بقاء ملکها، و لو طرح الدعوي بان تقول الزوجة صالحتني هذه الدار و الزوج يقول اني وهبتها لها، لصار من التداعي لان الزوجة تدعي الصلح و الاصل عدمه و الزوج يدعي الهبة و الاصل عدمها.

ثانيهما؛ ما ذهب اليه جمع آخر کالسيد الخوئي من ان المناط غرض الدعوي، و هذا هو الصحيح اذ ليس بعرفي ان يؤثر طرح صورة الدعوي في تشخيص المدعي و المنکر[[300]](#footnote-300). بناء علي هذا الرأي لا ينوط تعيين المدعي و المنکر بکيفية طرح الدعوي بل يلاحظ الغرض. علي هذا الاساس عند ما نلاحظ المقام نجد ان غرض الزوج من ادعائه الهبة امکان ازالة ملک الزوجة و غرض الزوجة من ادعائها بقاء الملک و لا يؤثر في ذلک کيفية طرح الدعوي اصلا و انما المهم هو الغرض.

### الثاني: العبرة بالاصل او العرف

علي کلا الرأيين سواء کان المناط في تشخيص المدعي و المنکر هو المصب او الغرض تصل النوبة الي هذا البحث هل ان المناط في تشخيص المدعي و المنکر عن الآخر هو العرف او الاصل؟ في المسألة رأيان رئيسيان؛ احدهما و لعله المشهور ان المناط في تشخيص المدعي عن المنکر هو الموافقة و المخالفة للاصل، فان المدعي عبارة عمن کان قوله مخالفا للاصل و المنکر من هو قوله يوافق الاصل. ثانيهما ان المناط في تشخيص المدعي عن المنکر هو العرف، بمعني ان من يعده العرف ان عليه مؤونة الاثبات اما لاجل کونه مخالفا لظاهر الحال و اما لامر آخر فهو المدعي و من ليس عليه مؤونة الاثبات و هو المنکر. هذا ما يستفاد من جملة من المتأخرين کالسيد الخوئي و السيد السيستائي جمع آخر من الاعلام و هو الصحيح لان المدعي و المنکر امر عرفي لا بد ان يرجع في تشخيصه الي العرف و لا يصح ان ينوط ذلک بموافقة الاصل و عدمه اذ العرف لا يقدر علي تشخيص الموافقة و المخالفة للاصل.

ففي المقام بالتوجه الي هذين الامرين اولا لا بد من تعيين ان العبرة هو المصب او الغرض فان کان العبرة هو المصب فينوط الامر بالمصب و ان کان العبرة بالغرض فنجد ان غرض الزوج من ادعائه الهبة امکان ازالة ملک الزوجة و غرض الزوجة من ادعائها بقاء الملک و عدم امکان ازالته، ثانيا؛ من تعيين ان العبرة هو الاصل او العبرة فان قلنا بان الملاک هو الموافقة و المخالفة للاصل فيکون الزوج مدعيا و الزوجة منکرة لموافقة قولها لاستصحاب بقاء الملک.و لو قلنا بان الملاک هو العرف لعل العرف يحاسب کلا منهما مدعيا و منکرا فيکون المورد من باب التداعي.

 بناء علي ما اخترناه تبعا لبعض السادة الاعلام من ان المدار في تشخيص المدعي و المنکر هو الموافقة لظاهر الحال، لا يبعد ان نقول بان قول مدعي ظاهر الهبة موافق لظاهر الحال و قول مدعي الصلح مخالف لذلک، فعلي الزوجة اثبات مدعاها من کون المعاملة علي نحو الصلح.

### تفريعات علي المسألة

يتفرع علي هذه المسألة آثار کثيرة في مختلف ابواب الفقه فيما لو اختلف شخصان في امر:

منها؛ لو ادعت امرئة عدم الانفاق من قبل زوجها و هي في بيته مدة طويلة، فان الاصل عدم الانفاق و لکن ظاهر الحال خلاف ذلک.

منها؛ ما لو ادعي شخص ان زيدا وهبه ميليون تومانا و زيد يقول: انه اقرضه، و الاصل عدم الضمان، و لکن ظاهر الحال يؤيد عدم کون ذلک هبة بل علي سبيل القرض اذ من المتعارف ان شخصا لا يهب مثل هذا المبلغ لشخص.

منها؛ ما لو اختلف الزوجان في دوام العقد و انقطاعه و الرجل يدعي الانقطاع و الزوجة الدوام، و الاصل بقاء الزوجية، و لکن العرف يحکم بلزوم الاثبات من قبلها فتکون مدعية و ليس هنا ظاهر حال.

منها؛ ما لو ادعي شخص اني سکنت هذا الدار مجانا و المالک يدعي کون ذلک باجارة، و الاصل عدم الضمان بالاجارة و لکنه مخالف لظاهر الحال.

منها؛ ما لو اختلف البائع و المشتري فيدعي البائع اشتراط سقوط خيار الغبن و المشتري ينکره، ففي هذا الفرض ان استصحاب عدم خيار الغبن يقتضي کون المشتري مدعيا و البائع منکرا، و لکن العرف يعد البائع مدعيا لادعائه سقوط شرط ارتکازي ثابت في العقد.

منها؛ ما لو اختلف المالک و العامل في ما تلف او سرق المتاع خارج البلد، فيدعي المالک انه اذن له ان يتجر به داخل البلد لا خارجه و العامل يقول بان المالک اذن له من دون اشتراط في ان يکون داخل البلد او خارجه، ذکر السيد اليزدي ان المالک هو المدعي و العامل هو المنکر لموافقة قوله لاصالة عدم امر زائد من جانب المالک. و اعترض عليه السيد الخوئي بان استصحاب عدم التقييد لا يثبت الاطلاق بمعني ان استصحاب عدم اشتراط امر زائد لا يثبت اطلاق اذن المالک. و علي هذا الاساس يکون المالک منکرا و العامل مدعيا.

الصحيح باعتقادنا ان المالک مدعي و العامل منکر و ذلک لان العرف يحاسب المالک مدعيا لادعائه امرا زائدا دون العامل، و هو المدار في معرفة المدعي و المنکر.

منها؛ ما لو اختلف المشتري و البائع في اشتراط الخيار، فيدعي المشتري ذلک و ينکره البائع، من الواضح ان العرف يعد المشتري مدعيا فعليه الاثبات، لکن لو قلنا بان الملاک في معرفة المدعي و المنکر هو الموافقة و المخالفة للاصل، فبناء علي مبني السيد الخوئي من ان معني اشتراط الخيار عبارة عن تمليک المال ما دام لم يفسخ العقد، يکون البائع مدعيا و المشتري منکرا لموافقة قوله للاستصحاب و ذلک لانا نشک في ان الملکية جعل الي ازيد من زمان الفسخ؟ و الاصل عدم الجعل الي ازيد من زمان الفسخ، فيکون قول المشتري موافقا له، و قول البائع مخالفا لهذا الاستصحاب لانه يدعي جعل الملکية الي ازيد من زمان الفسخ. هذا ما يقتضيه مبني السيد الخوئي في المقام[[301]](#footnote-301) و ان لم يلتزم به من الناحية الفتوائية فقال بان المشتري هو المدعي و البائع هو المنکر.

هذه جملة من الموارد التي يظهر ثمرة هذا الخلاف في تحديد المدعي و المنکر من التحديد من جهة المصب و الغرض، و من جهة المحتوي ان الملاک هو العرف او الاصل، و قد اخترنا ان الصحيح عندنا ان المدار في ذلک من ناحية الصياغة هو الغرض، و من ناحية المحتوي هو الموافقة و المخالفة للعرف بان من کان عليه مؤونة الاثبات بنظر العرف هو المدعي و هذا قد يستکشف من ظاهر الحال و اخري من الاصل العقلائي و قد يستشکف من جهة اخري.

### الفصل الثالث: في ارکان العقد

بعد ان انتهينا عن البحث عن کيفية ابراز العقد و عن اصالة اللزوم في العقود و عدمه، تصل النوبة الی بحث اساسي في المقام و هو البحث عن ارکان العقد و هي ما بها قوام العقد، بحيث تنتفي بانتفائها و توجد بوجودها و ذکر في الفقه الغربي ان ارکان العقد ثلاثة، هي: السبب و الارادة و المحل و نحن نبحث عن هذه الارکان حتی يتضح مدی مدخليتها في العقود:

### الركن الاول: الداعي و السبب

الركن الاول للعقد هو السبب و هو قد يطلق و يراد منه السبب الانشائي و هو الذي ينشأ الالتزام و يخلقه و هذا ليس المقصود من السبب في المقام لانه نفس العقد، و قد يطلق و يراد منه الداعي و الباعث الذي دفع الملتزم الی ان يرتب في ذمته الالتزام و و الغرض يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه کمن کان دافعه في شراء البيت ان يخصصه لسکناه، و هذا هو المقصود من السبب.

من هنا يطرح هذا التساؤل: ان الداعي في العقد لو کان غير مشروع و حراما، اولا: هل ان ذلک يوجب حرمة العقد تکليفا. و ثانيا: هل ان ذلک يوجب بطلان العقد ام لا؟ و لذلک لا بد ان نبحث في مقامين:

### المقام الاول: الحرمة التکليفية للعقد عند عدم مشروعية الباعث

هذا المقام قد انعقد لبيان ان الباعث للعقد لو کان ارتکاب امر محرم لاحد المتعاقدين، مثلا ان المشتري يريد ان يقتل بهذا السيف انسانا هل ان هذا يوجب ان يکون العقد حراما تکليفا ام لا ؟ لکي نبحث هذه المسألة بجميع فروضه لا بد ان نقول ان لهذه المسألة فروض ثلاثة:

### الفرض الاول: التسبيب الی الحرام

ان البائع يبيع للمشتري مائعا نجسا او محرما و لا يخبره و هو يظن ان المائع طاهر حلال فيبيعه و يشربه کمائع حلال و بهذا يتسبب ان يرتکب المشتري شرب مائع محرم، لا خلاف في حرمة هذا القسم.

### الفرض الثاني: الاعانة لاجل وصول الغير الی الحرام

ان البائع ييبيع المتاع لاجل ان يرتکب المشتري به الحرام مثل ما لو باع العنب ليصنعه خمرا، او يبيع السلاح لاعداء الدين ليحارب المسلمين. هذا من مصاديق الاعانة علی الاثم. و نکتة الفرق بين هذا القسم و سابقه تکمن في ان ارادة المباشر يقع مقهورا لارادة السبب في القسم الاول لانه بسبب عدم العلم بنجاسة هذا الماء شربه فيکون ارادته مقهورا، و مقهورا ارادة المباشر لارادة السبب قد تکون ناشئا عن الاکراه و اخری ناشئا من عدم العلم مثل ما اذا جعل طعام المتنجس عند الضيف و لم يعلن له انه متنجس، و في القسم الثاني لا يکون ارادة المباشر مقهورا لارادة السبب بل يفعل الحرام باختياره مثل ما لو جعل الطعام المتنجس عند الضيف و يعلن له انه متنجس.

### الفرض الثالث: الاعانة مع العلم بارتکاب الغير للحرام

ان البائع يعلم ان المشتري يصرف هذا المتاع في امر حرام مثلا يشتري شيئا لحلق اللحية او يشتري الخبز في رمضان و يعلم البائع انه يأکله في رمضان، و لكن البائع لا يبيع لاجل ان يرتکب الحرام فان المهم عنده ان يبيع هذا المال و لا يفرق عنده ان يرتکب به الحرام او الحلال.

و محل الکلام في کلمات فقهائنا الاعلام هذين القسمين الاخيرین، و قد بحثوا عن هذين القسمين تحت عنوان حرمة الاعانة علی الاثم، و لذلک ايضا نحن نبحث ذلک هنا تحت هذا العنوان و نضع منه قنطرة الی ما نحن بصدده من الحرمة التکليفية للعقد اذا کان الباعث امرا محرما.

### حرمة الاعانة علی الاثم

بعد ان نقحنا ان المقصود من الاعانة علی الاثم هو ما اذا فعل الشخص فعلا لاجل ان يصل الغير الی الحرام مثل ما لو باع العنب لکي يصنعه خمرا هل هو حرام تکليفا ام لا؟ في المسألة خلاف، و المشهور علی حرمته، و ذهب جمع آخر لعله بدءا من المحقق الايرواني و تبعه جماعة منهم السيّد الخوئي و السيّد السيستاني و شيخنا التبريزي الی عدم حرمته و ناقشوا في کل الادلة التي استدل لاثبات حرمة الاعانة علی الاثم.

و السيّد الامام من المصرين علی حرمة الاعانة علی الاثم و استدل لاثبات ذلک بوجوه ثلاثة:

### الوجه الاول: حکم العقل

ان العقل يحکم بقبح تهيئة شرائط و اسباب المعصية و الاثم لمن يعصي الله تبارک و تعالی کما يحکم بقبح المعصية، و لا فرق في ذلک بين کون الهدف من ذلک تحقق تلک المعصية او لا، و بين کون السبب من الاسباب القريبة او البعيدة، و لا بين کون السبب منحصرا عند هذا الشخص او ان العاصي سيشري العنب مثلا من شخص آخر لو امتنع هذا عن بيعه منه فيجعله خمرا، و لا بين کون المشتري قاصدا بالفعل و لکن البائع يعلم انه سيتحقق له هذا القصد في المستقبل او ان نفس حصوله علی هذه العين سيقدح في نفسه الداعي الی صرفها في المعصية، و کذلک لا مجال لاي تفصيل آخر من امثال هذه التفاصيل الا بشدة القبح و ضعفه، اما اصل القبح فهو عنصر مشترک في کل هذه الموارد، و القبح العقلي يؤدي الی الحرمة الشرعية.

و ليس المقياس في الحکم بالقبح صدق عنوان الاعانة کي يشکک في بعض الفروض في صدق هذا العنوان کما لو خصص صدق هذا العنوان بما اذا کان هدف البائع من هذا البيع تمکين المشتري من المعصية او حصولها منه، او بخصوص الاسباب القريبة دون البعيدة، او بما اذا کان المشتري من الآن عازما علی الصرف في المعصية دون ما اذا علمنا بانه سينقدح في نفسه داعي المعصية في المستقبل و نحو ذلک، و انما المدعي في هذا الدليل هو حکم العقل بقبح العقل بقبح تهيئة اسباب و شرائط المعصية لشخص ما من دون ارتباط لذلک بصدق عنوان الاعانة عليه و عدمه.

هذا و ما قلناه في الاصول من ان مقدمة الحرام ليست حراما انما يعني عدم الملازمة بين حرمة الفعل و حرمة مقدمته هذا بالنسبة الی شخص واحد، لان فاعل الحرام لا يکون بارتکابه للمقدمات مرتکبا لحرام اضافي، اما غير الفاعل الذي هيأ الاسباب و الشرائط لفاعل الحرام فعمله هذا بنفسه حرام لا من باب حرمة المقدمة بل من باب حکم العقل عليه بقبح ذلک، بينما لا يوجد قبح اضافي بالنسبة لنفس مرتکب الحرام.[[302]](#footnote-302)

اورد علی هذا الدليل عدة نقوض:

الاول: ان هناک بعض المصاديق لتهيئة الاسباب و الشرائط و المقدمات ضروري الجواز فقهيا، بينما الدليل العقلي لا يقبل التخصيص مثاله من تزوج رغم علمه اجمالا بان بعض اولاده و احفاده سيعصي الله تبارک و تعالی، و من اتجر رغم علمه بانه حينما يربح في التجارة يصبح مشمولا لقوانين ضرائب السلطة غير الشرعية فيأخذ منه السلطان الضرائب ظلما و عدوانا و قد هيأ هو بتجارته اسباب هذا العمل المحرم للسلطان.

و لو کان دليلنا علی حرمة العقد المؤدي الی فعل الحرام دليلا نقليا لسهل الجواب علی مثل هذا النقض بخروجه من ذاک الدليل اما تخصيصا بضرورة من الفقه او بادلة الحث علی النکاح مثلا مع عدم انفکاکه غالبا عن مثل هذا العلم الاجمالی او بالسيرة القطعية في زمان المعصوم او تخصصا بدعوي الضرورة او السيرة الموجبة لانصراف الدليل، او ببيان ان العنوان المأخوذ في لسان الدليل لا يشمل مثل هذا الفرض کما لو کان الدليل دالا علی حرمة عنوان الاعانة علی الاثم فقد يقال بان عنوان الاعانة لا يصدق علی مثل ذلک، اما المفروض في هذا الدليل ان العقل يدل علی قبح ايجاد اسباب و شرائط لغوية نبحث فيها عن معني الاعانة فيبدو في الذهن استحالة حل هذا النقض، حيث يقال لئن صح العقل يحکم بقبح ذلک فما ذا تقولون في الموارد التي لا شک في عدم الحرمة فقهيا.[[303]](#footnote-303)

اجاب السيّد الامام عن هذا النقض بان القبيح عقلا، انما هو تحصيل الشرائط و الاسباب للمعصية لا مطلق ما له دخل في تحقق المعصية کتجارة التاجر العالم باخذ الظالم للضرائب منه، و النکاح ممن يعلم بتحقق العصيان من الاولاد او الاحفاد فمثل هذا ليس قبيحا لانه ليس من قبيل تهيئة الاسباب.[[304]](#footnote-304)

اقول: لا نفهم هذا الکلام ما هو المقصود منه؟ ما الفرق بين ما يکون من الاسباب و الشرائط المعدة لتحقق الحرام، و ما له دخل في تحقق المعصية؟ يحتمل ان يکون المراد منه ما ذکره المحقق النائيني من التفصيل بين ما اذا اعان الشخص قبل ان يريد الاثم فهذا ليس بحرام، و بين ما اذا اعان الشخص علی الحرام و هو قد اراد ان يرتکب الحرام و هذا مقدمة من مقدماته، فهذا حرام.[[305]](#footnote-305)

لكن هذا التفصيل لا ينسجم مع مبني السيّد الامام لانه لا يفرق بين ما اذا اراد الاثم ارادة فعلية و بين ما اذا لم يرد الآن و لکنه سيتجدد بعد ذلک، و لا يفرق بين ما اذا کان التسليم بداعي توصل الغير الی الحرام او لم يکن بهذا الداعي، بل يعد الکل محرما.[[306]](#footnote-306)

يحتمل ان يكون مراده ما ذکره السيّد الخوئي من ان الاعانة يصدق فيما اذا کان المقدمة دخيلة في ايجاد نفس المعان و هو الحرام مثل التاجر الذي يعلم انه لو اتجر اخذ السلطان منه الضرائب فان نفس التجارة من مقدمات الاثم و هو اداء الضريبة للسلطان، هذا بخلاف ما اذا لم تکن المقدمة دخيلة في ايجاد نفس المعان کما في النکاح فليس العباس بن عبد المطلب معينا علی قتل الائمة لکونه قد اولد خلفاء بني العباس.[[307]](#footnote-307)

هذا التفصيل ايضا لا ينسجم مع مسلک السيّد الامام لانه لا يعتقد دوران حرمة الاعانة علی صدق الاعانة علی الاثم، فان الحکم العقلي بالقبح لا يدور مدار صدق الاسم.

الثاني: انه لئن صح حکم العقل بقبح ايجاد سبب المعصية لانه يؤدي الی معصية المولی تبارک و تعالی فهذا انما يکون فيما اذا لم يکن المشتري عند الامتناع من بيع العنب سيشريها من شخص آخر بحيث لا يکون امتناعنا هذا مؤثرا في تقليل المعصية، اما اذا کان الامر کذلک کما لو کان المشتري يريد تخمير کمية معينة من العنب لا تخمير اکبر مقدار يبيعه البائعون و کانت الکمية المعينة موجودة لدي غيرنا ايضا، بحيث لو امتنعنا من بيعها اياه لاشتراها من غيرنا فهنا لا موجب للقبح المدعي في المقام.

اجاب السيّد الامام عن هذا الاشکال بان حرمة الاعانة علی الاثم انحلالی فينحل الحرمة بعدد الافراد فاذن لا بد لکل فرد ان يحاسب نفسه و لا علاقة له بالاخرین حتی يری انهم يفعلون ذلک او لا يفعلون فان لکل فرد حسابا يختص به، و انتقاض هذا الحکم من جانب الفرد الآخر لا يوجب ان ينقض هذا الشخص هذا الحکم. هذا نظير ما اذا قال المولی لا تفتحوا باب الدکان ثم فتحه زيد فسرق المتاع و استدل علی عمله بانه فتحه اذ لو لم يفتحه لفتحه عمرو، فان هذا لا يقبله المولی کمبرر[[308]](#footnote-308).

الثالث: انه من ضروريات الفقه جواز المبايعات مع الکفار حيث لا شک في ان الکفار الذميين کانوا في زمن المعصومين معاشرين مع المسلمين و متعايشين معهم في بلادهم و کان بيع المآکل و المشارب و الادوات منهم قائما علی قدم و ساق و کان ذلک مورد رضا الائمة ^ من دون شک مع العلم في نهار شهر رمضان بان کثيرا منهم سيصرف هذا المأکل او المشرب في الافطار المحرم او العلم بان الطعام الذي يأکلونه ينجسّونه بريقهم ثم يأکلون النجس و هم مکلفون بالفروع کالمسلمين.

اجاب السيّد الامام عن ذلک بان هذه التکالیف غير منجزة علی الکفار عادة و غالبا لانهم في غير ما شذ و ندر قاصرون و ليسوا مقصرين، من دون فرق في ذلک بين عوامهم و علمائهم، اما عوامهم فلعدم انقداح خلاف ما هم عليه من المذاهب في اذهانهم، بل هم قاطعون بصحة مذهبهم و بطلان سائر المذاهب نظير عوام المسلمين، و اما علمائهم فالغالب فيهم انهم بواسطة التلقينات من اول الطفولة و النشؤء في محيط الکفر صاروا جازمين و معتقدين بمذاهبهم الباطلة بحيث کل ما ورد علی خلافها ردوه بعقولهم المجبولة علی خلاف الحق من بدء نشؤءهم، و العالم اليهودي و النصراني کالعالم المسلم لا يری حجة الغير صحيحة و صار بطلانها کالضروري له، لکون صحة مذهبه ضرورية لديه لا يحتمل خلافه، بالنتيجة ان الکفار عوامهم و علمائهم اکثرهم جهال قاصرون، و لم يتنجز عليهم التکالیف اصولا و فروعا، فمع عدم تنجز التکالیف بالنسبة اليهم لا يصدق علی شراء الطعام لهم في شهر رمضان و سائر ما هو نظيره عنوان الاعانة علی الاثم او تهيئة اسباب المعصية لعدم الاثم و العصيان[[309]](#footnote-309).

في ختام هذا الدليل يشير السيّد الامام الی نکتتين اخریين:

الاولي: ان ما ورد في الکتاب[[310]](#footnote-310) و الاخبار من النّهي عن التعاون على الإثم و العدوان، أو معونة الظالمين[[311]](#footnote-311)، أو لعن رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في الخمر غارسها و حارسها و بائعها و مشتريها و حاملها و ساقيها[[312]](#footnote-312)، و ما وردت من حرمة بيع المغنيات[[313]](#footnote-313)، و إجارة المساكن لبيع بعض المحرّمات[[314]](#footnote-314)، لعل کل ذلک من مصاديق حرمة الاعانة علی الاثم او نکتة التحريم ذلک.

الثانية: إنّه بعد إدراك العقل قبح الإعانة على الإثم و تهيئة أسباب المنكر و المعصية، لا يمكن تخصيص هذا الحکم و تجويز الإعانة عليها في مورد، كما لا يمكن تجويز المعصية، نعم، لو كان الدليل مثل قوله وَ لا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ لا منع من تخصيصه.

كما يشكل التخصيص أيضا لو كان الدليل عليه مثل قوله حكاية عن رسول اللّه ’ أنّه لعن الخمر و غارسها، بناء على إلغاء الخصوصيّة عن الطوائف العشر إلى كلّ معين لشربها، أو إلى كلّ معين لمعصية، لكن الثاني ممنوع لأنّه مخصوص بالخمر و لا يتعدّى إلى غيرها، و لا يجوز إلغاء الخصوصيّة عنها[[315]](#footnote-315).

### الملاحظات علی هذا الدليل

الاولي: ان ما ذکره من ان اکثر الکفار جاهلون قاصرون عوامهم و علمائهم فهذا خلاف الوجدان، لانهم بعد ما سمعوا انه يوجد دين الاسلام و لم يفحصوا عن هذا الدين فيکونون جاهلين مقصرين في ذلک فيعاقبون عليه، خصوصا الذين کانوا لهم معاشرة مع المسلمين. و هذا خلاف ظاهر القرآن فان قوله تعالی: إِنَّ الَّذينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلائِكَةُ ظالِمي‏ أَنْفُسِهِمْ قالُوا فيمَ كُنْتُمْ قالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفينَ فِي الْأَرْضِ قالُوا أَ لَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ واسِعَةً فَتُهاجِرُوا فيها فَأُولئِكَ مَأْواهُمْ جَهَنَّمُ وَ ساءَتْ مَصيراً؛ الَّذينَ تَتَوَفَّاهُمُ الْمَلائِكَةُ ظالِمي‏ أَنْفُسِهِمْ فَأَلْقَوُا السَّلَمَ ما كُنَّا نَعْمَلُ مِنْ سُوءٍ بَلى‏ إِنَّ اللَّهَ علیمٌ بِما كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ؛ فَأُولئِكَ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَعْفُوَ عَنْهُمْ وَ كانَ اللَّهُ عَفُوًّا غَفُوراً؛[[316]](#footnote-316) يدل علی ان اکثر الکفار ليسوا بجاهلين قاصرين، و انما القاصرين منهم عدة قليلة و لذلک استثناهم عن غيرهم من الکفار.

و هذا خلاف ظاهر الروايات فانه يستفاد من جملة من الروايات ان اکثر الکفار ليسوا بجاهلين قاصرين بل مقصرين، مما يدل علی ذلک ما رواه: الصدوق في معاني الأخبار عن ابْنُ الْوَلِيدِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ ابْنِ عِيسَى عَنْ علی بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جُنْدَبٍ عَنْ سُفْيَانَ بْنِ السِّمْطِ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ × مَا تَقُولُ فِي الْمُسْتَضْعَفِينَ فَقَالَ لِي شَبَهاً بِالْمُفْزَعِ وَ تَرَكْتُمُ أَحَداً يَكُونُ مُسْتَضْعَفاً وَ أَيْنَ الْمُسْتَضْعَفُونَ فَوَ اللَّهِ لَقَدْ مَشَى بِأَمْرِكُمْ هَذَا الْعَوَاتِقُ إِلَى الْعَوَاتِقِ فِي خُدُورِهِنَّ وَ تُحَدِّثُ بِهِ السَّقَّايَاتُ بِطُرُقِ الْمدینَةِ.[[317]](#footnote-317)

و ايضا في معاني الأخبار عن الْمُظَفَّرُ الْعَلَوِيُّ عَنِ ابْنِ الْعَيَّاشِيِّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمْدَوَيْهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ يُونُسَ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ × مَنْ عَرَفَ اخْتِلَافَ النَّاسِ فَلَيْسَ بِمُسْتَضْعَفٍ.[[318]](#footnote-318)

بالنتيجة انا لا نقبل هذا الجواب، نعم بالنسبة الی اشرابهم الماء و اطعامهم في غير رمضان يمکن القول بجواز ذلک، لعدم مستند معتبر علی نجاسة الکفار سوي الاجماع، و الدليل الاجتهادي لا يعارض الدليل العقلي الذي يدل بجواز اطعام الکفار و اشرابهم من الماء.

الثانية: ان ما ذکره السيّد الامام من حرمة ايجاد اسباب الحرام و مقدماته علی الاطلاق سواء صدق عليه عنوان الاعانة علی الاثم ام لم يصدق لا ينسجم مع فتاواه، و ذلک ان السيّد اليزدي يقول في کتاب النکاح: (مسألة 51): يجب على النساء التستّر كما يحرم على الرجال النظر، و لا يجب على الرجال التستّر و إن كان يحرم على النساء النظر نعم حال الرجال بالنسبة إلى العورة حال النساء و يجب عليهم التستّر مع العلم بتعمّد النساء في النظر من باب حرمة الإعانة على الإثم.

يعلق السيّد الکلبايکاني علی قوله: و يجب عليهم التستر مع العلم بتعمد النساء في النظر: هذا في غير ما جرت السيرة مستمرّة من زمان المعصوم × إلى زماننا على عدم ستره و لو مع العلم بنظر النساء عليه مثل الوجه نعم مع العلم بنظرهنّ مع الريبة و الالتذاذ يجب التستّر عليهم من باب حرمة الإعانة و إن كان المتيقّن منها حكماً و موضوعاً هو مع قصد الإعانة و أمّا بدونه فمحلّ تأمّل نعم التستّر أحوط.

يعلّق السيّد الامام هنا: ان صدق الإعانة على الإثم ممنوع فلا يجب عليهم التستّر حتّى مع العلم بتعمّدها[[319]](#footnote-319). من هنا يرد الاشکال علی السيّد الامام ان ايجاد اسباب الحرام و مقدماته لو کان حراما علی الاطلاق لا بد من القول بوجوب التستر عليهم، لان عدم التستر من مصاديق ايجاد اسباب الحرام.

الثالثة: ان ما يدرکه العقل هو حرمة ايجاد ما هو مبغوض عند المولی و لا يدرک قبح ايجاد اسباب صدور الحرام عن الغير و ذلک لانه يمکن ان يکون المصلحة في الترخيص و جواز ايجاد اسباب صدور الحرام، فاذن لم يحرز القبح العقلي بالنسبة الی هذا المورد، نعم يحرم علی المباشر ايجاد الحرام. بل ندعي ان النصوص يدل علی عدم حرمة ايجاد اسباب صدور الحرام و هذه هي الروايات الدالة علی بيع العنب ممن يصنعه خمرا.

### الوجه الثاني: وجوب النهي عن المنکر

مما يدل علی حرمة الاعانة علی الاثم ادلة وجوب النهي عن المنکر، و ذلک ببيان ان ظاهر عنوان وجوب النهي عن المنکر هو وجوب رفع المنکر بمعني انه يفيد تحقق المنکر و لا بد للناهي ان ينهاه عن ذلک العمل، و لکن دفعه واجب کرفعه، و لا يتم ذلک الا بترک الاسباب و المقدمات للحرام؛ فيکون الاسباب و المقدمات لارتکاب الحرام محرمة من باب وجوب النهي عن المنکر. سواء فرضنا ان وجوب رفع المنکر عقلي کما هو المختار او فرضناه شرعيا، اما اذا فرضناه عقليا فمن الواضح ان العقل لا يفرق في الحکم بالوجوب بين رفع المنکر و دفعه لان العقل يحکم بان ما يبغضه المولی لا بد ان يترک و ما يحبه المولی لا بد ان يفعل هذا سواء کان علی وجه الرفع او الدفع، لان المناط في کليهما واحد و هو تحقق المبغوض، بل لا معني لوجوب الرفع في نظر العقل فان ما وقع لا ينقلب عما هو عليه، فالواجب عقلا هو المنع عن وقوع المبغوض، سواء اشتغل به الفاعل او همّ بالاشتغال به و علم بکونه بصدده و کان في معرض التحقق.

اما اذا فرضنا شرعيا فاثبات وجوب دفع المنکر بالدليل الشرعي الدال علی وجوب النهي عن المنکر له احد وجوه التقريب:

احدها: التمسک بالدلالة الالتزامية العرفية بدعوي انه اذا وجب الرفع وجب الدفع لان الفائدة من الرفع انما هي الحيلولة بين الفرد و بين الحصة الثانية من وجود الاثم، اما الحصة الاولي فقد تحققت و لا يمکن افنائها، ففائدة الرفع انما هي عين فائدة الدفع و يفهم عرفا من وجوب الرفع وجوب الدفع بالالتزام.

ثانيها: التمسک بالدلالة المطابقية لدليل وجوب الرفع و ذلک بدعوي ان الرفع مرجعه الی الدفع لما قلنا من ان رفع الحصة الاولي من الوجود غير ممکن فالرفع مرجعه الی دفع الحصة الثانية، اذن فما يدل عليه بالمطابقة انما هو وجوب الدفع.

ثالثها: الغاء الخصوصية العرفية؛ لو افترض ان مصب النهي عن المنکر بعد اشتغال الفاعل به، لا شبهة في ان العرف يلغي خصوصية التحقق بمناسبات الحکم و الموضوع في المقام، اذ لا يقبل النفس انه لو اخذ احد کأس الخمر ليشربها بمرئي و منظر من المسلم يجوز له التماسک عن النهي حتی يشرب جرعة منها ثم وجب عليه النهي[[320]](#footnote-320).

ان قلت: ان هذا يتم فيما اذا علم الفرد انه لو لم يعنه لما ارتکب المنکر اصلا او لا يرتکبه اکثر، و لکن لو علم الفرد حتی انه لو لم يعنه اعانه فرد آخر مثلا لو لم يبع هذا الفرد له العنب باع له فرد آخر، ففي هذا الفرض لا يصدق الاعانة علی المنکر لان المنکر يتحقق حتی لو لم يعنه هذا الفرض.

قلت: ان حرمة الاعانة علی المنکر علی نحو الانحلال بالنسبة الی کل فرد فرد، فاذن يحاسب هذا الحکم بالنسبة الی کل فرد و لا علاقة له بالفرد الآخر فان له حکما آخر، و انتقاض هذا الحکم من جانب الفرد الآخر لا يوجب ان ينقض هذا الشخص هذا الحکم. هذا نظير ما لو امر المولی عبيده بدفع السارق عن سرقة ماله و کان متوقفا علی بقاء الباب مسدودا، يجب علی کل منهم دفعه بحفظ سد الباب، فلو علم بعضهم ان بعض العبيد يريد فتح الباب، لا يوجب ذلک البناء و العلم بفتحه علی اي حال، ان يکون معذورا في فتح الباب و تمکين السارق، فلو فتحه کان الفاتح عاصيا لا الباني علی الفتح و لا يقبله المولی کعذر اصلا[[321]](#footnote-321).

### الملاحظات علی هذا الدليل

يلاحظ عليه: اولا؛ ان ما يحکم به العقل هو وجوب دفع المنکر، و لا يحکم بحرمة انتقاض دفع المنکر لان ما نفهمه من العقل هو وجوب دفع المنکر لا اکثر من ذلک فعليه اذا لم يکن الشخص قادرا علی دفع المنکر فلا يحکم العقل بقبحه، فعلي هذا الاساس لو علم الفرد انه لو لم يبع العنب مثلا للآخر لباع الآخرون، فلا يحرم عليه البيع. و ما ذکره من المثال بحرمة فتح الباب غير صحيح لان فتح الباب حرام من کل احد و ليس کذلک المقام.

ثانيا: ذکر السيّد الامام ان النهي عن المنکر اذا صار حرجيا لا يجب علی الشخص، فيه ان دفع المنکر بناء علی مبناه واجب عقلا و اذا کان واجبا عقليا لا يقبل التخصيص فکيف يخصص بما اذا صار حرجيا؟ و لا يکون واجبا علی الشخص.

### الوجه الثالث: التمسک بآية التعاون

ان قوله تعالی: وَ تَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوى‏ وَ لا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَديدُ الْعِقابِ؛[[322]](#footnote-322) بتقريب ان المتفاهم العرفي منه هو حرمة الاعانة علی الاثم.

### تبيين دلالة الآية الکريمة

ان البحث عن حرمة الاعانة علی الاثم تارة يقع في مدی دلالة الدليل العقلي علی حرمته و اخری في دلالة الدليل اللفظي عليه، فان کان البحث عن الدليل العقلي فلا حاجة لنا للبحث عن مدی دلالة الالفاظ بل نرجع الی حکم العقل، و الی هنا قد بحثنا عن دلالة الدليل العقلي علی مستوی دلالته علی حرمة الاعانة علی الاثم و عرفنا ان السيّد الامام يعتقد ان العقل يحکم بقبح الاعانة علی الاثم علی الاطلاق من جهات مختلفة کما قررنا ذلک في بيان الدليل و قد ناقشنا هذا الدليل و المهم في نقاشنا ان العقل لا يحکم علی بالقبح علی الاطلاق و انما الذي يحکم العقل بقبحه هو ايجاد ما هو مبغوض للمولی، اما اکثر من ذلک فلا دلالة للعقل عليه. و کذلک بحثنا عن دلالة الدليل العقلي علی مستوی دلالته علی وجوب دفع المنکر ان قلنا بان المستند لوجوب دفع المنکر هو العقل، عرفنا ان العقل لا يفرق بين وجود ارادة المعصية و بين تجددها و لا بين کون الداعي توصل الغير الی الحرام و غيره و لا وجود فاعل آخر و عدمه. و ان کان البحث عن الدليل اللفظي فيقع الکلام في مدی دلالة الدليل علی حرمة الاعانة علی الاثم. و في هذه الآية الکريمة نحن نبحث عن مدی دلالة هذا الدليل اللفظي علی حرمة الاعانة علی الاثم، و لکي ينقح البحث بکامله نبحث عن هذا الدليل ضمن مباحث اربع:

### البحث الاول: في تحديد مفهوم التعاون

هل ان التعاون يصدق علی ما اذا اعان فرد فردا آخر في تهيئة الاسباب و المقدمات في اتيان امر من دون ان يباشر المعين اتيان الفعل بنفسه، او يشترط في صدقه ان يباشر الفردان في اتيان امر؟

من الواضح انا لو قلنا بالاول يتم الاستدلال بالآية الکريمة لاثبات حرمة الاعانة علی الاثم، لان المفروض في حرمة الاعانة علی الاثم ان شخصا يعين شخصا آخر في تهيئة الاسباب و المقدمات لارتکاب الحرام من دون ان يباشر المعين بنفسه العمل. اما لو قلنا بالثاني فلا يتم الاستدلال بالآية الکريمة للمقام لان مفروض المقام هو الاعانة لا الاشتراک في اتيان امر.

يعتقد المحقق الايرواني بان التعاون لا يصدق علی خصوص ما اذا اشترک فردان في اتيان امر بحيث باشر کل واحد منهما العمل و ذلک باعتبار انه من باب التفاعل و هو يدل علی الاجتماع علی اتيان الفعل کان يجتمعوا علی قتل النفوس و نهب الاموال بحيث تکون المعصية مستندة اليهم جميعا، و لا يشمل فرض اعانة الغير علی الحرام عند ما يکون الحرام مستندا الی الغير مستقلا و يکون دور المعين تهيئة الاسباب و المقدمات فحسب[[323]](#footnote-323).

و تبعه علی ذلک السيّد الخوئي و قال: ان الاعانة تختص بما اذا کان المعان اصيلا يسند اليه الفعل و المعين غير اصيل و لا يسند اليه ذات الفعل و انما تسند اليه المقدمة او التسبيب و يکون التعاون علی العکس من ذلک فانه يختص بما اذا کانا معا اصيلين بان يشترکا في الفعل و يسند الفعل اليهما معا.[[324]](#footnote-324)

لکن السيّد الامام لا يقبل هذا الرأي و يعتقد بان التعاون يصدق علی فرض الاعانة علی الاثم لا فقط يصدق علی الاعانة علی الاثم بل لا يصدق علی ما اذا اشترک الفردان في ارتکاب اثم و ذلک لان التعاون من مادة العون و الظاهر عرفا و بنص اللغويين ان العون عبارة عن المساعدة علی امر و المعين هو الظهير و المساعد، و هذا المعني انما يصدق فيما اذا کان احد اصيلا في امر و اعانه غيره عليه، و لا بد من احتفاظ المادة في جميع مشتقات المصدر، فاذن لا بد ان يحتفظ هذا المعني في التعاون ايضا فيکون المراد من الآية الکريمة لا يعين بعضکم بعضا علی الاثم.

و لو قلنا بان المراد من حرمة التعاون علی الاثم هو الاشتراک في ارتکاب الاثم للزم عدم احتفاظ المادة في المشتقات لان المادة تفيد ان احد الفردين اصيل و الآخر يعينه و لکن المشتق تفيد الاشتراک، و من الواضح ان هذا غلط قطعا لانه لا بد من الاحتفاظ بالمادة في المشتقات، فاذن لا بد ان يکون المراد من حرمة التعاون هو عدم جواز اعانة بعضهم بعضا في الاثم و العدوان[[325]](#footnote-325).

ثانيا؛ لو سلمنا ان التعاون يدل علی الاشتراک في الاثم لکن ليس المراد منه التعاون علی صدور فرد من الاثم، بل يشمل ما اذا کان التعاون علی النحو المتقابل بالنسبة الی طبيعي الاثم يعني لا يشترط في التعاون علی الاثم لو قلنا باعتبار اشتراک فردين في التعاون ان يشترک فردان في ارتکاب اثم واحد بالشخص، بل يصدق التعاون علی الاثم فيما اذا اشترک شخصان في ارتکاب طبيعي الاثم مثل ما اذا اعان زيد عمروا في ارتکاب هذا الاثم و اعان عمرو زيدا في ارتکاب اثم آخر، لعدم اعتبار وحدة الاثم بالشخص بل يکفي في صدق التعاون علی الاثم اعتبار وحدة الاثم بالسنخ، فاذن يثبت بهذه الآية الکريمة حرمة الاعانة المتقابلة علی الاثم مثل ما اذا اعان زيد عمروا في السرقة و اعان عمرو زيدا في شرب الخمر. و من الواضح انه لا خصوصية للاعانة المتقابلة بالنظر العرفي اصلا، فان المهم هو الاعانة علی الاثم سواء کان في مقابله اعانة علی الاثم ام لم يکن في مقابله ذلک. فاذن بهذا البيان نستنتج حرمة الاعانة علی الاثم و ان لم يکن فيه الاعانة علی الاثم بل کان اعانة علی الاثم من جانب فرد لفرد آخر[[326]](#footnote-326).

و يشهد لذلک ان حرمة المنابزة علی اساس قوله تعالی: و لا تنابزوا بالالقاب لا يختص فيما اذا کان تنابز من الطرفين بل يشمل ما اذا کان النبز من جانب واحد ايضا، فليکن قوله تعالی: و لا تعاونوا علی الاثم و العدوان مثله.

ان قلت: ان الظاهر من قوله تعالی: و لا تعاونوا علی الاثم هو حرمة التعاون علی نحو الانحلال و هذا لازمه ان التعاون علی الاثم انما يصدق لو صدق بالنسبة الی کل فرد فرد من الاثم، التعاون علی الاثم و هذا يصدق فيما اذا اشترک شخصان في ارتکاب اثم، فعلي هذا الاساس يبطل ما ذکره السيّد الامام.

قلت: ليس لازم الانحلال ان يکون التعاون بالنسبة الی کل فرد فرد من الاثم، بل معني الانحلال انه کلما صدق في مورد التعاون علی الاثم فهو حرام و هذا اعم من ان يکون علی نحو الانحلال بالنسبة الی فرد خاص او علی نحو الانحلال بالنسبة الی طبيعي الاثم.

اقول: ان ما ذکره السيّد الامام من عدم صدق التعاون علی ما اذا اشترک فردان في اتيان فعل غير صحيح لصدقه علی ذلک بحسب العرف و اللغة و ذلک لانه اذا اشترک جماعة في رفع حجر يصدق عليهم انهم تعاونوا علی رفع الحجر و کذلک في اللسان تعاونا اي اعان بعضهم بعضا الظاهر منه اشتراک فردين في صدور فعل واحد معين، لکن هذا الکلام لا ينفي رأي السيّد الامام من صدق التعاون علی ما اذا صدر الفعل من شخص واحد و اعانه فرد آخر في صدور الفعل، و ذلک لانه اذا اعان زيد عمروا في ذبح شاة ثم اعان عمرو زيدا في ذبح شاة آخر لزيد يصدق عرفا انهما تعاونا علی ذبح الشاة. و لا يقاس المقام بمثل تضارب زيد و عمرو فان الظاهر منه التضارب في حادثة واحدة، فان هذا لا يصير دليلا علی ان يکون التعاون ايضا في حادثة واحدة، لان لکل فعل خصوصية.

بالنتيجة کما ان التعاون يصدق علی ما اذا اشترک فردان في الاتيان بعمل معين کذلک يصدق فيما اذا اعان کل فرد الآخر في عمل. و الآية الکريمة يشمل باطلاقها فرض اشتراک فردين في اثم واحد بالشخص، و کذلک يشمل فرض اعانة کل منهما الآخر في طبيعي الاثم، و لا ظهور لها في اعتبار وحدة الاثم بالشخص اذ لا يستفاد ذلک من التعاون کما قررناه و لا من کلمة الاثم، فان الظاهر منه هو الجنس. و لا خصوصية للاعانة المتقابلة عند العرف فيکون المحرم مطلق الاعانة علی الاثم سواء کان علی نحو الاشتراک في اثم واحد بالشخص او الاعانة علی نحو التقابل او الاعانة من دون تقابل.

بهذا البيان يثبت ما ذکره السيّد الامام من دلالة الآية الکريمة علی حرمة الاعانة علی الاثم، و يشهد لذلک ان التعاون علی البر يصدق فيما اذا اعان احدهما الآخر علی البر و ليس مختصا بخصوص التعاون و الاشتراک علی البر.

### البحث الثاني: في اعتبار القصد

هل يعتبر في صدق الاعانة علی الاثم ان يکون المعين قاصدا صدور الاثم ام لا يعتبر ذلک؟ في المسألة قولان:

### الاول: اعتبار القصد

يعتقد السيّد الامام انه يعتبر في صدق الاعانة علی الاثم قصد صدور الاثم من المعان و من دون ذلک لا يصدق الاعانة علی الاثم، و ذلک لان الظاهر من إعانة شخص على شي‏ء عبارة عن مساعدته عليه و كونه ظهيرا للفاعل، و هو إنّما يصدق إذا ساعده في توصّله إلى ذلك الشي‏ء، و هو يتوقّف على قصده لذلك. و لذلک من أراد بناء مسجد فكلّ من أوجد مقدّمة لأجل توصّله إلى ذلك المقصد يقال: ساعده عليه و أعانه على بناء المسجد، و أمّا البائع للجصّ و الآجر و سائر ما يتوقّف عليه البناء إذا كان بيعهم لمقاصدهم و بدواعي أنفسهم، فليس واحد منهم معينا و مساعدا على البناء و لو علموا أنّ الشراء لبنائه. فلا يصدق علی البزّاز البائع لمقاصده ما يجعل سترا للكعبة معينا على البرّ و التقوى، و لا علی البائع للعنب بمقصد نفسه ممّن يجعله خمرا معين على الإثم و مساعد له فيه.[[327]](#footnote-327)

علّق المحقق الاردبيلي علی هذا الرأي بان حرمة الاعانة علی الاثم لا يتوقف علی القصد فقط، بل الظّاهر أنّ الإعانة على المعاصي يصدق مع القصد أو على الوجه الّذي يقال عرفا أنه كذلك مثل أن‏ يطلب الظّالم العصا من شخص لضرب مظلوم، فيعطيه إيّاها، أو يطلب منه القلم لكتابة ظلم فيعطيه إيّاه، و نحو ذلك ممّا يعدّ ذلك معاونة عرفا، فلا يصدق على التّاجر الّذي يتّجر لتحصيل غرضه أنّه معاون للظّالم العاشر في أخذ العشور و لا على الحاجّ الّذي يؤخذ منه بعض المال في طريقه ظلما و غير ذلك ممّا لا يحصى، فلا يعلم صدقها على شراء من لم يحرم عليه شراء السّلعة من الّذي يحرم عليه البيع و لا على بيع العنب ممّن يعمل خمرا، و الخشب ممّن يعمل صنما، و لهذا ورد في الرّوايات الكثيرة الصّحيحة جوازه و عليه الأكثر و نحو ذلك ممّا لا يحصى.[[328]](#footnote-328)

يجيب عنه السيّد الامام بانه في مثل هذا المثال يوجد قصد الاعانة علی الاثم لانه لا ينفک في هذا الفرض عند العرف اعطاء العصا عن قصد الاعانة علی الاثم مثل ما لو ضرب احد شخصا بآلة يوجب القتل فانه لا يفکک العرف الضرب عن قصد القتل، و لهذا لو اعتذر المعطي بعدم إعطائه للتوصّل إلى الظلم مع علمه بأنّه أراده، لا يقبل منه. و لو جهل بالواقعة لا يعدّ من المعاون على الظلم، فلو أعطاه العصا لقتل حيّة و استعملها في قتل إنسان، لا يكون معينا على قتل الإنسان.[[329]](#footnote-329)

ثم في الختام يذکر السيّد الامام اننا و ان اعتبرنا القصد في مفهوم الاعانة علی الاثم لکن لا يبعد ان عدم اعتباره حسب نظر العرف و العقلاء بالمناسبات المغروسة في الاذهان باعتبار ان الشارع الاقدس اراد بالنهي عن الاعانة علی الاثم و العدون قلع مادة الفساد و المنع عن إشاعة الإثم و العدوان، و عليه لا فرق بين قصده إلى توصّل الظالم بعمله و عدمه مع علمه بصرفه في الإثم و العدوان، فالنهي عن الإعانة إنّما هو لحفظ غرضه الأقصى، و هو القلع المذكور، فيلغي العرف خصوصيّة قصد التوصّل.

بالنتيجة انه بعد إلغاء الخصوصيّة عرفا تستفاد من الآية حرمة تهيئة أسباب المعصية لمن همّ بها، سواء كانت التهيئة لأجل توصّله اليها أم لا، و سواء تحقّق الإثم أم لا. و يؤيّده حكم العقل أيضا بقبحها، و لكن مع ذلك لا يخلو إلغاء الخصوصيّة و فهم العرف من الآية ما ذكرناه من تأمّل و إن لا يخلو من وجه[[330]](#footnote-330).

### الثاني: عدم اعتبار القصد

في قبال هذا الرأي يوجد رأي آخر اختاره المحقق الايرواني و تبعه السيّد الخوئي انه لا يعتبر في صدق الاعانة علی الاثم قصد صدور الاثم من المعان عليه. قال المحقق الايرواني: إنّ القصد قصدان قصد بمعنى الداعي الباعث نحو الفعل فيكون حصول الحرام غاية لفعل المعيّن و هذا هو الذي أراده المصنّف من القصد و قصد بمعنى الإرادة و الاختيار فيكون الحرام ممّا اختاره المعين باختيار ما يعلم ترتّبه عليه و القصد بكلا معنييه غير معتبر في تحقّق عنوان الإعانة فإنّ الحقّ أنّ الإعانة عنوان واقعيّ غير دائر مدار القصد فنفس الإتيان بمقدمات فعل الغير إعانة للغير على الفعل.[[331]](#footnote-331) قال السيّد الخوئي: : فإن صحة استعمال كلمة الإعانة و ما اقتطع منها في فعل غير القاصد بل و غير الشاعر بلا عناية و علاقة تقتضي عدم اعتبار القصد و الإرادة في صدقها لغة.[[332]](#footnote-332)

اقول: ان ما ذکره السيّد الخوئي و المحقق الايرواني من عدم اعتبار القصد في صدق الاعانة علی الاثم تام و ذلک لصدق الاعانة من دون اعتبار القصد عند العرف، فانا عند ما نراجع الارتکازات العرفية نجد شواهد کثيرة علی ذلک مثل ما اذا ارکب شخصا في سيارته و اوصله الی مکان ارتکاب الاثم يقال: انه اعان عليه سواء کان عالما بما يقصده او لم يکن عالما به، و في فرض العلم سواء کان قاصدا صدور الحرام منه ام لم يکن بقاصد صدور الحرام بل کان قاصدا لاخذ الاجرة منه. و کذلک لو اعان شخص آخر لقتل شخص يصدق عليه انه اعان علی قتله و ان لم يکن ملتفتا الی انه يقتل هذا الشخص مثل ما لو اعطاه السلاح او اخبر به مکانه.

و في الروايات ايضا يوجد شواهد کثيرة علی عدم اعتبار القصد و لا العلم:

ِ وَ مَنْ أَكَلَ الطِّينَ فَقَدْ أَعَانَ عَلَى نَفْسِهِ،[[333]](#footnote-333) من الواضح ان الشخص عند ما يأکل الطين لا يقصد موت نفسه.ِ

وَ رَزَقَكَ الْعَافِيَةَ فَأَعَانَتْكَ عَلَى الطَّاعَة،[[334]](#footnote-334)من الواضح ان العافية لا تعين علی الطاعة لانها غير شاعرة.

وَ أَعَانَنِي عليها شِقْوَتِي وَ غَرَّنِي سِتْرُكَ الْمُرْخَى علی فَقَدْ عَصَيْتُكَ وَ خَالَفْتُكَ بِجُهْدِي‏،[[335]](#footnote-335) ليس المراد ان شقوتي اعانني علی صدور الحرام.

َ عَنِ النَّبِيِّ ’ أَنَّهُ قَالَ مَنْ أَطْعَمَ شَارِبَ الْخَمْرِ لُقْمَةً سَلَّطَ اللَّهُ عَلَى جَسَدِهِ حَيَّةً وَ عَقْرَباً وَ مَنْ قَضَى حَاجَتَهُ فَقَدْ أَعَانَ عَلَى هَدْمِ الْإِسْلَامِ،[[336]](#footnote-336) ليس المقصود خصوص فرض قضاء الحاجة لداعي ارتکاب الحرام.

وَ قَالَ × مَنْ تَبَسَّمَ فِي وَجْهِ مُبْتَدِعٍ فَقَدْ أَعَانَ عَلَى هَدْمِ الْإِسْلَامِ،[[337]](#footnote-337) ليس المراد منه خصوص فرض الداعي علی الحرام.

حاول السيّد الامام ان يجيب عن هذه الروايات بان الاستعمال في هذه الموارد من قبيل الاستعارة و نحوها فلا يصح الاستدلال بها لاثبات عدم اعتبار القصد، لکن هذه الاجابة غير تام لعدم صحة حمل هذه الاطلاقات علی المجازية من دون قرينة.

اما ما ذکره من الشواهد علی اعتبار القصد بمثل الاعانة علی البر، فغير صحيح لان الاعانة علی البر يوجد فيه خصوصية قد اشرب فيه عند العرف قصد القربة فلا يصدق هذا العنوان الا فيما اذا قصد صدور البر، فلا يمکن الاستشهاد به. فلا بد من الاستشهاد بشواهد اخر و عند ما نراجع الارتکازات العرفية نجد انه يصدق الاعانة علی الاثم من دون اعتبار القصد فيه.

بالنتيجة انه لا يعتبر في صدق الاعانة علی الاثم قصد صدور الاثم لکن هذا العنوان لا يصدق علی الاطلاق بالنسبة الی مطلق المقدمات، بل الملاک في صدقها هو اما وجود الداعي علی صدور الحرام و اما الاعانة علی ايجاد المقدمة القريبة و ان لم يکن عن قصد و لا يصدق علی المقدمة البعيدة اصلا.[[338]](#footnote-338)

### البحث الثالث: في اعتبار تحقق المعان عليه

هل يعتبر في صدق الاعانة علی الاثم ان يتحقق المعان عليه في الخارج ام يصدق هذا العنوان حتی لو لم يتحقق المعان عليه يعني الاثم في الخارج؟

يتردد السيّد الامام في اعتبار ترتب المعان عليه في الخارج في صدق الاعانة علی الاثم، لما يوجد في کلا الطرفين وجهان، وجه اعتبار ترتب المعان عليه أنّ الظاهر من قوله لا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ أي على تحقّقه و هو لا يصدق إلّا معه، فإذا لم يتحقّق خارجا و أوجد شخص بعض مقدّمات عمله لا يقال: إنّه أعانه على إثمه لعدم صدوره منه، و ما لا يصدر منه كيف يكون ذلك إعانة على إثمه؟ و بالجملة، الإعانة على تحقّق الإثم موقوفة على تحقّقه و إلّا يكون من توهّم الإعانة عليه لا نفسها و يكون تجرّيا لا إثما، و لهذا لو علم بعدم تحقّقه منه لا يكون إيجاد المقدّمة إعانة على الإثم بلا شبهة.

وجه عدم اعتبار ترتب المعان عليه إنّ المفهوم العرفي من الإعانة على الإثم هو إيجاد مقدّمة إيجاد الإثم و إن لم يوجد، فمن أعطى سلّما لسارق بقصد توصّله إلى السرقة فقد أعانه على إيجادها، فلو حيل بين السارق و سرقته شي‏ء و لم تقع منه يصدق أنّ المعطي للسلّم أعانه على إيجاد سرقته و إن عجز السارق عن العمل.

 فلو كان تحقّق السرقة دخيلا في الصدق فلا بدّ و أن يقال: إنّ المعتبر في صدق الإعانة إيجاد المقدّمة الموصلة، أو الالتزام بأنّ وجود السرقة من قبيل الشرط المتأخّر لصدق الإعانة. و كلاهما خلاف المتفاهم العرفي منها بل هما أمران عقليّان.

أو يقال: لا يصدق عرفا، الإعانة على الإثم حتّى وجدت السرقة، فالفعل المأتي به لتوصّل الغير إلى الحرام مراعى حتّى يوجد ذو المقدّمة، و بعده يقال: إنّه‏ أعانه عليه. و هو أيضا خلاف الواقع.

أو يقال: إنّ صدق الإعانة عليها فعلا باعتبار قيام الطريق العقلائي على وجود الإثم، و بعد التخلّف يكشف عن كونها تجرّيا لا إعانة. و هو أيضا غير صحيح لأنّ الطريق العقلائي عليه لا يتّفق إلّا أحيانا، و مع عدم القيام أيضا يقال: أعانه على إيجاده، فمن أعطى جصّا لتعمير مسجد يقال: إنّه أعان على تعميره قبل تحقّقه بل مع عروض مانع عنه، و لهذا يصحّ أن يقال: إنّي أعنت فلانا على تعمير المسجد و لم يقع منه ذلك بلا شائبة تجوّز.

بالنتيجة ان صدق الاعانة علی الاثم في فرض عدم ترتب المعان لا يخلو من خفاء و غموض و ان کان الصدق اظهر عرفا.[[339]](#footnote-339)

هذا کله في صدق الاعانة علی الاثم بحسب اللغة، اما بحسب الارتکاز المتشرعي لا يبعد صدق الاعانة علی الاثم و ان لم يترتب عليه المعان عليه في الخارج، و ذلک لان الإعانة على الإثم و العدوان لما تصير عادة موجبة لتشويق العصاة على عملهم و جرأتهم على الإثم و العدوان، نهى الشارع عن إعانة من همّ بمعصية سياسة لأن يرى العامل بالمنكر نفسه وحيدة في العمل لا معين له فيه، و الوحدة قد توجب الوحشة المؤدّية إلى الترك، كما أنّ رؤية المعين على عمل موجبة للجرأة، فالشارع نهى المسلمين عن تهيئة أسباب المعصية لمن أرادها لقلع مادّة الفساد و انصراف الناس عن الإثم و العدوان.

بالنتيجة انه إلغاء الخصوصيّة عرفا تستفاد من الآية حرمة تهيئة أسباب المعصية لمن همّ بها، سواء كانت التهيئة لأجل توصّله اليها أم لا، و سواء تحقّق الإثم أم لا. و يؤيّده حكم العقل أيضا بقبحها، و لكن مع ذلك لا يخلو إلغاء الخصوصيّة و فهم العرف من الآية ما ذكرناه من تأمّل و إن لا يخلو من وجه[[340]](#footnote-340).

اقول: الظاهر انه يشترط في صدق الاعانة علی الاثم تحقق الاثم بحيث لو لم يتحقق الاثم لا يصدق عليه الاعانة علی الاثم مثل ما لو باع سيفا لاحد بداعي ان يقتل زيدا ثم بدا انه لم يقتل زيدا لا يقال عند العرف انه اعان علی قتل زيد، نعم يکون الفرد المعين متجريا في هذا الفرض فان قلنا بحرمة التجري فيکون هذا العمل حراما من باب التجري و ان لم نقل بحرمته فلا يکون حراما. و مع ذلک کله لا يخلو المسألة من اشکال.

### البحث الرابع: في الدلالة علی الحرمة

هل ان الآية الکريمة يدل علی حرمة التعاون علی الاثم ام لا؟ يعتقد المحقق الايرواني بان الآية الکريمة لا يدل علی اکثر من الحکم التنزيهي و ذلک بقرينة مقابلته للامر بالاعانة علی البر و التقوي، من الواضح ان الاعانة علی البر و التقوي ليس بالزامي بل امر مندوب، فکذلک ما يقابله من النهي عن التعاون علی الاثم.[[341]](#footnote-341)

و السيّد الامام لا يقبل هذا الرأي و يعتقد ان الآية الکريمة تدل علی حرمة الاعانة علی الاثم و يجيب عما ذکره المحقق الايرواني بانه لو سلمت في سائر الموارد قرينية بعض الفقرات علی الاخری لا تتسلم في المقام لان تناسب الحکم و الموضوع و حکم العقل و مقارنة الاثم بالعدوان الذي لا شک في حرمة الاعانة عليه کلها شواهد علی التحريم[[342]](#footnote-342).

اقول: ان ما اجاب به السيّد الامام تام لا غبار عليه اذ لا ملازمة بين کون التعاون علی البر استحبابيا و بين کون النهي عن التعاون علی الاثم تنزيهيا و الشاهد علی ذلک انه لو قيل: صم ايام السنة و لا تصم يوم العيد فهذا لا يدل علی ان النهي حکم تنزيهي بقرينة صم ايام السنة، فان الظاهر من الامر هو الحمل علی الوجوب و النهي علی الحرمة و قامت القرينة في خصوص الامر علی الاستحباب و هذا لا يوجب ان نحمل النهي علی التنزيه، خصوصا ان مقارنة النهي عن التعاون علی الاثم للنهي عن التعاون علی العدوان يويد دلالة النهي علی التحريم لا علی التنزيه لحرمة التعاون علی العدوان قطعا و لا معني لان يراد من کلمة واحدة بالنسبة الی احد متعلقيه النهي التنزيهي و بالنسبة الی الآخر النهي التحريمي.

### اشکال: معارضة الروايات الدالة علی الجواز

بعد ان وصل السيّد الامام الی حرمة الاعانة علی الاثم علی الاطلاق بالنحو الذي بيناه التفت الی ان هذا الرأي يواجه اشکالية و هي انه قد ورد روايات کثيرة تدل علی جواز بيع العنب ممن يصنعه خمرا فکيف نبرر هذه الروايات، و هي:

الکليني عن عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ × عَنْ بَيْعِ الْعَصِيرِ فَيَصِيرُ خَمْراً قَبْلَ أَنْ يُقْبَضَ الثَّمَنُ قَالَ فَقَالَ لَوْ بَاعَ ثَمَرَتَهُ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَجْعَلُهُ حَرَاماً لَمْ يَكُنْ بِذَلِكَ بَأْسٌ فَأَمَّا إِذَا كَانَ عَصِيراً فَلَا يُبَاعُ إِلَّا بِالنَّقْدِ.[[343]](#footnote-343)

 الکليني عن مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ علی بْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ ثَمَنِ الْعَصِيرِ قَبْلَ أَنْ يَغْلِيَ لِمَنْ يَبْتَاعُهُ لِيَطْبُخَهُ أَوْ يَجْعَلَهُ خَمْراً قَالَ إِذَا بِعْتَهُ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ خَمْراً وَ هُوَ حَلَالٌ فَلَا بَأْسَ.[[344]](#footnote-344)

الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ فَضَالَةَ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى قَالَ سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ × وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنْ بَيْعِ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يُخَمِّرُهُ فَقَالَ حَلَالٌ أَ لَسْنَا نَبِيعُ تَمْرَنَا لِمَنْ يَجْعَلُهُ شَرَاباً خَبِيثاً.[[345]](#footnote-345)

الکليني عن علی بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ أُذَيْنَةَ قَالَ كَتَبْتُ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × أَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ كَرْمٌ أَ يَبِيعُ الْعِنَبَ وَ التَّمْرَ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَجْعَلُهُ خَمْراً أَوْ سَكَراً فَقَالَ إِنَّمَا بَاعَهُ حَلَالًا فِي الْإِبَّانِ الَّذِي يَحِلُّ شُرْبُهُ أَوْ أَكْلُهُ فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ.[[346]](#footnote-346)

الکليني عن مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيعٍ عَنْ حَنَانٍ عَنْ أَبِي كَهْمَسٍ قَالَ سَأَلَ رَجُلٌ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الْعَصِيرِ فَقَالَ لِي كَرْمٌ وَ أَنَا أَعْصِرُهُ كُلَّ سَنَةٍ وَ أَجْعَلُهُ فِي الدِّنَانِ وَ أَبِيعُهُ قَبْلَ أَنْ يَغْلِيَ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ فَإِنْ غَلَى فَلَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ثُمَّ قَالَ هُوَ ذَا نَحْنُ نَبِيعُ تَمْرَنَا مِمَّنْ نَعْلَمُ أَنَّهُ يَصْنَعُهُ خَمْراً.[[347]](#footnote-347)

 الکليني عن [‏أبي علی الأشعري عن محمد بن عبد الجبار] عن صَفْوَانُ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ مُحَمَّدٍ الْحَلَبِيِّ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ بَيْعِ عَصِيرِ الْعِنَبِ مِمَّنْ يَجْعَلُهُ حَرَاماً فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ تَبِيعُهُ حَلَالًا فَيَجْعَلُهُ [ذَاكَ‏] حَرَاماً فَأَبْعَدَهُ اللَّهُ وَ أَسْحَقَهُ.[[348]](#footnote-348)

يجيب السيّد الامام عن هذه الاشکالية بان هذه الروايات مخالفة للکتاب و هي آية النهي عن التعاون علی الإثم و السنّة المستفيضة و هي الحاكية للعن رسول اللّه ’ الخمر و غارسها[[349]](#footnote-349).

و لا يصحّ القول بتقييد الآية و السنّة، لإباء العقول عن ذلك فإنّ الالتزام بحرمة التعاون على كلّ إثم إلّا بيع التمر و العنب الذي يشترى للتخمير، بأن يقال: إنّ الإعانة على غرسها و حرسها و حملها و غير ذلك كلّها محرّمة سوى خصوص الاشتراء له، أو الالتزام بأنّ الإعانة على كلّ إثم حرام إلّا على شرب الخمر الذي هو من أعظم المحرّمات، كما ترى.

و توهم أنّ الإعانة على الاشتراء الحرام و هو ليس من المحرّمات المهتمّ بها؛ مدفوع بأنّ المفهوم من الآية و لو بمئونة حكم العقل أنّ مطلق تهيئة أسباب الإثم منهي عنه، و البيع ممّن يعلم أنّه يبتاع للتخمير من مقدّمات التخمير بل الشرب المهتمّ به، مضافا إلى أنّه يظهر من بعض الروايات أنّ الإعانة على الإثم كنفس الإثم.

كما أنّ الالتزام بعدم حرمة الإعانة على الإثم مطلقا فرارا عن التفصيل المستبعد بل الغير الممكن، غير ممكن، إذ مقتضاه مخالفة الروايات للكتاب على‏ نحو التباين، لما تقدّم من عدم إمكان حمل النهي في الآية على التنزيه. و كذا لا يصحّ تخصيص السنّة، فإنّ لسانها آبية عنه.

فتلك الروايات بما أنّها مخالفة للكتاب و السنّة المستفيضة، و بما أنّها مخالفة لحكم العقل، و بما أنّها مخالفة لروايات النهي عن المنكر، بل بما أنّها مخالفة لأصول المذهب و مخالفة لقداسة ساحة المعصوم × حيث إنّ الظاهر منها أنّ الأئمة ^ كانوا يبيعون تمرهم ممّن يجعله خمرا و شرابا خبيثا و لم يبيعوه من غيره، و هو ممّا لا يرضى به الشيعة الإمامية، كيف! و لو صدر هذا العمل من أواسط الناس كان يعاب عليه. فالمسلم بما هو مسلم و الشيعي بما هو كذلك، يرى هذا العمل قبيحا مخالفا لرضا الشارع، فكيف يمكن صدوره من المعصوم ×!.

و احتمال أن يكون البيع مشتملا على مصلحة غالبة أو تركه على مفسدة كذلك توجب الجبران و معه لا قبح فيه بل لعلّ القبح في تركه، فاسد، فإنّه مع كمال بعده في نفسه بل بطلانه- لأنّ في مثل تلك العناوين الاعتباريّة ليست مصلحة ذاتية لا تصل اليها العقول، نعم، قد تكون في بعض الأحيان مصلحة التسهيل أو مفسدة التضييق موجبة لمثل ذلك، لكنّهما في المقام غير محقّقة، لأنّ في ترك البيع لخصوص الخمّار ليس تضييقا و لا في تسهيله مصلحة جابرة لمثل مفسدة ترويج الخمر و تشييع تلك الفاحشة- إنّه مخالف لظاهر الأخبار، فإنّ مفادها أنّ الجواز لأجل كون البيع في إبّان حليّته، و أنّه إذا حلّ شربه و أكله حلّ بيعه و أنّ الوزر على صانعه، و هو مخالف لجميع ما تقدّم من العقل و النقل.

هذا مضافا الی انّ تلك النصوص معارضة مع الرواية الواردة في المنع عن بيع الخشب للصنم و الصليب مثل ما رواه:

 مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ علی بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ ابْنِ أُذَيْنَةَ قَالَ كَتَبْتُ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × أَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ خَشَبٌ فَبَاعَهُ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ بَرَابِطَ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ وَ عَنْ رَجُلٍ لَهُ خَشَبٌ فَبَاعَهُ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ صُلْبَاناً قَالَ لَا.[[350]](#footnote-350)

 و ما رواه الکليني عن مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبَانٍ عَنْ عِيسَى الْقُمِّيِّ عَنْ عَمْرِو بْنِ جَرِيرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ التُّوتِ أَبِيعُهُ يُصْنَعْ بِهِ الصَّلِيبُ وَ الصَّنَمُ قَالَ لَا.[[351]](#footnote-351)

 مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ علی بْنِ النُّعْمَانِ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ عَبْدِ الْمُؤْمِنِ عَنْ صَابِرٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ بَيْتَهُ فَيُبَاعُ فِيهِ الْخَمْرُ قَالَ حَرَامٌ أَجْرُهُ[[352]](#footnote-352). بناء علی ان المراد من الرواية اجارة البيت ممن يعلم انه يبيع فيه الخمر. فاذن يقع التعارض بين هاتين الطائفتين من الروايات و الترجيح لتلک الروايات بالوجوه المتقدمة.

و التفصيل بين الصليب و الصنم و بين الخمر و البرابط، و العمل بمضمون الروايات في مواردها کما فعله الشيخ الانصاري بعيد بعد كون الصليب ظاهرا هو ما يصنع شبيه ما صلب به المسيح × على زعمهم، و إنّما يكرمونه لذلك و لا يعبدونه كما يعبد الصنم كما زعم.

فحينئذ فالحكم بجواز بيع العنب و الخشب ممّن يصنع الخمر و البرابط، و عدم جواز بيع الخشب ممّن يعمل الصلبان، لا يخلو من بعد، فإنّ الظاهر أنّ الخمر أشدّ حرمة من تكريم عود يتخيّل كونه تكريما للسيّد المسيح ×، بل‏ لو كان حراما لا يبعد أن يكون لوجه التشريع، أو لكونه شعار النصارى، و إن يمكن أن يقال: صيرورته شعارا لهم، أوجبت الاهتمام به و تحريم التسبيب اليه زائدا على غيره.

ثم يتذکر انه يظهر ممّا تقدّم حال ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوب‏ عن علی بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ أُذَيْنَةَ قَالَ كَتَبْتُ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × أَسْأَلُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ سَفِينَتَهُ وَ دَابَّتَهُ مِمَّنْ يَحْمِلْ فِيهَا أَوْ عليها الْخَمْرَ وَ الْخَنَازِيرَ قَالَ لَا بَأْسَ.[[353]](#footnote-353) مع احتمال أن تكون الإجارة لا لذلك و جهل المؤجر بالواقعة.[[354]](#footnote-354)

يلاحظ عليه: اولا؛ انه يستفاد من هذه الروايات ان عدم الاعانة تارة يوجب ان لا يتحقق الاثم اصلا، ففي هذا الفرض يحرم الاعانة علی الاثم لان القول بعدم الحرمة في هذا الفرض خلاف فحوي ادلة وجوب النهي عن المنکر، فان النهي عن المنکر اذا کان واجبا فبالاولوية يحرم الاعانة علی المنکر اذا کان تحقق المنکر متحققا علی اعانة هذا الفرد. و تارة عدم الاعانة لا يوجب عدم تحقق المنکر مثلا لو افترضنا ان هذا البائع لو لم يبع له العنب للخمر لاشتري من بائع آخر، ففي هذا الفرض لا يقتضي دليل لزوم النهي عن المنکر حرمة الاعانة اصلا. فعلي هذا الاساس لا بد من تقييد الآية الکريمة بخصوص ما اذا کان ايجاد المقدمة بداعي تحقق الحرام او کان ايجاد المقدمة موجبا لتحقق الحرام و لا يحرم في غير هذين الفرضين.

ثانيا؛ ان ما ذکره من عدم الفرق بين بيع الخشب لاصطناع الصنم و بين بيع الخمر لاصطناع الخمر، غير تام اذ يحتمل الفرق من جهة ان ان الصليب و الصنم شعار للکفر بخلاف بيع العنب لاصطناع الخمر فان مجرد فسق عملي و ليس شعارا للکفر فمن المحتمل ان يحرم ما يکون شعارا للکفر دون ما يکون اعانة علی مجرد فسق عملي. خصوصا انه يقوي هذا الاحتمال انا نجد في رواية واحدة ان الامام يحکم ببطلان بيع الخشب للصليب و بجواز بيع العنب للخمر.

ثالثا؛ ان ما ذکره من طرح رواية ابن اذينة لاجل معارضته لرواية صابر ايضا غير تام فان رواية صابر غير تام من حيث السند فکيف يقدم علی رواية هي اقوي منها سندا و هي معتبرة ابن اذينة.

رابعا؛ استند السيّد الامام لاثبات حرمة الاعانة علی الاثم في خصوص بائع العنب لمن يصطنعه خمرا بما يدل علی ان رسول الله لعن الخمر و غارسها و مشتريها و بائعها و...، باعتبار انه لو کان الشخص الذي يغرس الشجر للخمر ملعونا فبالاولوية ان الشخص الذي يبيع العنب لاصطناع الخمر يکون ملعونا، يلاحظ عليه، ان غارس الخمر يصدق علی من يغرس الشجر لاجل استحصال الخمر من الشجر و لا يصدق بائع الخمر علی من يبيع العنب في الاسواق لا لاجل استحصال الخمر بل لاستحصال النقود و ان کان يعلم انه يصطنع منه الخمر، و لا يتعدي الی کل من يغرس الشجر و يعلم انه يستحصل منه الخمر.

### النتيجة النهائية

من المباحث السالفة ننتهي الی النتائج التالیة:

الاولي: ان الآية الکريمة تفيد حرمة الاعانة علی الاثم و لکن قد استثني منها موارد و جوز ارتکاب الفعل و ان کان يعد من مصاديق الاعانة علی الاثم مثلا ما اذا باع العنب لمن يصطنع الخمر و لا يتعدي منها الی الموارد المشابهة الا مما يلغي العرف عنه الخصوصية بينها و بين الموارد المنصوصة. فلا يتعدي عن الموارد الجائزة الی المعاصي الموبقة کالزنا مثلا.

الثانية: ان الموارد التي استثني من حرمة الاعانة علی الاثم موردها يختص بما اذا کان ذلک العمل من المقدمات البعيدة لارتکاب الحرام و لا يرتکب المعين بقصد الاعانة علی الحرام، و الا لکان ذلک حراما. مثلا ان بيع العنب لمن يصطنعه خمرا ان کان بداعي اصطناع الخمر فهو حرام لا يشمل الادلة المجوزة هذا الفرض، و کذلک ما اذا کان العمل من المقدمات القريبة للحرام.

الثالثة: ان الادلة التي تدل علی جواز الاعانة في بعض الموارد هذه الادلة باطلاقها يشمل فرض انحصار السبب لارتکاب الحرام، لکن فحوي دليل وجوب النهي المنکر مخصص لهذا الاطلاق لان الشارع الذي اوجب النهي عن المنکر و شدّد علی التارکين عن النهي عن المنکر کيف يجوّز ايصال الغير الی المنکر، فان فحوي دليل وجوب النهي عن المنکر بالاولوية ينهي عن ايصال الغير الی المنکر، نعم في فرض عدم انحصار السبب لا يدل علی ذلک.

الرابعة: ان المصاديق المحرمة للاعانة علی الاثم هي ما يلي:

الاول: الاعانة علی الاثم بقصد صدور الاثم.

الثاني: الاعانة علی المقدمات القريبة في فرض انحصار السبب.

الثاني: الاعانة علی الاثم في المعاصي الموبقة کالزنا.

الرابع: ايجاد مقدمات توليد الخمر؛ و يدل علی ذلک عدة من الروايات:

 مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوب عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عُلْوَانَ عَنْ عَمْرِو بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ علی عَنْ آبَائِهِ ^ قَالَ لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ’ الْخَمْرَ وَ عَاصِرَهَا وَ مُعْتَصِرَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ آكِلَ ثَمَنِهَا وَ شَارِبَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ اليه.[[355]](#footnote-355)

 مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوب عَنْ أَبِي علی الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ النَّضْرِ عَنْ عَمْرِو بْنِ شِمْرٍ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ’ فِي الْخَمْرِ عَشَرَةً غَارِسَهَا وَ حَارِسَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ اليه وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ آكِلَ ثَمَنِهَا[[356]](#footnote-356).

 مُحَمَّدُ بْنُ علی بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ شُعَيْبِ بْنِ وَاقِدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ زَيْدٍ عَنِ الصَّادِقِ عَنْ آبَائِهِ ^ فِي حَدِيثِ الْمَنَاهِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ’ نَهَى أَنْ يُشْتَرَى الْخَمْرُ وَ أَنْ يُسْقَى الْخَمْرُ وَ قَالَ لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ وَ غَارِسَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ آكِلَ ثَمَنِهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ اليه[[357]](#footnote-357).

يمکن ان يقال: ان سند هذه الروايات ضعيفة، لکنا نقول: ان هذه الروايات مع کثرتها و هي ثلاث روايات مع عدم وجود الداعي علی جعلها يوجب الوثوق علی حرمة مقدمات ايجاد الخمر.

الخامس: الاعانة علی الربا، يدل علی ذلک ما رواه:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ علی بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ × آكِلُ الرِّبَا وَ مُؤْكِلُهُ‏ وَ كَاتِبُهُ وَ شَاهِدَاهُ فِيهِ سَوَاءٌ.[[358]](#footnote-358)

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عُلْوَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ علی عَنْ آبَائِهِ عَنْ علی × قَالَ لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ’ الرِّبَا وَ آكِلَهُ وَ بَائِعَهُ وَ مُشْتَرِيَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدَيْه.[[359]](#footnote-359)

مُحَمَّدُ بْنُ علی بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ شُعَيْبِ بْنِ وَاقِدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ زَيْدٍ عَنِ الصَّادِقِ عَنْ آبَائِهِ ^ فِي مَنَاهِي النَّبِيِّ ’ أَنَّهُ نَهَى عَنْ أَكْلِ الرِّبَا وَ شَهَادَةِ الزُّورِ وَ كِتَابَةِ الرِّبَا وَ قَالَ إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا وَ مُؤْكِلَهُ وَ كَاتِبَهُ وَ شَاهِدَيْهِ.[[360]](#footnote-360)

السادس: معونة الظالمين، يدل علی ذلک ما رواه:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى وَ عَنْ علی بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مَالِكِ بْنِ عَطِيَّةَ عَنْ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ علی بْنِ الْحُسَيْنِ × فِي حَدِيثٍ قَالَ إِيَّاكُمْ وَ صُحْبَةَ الْعَاصِينَ وَ مَعُونَةَ الظَّالِمِينَ.[[361]](#footnote-361)

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ‏ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ الْعَامِلُ بِالظُّلْمِ وَ الْمُعِينُ لَهُ وَ الرَّاضِي بِهِ شُرَكَاءُ ثَلَاثَتُهُمْ.[[362]](#footnote-362)

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ علی بْنِ أَسْبَاطٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُذَافِرٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ قَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ × يَا عُذَافِرُ نُبِّئْتُ أَنَّكَ تُعَامِلُ أَبَا أَيُّوبَ وَ الرَّبِيعَ فَمَا حَالُكَ إِذَا نُودِيَ بِكَ فِي أَعْوَانِ الظَّلَمَةِ قَالَ فَوَجَمَ أَبِي فَقَالَ لَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ × لَمَّا رَأَى مَا أَصَابَهُ أَيْ عُذَافِرُ إِنِّي إِنَّمَا خَوَّفْتُكَ بِمَا خَوَّفَنِي اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ بِهِ قَالَ مُحَمَّدٌ فَقَدِمَ أَبِي فَمَا زَالَ مَغْمُوماً مَكْرُوباً حَتَّى مَاتَ.[[363]](#footnote-363)

عن علی بن ابراهيم عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ بَشِيرٍ عَنِ ابْنِ أَبِي يَعْفُورٍ قَالَ كُنْتُ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × إِذْ دَخَلَ عليه رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِنَا فَقَالَ لَهُ جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّهُ رُبَّمَا أَصَابَ الرَّجُلَ مِنَّا الضِّيقُ أَوِ الشِّدَّةُ فَيُدْعَى إِلَى الْبِنَاءِ يَبْنِيهِ أَوِ النَّهَرِ يَكْرِيهِ أَوِ الْمُسَنَّاةِ يُصْلِحُهَا فَمَا تَقُولُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع مَا أُحِبُّ أَنِّي عَقَدْتُ لَهُمْ عُقْدَةً أَوْ وَكَيْتُ لَهُمْ وِكَاءً وَ إِنَّ لِي مَا بَيْنَ لَابَتَيْهَا لَا وَ لَا مَدَّةً بِقَلَمٍ إِنَّ أَعْوَانَ الظَّلَمَةِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فِي سُرَادِقٍ مِنْ نَارٍ حَتَّى يَحْكُمَ اللَّهُ بَيْنَ الْعِبَادِ.[[364]](#footnote-364)

مُحَمَّدُ بْنُ علی بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ شُعَيْبِ بْنِ وَاقِدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ زَيْدٍ عَنِ الصَّادِقِ عَنْ آبَائِهِ ^ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ’ فِي حَدِيثِ الْمَنَاهِي قَالَ أَلَا وَ مَنْ عَلَّقَ سَوْطاً بَيْنَ يَدَيْ سُلْطَانٍ جَعَلَ اللَّهُ ذَلِكَ السَّوْطَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ثُعْبَاناً مِنَ النَّارِ طُولُهُ سَبْعُونَ ذِرَاعاً يُسَلِّطُهُ اللَّهُ عليه فِي نَارِ جَهَنَّمَ وَ بِئْسَ الْمَصِيرُ.[[365]](#footnote-365)

وَ فِي عِقَابِ الْأَعْمَالِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ عَنِ‏ الصَّفَّارِ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مَعْرُوفٍ عَنِ ابْنِ الْمُغِيرَةِ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ آبَائِهِ ^ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص إِذَا كَانَ يَوْمُ الْقِيَامَةِ نَادَى مُنَادٍ أَيْنَ أَعْوَانُ الظَّلَمَةِ وَ مَنْ لَاقَ لَهُمْ دَوَاةً أَوْ رَبَطَ كِيساً أَوْ مَدَّ لَهُمْ مَدَّةَ قَلَمٍ فَاحْشُرُوهُمْ مَعَهُمْ.[[366]](#footnote-366)

السابع: بيع السلاح لاعداء الدين، يدل علی ذلک ما رواه:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ علی بْنِ الْحَكَمِ عَنْ سَيْفِ بْنِ عَمِيرَةَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الْحَضْرَمِيِّ قَالَ دَخَلْنَا عَلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ’ فَقَالَ لَهُ حَكَمٌ السَّرَّاجُ مَا تَقُولُ فِيمَنْ يَحْمِلُ إِلَى الشَّامِ السُّرُوجَ وَ أَدَاتَهَا فَقَالَ لَا بَأْسَ أَنْتُمُ الیوْمَ بِمَنْزِلَةِ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ’ إِنَّكُمْ فِي هُدْنَةٍ فَإِذَا كَانَتِ الْمُبَايَنَةُ حَرُمَ علیكُمْ أَنْ تَحْمِلُوا اليهمُ السُّرُوجَ وَ السِّلَاحَ.[[367]](#footnote-367)

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ علی بْنِ الْحَسَنِ بْنِ رِبَاطٍ عَنْ أَبِي سَارَةَ عَنْ هِنْدٍ السَّرَّاجِ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ × أَصْلَحَكَ اللَّهُ إِنِّي كُنْتُ أَحْمِلُ السِّلَاحَ إِلَى أَهْلِ الشَّامِ فَأَبِيعُهُ مِنْهُمْ فَلَمَّا عَرَّفَنِي اللَّهُ هَذَا الْأَمْرَ ضِقْتُ بِذَلِكَ وَ قُلْتُ لَا أَحْمِلُ إِلَى أَعْدَاءِ اللَّهِ فَقَالَ لِيَ احْمِلْ اليهمْ فَإِنَّ اللَّهَ يَدْفَعُ بِهِمْ عَدُوَّنَا وَ عَدُوَّكُمْ يَعْنِي الرُّومَ وَ بِعْهُ فَإِذَا كَانَتِ الْحَرْبُ بَيْنَنَا فَلَا تَحْمِلُوا فَمَنْ حَمَلَ إِلَى عَدُوِّنَا سِلَاحاً يَسْتَعِينُونَ بِهِ علینَا فَهُوَ مُشْرِكٌ.[[368]](#footnote-368)

### المقام الثاني: الحرمة الوضعية عند عدم مشروعية الباعث

سواء قلنا بان الاعانة علی الاثم حرام باطلاقه کما عليه المشهور او قلنا بان الاعانة علی الاثم حرام في الجملة، يقع هذا التساؤل انه لو وقع معاملة و هو من مصاديق الاعانة علی الاثم المحرم او من مصاديق الاعانة علی الظلم، هل يحرم المعاملة وضعا ام لا؟

ذکر السيّد الامام ان المعاملة ان کانت معاطاتية فهي و ان کانت محرمة لکونها اعانة علی الحرام، لکن النهي لم يتعلق بعنوان المعاملة لا يوجب الفساد و انما تعلق بعنوان آخر و هو اما عنوان حکم العقل بقبح تهيئة اسباب المحرم و اما عنوان وجوب دفع المنکر او حکم الشرع بوجوب دفعه او حرمة التعاون عليه، و هذه العناوين طبقت علی المعاملة الخارجية، و هذا لا يقتضي الفساد لأنّ تنفيذ الشارع وقع على عنوان البيع و نحوه و هو ليس بمبغوض، و انطباق عنوان آخر علی هذا العنوان لا يوجب مبغوضية هذا العنوان و هو عنوان البيع.

و ان کانت بالعقد اللفظي فبعد وقوع العقد يقع التزاحم بين حرمة التعاون علی الاثم و بين دليل وجوب تسليم المثمن.

فإن قلنا بترجيح الثاني وجب التسليم و عوقب على الإعانة على الإثم سواء قلنا ببقاء الحکم في المتزاحمين علی ما هما عليه من الفعلية –کما هو مبني المختار للسيد الامام- او قلنا بسقوط النهي، اذ ان اسقاط المولی للنهي هنا انما هو علی اساس اضطراره الی ذلک بسوء اختيار العبد و الاضطرار الناشي من سوء الاختيار لا ينافي الاختيار.

و إن قلنا بترجيح الأوّل فلا يجوز التسليم، فحينئذ ربّما يقال: إنّ المعاوضة لدى العقلاء متقوّمة بإمكان التسليم و التسلّم، و مع تعذّره شرعا أو عقلا لا تقع المعاوضة صحيحة، ففي المقام يكون تسليم المبيع متعذّرا شرعا لعدم جوازه فرضا و عدم جواز إلزامه عليه لا من قبل المشتري و لا الوالی، و مع عدم تسليمه يجوز للمشتري عدم تسليم الثمن، و المعاوضة التي هو حالها ليست عقلائيّة و لا شرعيّة فتقع باطلة.

يجيب عن ذلک: اولا؛ أنّ ما يضرّ بصحّة المعاملة هو العجز التکويني عن التسليم أو نهي الشارع عن تسليم المبيع بعنوانه حيث يستفاد منه ردع المعاوضة، و المقام ليس من قبيلهما، لعدم العجز تكوينا، و عدم تعلّق النهي عن تسليم المبيع بعنوانه، بل النهي عن الإعانة على الإثم صار موجبا لعدم التسليم.

ثانيا؛ ان البائع قادر علی التسليم و غير ممتنع عنه غاية ما هناک ان تسليمه مشروط بعدول المشتري عن قصد التخمير مثلا فنکول البائع انما هو بتقصير من المشتري و تسبيب منه و في مثله لا يکون النکول منافيا لمقتضي المبادلة بل يجب عليه تسليم الثمن و لا يجوز له النكول في مقابل نكوله المسبّب عن تقصيره.[[369]](#footnote-369)

### الملاحظات علی ما ذکره السيّد الامام

الاولي: ذکر السيّد الامام ان بيع العنب ممن يصنعه خمرا ان کان علی نحو المعاطاة يعني علی نحو تسليم المبيع، فهو حرام، و لکنه لا يقتضي الفساد لانه حرام بعنوان الاعانة علی الاثم لا بعنوان المعاملة.

لکنه يمکن ان يقال: ان التسليم لو تعلق به النهي و لو بعنوان آخر فهو يوجب الفساد و ذلک لما يوجد من الملازمة العرفية بين النهي عن التسليم و فساد البيع، باعتبار ان الشارع لا يريد ان يقع اسباب الجرم في يد المجرم فيحرمه تکليفا و وضعا حتی يسد باب الجرم من اساسه. هذه الشبهة و ان کانت قوية لکنها قابلة للجواب في المقام لان الشارع و ان حرم الاعانة علی الاثم و لکن يمکن ان لا يکون البيع باطلا.

الثانية: ذکر السيّد الامام انه في فرض البيع اللفظي و تقديم جانب الحرمة يکون البيع صحيحا و لکن لا يجوز للبائع تسليم المبيع للمشتري و يحق له ان يأخذ الثمن من المشتري.

يناقش فيه: ان ما ذکره من اخذ الثمن من المشتري فهو خلاف المرتکز عند العرف العقلائي، اذ لو سلمنا ان البائع ممنوع من التسليم و ليس للمشتري ان يجبر البائع علی اعطاء المبيع، لکن ليس من الصحيح ان نقول: بان للبائع ان يجبر المشتري علی دفع الثمن فان الثمن في قبال المبيع و حيث انه منع من المبيع فله ان يمنع عن الثمن.

و لا يستفاد ذلک من الادلة الشرعية لا من احل الله البيع و لا من اوفوا بالعقود، لان مفاد احل الله البيع حلية البيع مع توابعه، و اوفوا بالعقود يدل علی لزوم الوفاء بالعقد و اذا لم يف احد الطرفين فلا ملزم علی الطرف الآخر.

نعم يمکن استيناس جواز اخذ الثمن من قوله تعالی: و لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض منکم، لانه يجوز اکل الثمن مع التراضي و في هذا العقد قد وقع التراضي علی ذلک، لکن الارتکاز العقلائي مما يصلح القرينة علی تقييد هذا الاطلاق لانهم يجدون التنافي بين المنع من التسليم للمبيع و الاجبار علی دفع الثمن.

الثالثة: ذکر السيّد الامام انه يوجد تزاحم بين حرمة الاعانة علی الظلم و وجوب التسليم، يلاحظ عليه؛ انه لا يوجد دليل لفظي يقتضي اطلاقه وجوب التسليم، و انما يکون وجوب التسليم من باب الاحترام لحقوق الناس، و هذا يعد من شرطکم في لسان الروايات، و من الواضح ان هذا الاحترام و الاشتراط يصح في مورد لا يعارض شرط الله سبحانه و الا فيکون شرط الله قبل شرطکم.

بعبارة ان دليل وجوب الاحترام منصرف عن الموارد تکون علی خلاف الاحکام الشرعية او يوجب ازالة الدين، اذ لا معني لان يستفاد من الشريعة الالهية حکمان متزاحمان احدهما يدل علی وجوب دفع مال الغير و الآخر يدل علی حرمة الاعانة علی الاثم، من الواضح انه في هذا الفرض ان الروايات تجوّز امساک مال الغير من باب دفع النهي عن المنکر، فيجوز امساک السلاح فلا يتزاحم وجوب دفع السلاح الی الغير مع دليل حرمة الاعانة علی الظلم، بالنتيجة انه علی فرض صحة البيع لا دليل علی وجوب تسليم هذا المال الی من يرتکب المنکر و يکون دليل حرمة الاعانة بلا معارض.

الرابعة: ان لنا اشکالا مبنائيا علی السيّد الامام و هو انه لا يوجد تزاحم في فعل واحد، بيانه ان السيّد الامام يعتقد انه لا يشترط في التزاحم ان يکون متعلق الحکمين فعلين مختلفين، بل حتی لو کان فعل واحد امکن التزاحم، لکنا نعتقد انه يشترط في التزاحم ان يکون متعلق الحکمين فعلين مختلفين مثل انقاذ الغريق و الغصب و اما الفعل الواحد اذا کان حراما بعنوان و واجبا بعنوان آخر لا يکون من باب التزاحم بل من التعارض فان الجعلین بالنسبة الی فعل واحد يکونان متنافيين اذ لا يمکن ان يکون تسليم واحد حراما و واجبا، و علی هذا الاساس ان متعلق الحکمين في المقام فعل واحد و هو البيع فلا بد ان يعد المقام من باب التعارض لا من باب التزاحم.

### الادلة علی بطلان المعاملة

الی هنا تبين انه حسب القواعد العامة للاصول لو وقع المعاملة من مصاديق حرمة الاعانة علی الاثم فهو لا يقتضي الفساد سواء کانت المعاملة علی نحو المعاطاة او بالعقد اللفظي، حاول السيّد الامام ان يستدل علی حرمة مثل المعاملات بادلة اخری في المقام و استدل لذلک بوجوه ثلاثة:

### الوجه الاول: رواية تحف العقول

روي ابن شعبة الحرّاني في کتابه عن الصادق ×: وَ أَمَّا وُجُوهُ الْحَرَامِ مِنَ الْبَيْعِ وَ الشِّرَاءِ فَكُلُّ أَمْرٍ يَكُونُ فِيهِ الْفَسَادُ –الی ان يصل و يقول: وَ كَذَلِكَ كُلُّ بَيْعٍ (مبيع ظ) مَلْهُوٍّ بِهِ وَ كُلُّ مَنْهِيٍّ عَنْهُ مِمَّا يُتَقَرَّبُ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ أَوْ يَقْوَى بِهِ الْكُفْرُ وَ الشِّرْكُ مِنْ جَمِيعِ وُجُوهِ الْمَعَاصِي أَوْ بَابٌ مِنَ الْأَبْوَابِ يَقْوَى بِهِ بَابٌ مِنْ أَبْوَابِ الضَّلَالَةِ أَوْ بَابٌ مِنْ أَبْوَابِ الْبَاطِلِ أَوْ بَابٌ يُوهَنُ بِهِ الْحَقُّ فَهُوَ حَرَامٌ مُحَرَّمٌ حَرَامٌ بَيْعُهُ وَ شِرَاؤُهُ وَ إِمْسَاكُهُ وَ مِلْكُهُ وَ هِبَتُهُ وَ عَارِيَّتُهُ وَ جَمِيعُ التَّقَلُّبِ فِيهِ إِلَّا فِي حَالٍ تَدْعُو الضَّرُورَةُ فِيهِ إِلَى ذَلِك‏.[[370]](#footnote-370)

بتقريب ان قوله: او باب من ابواب الباطل يشمل مطلق المعاصي و ما يجعل مقدمة لمعصية ما و من الواضح بيع العنب ممن يجعله خمرا من مصاديق باب من ابواب الباطل فيکون المعاملة باطلة بنص الرواية.

هنا يقع هذا التساؤل انه کيف يکون المراد منه مطلق المعاصي و ما يجعل مقدمة لمعصية ما؟ يستشهد السيّد الامام بوجوه لاثبات ذلک: احدها؛ انه من الناحية اللغوية يطلق الباطل علی مطلق المعاصي. ثانيها: وقوعه في مقابل باب من ابواب الضلالة او باب يوهن به الحق و ذلک لان المقصود من باب من ابواب الضلالة ما يوجب ضلال الناس کبيع کتب الضلال بل و بيع القرطاس و نشره و المقصود من باب يوهن به الحق ما يوجب وهن الاسلام کبيع السلاح من المحاربين و بيع العنب ممن يجعله خمرا و يبيعه علنا في شوارع المسلمين او جنب المشاهد المعظمة و نحو ذلک مما يوجب وهن الاسلام، اما مثل بيع العنب ممن يصنعه خمرا و يستفيد منه شخصيا مثلا فهو غير داخل في احد هذين البابين فليکن داخلا في باب من ابواب الباطل. هذا و من جانب آخر ان باب من ابواب الباطل لو اريد تخصيصه بابواب الضلالة او ابواب وهن الحق لکان تکرارا لاحدي الفقرتين الاخریين و لکن لو فسر بمعني مطلق ابواب المعاصي فليس تکرارا لهما و يشمل مثل بيع العنب. ثالثها؛ انه اطلق علی کثير من المعاصي کالقمار و الشطرنج و السماع و نحوها، روي الکليني عن عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَاصِمٍ عَنْ علی بْنِ إِسْمَاعِيلَ الْمِيثَمِيِّ عَنْ رِبْعِيِّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْفُضَيْلِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ × عَنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي يَلْعَبُ بِهَا النَّاسُ النَّرْدِ وَ الشِّطْرَنْجِ حَتَّى انْتَهَيْتُ إِلَى السُّدَّرِ فَقَالَ إِذَا مَيَّزَ اللَّهُ بَيْنَ الْحَقِّ وَ الْبَاطِلِ فِي أَيِّهِمَا يَكُونُ قُلْتُ مَعَ الْبَاطِلِ قَالَ فَمَا لَكَ وَ لِلْبَاطِلِ.[[371]](#footnote-371) بالنتيجة ان هذا النص يدل بوضوح علی بطلان هذا القسم من البيع و الشراء.

### اشکال السيّد الامام علی الدليل

يجيب الامام عن هذا الاستدلال: بان هذا الدليل و ان کان من الناحية الدلالیة تام لکنه لا يعتمد عليه لضعف سند روايات تحف العقول باعتبار ان المؤلف لا يذکر اسناد الروايات في هذا الکتاب[[372]](#footnote-372).

### الجواب عن الاشکال السندي

حاول جملة من تلاميذ السيّد الامام ان يصحح الروايات الواردة في هذا الکتاب، باحد طريقين:

### الطريق الاول: توثيق الروايات الجزمية

ذکر الشيخ الفاضل اللنکراني ان سند هذا الکتاب و ان کان مرسلا لکن الارسال علی قسمين: قسم يسند الراوي المرسل کالصدوق الرواية الی شخص الامام کما نلاحظه في عدة مراسيله، و قسم يسنده الی الرواية و الحکاية کقوله: روي عن الامام الباقر او الصادق کذا و کذا، و لا يبعد القول بحجية المرسلة بالنحو الاول، لانه بمنزلة توثيق مثل الصدوق جميع الوسائط بينه و بين الامام و هو لا يقصر عن توثيق مثل الکشي و النجاشي، و رواية تحف العقول من هذا القبيل، خصوصا مع ان مصنفه ابو محمد الحسن بن علی بن الحسين بن شعبة الحراني او الحلبي کان رجلا وجيها فاضلا جليل القدر رفيع الشأن و المنزلة، و قد صرح الاعلام کصاحب الذريعة و صاحب تأسيس علوم الشيعة علی جلالة قدر هذا الکتاب، و مع هذه الخصوصية کيف يمکن رفع الید عن هذا الکتاب و الاعراض عن رواياته؟! خصوصا مع قوله في مقدمته: و اسقطت الاسانيد تخفيفا و ايجازا و ان کان اکثره لي سماعا.[[373]](#footnote-373)

### الطريق الثاني: تصريح المؤلف بوثاقة روات الکتاب

ذکر الشيخ المؤمن بان سند روايات هذا الکتاب و ان کان مرسلا انه مع ذلک يمکن اثبات اعتباره و ذلک لانه لا ريب ان مؤلف الکتاب ثقة معتمد عليه فقد وصفه صاحب الوسائل في الفائدة الرابعة من خاتمة کتابه بالشيخ الصدوق و له ترجمة في رياض العلماء و روضات الجنات و امل الآمل و تنقيح المقال و غيرها و وصف بانه عالم فاضل فقيه محدث جليل و انه عاصر الشيخ الصدوق و توفي سنة 381 و عن الذريعة يروي هو عن ابي علی محمد بن همام البغدادي الثقة الجليل القدر الذي توفي في سنة 336 و يروي عنه الشيخ المفيد، فالمؤلف من فقهائنا المحدثين ثقة جليل القدر.

و قد قال المحدث الحر العاملي –کما عن امل الآمل- ان کتابه تحف العقول حسن کثير الفوائد مشهور. و کما عن صاحب الروضات ان کتابه تحف العقول معتمد عليه عند الاصحاب. و کما عن الکني و الالقاب للمحدث القمي عن الشيخ الجليل العارف الرباني الشيخ حسين بن صادق البحراني في رسالته في الاخلاق و السلوک الی الله: ان شيخنا المفيد ينقل عن هذا الکتاب و هو کتاب لم يسمح الدهر بمثله. فکتابه التحف ايضا معروف معتمد عليه عند الاصحاب.

فهذا العالم الثقة الجليل القدر قال في مقدمة کتابه هذا بشأن ما في الکتاب مقالا يدل علی ان رواياته و ان کانت مرسلة الا انها مع ذلک قد رواها الثقات. فقال في مقدمة الکتاب بعد بيان الحاجة الی کتاب يشتمل علی مواعظ شافية ترغب في ما يبقي و تزهد عما يفني و انه لم ينته اليه من علماء الشيعة کتاب بهذا الشأن و لذلک جمع ما في هذا الکتاب فبعد ذلک قال ما نصه:

و أسقطت الأسانيد تخفيفا و إيجازا و إن كان أكثره لي سماعا و لأن أكثره آداب و حكم تشهد لأنفسها –الی ان يقول- فتأملوا معاشر شيعة المؤمنين ما قالته أئمتكم ^ و ندبوا اليه و حضّوا عليه و انظروا اليه بعيون قلوبكم و اسمعوه بآذانها و عوه بما وهبه الله لكم و احتج به علیكم من العقول السليمة و الأفهام الصحيحة و لا تكونوا كأندادكم الذين يسمعون الحجج اللازمة و الحكم البالغة صفحا و ينظرون فيها تصفحا و يستجيدونها قولا و يعجبون بها لفظا فهم بالموعظة لا ينتفعون و لا فيما رغبوا يرغبون و لا عما حذروا ينزجرون فالحجة لهم لازمة و الحسرة عليهم دائمة بل خذوا ما ورد الیكم عمن فرض الله طاعته علیكم و تلقوا ما نقله الثقات عن السادات بالسمع و الطاعة و الانتهاء اليه و العمل به و كونوا من التقصير مشفقين و بالعجز مقرين. و اجتهدوا في طلب ما لم تعلموا و اعملوا بما تعلمون ليوافق قولكم فعلكم فبعلومهم النجاة و بها الحياة.[[374]](#footnote-374)

و تري انه يصرح ان هذه الروايات کانت عنده مسندة بل اکثرها کان له بها سماع و اسقط اسانيدها ايجازا، و بالاخير امر معاشر الشيعة في مقام الترغيب بالعمل بما في الکتاب بقوله: «و تلقوا ما نقله الثقات عن السادات بالسمع و الطاعة» فقد وصف ما ارسله في کتابه هذا من الروايات بانه نقله الثقات عن السادات و هو شهادة واضحة منه بان روات هذه الاحاديث ثقات و هي شهادة اجمالية بان الروات معتبرة في نقلهم لها، فلا محالة يکون مراسل الکتاب معتبرة السند.[[375]](#footnote-375)

### الملاحظات علی هذا الدليل

الاولي: الملاحظة السندية

قد ذکر لتصحيح روايات تحف العقول طريقان و باعتقادنا کلاهما غير تام، اما ما ذکره الشيخ الفاضل فيرد عليه اولا: اننا ما احرزنا ان المؤلف عند ما يقول: قال الصادق هو بصدد الاسناد الجزمي الی الامام و بهذا يحاول ان يتکفل تصحيح اسناد الرواية بکامله بخلاف ما اذا قال: روي عن الصادق، فهو لم يتکفل وضع حال الروات بل اوکل الامر الی القاري ان يتبين عن حال الروات، ليس الامر کذلک فان کليهما تعبير عرفي سيان لا يختلفان و لا يفيد وثاقة الروات، مثل ما اذا قال الخطيب في منابره قال الصادق فهو لا يريد ان يقول: اني حققت اسانيد هذه الرواية بل اذا وجده في کتاب اسند الرواية الی الامام يقول: قال الصادق و قد يعبر روي عن الصادق فاذن هذه التعابير لا يدل علی توثيق الروات اصلا.

مضافا الی اننا لو سلمنا ان هذه التعابير تفيد اطمئنان المؤلف بهذه الروايات التي اسندها بالجزم و البت الی الامام فهذا مجرد اطمئنان له و هذا لا يوجب حجية مثل هذه الروايات لغيره لعدم البناء العقلائي علی حجية ما اطمئن به شخص بالنسبة الی شخص آخر.

اما الطريق الثاني فايضا غير تام و لا يصح الاستشهاد بما ذکره في مقدمة الکتاب لاثبات تصحيح روايات هذا الکتاب، و ذلک اولا: لان سياق العبارة تفيد بوضوح انه عند ما يقول: يا معاشر شيعة المؤمنين، هو بصدد وعظ کلي و ليس بصدد افادة توثيق روايات هذا الکتاب.

ثانيا: علی فرض انه يفيد توثيق روايات الکتاب لا يفيد اکثر من توثيق مشائخه و لا يفيد توثيق جميع الروات لان الظاهر من الثقات يعني من مشائخنا الثقات.

 ثالثا: علی فرض ان المصنف ان المصنف يعتقد ان هذه الروايات کلام المعصوم لکن لا يعتبر نظره لنا.

### الثانية: الملاحظة المتنية

يرد عليه: ان هذا المقطع لا يوجد في بعض النسخ و لذلک نجد انه لا ينقله الشيخ و لا الحر العاملي، و انما جاء في تحف العقول بايدينا الیوم و کذلک ورد في البحار، و لذلک لا نقطع بوجود هذا المقطع في الرواية، فلا يصح الاستناد اليه.

### الثالثة: الملاحظة الدلالية

لو سلمنا تمامية السند و المتن لکن مع ذلک کله لا يدل الرواية علی المطلوب فان عنوان کون المبيع بحيث يقوي به باب من ابواب الباطل بما له من الشدّة انه حرام محرّم حرام بيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه، لا يصدق علی مثل بيع العنب للخمر.

### الوجه الثاني: الملازمة بين الحرمة التکليفية و الوضعية

بناء علی حرمة الاعانة علی الاثم يحرم المعاملات التي تعد من مصاديق الاعانة علی الاثم فيکون حراما تکليفا، و العرف يقول بالملازمة بين حرمة المعاملة و بين بطلانها لانه يری التنافي بين تحريم المعاملة و مبغوضيتها و بين تنفيذها و ايجاب الوفاء بها.[[376]](#footnote-376)

يلاحظ عليه: بانه لا ملازمة عرفية بين الحرمة المعاملة تکليفا و بطلانها وضعا، الا فيما اذا کان النهي متعلقا بنفس العقد، و المقام قد تعلق النهي بعنوان آخر و هو حرمة الاعانة علی الاثم و مثل ذلک لا يقتضي الفساد.

### الدليل الثالث: روايات لعن غارس الخمر

مما يستدل به علی بطلان البيع في خصوص بيع العنب ممن يصنطعه خمرا، هي الروايات المستفيضة الدالة علی لعن بائع الخمر و شرائها، فانها تدل اما مباشرة علی تحريم بيع العنب ممن يصنعه خمرا بنکتة ان العرف يفهم منها مبغوضية البيع ممن يعلم انه يصنعه خمرا، و لا اقل من دلالتها علی حرمة شراء العنب بقصد التخمير، فلئن کان يحرم الغرس مثلا بقصد التخمير فکيف لا يحرم الشراء بقصد التخمير؟! و هذا التحريم سواء کان متعلقا بالبيع او متعلقا بالشراء يدل علی الفساد، لان العرف يستبعد تنفيذ البيع مع مبغوضية الاشتراء او البيع بعنوانه، و بناء علی ان متعلق التحريم هو الشراء يکون الشراء فاسدا و اذا فسد الشراء فسد البيع لعدم امکان التفکيک بيع الشراء و البيع.

لا يقال: ان التحريم دليل على الصحّة، لانّ المبغوض هو المعاملة العقلائيّة الرائجة بينهم من بيع الخمر و العنب للتخمير و أمثالهما، و مع مبغوضيّته لا محالة يتصدّى الشارع لدفعه في عالم التشريع و هو ملازم لردعه، سيّما أنّ الردع موجب لتقليل مادّة الفساد، و التنفيذ موجب لتكثيرها، لأنّ كثيرا من الناس يرتكبون بعض المعاصي و يتنزّهون عن أكل مال الغير بغير حقّ و اشتغال ذمّتهم به.

لا يقال: انه لا فرق بين هذا القسم و ما تقدم من تصحيح المعاملة فيما اذا انطبق علی المعاملة عنوان محرم، لان الفرق واضح لان النهي في هذا المورد تعلق بنفس عنوان البيع او الشراء و هو يقتضي الفساد بخلاف ما تقدم من انطباق عنوان آخر علی المعاملة و هو لا يوجب الفساد.[[377]](#footnote-377)

يلاحظ عليه: اولا؛ ان روايات النهي عن شراء الخمر و بيعها، لا يقتضي الحرمة الوضعية في مثل بيع العنب لمن يصطنعه خمرا. ثانيا؛ علی فرض اقتضائها الفساد، لا يمکن التعميم علی مطلق مصاديق ما يکون من مصاديق الاعانة علی الاثم، بل يختص بخصوص ما يرتبط بالخمر بنحو.

الی هنا اتضح عدم دلالة النهي عن الاعانة علی الاثم علی الفساد و قد مر عدم تمامية الادلة علی ذلک و هي رواية تحف العقول، و الملازمة العرفية بين الحرمة التکليفية و الوضعية و روايات بيع العنب.

### فروع

### الفرع الاول: اشتراط الحرام

الی هنا بحثنا عما اذا کان الداعي للفرد في معاملاته ارتکاب الحرام او کان يعلم البائع مثلا ان المشتري يصرفه في الحرام، هل انه حرام تکليفا ام لا؟ و علی فرض حرمته هل يکون باطلا ام لا، فاتضح اننا قد بحثنا الی هنا عن فرضين: احدهما ما اذا کان الداعي للفرد هو ارتکاب الحرام، و الآخر ما اذا کان يعلم انه يصرف المتاع في امر محرم، قد بقي فرضان آخران: احدهما: ما اذا اشترط البائع ان يصرف المال في الحرام. و الآخر ما اذا لم يعلم البائع انه يصرف المال في الحرام، و في هذا الفرع نريد ان نبحث عما لو اشترط في البيع ان يصرف المال في امر محرم هل ان هذا البيع فاسد ام لا؟ في المسألة اقوال:

### الاول: بطلان المعاملة

ذکر السيّد الحکيم في منهاجه: يحرم و لا يصح بيع العنب أو التمر ليعمل خمرا أو الخشب مثلا ليعمل صنما أو آلة لهو أو نحو ذلك سواء أ كان تواطؤهما على ذلك في ضمن العقد أم في خارجه، و كذا تحرم و لا تصح اجارة المساكن ليباع فيها الخمر أو يحرز فيها أو يعمل فيها شي‏ء من المحرمات، و كذا تحرم و لا تصح اجارة السفن أو الدواب أو غيرها لحمل الخمر، و الثمن و الأجرة في ذلك محرمان، هذا کله مرتبط بفرض اشتراط الحرام في العقد.

و اما في فرض بيع العنب‏ ممن يعلم إنه يعمله خمرا، أو إجارة المسكن ممن يعلم انه يحرز فيه الخمر أو يعمل شيئا من المحرمات من دون تواطئهما على ذلك في عقد البيع أو الإجارة أو قبله فقال: قيل انه حرام و هو أحوط و الأظهر الجواز على كراهية[[378]](#footnote-378).

### الثاني: صحة المعاملة

ذکر السيّد الخوئي ان الشرط في فرض بيع العنب ليصنع خمرا ليس بموجب لبطلان البيع لان الشرط فاسد، و لا يبعد صحة البيع. قال: يحرم بيع العنب أو التمر ليعمل خمرا، أو الخشب- مثلا- ليعمل صنما، أو آلة لهو، أو نحو ذلك سواء أ كان تواطؤهما على ذلك في ضمن العقد أم في خارجه، و إذا باع و اشترط الحرام صحّ البيع و فسد الشرط.

 و كذا تحرم و لا تصح إجارة المساكن لتباع فيها الخمر، أو تحرز فيها، أو يعمل فيها شي‏ء من المحرّمات، و كذا تحرم و لا تصح إجارة السفن أو الدواب أو غيرها لحمل الخمر، و الثمن و الأجرة في ذلك محرّمان و أما بيع العنب ممّن يعلم أنه يعمله خمرا، أو إجارة السكن ممّن يعلم أنه يحرز فيه الخمر، أو يعمل بها شيئا من المحرّمات من دون تواطئهما على ذلك في عقد البيع أو الإجارة أو قبله، فقيل أنه حرام و هو أحوط و الأظهر الجواز.[[379]](#footnote-379)

### الثالث: التفصيل

فصل السيّد الصدر بين بيع العنب لمن يصطنعه خمرا و بين بيع الخشب لمن يصنعه صليبا، فقال: ان بيع العنب في فرض اشتراط ان يصطنع منه الخمر لا ينافي صحة البيع و ان کان الشرط باطلا. هذا بخلاف بيع الخشب ممن يصنعه صليبا فقال: انه لا يبعد حرمة بيع الخشب و بطلانه ممن يعلم بأنه يعمله صنما أو صليبا و نحو ذلك من شعارات الكفر و ان لم يشترط ذلك في عقد البيع.[[380]](#footnote-380)

اقول: يوجد هنا مسائل ثلاث:

احدها: بيع العنب مع اشتراط اصطناع الخمر منه، و الصحيح في هذا الفرض عدم بطلان البيع، لان النهي متعلق بعنوان غير عنوان البيع و مثل هذه النواهي لا يقتضي البطلان، نهاية الامر ان الشرط باطل.

ثانيها: بيع الخشب مع اشتراط اصطناع الصليب منه، و الصحيح في هذه المسألة هو البطلان، لما دل عليه من الروايات.

ثالثها: اجارة الدار ليصنع فيها الخمر، هذه الاجارة باطلة لان الاجارة بشرط المنفعة المحرمة ليس شيئا وراء الانتفاع المحرم من العين، و حيث ان هذا السنخ من الانتفاع يکون محرما فيکون النهي متعلقا بنفس هذا السنخ من المنفعة و هذا يقتضي البطلان، لان الحرمة تعلق بنفس هذا السنخ من الاجارة بخلاف بيع العنب مع اشتراط انتفاع محرم منه فان للعين هوية مستقلة غير الانتفاع فيکون اشتراط الانتفاع المحرم باطلا، و نفس بيع العنب صحيحا.

### الفرع الثاني: جهل البائع بالحال

اننا لو حرمنا مثل بيع العنب ممن يجعله خمرا علی اساس حرمة الاعانة علی الاثم و نحوها في صورة علم البائع بالحال و قلنا باستلزام هذا التحريم للفساد، هل يصح الحکم ببطلان البيع في فرض جهل البائع بالحال او لا؟ يستفاد من ظاهر عبارة السيّد الخوئي انه بناء علی القول باستلزام التحريم للفساد في فرض العلم، لا بد من القول بالفساد في فرض الجهل ايضا و ذلک لان البائع و ان کان جاهلا بالحال و لکن المشتري عالم بالحال، اذن فالشراء باطل لعلم المشتري بالحال و اذا بطل الشراء بطل البيع بطل البيع للتلازم بينهما في الصحة و البطلان[[381]](#footnote-381). لکن هذا الکلام غير تام لان الاعانة و نحوها انما هي من طرف البائع اما المشتري فلم يعن احدا علی الحرام، و ليست تهيئة مقدمة الحرام حراما علی نفس العاصي و ان کانت حراما فانما هي حرام علی غير العاصي، فلا معني لفرض بطلان الشراء بسبب علم المشتري بالحال و بالتالی بطلان البيع. حتی لو قلنا مقدمة الحرام حرام کما ان مقدمة الواجب واجب، فهذا التحريم لا يستلزم البطلان لان النهي الغيری لا يوجب الفساد.

نعم لو استدل علی حرمة الشراء و بطلانه باحاديث حرمة غارس الخمر کان لاثبات بطلان البيع بالملازمة مجال کما فعله السيّد الامام، لکنه بناء علی هذا يختص هذا الحکم بباب بيع الخمر و ما يرتبط و لا يتسري منه الی غيره من سائر الابواب.

### الفرع الثالث: البيع المحاباتي بقصد الفرار عن الدين

لو ان شخصا بقصد الفرار عن الدين يصلح مع شخص آخر او يبيعه بيعا محاباتيا او يهبه لاولاده ثم يعلن افلاسه حتی لا يؤخذ منه الدين. لا اشکال في حرمة هذا العمل و انما الکلام في ان هذا النقل صحيح ام ليس بصحيح؟ و الصحيح ان کان البيع صوريا لا يقع نقل و انتقال و ان کان واقعيا فهذا النقل صحيح لا اشکال فيه.

غاية ما يمکن ان يقال في بطلان هذا النقل احد امرين: الاول؛ ان الارتکاز العقلائي يحکم في هذا الفرض ببطلان هذا النقل، و هذا الوجه باعتقادي لا يخلو من قوة، لان العقلاء في هذا الفرض الذي وهب لاولاده بقصد الفرار عن البيع، يقول ببطلان البيع. و لو قلنا بان العقلاء يحکم بقبح هذا العمل من دون ان يحکم بشئ فهذا خلاف المرتکز و هذا يکون کقرينة متصلة لعموم لتجارة عن تراض.

الثاني: ما يستفاد من عبارات السيّد الصدر في قاعدة لا ضرار، يقول: ان لا ضرار ينفي الحق الذي قد يتخذه الشخص ذريعة لاضرار الاخرین، لو تم هذا الکلام ينتج نتائج کبيرة في مختلف ابواب الفقه منها في باب الطلاق فانه لو جعل الشخص هذا العمل وسيلة للاضرار بالزوجة يمنع عن ذلک. منها في المقام قد اتخذ البائع هذه المعاملة ذريعة لاضرار الاخرین و لا ضرر ينفي هذا القسم من الضرر فيکون منفيا و لازمه بطلان هذا العقد. لکنا ما وجدنا شاهدا علی هذا المعني.

کذلک بناء علی مبني السيّد السيستاني من ان لا ضرر ينفي الضرر خارجا و هذا کوسيلة للمنع عن الضرر بيد الحاکم، و هذا المعني ايضا ينتج ان للحاکم ان يبطل هذه المعاملة کي لا يتضرر الديان، لکن الجزم بهذا المعني مشکل. هذا تمام الکلام في الرکن الاول من ارکان العقد حسب مصطلح الفقه الغربي.

### الرکن الثاني: الارادة

الرکن الثاني من ارکان العقد وفق الفقه الغربي هو الارادة، قبل کل شئ لا بد ان نعلم ما هو المراد من الارادة عندهم، ذکر السنهوري ان العقد له ارکان ثلاثة هي: الارادة و السبب و المحل. و المقصود من الارادة هي تراضي المتعاقدين و هي قد تکون ظاهرة و اخری باطنة، و المقصود من الارادة الباطنة الارادة بمعناها الحقيقي القائمة في النفس، و بالارادة الظاهرة التعبير عن الارادة، و اختلفوا في ان ما هو رکن العقد هل هي الارادة الظاهرة او الارادة الباطنة؟ و قال بان مذهب الارادة الباطنة و هو المذهب اللاتيني يری ان المقياس في العقد هي الارادة الکامنة في النفس. و مذهب الاراد الظاهرة و هو المذهب الجرماني يری ان المقياس هو الارادة الظاهرة، و يظهر الفرق فيما اذا اوصي بمال لمؤسسة خيریة له و هو قد اوصي ذلک علما منه بانه قد مات ابنه، ثم بعد موته ظهر ان ابنه حي، فانه بناء علی ملاکية الارادة الظاهرة تکون هذه الوصية نافذة لان الارادة الظاهرة قد تعلقت بانجاز هذه الوصية، اما بناء علی مسلک الارادة الباطنة لا ينفذ هذه الوصية لانه لو کان يعلم حياته لما اوصي ذلک. و يضيف ان التقنين الجديد المصري قدم الارادة الباطنة علی الظاهرة.[[382]](#footnote-382)

و يعتقد ان فقهاء الاسلام يقدمون الارادة الظاهرة علی الباطنة و المحور الاساس في الفقه الاسلامي هو الارادة الظاهرة دون الباطنة و لذلک يکون للالفاظ مدخلية تامة في العقود[[383]](#footnote-383).

اقول: ان هذا الکلام غير تام لان الفقهاء يقولون ان العقود تابعة للقصود و لکن الکاشف عن القصد هو الکلام، و لذلک لو کشف الخلاف و ثبت بالحجية الشرعية خلافه لما يترتب عليه الاثر و يسمع قوله، مثلا لو ادعي رجل اني لم اقصد في عقد النکاح القبول واقعا و اثبت ذلک بالحجة الشرعية، يحکم ببطلان هذا العقد، و هذا الکلام سيأتي في موارد اخر. و في مثل الوصية لو رجع هذه الارادة الباطنة الی التقيد اللبي فلا يکون للوصية اطلاق بالنسبة الی فرض حياة ابنه بل لا بد من تقييده و الحکم بعدم کون المال للمؤسسة الخيریة في هذا الفرض. و تارة يکون ذلک داعيا و التخلف عن الداعي لا يوجب تقييد المعاملة و لا بطلان المعاملة نظيره ما اذا اشتري اللحوم و الفواکه لاجل الضيوف فلم يأتوه، فهذا لا يوجب بطلان البيع و لا خيار له في شراء اللحوم و الفواکه اصلا لان التخلف عن الداعي لا يوجب الخيار، هذا ما سنتعرضه في محله.[[384]](#footnote-384) و البحث عن الارادة يقع في مقامات ثلاثة:

### المقام الاول: المرحلة التمهيدية لارادة العقد

فقد جاء في الفقه الوضعي ذکر حالة وسطية بين ارادة العقد النهائي و نفي الارادة المحضة تلک مرحلة تمهيدية تؤدي –علی وجه محقق او غير محقق- الی المرحلة النهائية و لعل ابرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية: الوعد بالتعاقد، و التوافق علی المعاملة.

### 1. الوعد بالتعاقد

لو وعد شخص شخصا بالبيع او الايجار من دون ان يستبطن اي عهد و قرار مرتبط بقرار آخر، فهذا لا يجب الوفاء به لان الوعد الابتدائي البحت لم يقم دليل علی وجوب الوفاء به، بل ذکر الفقهاء الاجماع علی عدم اللزوم.

### 2. التوافق علی المعاملة

لو اتفق الطرفان علی البيع او الايجار في المستقبل بان التزما معا بان يبيع او يؤجر الدار منه في ذلک الوقت و تبانيا علی ذلک، فهذا لا شک في انه نحو قرار و تعهد اي التزام و انشاء و تحمل للمسؤلية مع التوافق عليه، و قد يدفع المستأجر او المشتري ضمن هذا القرار مقدارا من المال يسمي بالعربون و يشترط انه في فرض عدم الوفاء بهذا القرار للبائع ان يمتلک هذا المال، هنا يطرح تساؤلان: الاول؛ انه هل ان هذا القرار المعاملي غير ملزم اولا؟ الثاني: ما هو حکم هذا العربون؟ و لتوضيح حکم المسألة ينبغي البحث عنها ضمن مسألتين:

### المسألة الاولي: حکم التوافق علی المعاملة

هل ان التوافق علی البيع او الايجار يکون ملزما ام لا؟ ان التوافق و القرار علی المعاملة يکون بنحوين تارة يلتزم و يتعهد کل من البائع و المشتري بالملکية من حين التباني و التوافق في ذلک الوقت، فهذا في البيع عقد تعليقي باطل، و اخری يلتزم کل منهما بان يبيع او يؤجر منه في الوقت المقرر و هذا هو محل الکلام.

استدل علی لزوم الوفاء بهذا التعهد و الالتزام بوجوه:

الوجه الاول: التمسک بعموم المؤمنون عند شروطهم، باعتبار ان الشرط هو الالتزام.

اورد عليه: اولا ان الشرط ظاهر فيما يکون تحقق الشئ منوطا به، و من هنا يکون ظاهره الشروط و الالتزامات في ضمن العقود الصحيحة و التي يناط بها الالتزام العقدي، فلا يمکن ان تثبت به صحة نفس الالتزام العقدي، و لعل هذا هو منشأ ما اشتهر بينهم من ان هذه القاعدة خاصة بالشروط الضمنية و لا تشمل الشروط الابتدائية، و في المقام الالتزام المذکور بنفسه قرار و التزام يشک في صحته و نفوذه، لا انه شرط في ضمن عقد صحيح.

ثانيا: ان لسان هذه الروايات و سياقها سياق اثبات لزوم الوفاء بالشروط المفروغ في المرحلة السابقة عن صحتها و مشروعيتها فلا يمکن ان يستفاد منها اصل المشروعية و الصحة[[385]](#footnote-385).

يلاحظ عليه: اولا؛ انه قد تقدم ان الشرط هو الالتزام و هو اعم من ان يکون ضمن عقد او لا يکون، المهم في صدق الشرط هو ان يکون التزام في مقابل التزام آخر، و في المقام يوجد هذا السنخ من الالتزام فان کلا من البائع و المشتري يربط التزامه بالالتزام الاخر و هذا يکفي في صدق الشرط فيشمله المومنون عند شروطهم.

ثانيا: ان ما ذکره من الرواية لا يفيد مشروعية مثل هذا التعهد و الالتزام فلا يجب الوفاء به، فهذا غريب صحيح ان الرواية لا يفيد مشروعية محتوي العقد، لکن کيف يکون التعهد بالبيع و الشراء غير مشروع او مشکوک في مشروعيته؟ فان الشک في مشروعية شرط و التزام ينشأ من الشک في مشروعية محتوي ذلک الشرط و الالتزام و المفروض ان محتوي الشرط لا يکون امرا غير مشروع و هو بيع الدار او اجارته، و لو کان ذلک غير مشروع فکيف يصح من دون اشتراط، کما انه لا شک في صحة الالتزام بالبيع و الشراء بالفعل من دون قرار و تعهد في المستقبل، فاذن لا شک في مشروعية محتوي الشرط فلا مانع من شمول الدليل له من هذه الجهة، فيشمله عموم المومنون عند شروطهم لعدم المانع من شموله فيکون هذا الالتزام و الشرط نافذا.

الوجه الثاني: التمسک بعموم اوفوا بالعقود،[[386]](#footnote-386) لاثبات صحة مثل هذا التعهد و لزومه، باعتبار ان العقد هو التعهد و الالتزام المبرم کما يذکره اللغويون و يشهد عليه ما جاء في رواية ابن سنان المفسرة للآية بالعهود، فتشمل الآية کل تعاهد و التزام مبرم و متفق عليه بين الطرفين، سواء کان متعلقه التمليک، او عملا من الاعمال و منها الايجار او البيع منه دون غيره، فيجب الوفاء به و يمکن اجباره عليه. نعم هذا لا يکفي وحده لتتحقق الانتقال و الملکية للعوضين، بل لا بد من انشاء عقد البيع او الايجار بينهما ليتحقق ذلک، فما لم ينشأ ذلک لا انتقال في الملکية و لا ينشأ اي حق عيني و يمکن اجباره او اجراء العقد عنه اذا امتنع.

استشکل عليه: ان هذا الوجه انما يتم لو کان العقد بمعني مطلق الالتزام، و ليس کذلک، و الرواية المذکورة –مضافا الی ضعفها سندا- ظاهرة في ارادة العهود بمعني المواثيق و الالتزامات الثابتة علی الانسان و التي تشمل احکام الله سبحانه و تعالی و هذا معني اوسع من المنشأ المعاملي و يوجب عدم امکان الاستدلال بالآية علی الصحة و النفوذ اصلا، بل تکون علی وزان اوفوا بالعهد ان العهد کان مسؤولا علی ما سيأتي الحديث عنه.

بل العقد هو شدّ شئ بشئ و ابرامه به و هذا في الامور الاعتبارية الانشائية يکون بشد التزام و انشاء بالتزام و انشاء آخر، و هذا الشدّ بين الانشائين و الالتزامين لا يتحقق الا اذا کان المنشأ و الملتزم به له نحو وجود و تحقق اعتباري انشائي، اي يکون حقا من الحقوق العينية او الشخصية، و اما مجرد الالتزام بعمل من دون انشاء علقة و حق في البين لا يکون عقدا و ان کان في قبال التزام الآخر و بنحو التوافق.[[387]](#footnote-387)

يلاحظ عليه: ان ما ذکره من عدم صدق العقد علی التوافق علی العقد، فغير صحيح بل يطلق عليه العقد و ذلک لان البائع قد لا يسلط الغير علی ماله بل يکون مجرد وعد هذا صحيح انه ليس بعقد، و اخری يسلط المشتري علی ماله في عالم الاعتبار و يفترضه ذا حق علی ماله، ففي هذا الفرض يصدق العقد، فيدل الآية الکريمة علی لزوم الوفاء به.

ثانيا: ان ما ذکره من عدم تمامية رواية ابن سنان لا يقبل لانه لا يقول بعدم اعتبار سند تفسير القمي، فلا يليق له ان يعتبر سند الرواية ضعيفا.

الوجه الثالث: التمسک بمثل قوله تعالی: اوفوا بالعهد ان العهد کان مسؤولا،[[388]](#footnote-388) و الاستدلال به مبني علی ان يراد باللام فيه الجنس لا العهد اي عهد الله سبحانه.

اعترض عليه: اولا؛ بان سياق الآية و ذيلها قرينتان علی ارادة الثاني لا الاول، فان المراد من السؤال هو السؤال يوم القيامة، و عندئذ لا يکون المراد من العهد بالمعني المذکور لوضوح ان المراد بعهد الله احکامه و تکالیفه بل ظاهر عنوان العهد هو الالزامات الثابتة قانونا لا الالتزامات الشخصية فليس الآية بصدد تنفيذ کل الزام يجعله الشخص علی نفسه، و عندئذ لا يکون الامر بالوفاء الا ارشادا الی حکم العقل بلزوم الطاعة لما هو ملزم به في المرتبة السابقة شرعا لا الحکم المولوي باللزوم و وجوب الوفاء، فانه ايضا حکم شرعي کالاحکام الشرعية الاخری المعبر عنها بعهد الله.

ثانيا: ان الاستدلال بهذه الآية مثل الآية السابقة مبني علی امکان استفادة الصحة منهما لا مجرد لزوم العقد و العهد بمعني وجوب الوفاء به و عدم امکان فسخه بعد الفراغ عن صحته و الا يکون التمسک بهما لاثبات الصحة من التمسک بالعام في الشبهة المصداقية.[[389]](#footnote-389)

يلاحظ عليه: اولا؛ ان الظاهر من اللام هو الجنس و ليس المراد منه خصوص العهد الذي بين العبد و بين الله سبحانه، بل يشمل العهد الذي بين الناس لاطلاقه علی العهود و المواثيق التي تعقد بين الناس.

ثانيا: ان ما ذکره من ان المقام من التمسک بالشبهة المصداقية للعام، فهو غير تام لما تقدم منا من عدم الشک في مشروعية محتوي مثل هذه العقود فکيف يکون التمسک بالآية الکريمة من التمسک بالعام في الشبهة المصداقية له، فاذن لا اشکال في صحة مثل هذه العقود.

بهذا البيان يثبت ان الصحيح ان مثل هذه الالتزمات و العهد يلزم الوفاء بها کما ذهب اليه السيّد الحائري في کتابه، و يعتقد به الفقه الوضعي المعاصر من ان التوافق علی البيع او الايجار في المستقبل بنفسه عقد و التزام[[390]](#footnote-390).

الوجه الرابع: انه قد يستدل علی عدم اللزوم و بالتالی بطلان العربون بروايات بيع العينة و ما يشابها مثل موثقة معاوية بن عمار:

روي الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ فَضَالَةَ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ × يَجِيئُنِي الرَّجُلُ يَطْلُبُ الْبَيْعَ الْحَرِيرَ وَ لَيْسَ عِنْدِي شَيْ‏ءٌ مِنْهُ فَيُقَاوِلُنِي عليه وَ أُقَاوِلُهُ فِي الرِّبْحِ وَ الْأَجَلِ حَتَّى نَجْتَمِعَ عَلَى شَيْ‏ءٍ ثُمَّ أَذْهَبُ فَأَشْتَرِي لَهُ الْحَرِيرَ فَأَدْعُوهُ اليه فَقَالَ أَ رَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بَيْعاً هُوَ أَحَبُّ اليه مِمَّا عِنْدَكَ أَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يَنْصَرِفَ اليه وَ يَدَعَكَ أَوْ وَجَدْتَ أَنْتَ ذَلِكَ أَ تَسْتَطِيعُ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْهُ وَ تَدَعَهُ قُلْتُ نَعَمْ قَالَ لَا بَأْسَ.[[391]](#footnote-391)

و صحيح محمد بن مسلم: روي الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ وَ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ جَمِيعاً عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ ابْتَعْ لِي مَتَاعاً لَعلی أَشْتَرِيهِ مِنْكَ بِنَقْدٍ أَوْ بِنَسِيئَةٍ فَابْتَاعَهُ الرَّجُلُ مِنْ أَجْلِهِ قَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ إِنَّمَا يَشْتَرِيهِ مِنْهُ بَعْدَ مَا يَمْلِكُهُ.[[392]](#footnote-392)

و رواية يحيي بن الحجاج: الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ خَالِدِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع الرَّجُلُ يَجِي‏ءُ فَيَقُولُ اشْتَرِ هَذَا الثَّوْبَ وَ أُرْبِحَكَ كَذَا وَ كَذَا قَالَ أَ لَيْسَ إِنْ شَاءَ تَرَكَ وَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ قُلْتُ بَلَى قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ إِنَّمَا يُحِلُّ الْكَلَامُ وَ يُحَرِّمُ الْكَلَامُ.[[393]](#footnote-393)

و صحيح عبدالرحمن بن الحجاج: عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْعِينَةِ فَقُلْتُ يَأْتِينِي الرَّجُلُ فَيَقُولُ اشْتَرِ الْمَتَاعَ وَ ارْبَحْ فِيهِ كَذَا وَ كَذَا أُرْضِيهِ عَلَى الشَّيْ‏ءِ مِنَ الرِّبْحِ فَتَرَاضَى بِهِ ثُمَّ أَنْطَلِقُ فَأَشْتَرِي الْمَتَاعَ مِنْ أَجْلِهِ لَوْ لَا مَكَانُهُ لَمْ أَرُدَّهُ ثُمَّ آتِيهِ بِهِ فَأَبِيعُهُ قَالَ مَا أَرَى بِهَذَا بَأْساً لَوْ هَلَكَ مِنْهُ الْمَتَاعُ قَبْلَ أَنْ تَبِيعَهُ إِيَّاهُ كَانَ مِنْ مَالِكَ وَ هَذَا علیكَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ اشْتَرَاهُ مِنْكَ بَعْدَ مَا تَأْتِيهِ وَ إِنْ شَاءَ رَدَّهُ فَلَسْتُ أَرَى بِهِ بَأْساً.[[394]](#footnote-394)

حيث يقال: ان مفادها عدم صحة الالزام و الالتزام بالبيع في المستقبل، فيشمل باطلاقه التعهد بالبيع او الايجار اذا اريد ان يکون ذلک ملزما و ان لم يکن قد باع من اول الامر.

يلاحظ عليه: کما عن السيّد الهاشمي ان الجهة المنظور اليها في هذه الروايات انما هي البيع لما لا يملکه و ايجابه قبل الشراء، او بيع شئ نسيئة باکثر بعد شرائه باقل نقدا، و يجعل ذلک بنحو بحيث يکون للمشتري نسيئة من اول الامر، اي بمجرد شرائه بالنقد بحيث لا يتحمل صاحب النقد الخسارة و لکن يربح التفاوت الذي فيه شبهة الربا او ربح ما لم يضمن و هذا ما لا يرضي به الشارع.

و کل هذه الامور اجنبية عن محل البحث، و الذي يکون فيه التعهد من المالک بان لا يبيع او يوجر ماله الا منه من دون وجود بيعين من شخصين اي لا يوجد اشخاص ثلاثة بل هما البائع و المشتري و لا ربح بازاء الاجل و النسيئة فلا يمکن افتراض ان مفاد هذه الروايات بطلان الالتزام و التعهد بالبيع فيما بعد بين البائع و المشتري بنحو يکون ملزما عليهما من اول الامر کما ان الالتزام بالبيع و النقل منه عمل يملکه بالفعل و ليس کالمال الذي لا يملکه بعد.

فالحاصل ان مفاد هذه الروايات بوجه من الوجوه انه لا يمکن للانسان ان يلزم نفسه ببيع شئ في المستقبل من خلال ملزم کالعقد او الشرط في ضمن عقد، و انما تمام النظر فيها الی احدي النکات المذکورة في بيع ما لا يملکه قبل تملکه باکثر نسيئة، و من هنا کان الوارد فيها الا يکون المشتري ملزما بالشراء بذلک الثمن الاکثر المتفق عليه في بداية الامر، لا الا يکون البائع ملزما بالبيع بخلاف المقام الذي يکون فيه البائع ملزما بالبيع منه في قبال ما اخذه من العربون، فالروايات المذکورة اجنبية عن هذا البحث بالمرة. [[395]](#footnote-395)

### المسألة الثانية: حکم العربون

قررنا انه تعورف في ازماننا ان يتفق الطرفان علی البيع او الايجار في المستقبل و قد يدفع المستأجر او المشتري ضمن هذا القرار مبلغا من المال يسمي بالعربون، و يشترط انه في فرض عدم الوفاء بهذا القرار للبائع ان يمتلک هذا المال، من هنا يطرح هذا التساؤل ما هو حکم هذا المال؟ هل ينفذ هذا الشرط ام لا؟ و هل يجوز للبائع و المؤجر ان يأکل هذا المال في فرض عدم وفاء المشتري و المستأجر بالقرار ام لا؟ هذا هو الذي انعقد هذه المسألة لاجله.

و لا يختص هذه المسألة بفرض الاتفاق علی البيع و الايجار في المستقبل، بل يطرح هذا التساؤل فيما تنجز البيع، و اشترط فيه انه علی تقدير الفسخ، علی الفاسخ ان يخسر مقدارا معينا من المال، هل ان هذا الشرط ينفذ او لا؟ و هل يجوز للبائع او المؤجر ان يأخذ هذا المال ام لا؟

لا اشکال في صحة اخذ العربون اذا کان لمجرد انه مقدار من الثمن او الاجرة يقدم للمالک لالزام العقد من دون ان يکون هناک خسارة علی تقدير الفسخ. و کذلک الحال لو فرضنا ان العربون ثمن في قبال تمليک المالک التزامه بعدم الايجار او البيع من غيره، بناء علی کونه عقدا تاما، فلا يکون جزءا من الثمن او الاجرة عندئذ، بل يکون في قبال نفس تمليک التعهد و الالتزام، اذ انه عقد مستقل قد يقع مجانا و قد يقع في قبال عوض سواء اشتري او استأجر بعد ذلک ام لا، و اثره انه لو لم يف بالتزامه کان له استرجاع ذلک.

و انما الکلام في حالة ثالثة هي المتعارفة خارجا، و هي ان العربون يدفع ليکون قسطا من الثمن او الاجرة علی تقدير تمامية الاتفاق او علی تقدير عدم الفسخ، و يکون بدلا عن الفسخ اذا اراد صاحبه ان يتخلف فلا يشتري او لا يؤجر، کما ان للمالک اذا رجع عن قراره لا بد و ان يرجع العربون مع خسارة مقداره للمشتري، فهل يجوز اخذ العربون في هذا الفرض ام لا؟ و هذه الفرضية لها صور:

### الاولي: الاقالة بوضيعة

الفرض الاول لهذه المسألة ان يشترط في ضمن الاتفاق انه علی تقدير تخلف المشتري و عدم رجوعه لانجاز البيع ان يمتلک البائع المال الذي دفع اليه بعنوان العربون، او يشترط ضمن البيع انه علی تقدير الفسخ من جانب المشتري، يقيله البائع بوضيعة، هل ان هذا الاشتراط ضمن الاتفاق او ضمن البيع صحيح ام لا؟ و هل يجوز للبائع ان يأخذ هذا المال ام لا؟

استدل علی عدم صحة هذا الاشتراط بوجهين:

الاول: ما رواه الکليني عن عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ وَهْبٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ × يَقُولُ لَا يَجُوزُ الْعَرَبُونُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَقْداً مِنَ الثَّمَنِ.[[396]](#footnote-396) بتقريب ان الرواية تدل بحصرها علی ان العربون لا يجوز ان يحسب شيئا عدا ان يحسب جزءا من الثمن، فلا يجوز اخذه بعنوان الغرامة و الخسارة علی تقدير التخلف او الفسخ، نعم يجوز ان کان بعنوان جزء من الثمن.

يلاحظ عليه: اولا؛ انها غير تامة سندا لان ابي البختري وهب مطعون فيه.[[397]](#footnote-397)

ثانيا: انها لا تدل علی اکثر من عدم جواز اخذ العربون کشئ مستقل عن الثمن و لا تدل علی بطلان کونه شرطا لحق الفسخ فانه بناء عليه ايضا يکون جزءا من الثمن غاية الامر هناک شرط آخر اذا اراد الفسخ و هو ان يملکه الجزء من الثمن فالرواية لا تنفي هذا الاحتمال و انما تنفي کون العربون عقدا مستقلا.

الثاني: ما رواه الکليني عن علی بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى ثَوْباً وَ لَمْ يَشْتَرِطْ عَلَى صَاحِبِهِ شَيْئاً فَكَرِهَهُ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى صَاحِبِهِ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَهُ إِلَّا بِوَضِيعَةٍ قَالَ لَا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِوَضِيعَةٍ فَإِنْ جَهِلَ فَأَخَذَهُ وَ بَاعَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهِ رَدَّ عَلَى صَاحِبِهِ الْأَوَّلِ مَا زَادَ.[[398]](#footnote-398) بتقريب حاصله: ان ظاهره حرمة اخذ شئ من الثمن في قبال الفسخ، ممن يطالب بالفسخ، و من الواضح ان الاقالة بوضيعة اذا کان حراما يکون اشتراطه في العقد ايضا محرما لان الشرط لا بد ان يکون محللا من ذي قبل حتی يصح اشتراطه، و هذا الشرط قبل تعلق الاشتراط به کان حراما فلا يصح جعله شرطا فان شرط الله قبل شرطکم. بالنتيجة ان الرواية تدل علی ان اشتراط اخذ جزء من الثمن في قبال الفسخ، او اخذ جزء من الثمن في قبال التخلف عن التعهد غير صحيح، و لا يمتلک البائع هذا المال.

هذه الرواية و ان اختص بالبيع لکن العرف يلغي الخصوصية بين البيع و غيره من العقود، لان العرف يفهم من هذه الرواية ان الشارع مخالف للاقالة بوضيعة و هذا لا يفترق من معاملة الی معاملة، کما ان العرف يلغي الخصوصية من البائع الی المشتري، مع ان صحيح الحلبي ورد في مورد الثمن.

اقول: باعتقادي ان عموم الادلة يقتضي صحة هذا الاشتراط لان من حق البائع ان لا يفسخ البيع، و اذا کان من حقه فبامکانه ان يتنازل عن هذا الحق و يأخذ في قباله مالا، فلا يکون اکلا للمال بالباطل، الا ان الروايات المذکورة يمنع عن الاقالة بوضيعة، و اذا کان ذلک غير جائز لا يجوز اشتراطه، لانه يکون حينئذ من الشرط المحلل للحرام.

### الثانية: اشتراط الاتهاب

 الفرض الثاني لهذه المسألة ان يشترط ضمن الاتفاق او المعاملة انه علی تقدير تخلف احدهما عن العقد او رجوع احدهما عن العقد، عليه ان يهب للآخر مبلغا من النقود، و بازاء هذا المبلغ يفسخ الآخر العقد، هذا ليس من الاقالة بوضيعة بل هبة بشرط الفسخ، او فسخ بشرط الهبة، هل يجوز ذلک ام لا؟ و الفقهاء علی جوازه فان الممنوع عندهم دون الفسخ بشرط الهبة، و ان کان النتيجة العملية واحدة لان دليل جواز الهبة المعوضة يشمل مثل هذا الهبة.

لکن ذهب السيّد الحائري علی خلاف ما ذهب اليه المشهور الی عدم صحة اشتراط الاتهاب، و استدل علی ذلک بوجهين:

الوجه الاول: قوله تعالی: لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض، بتقريب ان الآية الکريمة تدل علی حرمة اکل المال باي سبب کان الا فيما اذا کان السبب تجارة عن تراض، و من الواضح ان الهبة بشرط الاقالة و الجعالة بشرط الهبة کلها ليس تجارة عن تراض فيکون باطلا.

ان قلت: ان الهبة بازاء الاقالة تجارة عن تراض لان التجارة لا يختص بالبيع بل المراد منه المبادلة بين شيئين لکل منهما قيمة مالية، و من الواضح ان الاقالة في عرف الناس له قيمة مالية فللبائع ان يأخذ في قبال هذا العمل مبلغا من النقود فيکون من مصاديق التجارة عن تراض.

قلت: ان الاقالة ليس له مالية مستقلة، بل تعتبر قيمتها عقلائيا مندکة في قيمة العين المقالة و المفسوخة و لا تعتبر لهما قيمة مستقلة، هذا ما استفاد من السيّد الصدر في البنک اللاربوي و هو يقول: لو قال شخص: ان اقرضتني مأة ميليون تومان فلک علی مأة الف تومان هذا جعالة علی الاقراض هل يجوز ذلک کحيلة ام لا؟ يعتقد السيّد الخوئي انه لا اشکال فيه، و لکن لا يقبله السيّد الصدر و يقول: ان الجعالة لا بد ان يکون علی عمل ذا مالية و الاقراض لا مالية له، فان الذي له مالية هو نفس المال الذي يعطي کقرض و الاقراض لا مالية مستقلة له فلا يصح الجعالة علی الاقراض. و السيّد الحائري مستفيدا من هذا المبني يقول في المقام: ان الاقالة ليس له مالية مستقلة عن مالية الثمن و المثمن و لذلک لا يکون الجعالة في مقابل الاقالة مصداق تجارة عن تراض. فيکون مشمول لا تأکلوا تجارة عن تراض.

ان قلت: انه لو جعل في ضمن البيع لاحدهما او لکليهما حق الخيار بشرط التنازل عن مبلغ من المال فهذا المال يکون في قبال حق الخيار الذي له مالية و ليس اکلا للمال بالباطل.

قلت: ان جعل المال في مقابل حق الخيار صحيح لا اشکال فيه، لکن اعمال حق الخيار ليس له مالية فلا يصح جعل مال في قباله.[[399]](#footnote-399)

يلاحظ عليه: اولا؛ ان الظاهر من الآية المبارکة ان الاستثناء منقطع و يفيد الآية ان اکل المال بالباطل العرفي حرام، و من الواضح ان العرف لا يعد الهبة علی الاقالة و الجعالة علی الاقالة من مصاديق الاکل بالباطل، لان من حق الشخص لزوم البيع، و في قبال التنازل عن هذا الحق يأخذ مبلغا من النقود.

ثانيا: علی فرض ظهور الآية علی ان کل سبب باطل الا التجارة عن تراض، و هذا قد خصص بادلة الهبة، و ان کان المراد الارتکاز العقلائي فهو يقول بلزوم الهبة. و قد ورد الروايات في صحة الهبة.

ثالثا: ان ما ذکره من الاقالة ليس له مالية غير صحيح فانه لا يلزم ان يکون له مالية بالاستقلال بل يکفي ان يکون له مالية تبعية و هذا له مالية بالتبع لان ما له مالية کل ما يعطي العرف في قباله المال و هذا يعطي العرف في قباله المال.

رابعا: ان ما ذکره من عدم صحة جعل المال في قبال اعمال حق الخيار غير صحيح، و ذلک لانه يوجد هنا فرضان: تارة انه تارة يجعل الخيار للمشتري من الاول في قبال دفع مقدار معين من المال، هذا لا اشکال فيه. تارة يجعل الخيار له من الاول لکن يشترط ان اعمال هذا الخيار منوط بدفع مقدار معين من المال، ففي هذا الفرض ايضا يکون هذا الاشتراط صحيحا لا اشکال فيه، و هذا هو مورد الکلام.

الوجه الثاني: التمسک بصحيح الحلبي بهذا البيان: ان جملة من النصوص القرآنية و الروائية تبين المنهج و النظام الاقتصادي في الاسلام مثل ادلة تحريم الربا، و علی اساسه يحکم بحرمة کل احتیال اقتصادي ينتج الربا، و هذه الرواية ايضا ليس بصدد بيان انه في فرض الاقالة وجب علی البائع رد کل الثمن فقط، بل يبين منهجا اقتصاديا في الاسلام و هو ان لا يجعل في قبال الاقالة باي وجه کان مال لاحدهما، من دون خصوصية لفرض الاقالة، فعلي هذا الاساس کل ما يفيد نفس هذه النتيجة فهو حرام. و من الواضح ان اشتراط الاتهاب في العقد ينتج نفس نتيجة الاقالة فيکون حراما.[[400]](#footnote-400)

يلاحظ عليه: ان نکتة تحريم الاقالة بوضيعة لو کان انه لا يجعل مال في قبال فسخ الآخر لتم هذا الوجه، لکن يحتمل ان يکون نکتة تحريم الاقالة بوضيعة ان حقيقة الاقالة ليس الا رجوع کل من المبيع و الثمن الی مالکه، و هذا المعني لا يوجد في فرض اشتراط الهبة و الجعالة اصلا، لان لازم هذا الاشتراط ليس رجوع کل من الثمن و المبيع الی مالکه، بل لازمه تمليک جزء من الثمن للبائع. بالنتيجة لا اشکال في اشتراط جعل الخيار في فرض ايهاب جزء من المال. و هذا الاشتراط يکون لازما. و کذلک لو اشترط الخيار في ضمن العقد بنحو الجعالة.

### الثالثة: اشتراط البيع بثمن اقل

الفرض الثالث في هذه المسألة ان يشترط في ضمن البيع انه علی تقدير رجوع المشتري يشتري البائع المتاع منه بسعر اقل مما باعه، هذا الفرض يجري في خصوص ما اذا انجزا البيع، و لا يجري في فرض التعهد بالبيع في المستقبل، لان المفروض فيه ان المتاع لم يسلم الی المشتري فلا معني لافتراض رجوع المشتري بالمتاع و قبول البائع منه، فيطرح في هذا الفرض هذا التساؤل هل ان هذا الاشتراط صحيح ام لا؟

استدل في فقه العقود علی عدم صحة هذا الاشتراط بوجهين:

الوجه الاول: بصحيح معاوية بن عمار؛ روي الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ فَضَالَةَ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ × يَجِيئُنِي الرَّجُلُ يَطْلُبُ الْبَيْعَ الْحَرِيرَ وَ لَيْسَ عِنْدِي شَيْ‏ءٌ مِنْهُ فَيُقَاوِلُنِي عليه وَ أُقَاوِلُهُ فِي الرِّبْحِ وَ الْأَجَلِ حَتَّى نَجْتَمِعَ عَلَى شَيْ‏ءٍ ثُمَّ أَذْهَبُ فَأَشْتَرِي لَهُ الْحَرِيرَ فَأَدْعُوهُ اليه فَقَالَ أَ رَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ بَيْعاً هُوَ أَحَبُّ اليه مِمَّا عِنْدَكَ أَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يَنْصَرِفَ اليه وَ يَدَعَكَ أَوْ وَجَدْتَ أَنْتَ ذَلِكَ أَ تَسْتَطِيعُ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْهُ وَ تَدَعَهُ قُلْتُ نَعَمْ قَالَ لَا بَأْسَ.[[401]](#footnote-401) فان هذه الرواية بمنطوقه يدل علی صحة البيع في ما اذا کان کل من البائع و المشتري مختارا في البيع و الشراء، و هذا بمفهومه يدل علی عدم صحة البيع ان لم يکونا مختارين في البيع و الشراء و في المقام حيث ان کلا من البائع و المشتري ملزمين علی البيع و الشراء فيکون هذا البيع باطلا.

يلاحظ عليه: اولا: ان البائع لو اشترط في ضمن البيع ان يشتري البائع منه بثمن اقل، هذا لا يخالف مفاد الرواية لانها ناظرة الی فرض ان البائع کان ملزما قبل البيع بالشراء، اما لو اشترط في ضمن البيع فهذا لا يشمله الرواية يعني ان الرواية ناظرة الی فرض الالزام قبل البيع و ليس ناظرة الی فرض مقارنة الاشتراط مع البيع. و الالزام قبل البيع و ان کان الزاما ابتدائيا و الامام يقول بعدم جوازه و هذا لا ينفيه الالزام الحاصل مقارنا للبيع.

ثانيا: ان الرواية لا مفهوم له فان الرواية قد سئل فرضا و اجاب الامام و هو ما اذا سئل الحرير و اشتري الحرير من الغير ثم باع للغير، يسئل الامام منه انه لو کان بحيث لا يوجد الزام علی البيع و الشراء فذکر الامام انه لا بأس. اما لو کان الراوي يقول: انه يوجد الزام في المقام لعل الامام يقول: لا يجوز لانه لا يجوز ان تبيع ما لا تملکه، و لا يستفاد من ذلک انه لو الزم نفسه بالشراء لو اشتري المتاع.

ثالثا: انه علی فرض دلالة الرواية علی عدم صحة البيع في ما اذا کل من البائع ملزما علی البيع، انه يعارض روايتان اخریتان:

احدهما؛ صحيح منصور بن حازم؛ الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلًا يَشْتَرِي لَهُ مَتَاعاً فَيَشْتَرِيهِ مِنْهُ قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِنَّمَا الْبَيْعُ بَعْدَ مَا يَشْتَرِيهِ.[[402]](#footnote-402)

هذه الرواية تشمل باطلاقها فرض ما لو التزم البائع و المشتري بالبيع و الشراء، لکن الامام لا يرکز علی عدم صحة هذا الالتزام و انما يرکز علی ان لا يکون من بيع ما لا يملک.

ثانيهما؛ صحيح محمد بن مسلم؛ الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ وَ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ جَمِيعاً عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ ابْتَعْ لِي مَتَاعاً لَعلی أَشْتَرِيهِ مِنْكَ بِنَقْدٍ أَوْ نَسِيئَةٍ فَابْتَاعَهُ الرَّجُلُ مِنْ أَجْلِهِ قَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ إِنَّمَا يَشْتَرِيهِ مِنْهُ بَعْدَ مَا يَمْلِكُهُ.[[403]](#footnote-403) هذه الرواية نظير صحيح منصور ابن حازم من حيث الدلالة.

بالنتيجة ان رواية معاوية ابن عمار تدل علی صحة البيع في فرض التزام کل من البائع و المشتري بالبيع و الشراء و هاتان الروايتان تدلان علی صحة ذلک و التعارض بينهما بالعموم من وجه مورد الاجتماع ما اذا التزم البائع و المشتري بالبيع و الشراء فان رواية معتبرة معاوية بن عمار تدل علی عدم صحة البيع في هذا الفرض و هاتان الروايتان تدلان علی صحة البيع، و بعد التعارض و التساقط يرجع الی عموم اوفوا بالعقود و احل الله البيع.

### الاشکالات

الی هنا تبين انه لو اشترط في البيع جواز الرجوع مع تقليل السعر لا اشکال فيه خلافا لما ذکر في فقه العقود، الا انه يوجد هنا اشکالیتان لا بد من الاجابة عنهما:

 الاشکال الاول: انه ورد في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج؛ الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الْعِينَةِ فَقُلْتُ يَأْتِينِي الرَّجُلُ فَيَقُولُ اشْتَرِ الْمَتَاعَ وَ ارْبَحْ فِيهِ كَذَا وَ كَذَا أُرْضِيهِ عَلَى الشَّيْ‏ءِ مِنَ الرِّبْحِ فَتَرَاضَى بِهِ ثُمَّ أَنْطَلِقُ فَأَشْتَرِي الْمَتَاعَ مِنْ أَجْلِهِ لَوْ لَا مَكَانُهُ لَمْ أَرُدَّهُ ثُمَّ آتِيهِ بِهِ فَأَبِيعُهُ قَالَ مَا أَرَى بِهَذَا بَأْساً لَوْ هَلَكَ مِنْهُ الْمَتَاعُ قَبْلَ أَنْ تَبِيعَهُ إِيَّاهُ كَانَ مِنْ مَالِكَ وَ هَذَا علیكَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ اشْتَرَاهُ مِنْكَ بَعْدَ مَا تَأْتِيهِ وَ إِنْ شَاءَ رَدَّهُ فَلَسْتُ أَرَى بِهِ بَأْساً.[[404]](#footnote-404)

ان الشخص ربما کان يعاين المتاع و لم يکن عنده شئ و يقول لشخص آخر اشتر لي هذا المتاع اربحک کذا و کذا، هذا ما يسمي ببيع العينة من المعاينة، فهل ان هذه المعاملة صحيحة ام لا؟ هذه الرواية تدل علی جواز المعاملة و صحتها شريطة امرين: احدهما؛ ان يکون التلف من مال البائع لو تلف قبل ان يبيع للمشتري. ثانيهما؛ ان يکون لکل منهما الخيار في البيع و الشراء بعد ما امر الشخص بالشراء و هو قد اشتري المال. و هذا معناه انه في فرض فقدان واحد من الشرطين يکون المعاملة باطلة و فاسدة.

بهذا البيان تکون هذه الرواية کالنص بالنسبة الی مورد الاجتماع و هو فرض ما اذا التزم کل من البائع و المشتري علی البيع و الشراء قبل البيع، و يدل علی عدم الجواز و يکون حجة بلا معارض بالنسبة الی مورد الاجتماع، فاذن بهذا البيان يثبت عدم صحة البيع في فرض ما اذا التزم کل من البائع و المشتري بالبيع و الشراء.

بعبارة واضحة ان صحيح منصور بن حازم يدل بالظهور الاطلاقي علی صحة البيع في فرض الالتزام و صحيح معاوية بن عمار يدل بالظهور الاطلاقي علی عدم صحة البيع في فرض الالتزام و قد تقدم منا انهما يتعارضان و يتساقطان و يرجع الی العمومات و الاطلاقات الفوقانية، لکنه هذه الرواية کشاهد للجمع بين الروايتين لانها تدل بالظهور القريب من النص علی عدم صحة البيع في فرض الالتزام فاذن يثبت عدم صحة البيع في هذا الفرض.

لا يقال: ان الرواية مرتبطة بالبيع الکلي لا البيع الشخصي فاذن لا يدل علی عدم صحة البيع في فرض ما اذا کان البيع شخصيا، لانا نقول: ان الفقهاء فهموا من هذه الرواية البيع الشخصي لان بيع العينة علی نحو البيع الشخصي کان رائجا في ذلک الزمن لان اکثر المسوجات و الالبسة و الامتعة و غيرها کانت حصيلة يد الانسان و ربما يری الشخص شيئا فيستدعي من شخص آخر ان يشتري له هذا الشئ لعدم وجود النقود عنده و يعده انه يربحه کذا، فاذن علی هذا الاساس يصح الاستدلال بالرواية للبيع الشخصي. لکن علی فرض کونه ناظرا الی البيع الکلي يکون معارضا مع الروايات التي تدل علی جواز بيع الکلي في الذمة. و علی کل حال نحن نفهم من هذه الرواية البيع الشخصي فيصح ما ذکرناه من الاستدلال.

الجواب عن هذا الاشکال: انه لا يمکن الجزم بهذا المطلب و هو ان الامام کان بصدد بيان ان ينوط صحة البيع في فرض الالتزام بما ذکر من الشرطين، لعل الامام کل نظره من خلال هذين الامرين ان لا يکون البيع من بيع ما ليس عندک فاذن لا يدل الرواية علی بطلان الالتزام.

الاشکال الثاني: ورد في صحيح علی بن جعفر؛ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ جَدِّهِ علی بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ × قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ بَاعَ ثَوْباً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِخَمْسَةِ دَرَاهِمَ أَ يَحِلُّ قَالَ إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ وَ رَضِيَا فَلَا بَأْسَ.[[405]](#footnote-405) هذه الرواية تدل علی جواز البيع باقل اذا لم يشترط في العقد، و بمفهومه يدل علی عدم جوازه و صحته اذا اشترط البيع الثاني باقل في متن العقد، و في المقام قد اشترط البيع الثاني فاذن لا يصح هذا البيع.

الجواب: اولا؛ ورد في مسائل علی بن جعفر سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس.[[406]](#footnote-406) فزيد الی اجل و بنقد، علی هذا الاساس ان الرواية اجنبي عن المقام لانها تفيد عدم جواز البيع بنسيئة ثم شرائها بنقد باعتبار انها من مصاديق حيل الربا، و المقام هو الالتزام في ضمن البيع بالفسخ مع تقليل السعر و هذا لا ربط له اصلا بالربا و حيله.

ثانيا: ان هذا المعني يستفاد من الرواية لو قرء اذا لم يشترط بالبناء علی المفعول، و لکن يحتمل ان يکون مبنيا علی الفاعل فيفيد عدم صحة البيع في ما اذا اشترط البائع ذلک، و الاغلب الاکثر في موارد العربون ان المشتري يشترط علی البائع ان يفسخ العقد في فرض رجوعه مع تقليل السعر، و هذا لا يشمله الرواية فتکون جائزة و صحيحة.

ثالثا: ان الاستدلال مبني علی ان الجملة الشرطية له مفهوم علی الاطلاق، و لکنا قد اخترنا في مباحثنا الاصولية انها لا مفهوم لها علی الاطلاق، فعلي هذا الاساس لا يفيد الرواية عدم صحة البيع في فرض الاشتراط علی الاطلاق لعل فيه تفصيل.

بالنتيجة انه لو اشترط في البيع ان علی تقدير رجوع کل منهما او واحد منها يفسخ الآخر العقد شريطة ان يقلل من السعر، هذا لا اشکال فيه، اذ کما ان نفس الشراء بثمن اقل مشروع فکذلک اشتراطه يکون مشروعا و لم يتم ما يدل علی عدم جواز هذا الاشتراط.

هذا کله بناء علی ان الرواية ناظرة الی بيع العين الشخصية کما کان المتعارف في ذلک الزمان فان الشخص ربما يعاين شيئا و لم يکن عنده من النقود فيستدعي من شخص آخر ان يبيعه له و يربحه بکذا و کذا، و هکذا فهم الاصحاب من الرواية، لکن لو حملنا الرواية علی البيع الکلي و هذا هو الظاهر من الرواية لانه يقول: و ليس عندي منه شئ، يعني ليس عندي فرد، فلا بد ان يحمل الرواية علی التقية او يحمل علی الکراهة لما ورد من الروايات صريحة علی جوازه کصحيح ابن الحجاج:

 الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ صَفْوَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرَّجُلِ لَيْسَ عِنْدَهُ فَيَشْتَرِي مِنْهُ حَالًّا قَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ قُلْتُ إِنَّهُمْ يُفْسِدُونَهُ عِنْدَنَا قَالَ وَ أَيَّ شَيْ‏ءٍ يَقُولُونَ فِي السَّلَمِ قُلْتُ لَا يَرَوْنَ بِهِ بَأْساً يَقُولُونَ هَذَا إِلَى أَجَلٍ فَإِذَا كَانَ إِلَى غَيْرِ أَجَلٍ وَ لَيْسَ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَلَا يَصْلُحُ فَقَالَ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَجَلٌ كَانَ أَجْوَدَ ثُمَّ قَالَ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ الطَّعَامَ وَ لَيْسَ هُوَ عِنْدَ صَاحِبِهِ إِلَى أَجَلٍ فَقَالَ لَا يُسَمِّي لَهُ أَجَلًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْعاً لَا يُوجَدُ مِثْلَ الْعِنَبِ وَ الْبِطِّيخِ وَ شِبْهِهِ فِي غَيْرِ زَمَانِهِ فَلَا يَنْبَغِي شِرَاءُ ذَلِكَ حَالًّا.[[407]](#footnote-407)

الوجه الثاني: رواية محمد بن القاسم الحناط؛ روي الطوسي عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَبْدِ الصَّمَدِ بْنِ بَشِيرٍ قَالَ سَأَلَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْقَاسِمِ الْحَنَّاطُ فَقَالَ أَصْلَحَكَ اللَّهُ أَبِيعُ الطَّعَامَ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى أَجَلٍ فَأَجِي‏ءُ وَ قَدْ تَغَيَّرَ الطَّعَامُ مِنْ سِعْرِهِ فَيَقُولُ لَيْسَ عِنْدِي دَرَاهِمُ قَالَ خُذْ مِنْهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ قَالَ أَفْهَمُ أَصْلَحَكَ اللَّهُ إِنَّهُ طَعَامِيَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنِّي قَالَ لَا تَأْخُذْ مِنْهُ حَتَّى يَبِيعَهُ وَ يُعْطِيَكَ قَالَ أَرْغَمَ اللَّهُ أَنْفِي رَخَّصَ لِي فَرَدَدْتُ عليه فَشَدَّدَ علی.[[408]](#footnote-408) بتقريب ان الامام يقول: ان البائع لا بد ان يشتري المتاع بسعر الیوم الذي باعه، و هذا معناه عدم جواز ان يشتري البائع منه بثمن اقل.

يلاحظ علی هذا الاستدلال: اولا ان سند الرواية فيه اشکال فان قاسم بن محمد مردد بين الجوهري و بين الاصفهاني، و ان کان يحاول صاحب جامع الروات انهما فرد واحد و لکن ليس بواضح، و الجوهري ثقة، و الاصفهاني مجهول، فالرواية مرددة بين الثقة و المجهول.

ثانيا: ان الرواية لا تدل علی عدم جواز ان يشتري البائع منه بثمن اقل، و ذلک لان المحتملات في مورد الرواية ثلاث، و لا بد ان نبحث عن کل من هذه المحتملات حتی نستخرج مدلول الرواية:

الاولي: ان يکون المفروض ان السعر قد غلي و کان الامام يأمره ان يشتري منه بسعر الیوم، هذا الاحتمال هو الذي يستفاد من الرواية بشهادة ان البائع بعد ان طرح الامام ان يأخذه بسعر يومه، يقول: افهم اصلحک الله فانه طعامي الذي اشتراه مني، هذا يعني اني کيف اشتري هذا المتاع بالسعر الغالی و هو متاعي؟ و لو کان مراد الامام من خذ بسعر يومه، بسعر الیوم الذي باع لما کان للبائع اعتراض لان المفروض ان السعر قد غلي. هذا مضافا الی ان الامام عند ما لا يقبل السائل ما طرحه الامام يقول: فدعه ان يبيعه بفرد آخر، هذا يعني انه من الناحية الاقتصادية النتيجة واحدة، الا انه في هذا الفرض يکون مشکلة للحناط و هو انه لا بد ان ينتظر مدة حتی يبيعه المشتري.

الثانية: ان يکون المفروض ان السعر قد غلي، و کان مراد الامام ان يشتري منه بسعر الیوم الذي باعه، ففي هذا الفرض لما کان للبائع اعتراض لان فيه نفعه. و الحال اننا نجد في الرواية ان الراوي قد اعترض علی الامام.

الثالثة: ان يکون المفروض ان السعر قد تخفف و کان مراد الامام ان يشتري منه بسعر الیوم، ففي هذا الفرض ايضا لما کان للبائع اعترض لان فيه نفعه.

الرابعة: ان يکون المفروض ان السعر قد تخفف و کان مراد الامام ان يشتري منه بسعر الیوم الذي باعه، هذا الاحتمال ايضا لا ينسجم مع مفاد هذه الرواية اذ لا معني لهذه الجملة انه متاعي. مضافا الی ان السائل کان يريد ان يفسخ المعاملة و لو کان مراد الامام ذلک لما کان فرق من الناحية العملية ايضا لانه سواء فسخ المعاملة او يشتريه بالسعر يوم الذي باعه، نهاية الامر يقع التهاتر و لما کان مجال لان يعترض السائل في هذا الفرض.

 من هنا يتضح ان الرواية لا ينسجم الا مع فرض ان نقول: ان السعر قد غلي و الامام امر السائل بان يشتري منه بسعر الیوم فاعترض السائل. بناء علی هذا المعني لا يدل الرواية علی المطلوب.

ان قلت: ان هذا علی خلاف ما ذکرتم من ان للبائع ان يشتريه بثمن اقل، و لکن الرواية يقول لا بد ان يشتريه بسعر الیوم لا بثمن اقل.

قلت: صحيح ان الرواية تفيد هذا المعني لکن يوجد روايات تدل علی ان للبائع ان يشتري المتاع من المشتري بثمن اقل، فيحمل الرواية علی الحکم التنزيهي. و هذه الروايات قد وردت في باب العينة.

منها صحيح علی بن جعفر رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم ايحل ذلک؟ قال: اذا لم يشترط فرضيا فلا بأس، و هذه الرواية نص علی الجواز و رواية القاسم الحناط ظاهر في الحرمة فنحمل علی الحکم التنزيهي.

### تتميم: بيع العينة

بعد ان ذکرنا جملة من الروايات الواردة في بيع العينة من المناسب ان اذکر کتتميم علی سبيل الاختصار موارد بيع العينة في لسان الرويات و نبين حکمها، فنقول: ان بيع العينة جاء في لسان النصوص في موارد ثلاثة:

احدها: ان يبيع البائع متاعا بميليون تومان نسيئة ثم يشتري منه بخمسأة الف تومان بنقد، ففي هذا الفرض ان لم يشترط هذا البيع الثاني من اول الامر، لا اشکال فيه. و من العجيب ان السيّد الامام ايضا يقول: لا اشکال فيه ان لم يکن فيه قصد الفرار عن الربا، لکن الصحيح انه لا يمکن ان لا يکون ذلک بقصد الفرار عن الربا الا اتفاقا.

ثانيها: ما جاء في صحيح معاوية بن عمار ان الرجل کان يعاين المتاع فيرغب المتاع له و علی الاغلب لا يکون عنده نقد فيقتضي من الدلال ان يشتري ثم يبيع لمن استدعي له. ففي هذا الفرض تدل الروايات علی انه ان لم يکن من باب بيع ما ليس عندک لا اشکال فيه.

ثالثها: ان الدائن عند حلول الاجل يجئ المدین و يطالب عنه الدين، و لم يکن عنده ما يدفع به الدين، فيجئ البائع و يقول اشتر هذا المتاع مني بميليوني تومان فيشتري منه المتاع و يؤدي به دينه، و يصير علی عهدته الدين، ففي هذا الفرض ان کان المشتري معسرا، لا يجوز له ان يجبره علی الشراء. و ان لم يکن معسرا فالروايات تدل علی الجواز. و السيّد الامام مع انه يخالف حيل الربا علی الاطلاق لکن لا يتعرض هذه الروايات في باب حيل الربا، و يقول بجوازه في باب العينة.

### المقام الثاني: عيب الارادة

جاء في الفقه الغربي ان الارادة قد تصاب بالانعدام کما اذا اختلف القبول عن الايجاب، فلا يجد الموجب ما اراده وفق ما اراده القابل، و لا القابل يجد ما قبله وفق ما اراده الموجب، و قد تصاب بالعيب فهي موجودة و لکنها معيبة کما هو الحال فيما اذا اتفق الايجاب و القبول علی عنوان واحد و لکن وقع في التطبيق غلط و اشتباه کما لو باع احدهما سيارة و قبلها القابل بتخيل کونها ذات مواصفات خاصة ثم تبين خلاف ذلک. و في فرض فقدان الارادة يکون العقد باطلا، و في فرض کون الارادة معيبة فيکون للمشتري خيار الفسخ او قابلية العقد للبطلان.[[409]](#footnote-409)

و قد بحث فقهاؤنا عن مسألة تطابق الايجاب و القبول ضمن شرائط الايجاب و القبول، و مسألة الغلط الذي يوجب الخيار ضمن البحث عن خيار الرؤية و خيار تخلف الوصف و ضمن البحث عن احکام الشرط. و نحن نبحث هنا عن مسألة الاشتباه في تطبيق العنوان فنقول:

ان الايجاب و القبول تارة لا يوجد بينهما تطابق بنحو من الانحاء، هذا ما سنتعرض له في الجهة الثانية، و اخری يوجد تطابق بين الايجاب و القبول تطابقا کاملا، لکن يقع الغلط و الاشتباه في التطبيق، هذا يکون باحد نحوين: تارة يفترض تطابق الايجاب و القبول علی عنوان کلي و وقع الاشتباه في التطبيق لدي التسليم کما لو باعه عبدا کاتبا و قبل المشتري ثم طبقاه لدي التسليم تطبيقا خطأ علی عبد غير کاتب فهذا لا علاقة له بعيوب الارادة و لا يوجب الخيار و لا البطلان اذ لم يکن هذا الفرد هو متعلق العقد فغاية الامر لزوم تبديل هذا الفرد بفرد آخر واجد للمواصفات المطلوبة، نعم لو کان المبيع کليا في المعين بقيد وصف فرض تواجده في کل مصاديقه ثم تبين عدم وجوده في شئ من تلک المصاديق فهذا حاله حال بيع الجزئي.

تارة يفترض تطابق الايجاب و القبول علی مصداق جزئي کما لو باعه عبدا معينا بقيد الکتابة و قبله المشتري ثم تبين انه غير کاتب، هذا هو محل الکلام، هل ان الغلط في التطبيق يوجب الخيار ام البطلان؟

و الفقهاء علی ان الغلط قد يکون جوهريا مثل ما لو باعه عبدا حبشيا فبان حمارا وحشيا علی حد مثال الشيخ، و اخری يکون جانبيا کما في وصف العبد بالکتابة فتبين انه غير کاتب، فقد افتوا في القسم الاول بالبطلان لفقدان الارادة و في القسم الثاني بالخيار. قال الشيخ في هذا المجال: ثمّ إنّ الخيار بين الردّ و الإمساك مجّاناً هو المشهور بين الأصحاب –الی ان يقول- أنّ محلّ الكلام في تخلّف الأوصاف التي لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً، بأن يقال: إنّ المبيع فاقدٌ للأوصاف المأخوذة فيه، لا أنّه مغايرٌ للموجود. نعم، لو كان ظهور الخلاف فيما له دخلٌ في حقيقة المبيع عرفاً، فالظاهر عدم الخلاف في البطلان.[[410]](#footnote-410)

قد يتساؤل هنا انه ما هو الضابط في جوهرية الفرق و جانبيته؟ افاد الشيخ الانصاري ما محصله: ان جوهرية الفرق و جانبيته ليستا بلحاظ الحقائق الفلسفية بقدر ما هما بلحاظ اهداف العقلاء فالذکورة و الانوثة بلحاظ الممالیک تعدان من الفوارق الجوهرية، و بلحاظ الغنم تعدان من الفوارق الجانبية، بينما لا فرق من الناحية الفلسفية في ذلک بين المملوک و الغنم و الرومي و الزنجي حقيقتان عرفا رغم اتحادهما في الجوهر فلسفيا و کون الخل من الزبيب او العنب فرق جانبي عرفا بينما هو فرق جوهري فلسفيا[[411]](#footnote-411).

### الاشکالات

ان القول بايجاب الخيار في ما اذا کان الغلط جانبيا اوجب اشکالین لا بد من حلهما في المقام:

الاشکال الاول: ما ذکره المحقق الاردبيلي من ان العقد وقع علی ما هو مقيد بوصف معين يعني الوصف الجانبي ففاقد الوصف لم يقع عليه العقد فما وقع عليه العقد غير موجود و ما هو موجود لم يقع عليه العقد، و هذا يوجب البطلان لا الخيار.[[412]](#footnote-412)

اجيب عن هذا الاشکال بعدة اجوبة:

الاول: ما نسب الی صاحب الجواهر من ان المقام من موارد تعارض الوصف و الاشارة و في التعارض بينهما يقدم الاشارة لانها اقوي فيحکم بصحة المعاملة مع الخيار، نظير ما لو قال الولي زوجتک هذه التي هي اکبر بناتي، ثم تبين انها صغري بناتها فيتعارض الوصف و الاشارة. و يتقدم الاشارة علی الوصف فيحکم بالصحة.[[413]](#footnote-413)

يلاحظ عليه اولا: ما عن الشيخ الانصاري من ان هذا الکلام مجازفة لانه لا يوجد ضابط يعين ان الاشارة يقدم ام الوصف عند تعارض الاشارة و الوصف، بل الصحيح ان ذلک تابع للظهور العرفي، و العرف يحاسب ذلک حسب المقصود الاصلي، قد يکون المقصود الاصلي هو المشار اليه، فيقدم الاشارة علی الوصف، و اخری يکون المقصود الاصلي ما اتصف بالوصف فيقدم الوصف علی الاشارة.

ثانيا: ان المقام لا يرتبط بتعارض الاشارة و الوصف، لانه في تعارض الاشارة و الوصف لا نعلم ان الوصف موضوع و الاشارة مشير او بالعکس؟ و في مثل زوجتک هذه التي هي اکبر بناتي، لا ندري ان الاصل هو المشار اليه او ان الموضوع هي اکبر بناتي، هذا بخلاف مثل بعتک هذا العبد الکاتب فان الکاتبية له موضوعية في البيع، و الا لو لم يکن له موضوعية و کانت الاشارة اقوي من الوصف و لم يکن الوصف الا عنوانا مشيرا، لم يثبت خيار تخلف الوصف.

الثاني: ما ذکره المحقق الخراساني و السيّد اليزدي من ان الوصف المأخوذ في المبيع ان کان رکنا فالمطلوب واحد، و ان لم يکن رکنا فالمطلوب متعدد مثلا عند ما يشتري العبد مشروطا بکونه کاتبا هذا معناه ان المشتري يطلب العبد الکاتب و ان لم يکن کاتبا يطلب العبد، من الواضح انه في فرض وحدة المطلوب اذا انتفی الوصف ينتفي المطلوب فيبطل العقد، اما في فرض تعدد المطلوب ففي فرض التخلف عن الوصف يصح البيع لوجود احدي مطلوبيه و لکن له الخيار لعدم وجود مطلوبه الآخر، و المناط في تعدد المطلوب و وحدته نظر العرف و لا يعتبر نظر الشخص، فانه قد يکون بنظر الشخص في الوصف المقوم تعدد المطلوب و في الوصف غير المقوم وحدة المطلوب، لانا نتبع في هذه الموارد القرائن النوعية.[[414]](#footnote-414)

يلاحظ عليه اولا: انه بالنظر العرفي ان شرط الوصف في نوع الموارد يفيد وحدة المطلوب لا تعدد المطلوب من غير فرق بين ان يکون الوصف مقوما او غير مقوم، و الشاهد علی ذلک انه في مثل هذه الموارد لو کان يعلم المشتري ان العبد ليس بکاتب لم يقدم علی بيع هذا العبد الذي ليس بکاتب.

ثانيا: لو افترضنا ان له غرضين غرض تعلق بشراء العبد و غرض تعلق بشراء عبد کونه کاتبا، لکن البيع واحد ليس بمتعدد، و مع عدم تعدد البيع لم يتعلق رضا المشتري بهذا البيع فيکون باطلا.

ثالثا: انه في بيع الکلي لو باع عبدا کاتبا ثم تعذر تسليم العبد لعدم وجدانه، يبطل البيع، و لم يقل فقيه انه في فرض التعذر للبائع ان يسلم عبدا غير کاتب، مع ان لازم هذا الکلام جواز تسليم العبد غير الکاتب لتعدد المطلوب في مثل هذه الموارد، و هذا يشهد بعدم صحة هذا الجواب.

الثالث: الصحيح ان نقول ان الارتکاز العقلائي يحکم بان البيع ان کان معلقا علی وجود الوصف في المبيع الشخصي فبانتفائه ينتفي و يبطل البيع، و ان لم يکن معلقا علی وجود هذا الوصف فلا يبطل البيع، و الشاهد علی ذلک ان البائع لو باع للمشتري عبدا کاتبا، فالتفت المشتري انه ليس بکاتب و لکنه رضي به. فلو طالب عنه البائع و لم يرده المشتري العبد مستدلا بانه کان من حقي ان ارده و لکني تنزلت عن حقي، فان العرف يحکم بانه ليس للبائع ان يجبر المشتري علی الرد. هذا يشهد بان التمليک بالنظر العرفي ليس بمعلق علی الوصف هذا في المبيع الشخصي.

بالتوجه الی هذه القاعدة الکلية عند ما راجعنا الارتکاز العقلائي في موارد تخلف الوصف نجد ان العرف يفرق بين الوصف المقوم و بين الوصف غير المقوم فان الوصف ان کان غير مقوم لا يعد العقد معلقا علی الوصف، و ان کان مقوما فيعد العقد معلقا عليه و لذلک لو باع حنطة تبين انه شعير يحکم العرف بان للبائع ان يرجع الی المشتري، و ليس للمشتري ان يقول اني تنزلت عن حقي.

بعبارة: ان المبيع ان کان کليا فيرجع الوصف الی التقييد بعتک العبد بشرط کونه کاتبا. و ان کان شخصيا فالشخصي لا يقبل التقييد لان التقييد في المفهوم الکلي و الجزئي لا يقبل التقييد و لو اردنا ان نقيده فهذا يرجع الی التعليق، بعتک هذا العبد معلقا علی کونه کاتبا، و التعليق في العنوان المقوم عرفي بعتک هذا ان کان عبدا، و لکن الوصف ان کان غير مقوم فلا ظهور له في التعليق يعني لا ظهور له في اني بعتک هذا العبد علی تقدير کونه کاتبا. و لو کان له ظهور في التعليق لم يفترق عن الوصف المقوم. و الشاهد علی ذلک هو الارتکاز العرفي مثلا لو باع العبد بتصور انه کاتب و لم يکن کاتبا ثم رضي المشتري به لم يکن البائع ذي حق ان يرجع المبيع. هذا بخلاف ما اذا کان الوصف مقوما فانه في فرض التخلف للبائع الرجوع و ان رضي المشتري به.

نعم يتساؤل انه اي اثر لهذا الوصف؟ الجواب انه يوجد هنا مبنيان:

احدهما ما عن السيّد الخوئي من اثر ذکر الوصف في الجزئي ليس الا جعل الخيار عند تخلف الوصف، و جعل الخيار يرجع الی التقييد، و لذلک بناء علی مبني السيّد الخوئي لو اشترط في عقد النکاح وجدان وصف، هذا معناه جعل الخيار في فرض عدم الشرط و لکن لا يلتزم السيّد الخوئي به و لذلک لا يحکم بجعل الخيار.

 ثانيهما: ما هو المختار من اثر ذکر هذا الوصف هو التعهد بوجود هذا الوصف، فاذن ذکر الوصف ليس لا للتعليق و لا للتقييد بل تعهد بوجود هذا الوصف. و تفصيل هذا الکلام في محله.

بالنتيجة ان الارتکاز العقلائي يحکم في فرض التخلف الوصف المقوم بالبطلان، و في فرض التخلف عن الوصف غير المقوم بالخيار.

الثالث: ما عن المحقق الاصفهاني من ان الملکية من الامور الاعتبارية التي تعتبرها المعتبر في نفسها، و هذا المعتبر موجود في وعاء نفس المعتبر و هو البائع، و حيث ان المعتبر امر نفساني لا بد ان يکون طرف هذا الاعتبار امرا نفسانيا لاستحالة تعلق امر نفساني بامر خارجي، فاذن يعتبر ملکية عنوان العبد الکاتب الموجود في صقع النفس و هو يری هذا العنوان فانيا في الخارج، و لذلک حسب مقتضي القاعدة ان العنوان الذهني اذا لم يطابق الخارج لا بد من القول ببطلان البيع. لکن العرف يحکم بالصحة باعتبار ان العرف يری هذا العنوان واسطة في الثبوت، يعني ان التصور و ان تعلق بهذا العنوان اي العبد الکاتب لکن بالنظر العرفي يجعل البائع الملکية لهذا العبد الخارجي، و اذا کان متعلق الملکية هذا العبد الجزئي و الجزئي غير قابل للتقييد.

بعبارة باعتبار ان العقل يری ان البيع تعلق بهذا العنوان و حيث ان العنوان لا يطابق الخارج فيحکم بالبطلان، لکن المتبع في مثل هذه الموارد هو العرف لان الشرع جعل المعيار هو العرف، و عند ما راجعنا العرف نجد ان العرف يقول ان التمليک تعلق بهذا العبد الخارجي و هذا العبد الخارجي جزئي و هو غير قابل للتقييد، فاذن لا يبطل العقد لان التمليک تعلق به، نهاية الامر انه ذکر وصفا قد تخلف عنه فيکون له خيار تخلف الوصف.

اجاب السيّد الامام عنه بان التمليک يتعلق بالامر الخارجي بنظر العقل في موارد يکون المبيع جزئي و الفرق بين العقل و العرف ان العقل يری عنوان العبد الکاتب واسطة في الثبوت و من طريق تصوره يتعلق التمليک بالخارج، و لکن العرف حتی لا يری هذه الواسطة في البين.

ثم اضاف السيّد الامام صحيح انه في البيع الکلي ان المبيع هو عنوان العبد الکاتب لا الخارج، و لکن في المبيع الشخصي ان المملوک هو الامر الخارجي لا العنوان.

باعتقادنا ان الصحيح ما ذکره السيّد الامام و ذلک لان الملکية امر اعتباري و لا مانع من ان يتعلق الامر الاعتباري بامر خارجي بنظر العقل، مجرد تصور هذا الامر الخارجي کاف في ان يتعلق الامر الاعتباري بالخارج، کما اننا في التسمية نقول ان التسمية يتعلق بالامر الخارجي، لا العنوان الذهني. و لا يلزم اکثر من تصور متعلق الامر الاعتباري، و ان کان طرف الاعتبار هو الخارج.

نحن نضيف ان الامر في المبيع الکلي کذلک فان التمليک لا يتعلق بالعنوان بل الذي يتعلق به التمليک هو الامر الخارجي و الا فان المبيع الذهني لا يسمن و لا يغني من جوع، و لذلک لا يصح ما ذکره المحقق الاصفهاني.

الاشکال الثاني: ما ذکره الشيخ من ان صحة العقد مشروطة بالرضا و الرضا مقيد بالوصف المقصود فمع فقدانه يفقد الرضا، و هذا يوجب بطلان العقد.

يجاب عن هذا الاشکال بوجوه:

الاول: ما ذکره المحقق النائيني في المقام من ان الرضا المشروط في المعاملة ليس عبارة عن طيب النفس و ارتياحها للمعاملة و انما هو عبارة عما اسماه بالرضا المعاملي، و هو عبارة عن کون العقد و الانشاء عن اختيار لا عن اکراه او جبر، فانتفاء الرضا في المقام ان قصد به طيب النفس حيث لا يرغب المشتري نفسيا الا في العبد الکاتب مثلا فهذا لا يضر بصحة العقد، و ان کان المقصود به الرضا المعاملي، اي حصول العقد عن اختيار فهذا حاصل في المقام، لان الاختيار و الرضا بهذا المعني يتعلق بالتمليک المتقوم بالصورة النوعية في شيئية الشئ و مالية المال لا بالاوصاف الجانبية.

و استشهد لعدم کون الرضا المشروط في المعاملة بمعني طيب النفس و ارتياحها للمعاملة بانه لو کان هذا هو الشرط في صحة المعاملة لبطلت المعاملات التي تحصل علی اساس الاضطرار من فقر و فاقة و نحو ذلک مما يؤدي الی ان يبيع الشخص بعض اثاثه رغما علی نفسه و بحرقة القلب لا بطيبه، و کذلک بطلت المعاملات تقوم علی اساس دواع تتخلف کما لو اشتري الدواء لاجل ابنه الذي اعتقد کونه مريضا ثم انکشف عدم ابتلائه بالمرض و هو لا يطيب نفسا بصرف المال في شراء الدواء بلافائدة و لکنه حين المعاملة کان راضيا بها، بمعني انه لم يکن مجبورا او مکرها عليها، بل صدرت المعاملة بمحض اختياره و کان هذا کافيا في صحة المعاملة، فکذلک الحال فيما نحن فيه فقد اشتري هذا العبد الذي اعتقده کاتبا بمحض اختياره و لم يجبره احد علی شرائه و هذا هو المقياس في الصحة نعم التزم له البائع ضم التزامه بالبيع بکون العبد کاتبا و قد تخلف هذا الالتزام الضمني و هذا انما يوجب الخيار و لا يوجب اختلالا في الالتزام الاول.[[415]](#footnote-415)

يلاحظ عليه: ان الرضا المشترط في المعاملة هو عين الرضا بمعني طيب النفس و ليس للرضا المشترط في المعاملة له معني آخر، غير طيب النفس لان ظاهر الرضا المستفاد من قوله الا ان تکون تجارة عن تراض هو الرضا بمعني طيب النفس، الا ان هذا الرضا قد يکون رضا محضا و صرفا و اخری يکون هذا الرضا حاصلا بعد الکسر و الانکسار. و لا يرد عليه من عدم وجود الرضا بمعني طيب النفس في بيع المضطر و في بيع ما تخلف عن الداعي، لان طيب النفس الحاصل بعد الکسر و الانکسار موجود في بيع المضطر و في فرض تخلف الداعي.

الثاني: و هو المختار من ان الرضا تعلق بشراء هذا العبد الخارجي و اما کونه کاتبا فهو داع علی الشراء لا شرط الرضا، و الشاهد علی ذلک هو الارتکاز العقلائي لانه لما رأي ان العبد کاتبا فرضي بان يشتري العبد. و هو مجرد داع و حيثية تعليلية لا انه شرط. بالنتيجة انه يوجد رضا فعلي بشراء هذا العبد لکنه يتخيل انه کاتب و الوصف يکون مجرد داع للشراء هذا في الوصف غير المقوم لا في الوصف المقوم.

و يشهد لذلک روايتان ورد في مورد فساد الشرط قد حکم بصحة البيع، مع ان الاشکال يرد في بحث فساد الشرط فان رضا المشتري مقيد بفرض وجود الشرط.

روي الکليني عن علی بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الشَّرْطِ فِي الْإِمَاءِ أَلَّا تُبَاعَ وَ لَا تُورَثَ وَ لَا تُوهَبَ فَقَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ غَيْرَ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهَا تُورَثُ وَ كُلُّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ فَهُوَ رَدٌّ.[[416]](#footnote-416) فان الرواية تدل علی ان الشرط فاسد و لکن البيع صحيح. و هذا لا معني له الا ما ذکرناه من ان الارتکاز العقلائي علی ان الشرط و الوصف في مثل هذه الموارد مجرد داع و الا للزم تخلف الرضا عما اشتراه و هذا غير صحيح.

و نظير هذه الرواية رواه الشيخ في التهذيب عَنْهُ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ سِنَانٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الشَّرْطِ فِي الْإِمَاءِ أَلَّا تُبَاعَ وَ لَا تُورَثَ وَ لَا تُوهَبَ فَقَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ غَيْرَ الْمِيرَاثِ فَإِنَّهَا تُورَثُ لِأَنَّ كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ الْكِتَابَ فَهُوَ بَاطِلٌ قَالَ ابْنُ سِنَانٍ وَ سَأَلْتُهُ عَنْ مَمْلُوكٍ فِيهِ شُرَكَاءُ فَبَاعَ أَحَدُهُمْ نَصِيبَهُ فَقَالَ أَحَدُهُمْ أَنَا أَحَقُّ بِهِ أَ لَهُ ذَلِكَ قَالَ نَعَمْ إِنْ كَانَ وَاحِداً.[[417]](#footnote-417)

رواية اخری رواها الکليني عن علی بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ أَمَةٍ كَانَتْ تَحْتَ عَبْدٍ فَأُعْتِقَتِ الْأَمَةُ قَالَ أَمْرُهَا بِيَدِهَا إِنْ شَاءَتْ تَرَكَتْ نَفْسَهَا مَعَ زَوْجِهَا وَ إِنْ شَاءَتْ نَزَعَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ‏ وَ ذَكَرَ أَنَّ بَرِيرَةَ كَانَتْ عِنْدَ زَوْجٍ لَهَا وَ هِيَ مَمْلُوكَةٌ فَاشْتَرَتْهَا عَائِشَةُ فَأَعْتَقَتْهَا فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ’ وَ قَالَ إِنْ شَاءَتْ أَنْ تَقِرَّ عِنْدَ زَوْجِهَا وَ إِنْ شَاءَتْ فَارَقَتْهُ وَ كَانَ مَوَاليها الَّذِينَ بَاعُوهَا اشْتَرَطُوا عَلَى عَائِشَةَ أَنَّ لَهُمْ وَلَاءَهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ’ الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَ تُصُدِّقَ عَلَى بَرِيرَةَ بِلَحْمٍ فَأَهْدَتْهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ’ فَعَلَّقَتْهُ عَائِشَةُ وَ قَالَتْ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ’ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ الصَّدَقَةِ فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ’ وَ اللَّحْمُ مُعَلَّقٌ فَقَالَ مَا شَأْنُ هَذَا اللَّحْمِ لَمْ يُطْبَخْ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ صُدِّقَ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ وَ أَنْتَ لَا تَأْكُلُ الصَّدَقَةَ فَقَالَ هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَ لَنَا هَدِيَّةٌ ثُمَّ أَمَرَ بِطَبْخِهِ فَجَاءَ فِيهَا ثَلَاثٌ مِنَ السُّنَنِ.[[418]](#footnote-418) فان الشرط في هذا المورد حکم ببطلانه مع ان الرضا معلق عليه و هذا لا ينسجم الا مع القول بان الشرط في مثل هذه الموارد مجرد داع، لا ان الرضا منوط به.

### المقام الثالث: فقدان الارادة

ان فقدان الارادة لها مصاديق لا بد ان نبحث عن هذه المصاديق: احدها عدم التطابق بين الايجاب والقبول، و الآخر هو وقوع العقد عن اکراه. فلذلک نعقد البحث ضمن امرين:

### الامر الاول: عدم التطابق بين الايجاب و القبول

ذکر السيّد الخوئي موارد لعدم التطابق بين الايجاب و القبول:

الاول: عدم التطابق في نوع المعاملة؛ مثل ما لو قال احد المتبايعين لصاحبه: بعتک داري بکذا، و يقول صاحبه: قبلت الهبة بکذا. و الاختلاف في هذا الفرض يوجب بطلان العقد، ضرورة ان ما انشأه الموجب لم يقبله القابل و ما قبله القابل لم ينشأه الموجب، فلا يتحقق معاهدة و معاقدة، بل يکون عهد کل منهما بعيدا عن عهد الآخر.

الثاني: عدم التطابق من ناحية المبيع؛ مثل ما لو قال البائع: بعتک الکتاب و المشتري يقبله بيع الغنم بکذا، ففي هذا الفرض ايضا الاختلاف يوجب بطلان البيع لعدم ارتباط عهد احدهما بالآخر فلا يتحقق عقد مرکب من الايجاب و القبول.

الثالث: عدم التطابق من ناحية الثمن؛ مثل ما لو قال البائع: بعتک الکتاب بالفين تومان و المشتري يقبله بالف تومان، ففي هذا الفرض ايضا ان الاختلاف يوجب بطلان البيع، لعدم تحقق المعاقدة مع الاختلاف في الثمن.[[419]](#footnote-419)

الرابع: عدم التطابق من ناحية طرف العقد؛ مثل ما لو قال البائع: بعت لک هذا البيت و المشتري يقول: اشتريت لموکلي، ذکر السيّد الخوئي: ان الاختلاف من ناحية طرف العقد لا يوجب البطلان الا في موردين:

المورد الاول: ما اذا کان طرف العقد رکنا؛ کعقد النکاح فلو قالت الزوجة زوجتک نفسي، و هو يقول: قبلت لموکلي، ففي هذا الفرض ان الاختلاف في طرف العقد يوجب البطلان، لان الزوجين في عقد الزوجين منزلتهما في عقد الزواج منزلة العوضين في البيع، فکما يعتبر التطابق بين الايجاب و القبول من ناحية العوضين کذلک في الزوجين، و هما رکنان في عقد الزواج، و مع الاختلاف فيه يختل رکن العقد فيبطل العقد.

المورد الثاني: ما اذا کان الثمن او المثمن کليا في الذمة؛ فلو قال البائع: بعتک هذا الکتاب بالف تومان نسيئة و هو يريد المشتري، و قبله المشتري لموکله، فانه في هذا الفرض يختل التطابق بين الايجاب و القبول فيبطل العقد، و ذلک لان الاختلاف في الذمم يرجع الی الاختلاف في الثمن فان الثمن الذي في ذمة المشتري غير الثمن الذي علی ذمة الموکل، و من الواضح ان الاختلاف في الثمن يوجب الاختلال في التطابق بين الايجاب و القبول، هذا مضافا الی ان الذمم بحسب الاعتبار العقلائي مختلفة من حيث قوة الوثاقة و ضعفها اذ رب شخص لا يعتمد عليه في الامور الحقيرة و رب شخص تطمئن النفس اليه في الامور الخطيرة، و ربما يبيع الشخص دينا لشخص ملايين تومان و لا يبيع لشخص آخر الف تومان. فاذن هذا الاختلال في التطابق بين الايجاب و القبول يوجب بطلان البيع.

اما في غير هذين الموردين يعني فيما اذا لم يکن الطرف رکنا في العقد و لا کان الثمن او المثمن علی الذمة، بل نفترض ان المثمن شخصي و الثمن نقد، ففي مثل هذا المورد ان الاختلاف في طرف العقد لا يوجب البطلان، لان المهم في البيع تبديل المالین، و لا يهم ان يکون المالک هذا الشخص او ذاک الشخص بعد ان کانا واجدين للشرائط العامة للمتعاملين.[[420]](#footnote-420)

اقول: ان ما ذکره السيّد الخوئي من ان الاختلاف في الذمم يوجب عدم التطابق بين الايجاب و القبول، بالنتيجة يبطل العقد هذا صحيح في موردين يعني انه يوجب عدم التطابق في موردين لا علی الاطلاق:

الاول فيما اذا صرح البائع و المشتري بالطرفين بمعني ان البائع يصرح بانه يبيع للمشتري و المشتري يصرح بانه يشتريه لشخص آخر ففي هذا الفرض يوجب عدم التطابق بين الايجاب و القبول. الثاني: ان يکون قرينة علی ان البائع يبيع للمشتري لاجل خصوصية بحيث لو لم يکن هذه الخصوصية لم يبع له. فاذن لو کان الاختلاف في متن العقد او کان قرينة علی التقييد لا يوجد تطابق بين الايجاب و القبول. اما في غير هذين الموردين فالاختلاف في الذمم لا يوجب عدم التطابق بين الايجاب و القبول و بالنتيجة بطلان العقد، و الا لو استوجب ذلک البطلان يبطل کثير من المعاملات لانه کثيرا ما يکون المشتري وکيلا او عاملا مضاربا فيشتري بنية المالک و الا لا يصح المضاربة و لا الوکالة، و لکن في نفس الوقت يبيع البائع من العامل، فنية العامل بانه يشتري للموکل يوجب ان يشتغل ذمة الموکل بالثمن و لکن البائع يبيعه للعامل.

الخامس: عدم التطابق من ناحية الشرط؛ مثل ما لو قال البائع: بعتک الکتاب بشرط ان تخيط لي ثوبا و يقبله المشتري بلا شرط. هل ان هذا الاختلاف يوجب البطلان ام لا؟ في المسألة اقوال:

القول الاول: ما ذکره السيّد الامام من ان الاختلاف في الشرط لا يوجب الا خيار تخلف الشرط و ذلک لان العقد ظرف للشرط و الشرط ليس الا مجرد مظروف وقع في هذا الظرف و لا علاقة بينه و بين العقد، و علی هذا الاساس ان التخلف عن الشرط لا يوجب الا الخيار. و لذلک قال الامام في کتاب القرض: القرض المشروط بالزيادة صحيح‏، لكن الشرط باطل و حرام، فيجوز الاقتراض ممن لا يقرض إلا بالزيادة كالبنك و غيره مع عدم قبول الشرط على نحو الجدّ و قبول القرض فقط، و لا يحرم إظهار قبول الشرط من دون جد و قصد حقيقي به، فيصح القرض و يبطل الشرط من دون ارتكاب الحرام.[[421]](#footnote-421)

يلاحظ عليه: اولا ان ما يستفاد من کتاب القرض من ان الاختلاف في الشرط لا يوجب البطلان، ينافي ما ذکره في کتاب البيع حيث قال: و لو قال: بعت هذا بهذا على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام مثلا فقال: اشتريت بلا شرط لم ينعقد، و لو انعكس بأن أوجب البائع بلا شرط و قبل المشتري معه فلا ينعقد مشروطا، و هل ينعقد مطلقا و بلا شرط؟ فيه إشكال.[[422]](#footnote-422) هذا معناه ان الاختلاف في الشرط يوجب البطلان.

ثانيا: انه يلزم بناء علی هذا الرأي، صحة عقد النکاح و لزومه مع الاختلاف في الشرط و هذا يبعد الالتزام به، و ذلک لو افترضنا ان الزوجة اشترط في العقد شيئا و قبله الزوج من دون شرط، بناء علی هذا المبني يصح العقد، و حيث انه لا خيار في النکاح کما يصرح به السيّد الامام[[423]](#footnote-423) يکون هذا العقد لازما ايضا، فاذن في فرض اختلاف الشرط يصح البيع و يلزم في باب النکاح، هذا يبعد الالتزام به فقهيا و لا شک في انه لا يلتزم به عرفيا.

ثالثا: حتی لو افترضنا عدم تعليق العقد علی الشرط و قلنا بان نسبة الشرط الی العقد نسبة المظروف الی ظرفه، لکن العقد مرکب من الايجاب و شرطه و مع الاختلاف في الشرط لا يتحقق عقد.

القول الثاني: ما ذکره السيّد الخوئي في المصباح من ان الاختلاف في الشرط يوجب بطلان العقد و ذلک لان المشترط عند ما يشترط شيئا فهذا الاشتراط يرجع الی امرين: الاول: انه يعلق تمليکه بالالتزام بخياطة الثوب فيکون العقد معلقا علی التزام المشتري بالشرط و هو الخياطة. و لذلک لو قبل المشتري مع الشرط و هو الالتزام بخياطة الثوب يحصل التطابق بين الايجاب و القبول فيصح العقد، اما لو قبله من دون شرط فلا يحصل تطابق بين الايجاب و القبول فيبطل العقد. الثاني: ان البائع يعلق التزامه بالعقد بتحقق الشرط و هو خياطة الثوب خارجا، کانه يقول: اني التزم بعدم فسخ العقد في فرض تحقق الشرط خارجا و الا فلا التزم بهذا العقد و هذا معناه جعل الخيار لنفسه في فرض عدم تحقق الشرط. بالنتيجة ان المشتري لو لم يقبل العقد مع الشرط هذا معناه انه لم يقبل العقد بکليته فلا يتحقق العقد.

نعم في بعض المعاملات قد يوجد احد الشرطين دون الآخر: مثلا في باب النکاح لو قال: زوجتک نفسي بشرط ان تخيط ثوبي، و يقول الزوج قبلت، فهنا يوجد الامر الاول، فلو قبله الزوج من دون الشرط فلا يوجد تطابق بين الايجاب و القبول، و لا يوجد الامر الثاني و هو وجود الخيار في فرض عدم تحقق الشرط لعدم وجود الخيار في النکاح. في بعض الموارد يوجد الامر الثاني دون الاول مثل شرط الوصف مثل ما لوقال: بعتک العبد بشرط ان يکون وصفا، اذ لا معني للالتزام بوجود الوصف لانه امر خارجي خارج عن اختياره و ليس معناه الا اشتراط جعل الخيار في فرض عدم وجود هذا الوصف. فانه في مثل هذا المورد لو اشترط المشتري الوصف و لم يقبله البائع هذا يعني يريد اني مالک للثمن حتی فرض عدم وجود الوصف.[[424]](#footnote-424)

القول الثالث: ما ذکره السيّد الخوئي في المحاضرات و مسبقا عليه ذکره السيّد اليزدي و المحقق الاصفهاني من ان الاختلاف في الشرط يوجب ان يکون هذا العقد موقوفا علی اجازة البائع بمعني ان العقد ليس باطلا و لا نافذا بل يکون نفاذه و صحته موقوفا علی اجازة البائع، فلو لوقال البائع بعتک الکتاب بشرط ان تخيط ثوبي و قبله المشتري من دون شرط يقع البيع صحته موقوفا علی اجازة البائع.

قد علل هذا القول بوجهين: الاول ما ذکره السيّد الخوئي و يستفاد من کلام السيّد اليزدي من ان الاشتراط في العقد لا يرجع الی تعليق العقد علی الالتزام بالشرط، و الا لزم تعليق العقد، بل معناه ان الالتزام بالوفاء بالعقد معلّق علی الشرط، فحقيقة هذا الشرط يرجع الی جعل الخيار علی تقدير تخلف الشرط، بالنتيجة ان تمليک الکتاب فعلي غير معلق علی شئ و لکن التزامه بهذا العقد موقوف علی تحقق هذا الشرط، و لذلک لو لم يقبل المشتري هذا العقد مع شرطه يحصل التمليک الا ان للبائع الخيار. فعلي هذا الاساس لو قال البائع بعتک داري علی ان تخيط ثوبي و قال المشتري قبلت بلاشرط کان الالتزام البيعي من الطرفين محققا و انما اختلافهما من حيث الالتزام بالوفاء فاذا رضي البائع بسقوط شرطه صح البيع.[[425]](#footnote-425)

قال السيّد اليزدي: يمكن أن يقال إذا أوجب البائع بشرط الخياطة أو بشرط أن يكون لي الخيار مثلا فقال المشتري قبلت بلا شرط إنّه يصح غاية الأمر أنه لا يحتاج إلى إمضاء البائع و ذلك لأن الشرط ليس قيدا بل هو التزام في التزام فتدبّر.[[426]](#footnote-426)

هذا رأي متوسط بين الرأيين فان الرأي الاول يقول بنفاذ هذا العقد مع الخيار و الثاني يقول ببطلان هذا العقد و لکن هذا الرأي يقول بعدم نفاذ هذا العقد.

فهم شيخنا التبريزي مما ذکره السيّد الخوئي في المحاضرات انه في هذا الفرض يصح البيع و لکن يتوقف لزومه علی اسقاط البائع شرط الخيار، و في فرض عدم اسقاطه الخيار له ان يفسخ البيع، فاستشکل علی السيّد الخوئي: انه بناء علی ذلک لو مات البائع يدخل المبيع في ملک المشتري و للورثة حق الفسخ او الغاء الشرط، و لا اظن الالتزام منه او من غيره بذلک[[427]](#footnote-427).

يلاحظ عليه: ان السيّد الخوئي يصرح بانه اذا الغي البائع الشرط صح البيع لا انه لزم البيع فلا يرد عليه هذا النقض. بعبارة ان السيّد الخوئي يقول ان البيع صحيح بمعني انه ليس بباطل و لکن صحته معلقة علی امضاء البائع. و هذا ما يستفاد صريحا من عبارة السيّد الخوئي.

الثاني: ما يستفاد من کلام المحقق الاصفهاني و المحقق الايرواني من ان المسألة مبنية علی القول بان الشرط الفاسد يفسد العقد ام لا؟ فان قلنا بان الشرط الفاسد يوجب فساد العقد، ففي فرض اختلاف الايجاب و القبول في الشرط يبطل العقد، لانه لا فرق بين ان يکون الشرط فاسدا او لا يقبله المشتري فانه في کلا الفرضين يفسد الشرط، و المفروض انه اذا فسد الشرط فسد العقد باعتبار ان الشرط قيد و اذا فسد القيد يوجب عدم المقيد؛ و ان قلنا بان الشرط الفاسد لا يفسد العقد فيصح العقد نهاية الامر ان له الخيار، و حيث انا نقول بعدم فساد العقد بفساد الشرط فاذن يصح العقد نهاية الامر انه يحتاج الی امضاء من البائع.[[428]](#footnote-428)

### الملاحظة علی القول الثالث

باعتقادنا ان ما ذکره في المحاضرات غير صحيح و الحق ما ذکره في المصباح من ان الاختلاف في الشرط يوجب عدم تحقق العقد و ذلک اولا: انه لو قال البائع بعتک هذا الکتاب بشرط ان تخيط ثوبي و قال المشتري اشتريت هذا الکتاب بشرط ان تحج عن ابي، و لم يقبل کل منهما شرط الآخر، ما اتصور ان يقول احد انه تحقق العقد و لکن لکل منهما الخيار، او يقول انه تحقق العقد و لکن صحته يتوقف علی اجازة الآخر، و ما اتصور ان يلتزم عرف بتحقق المعاملة في مثل هذه الموارد. و المقام مثل هذا المورد الا ان الشرط من احد الجانبين و عدم القبول من الجانب الآخر، هذا يکشف بان الاختلاف في الشرط يوجب عدم تحقق العقد.

ثانيا: اننا نعتقد في باب الشرط انه من النظرة العرفية علی الاعم الاغلب ان العقد معلق علی التزام الطرف المقابل بالشرط، فعند ما يقال بعتک بشرط ان تخيط ثوبي فالمتفاهم العرفي منه ان العقد معلق علی التزام الطرف المقابل بالشرط. و علی هذا الاساس لو قبله من دون شرط لا يحصل تطابق بين الايجاب و القبول فلا يتحقق عقد. و لا حاجة الی ما ذکره السيّد الخوئي في المصباح من تحديد الملکية ما دام لم افسخ العقد بل جعل حق الخيار حق مستقل و لا ارتباط له بجعل الملکية المحددة بل التمليک غير محدد الا ان هذا التمليک معلق علی قبول ان يکون له حق الخيار و اذا لم يلتزم الطرف المقابل بهذا الشرط فلا يوجد تطابق.

علی فرض التسلم من عدم تعليق العقد بالشرط مثل ما لو قال الزوجة اني راض بالزواج حتی من دون شرط، و لکن التزم في ضمن عقد الزواج بالعمل بجملة من الشروط. يعني ان عقدي ليس معلقا علی شروط ضمن العقد و لکن اريد ان تتعهد بهذا الشروط ضمن العقد يعني ان المطلوب متعدد. ففي هذا الفرض لو انشأ الزوجة العقد مع الشرط و الزوج قبله من دون شرط فان العرف يری عدم التطابق بين الايجاب و القبول و لا يقول: ان القبول يتعلق بخصوص الايجاب من دون شرط، و السر في ذلک ان العقد في حقيقته مرکب من الايجاب الذي فيه هذه الشروط، و هو لم يقبل هذه الشروط فهو في الحقيقة لم يقبل العقد، فيکون العقد باطلا و غير محقق.

ثالثا: ان ما ذکره السيّد الخوئي في المحاضرات ان المشتري لو قبل العقد من دون شرط تحقق العقد بينهما، ففيه انه ان تحقق العقد لا بد ان يقول ان البيع صحيح، نهاية الامر انه يثبت للبائع الخيار، و لا وجه لان يقال بان صحة العقد معلق علی اجازته. بعبارة ان نتيجة هذا الکلام صحة البيع مع ثبوت الخيار، و لکن تقول: ان البيع قد تحقق و لکن لم يتحقق رضا البائع هذا لا معني له.

بعبارة ان مفروض السيّد الخوئي ان التمليک تحقق بالعقد، فيه ان التمليک لو تحقق فلا معني لتعليق صحة العقد علی الاجازة بل نهاية الامر ان له الخيار کما ذهب اليه السيّد الامام.

اما ما ذکره المحقق الاصفهاني من ان البحث يبتني علی ان الشرط الفاسد يفسد العقد ام لا؟ بناء علی عدم ايجابه للفساد کما هو المختار فهذا لازمه ان العقد يتحقق من دون الشرط، فاذن ففي فرض الاختلاف في الشرط ايضا يتحقق العقد، لانه لا فرق بين ان يکون الشرط فاسدا او لا يقبله المشتري فکلا الفرضين لا يوجب عدم تحقق الشرط.

رابعا: ان ما ذکره المحقق الاصفهاني من ابتناء المسألة علی ان فساد الشرط يوجب فساد العقد ام لا؟ ايضا غير تام لان المسألة لا يرتبط بمسألة ان فساد الشرط يوجب فساد العقد ام لا؟ لانه في هذه المسألة لا يوجد اشکالية من ناحية الالتزام العقدي، اذ المفروض ان ان البائع انشأ الملکية معلقا علی الشرط و قد قبل المشتري الشرط و التزم به، و بهذا الالتزام حصل المعلق عليه، لکن کل الاشکالية في المقام ان المشتري لم يقبل الشرط فلا يتحقق عقد اصلا. بالنتيجة ان الاختلاف في الشرط يوجب عدم التطابق بين الايجاب و القبول، فلا يصح العقد فعلا و لا يقبل لحوق الاجازة.

ذکر في فقه العقود انه في فرض اختلاف المتعاقدين في الشرط يصلح العقد للحوق الاجازة به کما عليه السيّد اليزدي هذه حالة وسطية بين بطلان العقد بمعني الحاجة الی تجديد الانشاء و بين صحته مع الخيار بمعني ان ازالته بحاجة الی الفسخ علی اساس الاختلاف في الشرط، بل العقد يکون في تأثيره بحاجة الی تعقب الرضا لان الرضا کان منوطا بالشرط و قد وقع الخلاف بينهما فيه فان اعقبه الرضا تم العقد و الا بطل العقد بفقدان الرضا. ثم استثني من ذلک فانه يصح العقد في هذين الموردين من دون لحوق الاجازة به:

المورد الاول: ان لا يکون رضا المشترط مشروطا بالالتزام بالشرط، و انما فرض الشرط طلبا لمزيد من الخير بحيث لو لم يقبل الطرف المقابل هذا الاشتراط ايضا يکون راضيا بالعقد، ففي هذا الفرض يکون العقد صحيحا من دون لحوق الاجازة به الا انه لا يکون لازما.

يلاحظ عليه: ما ادري هل انه يقول هذا الکلام في النکاح ام لا؟ و لو کان يقول به لازمه تحقق النکاح من دون شرط و من دون خيار، و هذا يبعد الالتزام به.

الثاني: ما اذا لم يطلع العاقد علی عدم موافقة صاحبه علی شرطه لغفلة او لاجمال کلام صاحبه او لاي سبب آخر فسري الرضا الی هذا المصداق من العقد علی اثر جهله بعدم انعقاد شرطه المطلوب فهنا ايضا ينعقد العقد و يکون له الخيار.[[429]](#footnote-429)

يلاحظ علی الاول: انه لا وجه لهذا الاستثناء اصلا فان المهم ان الشرط قد جاء في متن العقد، فيکون لازم الوفاء به و لا يهم انه راض بالعقد من دون الشرط. و الثاني لو کان المراد منه صرف الشرط الارتکازي فهذا لا يلزم الوفاء به و لا يوجب الخيار و اخری يقع العقد مبنيا عليه و سمه بالشرط الارتکازي هذا لا يفترق عن الشرط المصرح اصلا.

اشکال: بطلان اکثر معاملات الناس

الی هنا اتضح ان الصحيح ان الاختلاف في الشرط يوجب بطلان العقد، لکن هذا الکلام يلزم منه اشکال مهم و هو بطلان اکثر معاملات الناس و ذلک لانه يوجد شروط ارتکازية لا يصرح به في العقد فيقع الخلاف بين المتعاملين، مثلا ان الشرط الارتکازي في اسواق المتدينين ان يودي المشتري الثمن من المال الحلال و لکن المشتري يريد اداء الثمن من مال غير حلال، فلا يقع التطابق بين الايجاب و القبول بحسب الشرط، فيبطل العقد بناء علی هذا القول، و هذا لا يمکن الالتزام به.

الجواب: اولا انا نلتزم ببطلان المعاملات في هذه الموارد و ليس المورد من الموارد التي لا يمکن الالتزام به لانا نجد ان السيّد اليزدي قد التزم بذلک في فرع من فروع المسألة المرتبطة به. قال: (مسألة 8): إذا استقرض ثوباً و كان من نيّته عدم أداء عوضه أو كان من نيّته الأداء من الحرام فعن بعض العلماء أنّه يكون من المغصوب بل عن بعضهم أنّه لو لم ينو الأداء أصلًا لا من الحلال و لا من الحرام أيضاً كذلك، و لا يبعد ما ذكراه و لا يختصّ بالقرض و لا بالثوب، بل لو اشترى أو استأجر أو نحو ذلك و كان من نيّته عدم أداء العوض أيضاً كذلك[[430]](#footnote-430).

ثانيا: ان البناء علی الاعطاء من المال الحرام ليس بمعني عدم قبول الشرط، فانه کثيرا ما يلتزم الشخص انشاء بالشرط الذي اشترطه البائع و لکنه يبني علی الاعطاء من المال الحرام. بعبارة يلتزم في مقام الانشاء علی هذا الشرط الارتکازي و لکنه يبني علی الاعطاء من المال الحرام. او افترض انه يشترط في عقد النکاح مبلغا غالیا فيقبل الزوج هذا الامر و يلتزم به في مقام الانشاء و لکنه يبني من الناحية العملية علی عدم اعطاء هذا المال.[[431]](#footnote-431)

### المقام الرابع: احکام عيب الارادة

قد تقدم ان عيب الارادة يوجب الخيار، و ليس المراد من الخيار هو الخيار الشرعي کخيار المجلس و الحيوان؛ بل المراد هو الخيار العقلائي الناشئ اما من جعل الخيار کخيار الشرط و اما ناش من تخلف الوصف و اما من الغبن و العيب و التدليس و التأخير في اداء الثمن او المثمن. هذه الخيارات محل البحث و الکلام لا بد ان نري ما هي النکتة في هذه الخيارات العقلائية.

ذکر بعض ان الخيارات العقلائية اما ناشئة من جعل الخيار صريحا و اما ناشئة من التخلف الداعي النوعي، مثل ما اذا کان اختلاف فاحش في القيمة بين الثمن و المثمن او کان في المبيع عيب، هذا بخلاف التخلف الداعي الشخصي فانه لا يوجب الخيار مثل ما لو تصور انه جاء اليه الضيف فاشتري لحما ثم تبين انه لم يجئه ضيف فلا خيار له.

### خيار الروية

هل ان خيار الروية من الخيارات العقلائية او من الخيارات الشرعية؟ مثاله ما لو اشتري بستانا و راي بعض البستان و لم ير بعض الآخر فقاس ما لم يراه علی ما يراه فتبين انه ليس مثله هل ان للفرد الخيار م لا؟ الظاهر انه لا خيار له لانه من تخلف الداعي، و لکن يستفاد من بعض الروايات ان للفرد الخيار، هذا الخيار لو کان فهو خيار شرعي لا خيار عقلائي، نحن نريد ان نبحث هل ان هذا الخيار ثابت ام لا؟ ورد في بعض الروايات ما يدل علی ثبوت هذا الخيار لکن الفقهاء لم يفتوا علی اساسه، روي:

 مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ علی بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى ضَيْعَةً وَ قَدْ كَانَ يَدْخُلُهَا وَ يَخْرُجُ مِنْهَا فَلَمَّا أَنْ نَقَدَ الْمَالَ صَارَ إِلَى الضَّيْعَةِ فَقَلَبَهَا ثُمَّ رَجَعَ فَاسْتَقَالَ صَاحِبَهُ فَلَمْ يُقِلْهُ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع إِنَّهُ لَوْ قَلَبَ مِنْهَا وَ نَظَرَ إِلَى‏ تِسْعٍ وَ تِسْعِينَ قِطْعَةً ثُمَّ بَقِيَ مِنْهَا قِطْعَةٌ وَ لَمْ يَرَهَا لَكَانَ لَهُ فِي ذَلِكَ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ.[[432]](#footnote-432)

الظاهر من الرواية ان المشتري اشتري الضيعة علی اساس ما رآه و هو قد قلّب الضيعة کلها الا جزءا منها و لم يشترط علی البائع الخيار فظهر له ان الجزء الذي لم يراه ليس مثل سائر اجزاء الضيعة، ففي هذا الفرض يحکم الرواية بالخيار للمشتري.

لکن الفقهاء حملوا هذه الرواية علی فرض اشتراط المشتري وصفا في المبيع اما صريحا و اما ضمنا. قال الشيخ في الخلاف: بيع خيار الرؤية صحيح، و صورته أن يقول: بعتك هذا الثوب الذي في كمي، أو في الصندوق، فيذكر جنسه و صفته، و به قال مالك، و هو أحد قولي الشافعي. قال في القديم، و في الحديث في الصرف يصح . و قال في الأم و البويطي: لا يصح.[[433]](#footnote-433)

قال العلامة في القواعد: فمن اشترى عينا موصوفة شخصيّة تخيّر مع عدم المطابقة بين الفسخ و الإمضاء. و يجب في هذا البيع ذكر اللفظ الدالّ على الجنس، و الأوصاف التي تثبت الجهالة برفع أحدها. و لا يشترط رؤية البائع، فلو باع بوصف الوكيل ثمَّ ظهر أجود تخيّر البائع. و لو شاهد بعض الضيعة و وصف له الباقي ثبت له الخيار في الجميع مع عدم المطابقة. و لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأوّل بطل.[[434]](#footnote-434)

قال الشهيد الثاني في المسالک تعليقا علی قول الماتن (و لو اشترى ضيعة، رأى بعضها و وصف له سائرها ثبت له الخيار فيها أجمع، إذا لم تكن على الوصف): أي الذي رآه و الذي وصف له و ليس له الفسخ فيما ظهر مخالفا خاصة، و هو الذي لم يره، لأنّه مبيع واحد.[[435]](#footnote-435)

قال المحقق الاردبيلي: لعل في ثبوت أصل هذا الخيار أيضا عندنا لا خلاف فيه، و ان لم يوافق الوصف ما وصف و تغير الغائب بعد الرؤية تغيرا موجبا لزيادة الثمن أو نقصانه عادة و عرفا، ففي الزيادة الخيار للبائع و في النقصان للمشتري، و هو ظاهر.[[436]](#footnote-436)

قال النراقي: السابع: خيار الرؤية و هو إنّما يثبت في بيع الأعيان الموجودة في الخارج من غير مشاهدة حال البيع إذا كان بالوصف و ظهر عدم المطابقة، أو برؤية قديمة إذا ظهر بخلافها، فإن ظهرت النقيصة كان الخيار للمشتري إن كان هو الموصوف له، و إن ظهرت الزيادة كان للبائع إن كان هو كذلك.

و كأنّه لا خلاف فيه كما في الكفاية، بل بلا خلاف كما في شرح الإرشاد للأردبيلي و غيره، بل بالاتّفاق كما في الحدائق، بل بالإجماع كما في شرح المفاتيح، بل‏ بالإجماع المحقّق، له –ثم يستدل بصحيح جميل المتقدم و يقول- و هي (صحيحة جميل) و إن كانت خالیة عن ذكر التوصيف و المخالفة، إلّا أنّه لا بدّ من تقييدها، للإجماع على اختصاص خيار الرؤية بتلك الصورة، أو لأنّ ذلك معنى خيار الرؤية. مضافا إلى أنّ إطلاقها أيضا لو كان لكفى، لشموله المطلوب و خروج ما خرج بالدليل، أو يتعدّى إلى المطلوب بالأولويّة، كما يتعدّى بها أو بعدم الفصل إلى غير مورد الصحيحة، و هو الذي لم ير شيئا من المبيع إن جعل المشار اليه بذلك تمام الضيعة لا خصوص القطعة الغير المرئيّة، و فيما إذا ظهرت الزيادة و كان الخيار للبائع.[[437]](#footnote-437)

قال الشيخ الانصاري: السادس خيار الرؤية؛ و المراد به الخيار المسبَّب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان.[[438]](#footnote-438)

قال السيّد اليزدي في حاشيته علی المکاسب: يظهر من المصنف أنّ خيار الرؤية قسم من خيار الاشتراط و ظاهر اللّمعة كونه نوعا آخر و هو ظاهر الخبر حيث جعل المدار على مجرّد عدم الرّؤية (و يمكن) تصويره بأن يكون الشراء باعتقاد كون المبيع على كذا على وجه يرتفع الغرر من غير أن يجعله شرطا فظهر بعد الرّؤية أنّه على خلاف ذلك هذا إذا قلنا إنّ الوصف راجع إلى الشرط و إلّا فتصويره واضح إذ البيع مع الوصف الرافع للغرر صحيح و تخلّفه يوجب الخيار مع عدم كونه شرطا فتدبّر.[[439]](#footnote-439)

قال المحقق الايرواني: مناط هذا الخيار تخلف الوصف الّذي وقع الشراء عليه سواء كان ذلك بتوصيف البائع صريحا أو على وجه التواطؤ أو بسبق رؤية المبيع و الشراء على الوصف السّابق أو باختيار جزء منه و قياس البقيّة عليه ثم ما كان بتوصيف البائع كان مشتملا على التزام و تعهّد منه بتسليم المبيع متّصفا بالصّفة أو كان من مجرّد الإخبار الساذج و ما كان مشتملا على الالتزام و التعهّد كان مذكورا في متن العقد شرطا للمبيع أو قيدا له فكان خيار الرّؤية أعم من وجه من خيار تخلّف الشرط و المجمع ما إذا كان التّوصيف بعنوان الاشتراط و يفترق هذا في سائر ما أشرنا اليه من الموارد كما يفترق ذاك فيما إذا كان الشّرط من قبيل الفعل كخياطة الثوب.

الی ان يصل ان يبين صحيح جميل و يقول: و يعتبر مع ذلك تخلّف الوصف و لكن لا إشعار في الرّواية بذلك بل الإشعار حاصل بخلافه من عدم تخلّف شي‏ء و إنما حصل الندم على الشّراء و إلا لما طلب الإقالة بل فسخ لثبوت هذا الخيار عند العرف و أقرب المحامل للرواية حمل قوله لكان له فيها خيار الرّؤية على أنّ اختيار المعاملة بعد باق بيده كما كان قبل المعاملة فإن شاء أجاز و إلا ردّ كما في بيع الفضولي و المكره بعد رفع الإكراه فتكون الرّواية دليلا على بطلان المعاملة.[[440]](#footnote-440)

قال المحقق الاصفهاني: أنّ ظاهر عنوان المصنف أنّ مورد خيار الرؤية رؤية المبيع على خلاف ما اشترط فيه المتبايعان، مع أنّه لا اختصاص له به، بل رؤية المبيع على خلاف ما رأى بعضه و اعتقد موافقة بعضه الآخر له، أو على خلاف ما أخبر به البائع و اعتمد عليه من دون التزام منه له موجبة للخيار أيضا.

نعم الرؤية على خلاف توصيف البائع في مقام البيع يرجع إمّا إلى التزام منه بالوصف، و إمّا إلى اخبار منه، و ليس في مورد صحيحة جميل التزام من البائع و لا توصيف و لا اخبار منه، بل مجرد الرؤية على خلاف ما رأى جملة منه، و قاعدة الضرر لا تقتضي نفي اللزوم إلّا على تقدير الاشتراط، لا الاعتماد على الاعتقاد و على مجرد الاخبار، و لا ملازمة بين رفع الغرر بمجرد اعتقاد وجود الصفة أو الاعتماد و الوثوق بإخبار البائع و ثبوت الخيار بظهور الخلاف كما مرّ منا في أواخر التعليقة على كتاب البيع.[[441]](#footnote-441)

بالنتيجة ان الرواية تفيد معني اعم و هذا ما يؤيده المحقق العراقي في شرحه علی التبصرة. قال: نعم هنا إشكال آخر، و هو أن النص المزبور بقرينة ترك استفصال الإمام، يشمل صورة كون الرؤية السابقة داعيا على بيعه، لا مأخوذا في المبيع بنحو الشرطيّة، و من المعلوم أن تخلّف الداعي في باب العقود غير موجب لخيار، فالأخذ بإطلاق النص حينئذ موهون بلا قيام قرينة على التصرّف في دلالته، لإمكان حمل إطباق كلمة الأصحاب في المقام بمقتضى المشي على وفق القواعد.[[442]](#footnote-442)

ذکر السيّد الامام ان الرواية مختصة بفرض عدم اشتراط الوصف. قال: إنّ ظاهرها (صحيحة جميل) أنّ البيع وقع بلا توصيف و اشتراط في ضمن العقد، و لا قبله، بل استناداً إلى الذهاب اليها، و الدخول فيها مراراً، كما يدل عليه قوله: «كان يدخلها.» إلى آخره، و هذا المقدار من المشاهدة، كافٍ في رفع الغرر في أمثال الضيعة، بل الدور و نحوها. ثمّ إنّه لمّا اشتراها قلّبها و فتّشها زائداً عمّا تقدّم، فوجدها على‏ خلاف ما توهّمه من المرغوبيّة و الأوصاف فاستقال، و لو كان المفروض التوصيف و الاشتراط الموجبين للخيار عرفاً، لم يكن محتاجاً إلى الاستقالة، بل كان له الخيار عرفاً. و بالجملة: يظهر منها أنّ خيار الرؤية، خيار مستقلّ ثابت للشي‏ء، سواء كان له خيار آخر أم لا.[[443]](#footnote-443) لکنه لم يفت السيّد الامام في التحرير بذلک بل قال: و هو فيما إذا اشترى شيئا موصوفا غير مشاهد ثم وجده على خلاف ذلك الوصف بمعنى كونه ناقصا عنه، و كذا إذا وجده على خلاف ما رآه سابقا، فيكون له خيار الفسخ، و فيما إذا باع شيئا بوصف غيره ثم وجده زائدا على ما وصف أو وجده زائدا على ما يراه سابقا أو وجد الثمن على خلاف ما وصف أي ناقصا عنه فله خيار الفسخ في هذه الموارد.[[444]](#footnote-444)

ذکر السيّد الخوئي ان کلمات الفقهاء مضطربة في المقام و لم يعنون کما ينبغي حقه و يظهر منهم ان هذا الخيار من ناحية الاشتراط و لکن الظاهر من الرواية اطلاقها لفرض عدم الاشتراط بل الظاهر منها فرض عدم الاشتراط. قال: أقول: ان كان المراد من خيار الرّوية الخيار المسبب عن اشتراط المتبايعين كون المبيع على وصف كذا فإذا رآه المشتري مثلا فوجده غير واجد للوصف فيحكم بثبوت الخيار له، فلا شبهة حينئذ في كون ذلك من صغريات خيار تخلف الشرط و انما ذكروا ذلك مستقلا لورود النص عليه و هذا الوجه يظهر من الفقهاء خصوصا من شيخنا الأنصاري حيث جعل عنوان المسألة ما هو ظاهر في إدراج ذلك من خيار تخلف الشرط و قال: (المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه‏ فيه المتبايعان) و عليه فلا يفرق في ثبوت ذلك بين المشتري و البائع في الثمن و المثمن.

و ان كان المراد من ذلك أن المشتري قد أقدم على الشراء باعتقاد أن المبيع واجد لوصف كذا كأن اشترى عبدا باعتقاد أنه عالم لكون والديه عالما أو حصل له الاعتقاد من توصيف المشتري من غير اشتراط ذلك في البيع بالشرط الضمني ثم ظهر الخلاف من غير أن يكون نقص القيمة ليدخل في خيار الغبن فيكون للمشترى الخيار و على هذا الوجه لا يكون مندرجا في خيار تخلف الشرط بل يكون خيارا آخر في مقابل خيار تخلف الشرط و غيره، و لا شبهة أن كلمات الفقهاء مضطربة في هذا المقام و لم يعنون هذه المسألة على ما ينبغي في كلماتهم و قد عرفت أنه يظهر منهم كون هذا الخيار من ناحية الاشتراط و لكن الظاهر من الرواية هو الوجه الثاني و أنه خيار آخر في مقابل بقية الخيارات و الرواية هي صحيحة جميل بن درّاج. -و يذکر الرواية و يقول-: فهذه الرواية تدل بإطلاقها على ثبوت خيار الرؤية للمشتري بل يمكن دعوى اختصاصها بصورة عدم الاشتراط الذي هو مورد خيار الرؤية. [[445]](#footnote-445)

و لکنه لا يفتي بذلک بل يقول: (السادس): خيار الرؤية: و يتحقق فيما لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده على خلاف ما رآه أو اشترى موصوفا غير مشاهد فوجده على خلاف الوصف فإن للمشتري الخيار بين الفسخ و الإمضاء.[[446]](#footnote-446)

قال شيخنا التبريزي: ظاهر عنوان المسألة كما ذكر المصنف (ره) انّ خيار الرؤية من افراد خيار تخلف الشرط حيث ان اشتراط وصف في المبيع، بمعنى جعل الخيار على تقدير تخلف ذلك الوصف و على ذلك فيكون ثبوت الخيار في الفرض مقتضى قوله ’ المسلمون عند شروطهم لا قاعدة نفي الضرر بل كما ذكرنا سابقا انّ نفي الضرر مقتضاه نفي صحّة البيع و مع اشتراط الخيار فيه لا يناسب الامتنان رفعها.

و امّا الاستدلال بصحيحة جميل بن دراج فلا يناسب خيار تخلف الشرط فانّ ظاهرها عدم اشتراط وصف في شراء تلك الصّنيعة و الّا لكان للمشتري الفسخ أخذا بشرطه من غير انّ يطلب من بائعها الإقالة لا يقال لو لم يكن في البين اشتراط الوصف لكان البيع بعدم مشاهدة تمام المبيع غرريا فإنّه يقال الظاهر انّ المشتري اعتقد بحال الصنيعة بالورود و الخروج منها؛ و لذا يرى لزوم البيع فطلب من صاحبها الإقالة.[[447]](#footnote-447)

الی هنا نستنتج نکتتين: الاولي: ان صحيح جميل لا يختص بفرض اشتراط الوصف بل لا يفيد فرض اشتراط الوصف و ذلک اولا انه لو کان مفروض الرواية فرض اشتراط الوصف لما کان يعبر فاستقال صاحبه فلم يقبله اذ لو کان الوصف مشترطا لکان له الخيار في فرض تخلف الشرط من دون جدال و لما کان حاجة الی طلب الاقالة و عدم قبوله. و ثانيا: ان شرط الوصف لو کان مذکورا في مورد الرواية لذکره السائل في سواله و لم يطرح في سواله. ثالثا: ان الامام في حکمه علی الخيار لم يعتمد علی وجود الاشتراط، هذه کلها تدل علی عدم وجود شرط في البين.

الثانية: ان الاصحاب قديما و حديثا لم يفتوا علی اساس ما يستفاد من صحيح جميل، و ان قال بعضهم من الناحية الاستدلالية بعموم الرواية و لکن من الناحية الفتوائية اقتصروا علی اختصاص خيار الروية بفرض اشتراط الخيار.

من هنا يتساؤل هل ان الرواية يثبت خيار الروية بالمعني الذي يفيده الرواية ام لا؟ الجواب ان الرواية لا يثبت ذلک اولا: لان الارتکاز العقلائي استقر علی عدم الخيار في مثل هذه الموارد لان العقلاء يعده من تخلف الداعي، و من الواضح عند العرف ان تخلف الداعي لا يوجب الخيار، و الارتکاز العقلائي لا يردع برواية واحدة للزوم التناسب بين الرادع و المردوع، و هذا الخيار لو لم نرجعه الی خيار الشرط لکان علی خلاف المرتکز العقلائي، هذا الجواب يستفاد من کلمات السيّد الصدر في ذيل رواية مسعدة بن صدقة.

ثانيا: کما انه يصحح جملة من الشروط علی اساس الارتکاز مثل لزوم اتيان جملة من الاعمال من ناحية الزوجة في المنزل و اتيانها بالولد، کذلک بامکاننا ان نصحح اسقاط خيار الروية علی اساس الارتکاز فانه في الزمن السابق لم يکن ارتکاز علی سقوط هذا الخيار و لکن في هذا الزمن قام الارتکاز العقلائي علی اسقاطه، و لا يقال انه لا يصلح لاسقاط خيار الروية، فانه يقال کما ان الارتکاز العقلائي له صلاحية اثبات خيار له صلاحية اسقاط خيار.

### منشأ الخيارات العقلائية

هل ان الخيارات العقلائية نشأت من الشرط الضمني الارتکازي في العقود او انها مجعولة بجعل عقلائي؟[[448]](#footnote-448) هذا البحث عام لا يختص بخيار من الخيارات العقلائية و لکن لکي يتضح البحث نحن نطبق المسألة علی خصوص خيار الغبن ثم نحاول تطبيق ذلک علی سائر الخيارات، فنقول ان في هذه المسألة يعني ان الخيارات العقلائية بنحو عام و الخيار الغبني بنحو خاص نشأ من الشرط الضمني او مجعول بجعل عقلائي مبنيان:

الاول: ما عن المحقق النائيني و المحقق الاصفهاني و السيّد الخوئي من ان الخيارات العقلائية نشأت من الشروط الضمنية الارتکازية في المعاملات، و ذلک انه من الشروط الضمنية الارتکازية ان لا يکون الاختلاف بين الثمن و المبيع اختلافا فاحشا، و هذا الشرط الضمني الارتکازي يوجب ان يکون للمغبون الخيار في فرض وجود الاختلاف الفاحش بين الثمن و المبيع. قال المحقق النائيني في المقام:

لا يخفى أنّ ثبوت هذا الخيار (خيار الغبن) في الجملة لا إشكال فيه و إنّما الكلام في مدركه و أتمّ المدارك له هو حصوله من جهة تخلف الشّرط الضّمني و ذلك أنّه لما كان تعيّش بني آدم موقوفا على تبديل الأموال و بناء المتعاقدين على تساوي العوضين في المالية فيناط التّبديل بالتّساوي و حيث كان هذا البناء نوعيا بحسب العرف و العادة جرى نفس إجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما في المالية بحيث لو علم المغبون بالحال لم يرض فمدرك ثبوت الخيار تباني المتعاقدين على تساوي العوضين في المالية و هذا بمنزلة الصّغرى و الكبرى أنّ تخلّف البناء يوجب عدم التراضي بالمعاملة و لما ثبت في باب الفضولي و المكره أنّ الرّضاء اللّاحق كالسّابق فلم يكن تخلّف البناء موجبا لفساد البيع رأسا فله إقرار العقد و اختيار نتيجته.[[449]](#footnote-449)

الثاني: ما عن السيّد الامام من ان الخيارات العقلائية مجعولات عقلائية و لم تنشأ من الشروط الضمنية الارتکازية اصلا، و يستشهد بذلک النظر و الرجوع الی الاسواق فانا لو لاحظنا الاسواق نجد ان البائع بصدد يبيع متاعه بقيمة غالیة الی ما يقدر علی ذلک و المشتري بصدد شراء المال بقيمة رخيصة، و لا يوجد شرط ارتکازي علی ان لا يکون غالیا و لا رخيصا بل کان متوسطا. و يشهد لذلک ايضا انه قد يکتب في المعاملات انه في فرض غلاء القيمة کان له الخيار و لو کان هذا الشرط ارتکازيا لما کان حاجة الی هذا الاشتراط.

قال: فالخيار لحكم عقلائي، و الرضا بالفاقد للوصف، موجب لسقوط خياره،[[450]](#footnote-450)

قال في موضع آخر: يمكن أن يقال: إنّ الخيار في البيع الغبني، عقلائي بعنوان خيار الغبن، و هذا أسدّ ما في الباب، و الإنصاف أنّه ثابت بذلك، و بالشهرة الثابتة من زمن الشيخ (قدّه) إلى‏ عصرنا، بل عن جمع من الأصحاب دعوى الشهرة مطلقاً، و في «الغنية» الإجماع عليه، و بروايات تلقّي الركبان المنقولة بين الفريقين، الدالّة على‏ خيار الغبن.[[451]](#footnote-451)

و يردّ السيّد الامام ما ذکره المحقق النائيني من کون مبني الخيار هو الشرط الضمني الارتکازي و يقول: أنّ ما يدّعى‏ من الشرط الضمني، أو الوصف الضمني، لم يثبت، بل المقطوع به خلافه؛ ضرورة أنّ من راجع السوق، لا يرى‏ من هذا الابتناء و الاشتراط الضمني أثراً، و لو كان ذلك عقلائيّاً و موجباً لحقّ عقلائي، لكان واضحاً عندهم. مع أنّه لو ادعى‏ أحد، أنّ في جميع المعاملات اشتراطاً بين المتعاملين، زائداً على المبادلة، لعدّ هازلًا.

على‏ أنّه لو كان هذا الاشتراط عقلائيّاً ثابتاً فيها، لكان التصريح بالاشتراط لغواً زائداً، مع أنّه صحيح عقلائي، و ليس التصريح به لدفع وقوع الخلاف، فإنّ المدّعى‏ أنّ ذلك ثابت لدى المتعاملين مطلقاً، و لا يعدّ توضيحاً و تأكيداً لما هو ثابت. فما أفاده الشيخ الأعظم (قدّس سرّه): من أنّه من قبيل الدواعي، بل قد لا يكون منها متين، بل الشكّ في هذا الابتناء و الاشتراط، كافٍ في عدم ثبوت الخيار، و الرجوع إلى أصالة اللزوم.[[452]](#footnote-452)

و الفرق بين الرأيين ان السيّد الامام يعتقد ان خيار الغبن مجعول بجعل عقلائي بمعني ان خيار الغبن کان متداولا بين العقلاء في زمن الشارع و لم يردع عنه و بذلک امضاه الشارع، فيکون ممضي من قبل الشارع و من الواضح ان هذا الحکم الممضي من جانب الشارع لا يلغي و ان تغير بناء العقلاء و سيرتهم، هذا نظير ان بناء العقلاء جري علی الاعتماد علی اخبار الثقات، فلو جاء زمن لم يعتمد علی اخبارهم فهذا لا يوجب بطلان حجية خبر الثقات لاعتبارها بامضاء الشارع لاخبار الثقات.

لکن بناء علی مبني المحقق النائين خياري الغبن مجعول بجعل من المتعاقدين لا بجعل من قبل العقلاء، فلو تغير بناء العقلاء و لم يعتنوا بهذا الخيار ينتف هذا الخيار لان هذا الخيار نشأ من الشرط الضمني الارتکازي و مع تغير سيرة الناس لا يوجد شرط ارتکازي في البين.

### الثمرة

يتفرع علی ذلک ثمرتان:

الاولي: انه بناء علی رجوع الخيارات العقلائية الی اشتراط الخيار لو زال الشرط الارتکازي علی الخيار مثلا زال الشرط الارتکاز علی خيار الغبن يسقط هذا الخيار، اما بناء علی مبني السيّد الامام من الخيارات العقلائية لا ينشأ من الشروط الارتکازية العقلائية بل مجعولة بجعل عقلائي امضاه الشارع فلا يسقط الخيار بزوال الشرط الارتکازي عليه.

الثانية: ما ذکره السيّد السيستاني من ان ثبوت هذا الخيار (الغبن) إنما هو بمناط الشرط الارتكازي في العرف العام‏، فلو فرض كون المرتكز في عرف خاص في بعض أنحاء المعاملات أو مطلقا هو اشتراط حق استرداد ما به التفاوت و على تقدير عدمه ثبوت الخيار يكون هذا المرتكز الخاص هو المتبع في مورده، و أما في غيره فالمتبع هو المرتكز العام من ثبوت حق الفسخ ابتداءً فليس للمغبون‏ مطالبة الغابن بالتفاوت و ترك الفسخ، و لو بذل له الغابن التفاوت لم يجب عليه القبول بل يتخير بين فسخ البيع من أصله و إمضائه بتمام الثمن المسمى، نعم لو تصالحا على إسقاط الخيار بمال صح الصلح و سقط الخيار و وجب على الغابن دفع عوض المصالحة.[[453]](#footnote-453) هذا بناء علی کون الخيار شرطا ارتکازيا اما بناء علی مبني السيّد الامام لا يترتب هذا الامر.

### الاشکال علی نظرية الامام

بناء علی ما اختاره السيّد الامام يکون المنشأ لخيار الغبن هو البناء العقلاء و سيرتهم، و من الواضح ان حجية السيرة العقلائية مبنية علی اتصالها بزمن المعصوم و لا علم لنا باتصالها بزمن المعصوم، بل يوجد شواهد علی خلاف ذلک:

الاول: ما ذکر في الوسيط، من ان الفقه التقليدي لا يقبل خيار غلط القيمة (خيار الغبن). قال: الغلط في القيمة[[454]](#footnote-454): رأينا ان النظرية التقليدية لا تقيم وزنا لهذا الغلط وزنا فلا تجعله يوثر في صحة العقد. اما اذا سايرنا النظرية الحديثة و هي التي اخذ بها القانون المصري و طبقنا معيار الغلط الجوهري علی الغلط في القيمة، وجب ان نقول ان الغلط في قيمة الشئ اذا کان هو الدافع الرئيسي الی التعاقد يجعل العقد قابلا للابطال. فاذا باع شخص سهما بقيمته الفعلية و کان يجهل ان هذا السهم قد ربح جائزة کبيرة کان له ان يطلب ابطال البيع للغلط في قيمة الشئ الذي باعه.[[455]](#footnote-455) هذا يشهد بان خيار الغبن لم يکن موجها في نظر العقلاء و لو کان موجودا عند العقلاء لعمل به.

الثاني: انه يستدل بخيار الغبن في کلمات فقهائنا تارة بقوله تعالی تجارة عن تراض، من ان الفرد لم يکن راضيا بذلک. و تارة بقاعدة لا ضرر و لا ضرار کما استدل به الشيخ الانصاري، و تارة بقوله تعالی لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل، فتجد انه لم يستدل احد علی البناء العقلائي لاثبات ذلک، هذا يشهد بانه لا يوجد ارتکاز عقلائي علی خيار الغبن.

الثالث: ان الروايات التي وردت من طريق اهل السنة من ان رجلا ذکر للنبي انه يخدع في البيوع فقال: اذا بايعت فقل لا خلابة.[[456]](#footnote-456) و زاد في مسند ابي شيبة و غيره من المصادر ان النبي قال له: ثم انت في کل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت فامسکه و ان سخطت فارددها علی صاحبها.[[457]](#footnote-457)

لا خلابة بمعني لا خديعة، و هذا يشهد بان خيار الغبن ليس بعقلائي اذ لو کان عقلائيا لما کان حاجة الی هذا الاشتراط.

الرابع: الخلاف بين فقهاء العامة في خيار الغبن فان الشافعي و احمد و اباحنيفة ينکرون خيار الغبن الا مع تغرير المشتري. و البغداديون من المالکية يقول بخيار الغبن بشرط ما اذا کان الغبن اکثر من ثلث القيمة، فان هذا يشهد بعدم ارتکازية هذا الشرط اذ لو کان عقلائيا و مرتکزا بين الناس لما کان في خلاف. قال الجزيری ما مفاده:

المالکية قالوا: المشهور في المذاهب انه لا يرد المبيع بالغبن في الربح و لو کان کثيرا فوق العادة الا في امور: احدها: ان يکون البائع و المشتري بالغبن الفاحش وکيلا او وصيا.

ثانيها: أن يستسلم المشتري للبائع كأن يقول له: بعني هذه السلعة كما تبيعها للناس أو يستسلم البائع للمشتري بأن يقول له: اشتر مني كما تشتري من الناس فإنه في هذه الحالة إذا غبن البائع أو المشتري غبنا فاحشا كان لهما الحق في رد المبيع

 ثالثها: أن يستأمن البائع المشتري أو العكس كأن يقول له: ما تساوي هذه السلعة من الثمن لأشتري به أو أبيعها به ؟ فإذا أخبره بنقص أو زيادة كان له الحق في رد السلعة

الحنابلة قالوا: يرد المبيع بالغبن الفاحش بالزيادة أو النقص في ثلاثة صور: الأولى: تلقي الركبان. الثانية: بيع النجش. الثالثة: أن يكون البائع أو المشتري لا معرفة لهما بالأسعار ولا يحسنان المماكسة.

الحنفية قالوا: حکم الغبن الفاحش: أن المبيع لا يرد به إلا في حالة الغرر فإن قال البائع للمشتري: إن هذه " القطنية " مثلا بلدية فاشتراها بأربعة جنيهات ثم تبين أنها شامية تساوية جنيهين فللمشتري الحق في ردها.

الشافعية قالوا: الغبن الفاحش لا يوجب رد المبيع متى كان خالیا من التلبيس سواء كان كثيرا أو قليلا على أن من السنة أن لا يشتد البائع أو المشتري حتى يغبن أحدهما صاحبه.[[458]](#footnote-458)

الخامس: ان خيار الغبن لو کان عقلائيا لقبل ذلک في المعاهدات الدولية و الحال اننا نجد انه لا يقبل الغبن في المعاهدات و المقاولات بين الدول اصلا.

السادس: اننا لو راجعنا کتبنا الفقهية نجد ان المسألة ليس بواضح کل الوضوح و لا يوجد رواية ورد في ذلک. ان اول من طرح خيار الغبن في فقهنا هو الشيخ الطوسي في الخلاف و لا يستدل بالاجماع مع انه من عادته ان يستدل بالاجماع بل استدل بلا ضرر.

قال الشهيد في الدروس: و سادسها: خيار الغبن؛ و هو ثابت في قول الشيخ و أتباعه لكلّ من المشتري و البائع، إذا غبن بما لا يتفاوت به الثمن غالباً وقت العقد، مع جهله بالقيمة. و لا يتقدر بالغبن بغير العرف.

و لو دفع الغابن التفاوت، أو بذل للمغبون من الزبون، أو تصرّف فيه بما لا يخرجه عن الملك، أو بما يخرجه إذا كان المغبون البائع لم يزل الخيار، و حينئذٍ يلزمه قيمة الغبن لو فسخ، و ليس للبائع فسخ البيع الثاني، مع احتماله كالشفيع. و ربما قال المحقّق في الدرس: بعدم خيار الغبن، و يظهر من كلام ابن الجنيد لأنّ البيع مبنيّ على المكايسة و المغالبة، و لم نقف فيه على رواية سوى خبر الضرار و تلقّي الركبان، و في الخلاف لم يستند إلى الإجماع و لا إلى أخبار الأصحاب، و أكثر القدماء لم يذكروه، و الأصحّ ثبوته و فوريّته متى علم به‏ و بحكمه، و يعذر مع الجهل بأحدهما.[[459]](#footnote-459)

قال المحقق السبزواري:

و المشهور بين الأصحاب خصوصاً المتاخرین منهم ثبوت خيار الغبن، و كثير من المتقدّمين لم يذكروه، و نقل في الدروس عن المحقّق القول بعدمه. و الأخبار خالیة عنه إلّا في تلقّي الركبان.[[460]](#footnote-460)

قال السيّد الخوانساري:

المعروف ثبوت هذا الخيار و استدلّ له بوجوه و قد يقال: أتمّ المدارك له هو حصوله من جهة تخلّف الشرط الضمنيّ و ذلك أنّه لمّا كان تعيّش بني آدم موقوفا على تبديل الأموال و بناء المتعاقدين على تساوي العوضين في المالية فيناط التبديل بالتساوي و حيث كان هذا البناء نوعيّا بحسب العرف و العادة جرى نفس إجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما في المالية بحيث لو علم المغبون بالحال لم يرض فالبناء بمنزلة الصغرى و الكبرى إن تخلّف البناء يوجب عدم التراضي بالمعاملة و لمّا ثبت في باب الفضوليّ و المكره أنّ الرضا اللّاحق لهم كالسابق فلم يكن تخلّف البناء موجبا لفساد البيع فله إقرار العقد و اختيار نتيجته و له ردّه. و يجاب عن المناقشة في الصغرى بأنّ الوصف المذكور أعني كون العوضين متساويين في المالية ليس إلّا من قبيل الدّاعي بأنّ اشتراط التساوي إذا كان نوعيّا يكون من قيود المراد و يدخل تحت الالتزام، و عن المناقشة في الكبرى بأنّه إذا لم يذكر القيد في متن العقد لم يوجب خيارا بأنّه إذا أخذ فيه إجمالا و بالدّلالة الالتزاميّة يكون بمنزلة إنشائه في متن العقد.[[461]](#footnote-461)

قال الشيخ الاراکي في خياراته و من المظنون قويا ان هذا الکتاب من دراساته استاذه الشيخ المؤسس الحائري:

لا إشكال في صورة علم المغبون بالحال في الصحّة و اللزوم كما عرفت، إنّما الكلام في الجاهل و هو على قسمين، لأنّ جهله إمّا بسيط و إمّا مركّب.

أمّا القسم الأوّل: فأصل صحّة المعاملة و الحال هذه على القاعدة في غاية الإشكال، و هل ترى من نفسك أنّ الغرر في هذا أقلّ من الغرر في صورة الجهل بالجنس أو الوصف أو الكمّ؟ مثلا إذا عرف أنّ الجنس فيروزج و عرف صفته من اللون و غيره بالإحساس، و لكنّه لعدم كونه خبرة شاكّ في أنّه مقوّم بتومان واحد أو بخمسين تومانا؟ فأقدم بدون الفحص على سبيل الحظ و البخت على شرائه بخمسين، لا يكون هذا بأدون من إقدامه على شراء ما في الصندوق مع تردّده بين خاتم واحد من فيروزج بتومان واحد أو خمسين خاتما كلّ واحد كذلك، فكما أنّ الثاني يعدّ في العرف جزافا، و بعبارة فارسية (دل بدريا زدن) كذا الأوّل بلا فرق.

نعم الجهل بالكمّ- و لو انفك عن الجهل بالمالية كما لو علم أنّه على كلا التقديرین من كونه واحدا أو خمسين مقوّم بخمسين- قام الإجماع على مضرّيته، و لكنّ الكلام في موضوع الغرر و الخطر الذي هو أيضا واقع تحت النهي، فالإنصاف أنّهما من هذه الجهة على نحو واحد، فالحكم بالصحّة في ما نحن فيه من الجهل بالقيمة مع العلم بالجنس و الصفات و المقدار لا يتمّ إلّا بالإجماع كما هو المحقّق.

و بعد ذلك فإثبات الخيار للمغبون أيضا على القاعدة في غاية الإشكال، لأنّ الأدلّة لا تفي في هذا القسم بإثباته.

أمّا إنّه التجارة عن تراض، فلأنّ المفروض رضاه بوقوع المعاملة مع احتماله أنّه انقض من الثمن بمراتب، و بعد دخوله تحت التراضي فخروجه عن الأكل بالباطل أيضا واضح.

و أمّا قاعدة لا ضرر، فإنّه مقدم على الضرر، فإنّه بالفرض محتمل و ليس لاحتمال الضرر دافع من أصل عقلائي، غاية الأمر إنّه دخل برجاء احتمال النفع، و لهذا لو انفك الاحتمال الأوّل عن هذا الرجاء و كان قاطعاً بالضرر لما أقدم، و لكنّه ما لم يوطّن نفسه على تحمّل الضرر في جنب ما يرجوه من حصول النفع لما كان‏ مقدما مع الاحتمال أيضا، بل يكون متجاوزا عن النفع المحتمل خوفا عن الضرر المحتمل. و الحاصل أنّ هذا شخص جعله الرجاء المذكور مقدما على الضرر على تقدير ثبوته.

و أمّا في صورة ثبوت الاحتمال مع الدافع العقلائي، فالاحتمال يصير موهونا غير قابل للاعتناء و بمنزلة العدم، فهو قد تحرّز عن الضرر بالطريق العقلائي و على وجه يعذره العقلاء و لا يلومونه، إلّا أن يكون الضرر خطيرا في الغاية بحيث يكون احتماله و لو موهوما واجب التحرّز عندهم، فحينئذ يكون حاله حال الاحتمال، و الحاصل أنّ هذا أيضا و إن كان إقداما لكنّه عن حجّة و معذّر، و الأوّل إقدام بلا حجّة، و المتيقّن من الخروج عن قاعدة لا ضرر هو الأوّل.

و كيف كان فإثبات الخيار في هذا القسم أعني الجاهل البسيط الغير القائم عنده امارة عقلائيّة، لا يتمّ إلّا بالإجماع كما هو المحقّق أيضا.

و أمّا القسم الثاني: و هو الجاهل المركّب و المحتمل القائم لديه امارة عقلائيّة فأصل الصحّة فيه لا إشكال فيه، و أمّا إثبات الخيار فقد يتشبّث فيه بآية: التِجارَةً عَنْ تَراضٍ تارة و بآية لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ أخرى، و الظاهر عدم التماميّة في شي‏ء منهما، لأنّ المعاملة على هذا الوجه و إن فرض أنّ وصف كون العوض ممّا يساوي قيمته العوض الآخر وصفا مقوّما في المعاملة، كوصف الصحّة و أمثاله لا من قبيل الدواعي، لا يخلو حالها:

 إمّا يقال: إنّها مع تخلّف هذا الوصف و كونه أنقص من عوضه قيمة لا يخرج عن عنوان التجارة عن تراض.

و إمّا يقال: إنّها مع هذا التخلّف خارجة عن العنوان المذكور، فالثاني مفيد للبطلان على تقدير استفادة الحصر من الآية، أو لا يستفاد حكمه صحّة و بطلانا من الآية على تقدير عدم الاستفادة، و الأوّل غاية ما يفيده هو الصحّة، و أمّا الخيار فساكت عنه كما يكون ساكتا عن عدمه.

و من هذا يعلم الخدشة في الاستدلال بالآية الثانية، فإنّ أمرها أيضا دائر بين صدق عنوان الأكل بالباطل و عدم الصدق، فعلى الثاني لا يستفاد حكمه أو يستفاد أصل الصحّة المجامعة مع الخيار و اللزوم، و على الأوّل يستفاد البطلان، فالحقّ أنّ الآيتين ليستا بدليلين في الباب.[[462]](#footnote-462)

بالنتيجة ان خيار الغبن من الناحية العقلائية ليس بمقبول عندهم و الاصحاب اختلفوا في ثبوته، و لم يرد رواية في هذا المجال مع کثرة الابتلاء بخيار الغبن في الاسواق و مع ورود الروايات في مثل خيار المجلس و الحيوان و هذا يوجب ان نقول بعدم مثل هذا الخيار.

### الملاحظة علی هذا الاشکال

باعتقادي ان الارتکاز العقلائي يستدعي الخيار في موارد الغبن و ليس ذلک ناشئا من فتاوي الاصحاب و ذلک لما يوجد من الفرق بين خيار الحيوان و خيار الغبن فان الانسان لو راجع وجدانه لا يجد خيار الحيوان في مرتکز ذهنه مع انه يجد خيار الغبن امرا مرتکزا يقبله الوجدان و لو کان الارتکاز ناشئا من فتاوي الاصحاب لکان هذا الارتکاز في خيار الحيوان ايضا و الحال انه ليس هذا الارتکاز في خيار الحيوان و هذا يدل علی ان خيار الغبن ليس شرعيا، بل نشأ من الارتکاز العقلائي.

نعم ان القوانين الجارية علی المجتمعات لم تساعد علی هذا الارتکاز و هذا لا يضر بارتکازية هذا الخيار، و کم له من نظير فان الارتکاز العقلائي يساعد افادة المعاطاة الملک و لکن فتاوي المشهور لم تساعد علی ذلک بل قالوا بافادتها مجرد الاباحة في التصرف، و يشهد لما ذکرناه من ان الارتکاز العقلائي علی الخيار في الغبن ما ينقله السنهوري في کتابه الوسيط. قال:

کان الرومان متشبعين بروح الفردية و من اجل ذلک لم يکن القانون الروماني يعبأ بالغبن، و لما ساد الدين المسيحي اوروبا في القرون الوسطي انتکصت روح الفردية و اذا کان مذهب سلطان الارادة اخذ في الظهور منذ ذلک الوقت فان رجال الکنيسة قيدوا هذا المبدأ بالعدالة و بحماية الضعيف من استغلال القوي و توسعوا في نظرية الغبن، فحرموا الربا في عقود القرض و حددوا للسلع اثمانها و للعمل اجره و هذا ما کانوا يسمونه بالثمن العدل و بالاجر العدل و عنيت الشريعة الاسلامية بحالة معينة من حالات الغبن و هي العقود الربوية فحرمت الربا و تعقبته في جميع مظان وجوده ثم عادت روح الفردية و ساد مبدأ سلطان الارادة فضاق من تحريم الغبن ما کان قد اتسع. و عادت القوانين لا تعتد بالغبن الا في احوال معينة و قويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية فالغت الثورة حتی تعيين الحد الاقصي للفائدة و حتی تحريم الغبن في بيع العقار. ورث القانون المدني الفرنسي و من وراثه القانون المصري القديم هذه التقالید فجائت احکامها ضيقة في الغبن. و قد التزم القانونان نظرية مادية للغبن. فالغبن فيهما لا يوثر في صحة العقود الا في حالات استثنائية نص عليها، و العبرة في الغبن بالقيمة المادية للشئ لا بالقيمة الشخصية بالنسبة الی المتعاقد و الغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضا و هو عيب في العقد لا عيب في الرضا و آيته الا يکون هناک تعادل بين قيمة ما اعطي المتعاقد و قيمة ما اخذ علی ان يصل الاختلال في التعادل الی رقم محدود. و اظهر حالة للغبن في القانون المصري القديم حالة البيع اذا وقع علی عقار القاصر.

و قد تطورت هذه النظرية المادية في الغبن الی نظرية نفسية في الاستغلال اخذ بها اکثر التقنينات الحديثة و الفرق بين النظريتين يتلخص في امرين: اولا في النظرية الاولي ينظر الی قيمة الشئ نظرة مادية لا نظرة شخصية فالعبرة بقيمة الشئ في حد ذاته و تحدد هذه القيمة تبعا للقوانين الاقتصادية و اهمها قانون العرض و الطلب. اما في النظرية الاخری فالعبرة بالقيمة الشخصية و هي قيمة الشئ في اعتبار المتعاقد، اذ قد يکون الشئ تافها في ذاته کبيرا في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية و يترتب علی النظرة المادية لقيمة الشئ انه اذا اختل التعادل في العقد بالنظر الی هذه القيمة فان الغبن يتحقق حتی لو لم يختل التعادل بالنظر الی القيمة الشخصية للشئ فقد يکون المتعاقد علی بينة من قيمة الشئ المادية و لکن يشتريه بثمن اکبر، غير مخدوع و لو مضطر. لان قيمته الشخصية تعدل الثمن الذي بذله في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد طبقا للنظرية المادية مغبونا مادام التعادل قد اختل بالنسبة الی القيمة المادية مع انه کان عالما بهذه القيمة و لم يخدع في امرها و لم يضطر الی التعاقد اي لم يکن ضحية غلط او تدليس او اکراه. فالغبن في النظرية المادية هو کما قدمنا عيب مستقل قائم بذاته و هو عيب يقع في العقد لا في الرضا. اما الذي يترتب علی النظرة الشخية لقيمة الشئ فهو الا يکون هناک غبن الا اذا رضي المتعاقد ان يدفع ثمنا هو اکبر من هذه القيمة الشخصية و هو لا يفعل ذلک الا اذا کان واهما في قيمته او مخدوعا فيها او مضطرا الی التعاقد و لا يکون هذا الا نتيجة طيش او رعونة او عدم تجربة او عوز او حاجة و معني ذلک ان الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة الا اذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط او التدليس او الاکراه فلا يکون الغبن اذن في النظرية الشخصية عيبا مستقلا قائما بذاته وواقعا في العقد بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا.

ثانيا: و درجة الاختلال في التعادل ينظر اليها في النظرية الاولي نظرة مادية فهي درجة محددة بل هي رقم مرصود فالغبن الذي يزيد علی الخمس کما في الشريعة الاسلامية و القانون المصري او الربع کما في القانون الفرنسي بالنسبة الی القسمة او النصف کما کان في القانون الفرنسي القديم او سبعة اجزاء من اثني عشر کما في القانون الفرنسي بالنسبة الی بيع العقار هو الغبن الذي يعتد به و يستوجب الجزاء ابطالا او تکملة و قد يکون الغبن فاحشا من الناحية الشخصية بالنسبة الی ظروف المتعاقد الخاصة و لکنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية فلا يعتد به في هذه الحالة و لا يوثر في صحة العقد اما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معيارا مرنا فهي لا تحدد رقما يجب ان يصل الغبن اليه بل تترک ذلک لظروف کل حالة و يکفي ان يصل االاختلال في التعادل ما بين القيمتين الی حد باهظ.

و قد اعتنقت التقنينات الحديثة النظرية النفسية و جعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق علی جميع العقود فقضي القانون المدني الالماني في المادة 138 ببطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير او خفته او عدم تجربته ليحصل لنفسه او لغيره في نظير شئ يوديه علی منافع مالية تزيد علی قيمة هذا الشئ بحيث يتبين من الظروف ان هناک اختلالا فادحا في التعادل ما بين قيمة تلک المنافع و قيمة هذا الشئ و تقضي المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري بانه في حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد احد المتعاقدين و تعهد المتعاقد الآخر يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة ان يعلن بطلان العقد و يسترد ما دفعه اذا کان قد دفع الی هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها او خفة او عدم تجربة . و تقضي المادة 22 من المشروع الفرنسي الايطالی بانه اذا کانت التزامات احد المتعاقدين بعيدة عن کل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الآخر بحيث يفترض تبعا للظروف ان رضائه لم يصدر عن اختيار کاف جار للقاضي بناء علی طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او ان ينقص الالتزامات. و قد ساير التقنين المصري الجديد التقنينات الحديثة و اخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال.[[463]](#footnote-463)

فتحصل من هذا البيان ان القانون الروماني لا يوافق خيار الغبن و لکن في قرون الوسطي قد دافعوا عن خيار الغبن، و الشريعة الاسلاميةحسب الفقه السني ايضا لم يعترف بخيار الغبن الا في المعاملات الربوية، و کذلک جملة من القوانين الاخری ايضا اعترفت بخيار الغبن، هذا يشهد عن نحو ارتکاز في خيار الغبن.

### الرأي المختار

بعد ان ثبت الوجود الارتکاز العقلائي علی خيار الغبن يبقي هذا التساؤل هل ان هذا الارتکاز يوافق رأي المحقق النائيني او رأي السيّد الامام؟ هل ان خيار الغبن من الشروط الضمنية الارتکازية کما علی المحقق النائيني او هو مجعول بجعل عقلائي عام کما عليه السيّد الامام؟

الصحيح باعتقادنا ان الشرط الضمني في الخيارات العقلائية في طول الجعل العقلائي للخيار فان المتبايعين عند ما يتعاملان يبنيان علی البيع المتعارف العقلائي بما له من الاحکام العقلائي، و البيع المتعارف العقلائي يقتضي خيار الغبن لجعل العقلاء الخيار في مورد الغبن، فاذن خيار الغبن مجعول بجعل عقلائي لا بجعل المتعاقدين، الا ان المعاملات يکون علی اساس هذا الجعل العقلائي. و لعله بهذا يجمع بين رأي المحقق النائيني و رأي السيّد الامام فانه يحتفظ به علی الشرط الضمني الارتکازي و کذلک يحتفظ به علی هذا الحق المجعول بالجعل العقلائي فان المتعاقدين يبنيان علی البيع المتعارف العقلائي بما له من الاحکام، و من الواضح ان من الاحکام العقلائية هو حق الخيار في ما اذا کان المعاملة غبنية.

نعم لابد من ذکر هذه النکتة و هي ان خيار الغبن ثابت في مجتمعاتنا اذ قد تبدل الخيار کشرط ارتکازي عند الناس و ذلک لان الناس يتعاملون علی اساس القانون الموجود في المجتمع و من القوانين الحاکمة و المقبولة عند المجتمع هو خيار الغبن، و من الواضح انه في فرض تحقق الغبن يثبت الخيار.

هذا کله بالنسبة الی مجتمعنا اما في المجتمعات التي لم تثبت عندهم خيار الغبن فلا يکون هذا کشرط ارتکازي و لا مجعول بجعل عقلائي عندهم فلا يثبت خيار الغبن.

ثم ان ما ذکرنا من خيار الغبن في مجتمعنا هو فيما اذا لم يجئ البائع ليدفع ما به التفاوت بين قيمة المبيع و الثمن، اما لو جاء البائع يدفع ما به التفاوت فاثبات خيار الغبن في غاية الاشکال لانه لا يثبت شرط ارتکازي علی ثبوت خيار الغبن في هذا الفرض و لا يثبت الحق العقلائي لخيار الغبن و لا يجري قاعدة لا ضرر. نعم يبقي رواية تلقي الرکبان و هو ضعيف السند. و هذا احتمله العلامة في التذکرة. قال:

و لو دفع الغابن التفاوت، احتُمل سقوط خيار المغبون؛ لانتفاء موجبه و هو النقص. و عدمُه؛ لأنّه ثبت له، فلا يزول عنه إلّا بسببٍ شرعيّ و لم يثبت.[[464]](#footnote-464) و لا يبعد ان يکون منشأ ذلک هو الارتکاز العقلائي.

### اقسام الخيارات العقلائية

### الاول: خيار الغبن

الی هنا بحثنا عن ان الارتکاز العقلائي يستدعي الخيار ام لا؟ من هنا نريد ان نبحث عن کل من الخيارات من العقلائية ما هي الدليل عليها اول هذه الخيارات هو خيار الغبن، و هذا الخيار و ان بحثنا عنه الی الآن عن الارتکاز العقلائي العام بالنسبة اليه، من هنا نبدء عن سائر الادلة التي اقيمت لاثبات هذا الخيار، فقد ذکر وجوه لاثبات ذلک:

الاول: ما ذکره العلامة في التذکرة من انه لو علم المغبون بالحال لما رضي بالبيع فلا يشمله تجارة عن تراض.[[465]](#footnote-465)

يلاحظ عليه: ان لازم ذلک بطلان البيع لا الخيار، و قد دافع عنه الشيخ ان هذا مثل الوصف ان رضا المشتري مشروط بالوصف لکن عدم الوصف لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار.

لکن هذا التوجيه غير صحيح، لان هذا شرط ارتکازي فهو يثبت خيار الغبن، و ان لم يکن شرطا ارتکازيا فقد حصل تخلف الداعي و هو لا يوجب فقد الرضا فلا يوجب الخيار.

الثاني: التمسک بلا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل باعتبار ان البائع قد اخذ المال اکلا للمال بالباطل.

يلاحظ عليه: اولا: ان لازم ذلک بطلان البيع لا الخيار، لکن ذکر الشيخ انه قام الاجماع علی عدم البطلان فيخصص الآية. ثانيا: انه ليس اکلا للمال بالباطل.

الثالث: لا ضرر و لا ضرر في الاسلام، تقريب الاستدلال به: ان لزوم المعاملة في المعاملات الغبنية يوجب الضرر علی المغبون و هو منفي في الاسلام.

### الاشکالات علی الاستدلال

الاشکال الاول: افادة لا ضرر النهي

ذکر السيّد الامام من ان لا ضرر نهي يعني يفيد ان الاضرار بالاخرين حرام و لا يفيد نفي الحکم الضرري،[[466]](#footnote-466) و نحن قبلنا هذا الاحتمال في الاصول، و قلنا ان لا ضرر مجمل و هو مردد بين النفي و النهي و مجرد کون مدخول لا اسم مصدر لا يوجب ان يکون لا للنفي لانه يمکن ان يکون لا للنهي بقرينة ان لا ضرار للنهي و هذا السياق يوجب ان يکون لا ضرر ايضا للنهي، و هذا تعبير عرفي ان نقول لا خسارة و لا سعي لخسران الاخرین، فانه لا يستفاد منه النفي. و بناء علی ذلک يکون مفاد النهي تحريم الاضرار و لا يفيد نفي الحکم الضرري.

ان قلت: حينئذ ما الفرق بين لا ضرر و لا ضرار؟ قلت: الفرق ان لا ضرار معناه السعي و المحاولة نحو اضرار الاخرین و ان لم يوفق لاضرار الاخرین، و لا ضرر هو النهي عن اضرار الاخرین. فعلي هذا الاساس يرد الاشکال الاول.

الاشکال الثاني: عدم اثبات حق الخيار

ذکر صاحب الکفاية أن غاية ما يدل عليه لا ضرر هو رفع اللزوم و اما ثبوت الخيار بحيث يكون للمغبون حق ثابت في العقد، اذ من الممکن ان يكون الجواز هنا حكميا نظير الجواز في الهبة و اما اثبات حق يترتب عليه حکمه فلا يتکفله دليل نفي الضرر، فلا يكون للمغبون حق الاسقاط و حق المصالحة عليه و لا ينتقل الى الوارث. [[467]](#footnote-467)

يلاحظ عليه: ان هذا الاشکال لا يهدم اصل المطلب فانه يثبت به جواز الفسخ و ان لم يثبت الخيار کحق عقلائي يترتب عليه احکام الخيار من الاسقاط و المصالحة عليه و انتقاله الی الورثة.

نعم بناء علی مبني السيّد الخوئي من عدم الفرق بين الجواز الحکمي و الجواز الحقّی يمکن اثبات حق الخيار لان لا ضرر يثبت اصل الجواز و کونه نظير الجواز في الهبة يحتاج الی عناية زائدة و لا دلالة في دليل نفي الضرر عليه؛ فاذن يكون اختياره بيد المغبون فله ان يصالح عليه بالمال، و اما انتقاله إلى الورثة فلا يتكفله دليل نفى الضرر بل لا بد من مقدمة خارجية لأن عدم انتقال مقدار من مال الموارث إلى الورثة ليس ضررا عليهم بل يقل نفعهم بذلك فلا يشمله دليل نفى‏ الضرر فنقول انه ورد في بعض روايات الوصية انه لا يجوز للمورث الإيصاء على المال بأزيد من الثلث لأنه إضرار للورثة فيعلم من ذلك ان وجود الورثة وجود تنزيلی للمورث و قائم مقامه فيكون الغبن على المورث غبنا على الورثة فيكون الخيار الثابت له بدليل نفى الضرر ثابتا للورثة أيضا.[[468]](#footnote-468)

الاشکال الثالث: عدم جريان لا ضرر في فرض دفع التفاوت

ذکر العلامة و الشيخ ان الغابن لو اعطي ما به التفاوت لا يکون البيع ضرريا فليس له الخيار. و الاجابة عن هذا الاشکال بان الغابن عند ما يعطي ما به التفاوت فهو کبذل الاجنبي لا يوجب رفع الغرر، غير تام لوجود الفرق بين بذل الغابن لما به التفاوت و بذل الغير، فاذن لا يجري لا ضرر في فرض دفع ما به التفاوت. قال العلامة: و لو دفع الغابن التفاوت، احتُمل سقوط خيار المغبون؛ لانتفاء موجبه و هو النقص. و عدمُه؛ لأنّه ثبت له، فلا يزول عنه إلّا بسببٍ شرعيّ و لم يثبت.[[469]](#footnote-469)

قال الشيخ: و يحتمل أيضاً أن يكون نفي اللزوم بتسلّط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين: من الفسخ في الكلّ، و من تدارك ما فات على المغبون بردّ القدر الزائد أو بدله، و مرجعه إلى أنّ للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، فالمبذول غرامةٌ لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع.[[470]](#footnote-470)

الاشکال الرابع: عدم کونه ضرريا بقول مطلق

ان لا ضرر يجري فيما اذا حکم العرف بان اللزوم في البيع الغبني ضرري بقول مطلق، لا انه ضرر نسبي، و لکن لو قال الشارع بان البيع لازم لاجل الاحتفاظ علی المعاملات حتی في موارد الغبن، ففي هذا الفرض لا يکون ضرريا بقول مطلق نعم ان المغبون يتضرر و لکنه ليس ضرريا بقول مطلق. بعبارة ان لزوم البيع الغبني لا يکون بقول مطلق ضرريا نعم هو ضرري بالنسبة الی المغبون لکن لا يمکن ان نقول ان لزوم البيع الغبني ضرري بقول مطلق فان النفع النوعي يقتضي لزوم البيع.

يجاب عنه: ان مفاد لا ضرر هو الضرر الناشي من الحکم الشرعي و هذا ينحل بانحلال المصاديق و من مصاديقه هذا المورد فينفي بالقاعدة. نعم لو کان مفاد لا ضرر هو نفي الحکم الضرري لا الضرر الناشئ من الحکم الشرعي لکان مجالا لهذا الاشکال و لکن ينفي الضرر التکويني الناشي من الحکم الشرعي و بهذا يجاب عن هذا الاشکال.

توضيح ذلک: انه يوجد مبان ثلاثه في لا ضرر بناء علی افادته النفي: 1. نفي الحکم الضرري هذا ما اختاره الشيخ. 2. نفي الموضوع الضرري بغرض الحکم الضرري هذا مبني الآخوند. 3. نفي نفس الضرر مثلا في الوضوء الضرري ليس نفس الوضوء ضرريا و لا الحکم الشرعي ضرريا بل الضرر هو مرض الشخص.

### الاشکال الخامس: نفي صحة المعاملة

ان قاعدة لا ضرر لا يجري في المقام اذ لو جاز التمسك بحديث نفى الضرر فلازمه بطلان العقد لا ثبوت خيار الغبن و ذلك لان الضرر انما يلزم من جهة الحكم بصحة العقد و اللزوم انما هو لزوم الضرر لا أن الضرر يلزم من‏ ناحية اللزوم و من الواضح أن دليل نفى الضرر انما هو ناظر الى رفع الحكم الضرري فقط و لا يكون ناظرا إلى إثبات الخيار بدعوى أن الضرر يرتفع برفع اللزوم و ثبوت الخيار، فان حديث لا ضرر لا يتكفل بإثبات الحكم و انما هو يرفع الحكم الضرري و هو صحة العقد كما عرفت فيكون العقد باطلا.

و لكن ذلك مخالف للإجماع و الضرورة فإنه لو كانت المعاملة الغبنية باطلة لبان و ظهر كظهور حرمة الربا فان وجود الغبن في المعاملات بين المسلمين من الكثرة بمكان مع أنه لم يسمع من فقيه أن يلتزم بذلك فيكون خروج المعاملة الغبنية عن مورد الإجماع بالتخصيص.

على أن حديث نفى الضرر انما ورد في مقام الامتنان و من الواضح أن شموله في المقام بحيث يحكم ببطلان المعاملة الغبنية خلاف الامتنان لأنه ورد في مقام الامتنان لجميع الأمة و من الواضح أنه على خلاف الامتنان على البائع فإن الحكم بكون هذه المعاملة باطلة يوجب ضرره و لو من جهة فوت المنفعة من كيسه فتكون هذه المعاملة خارجة عن حديث لا ضرر تخصصا و هو واضح.[[471]](#footnote-471)

اجاب المحقق الاصفهاني ان لزوم البيع يوجب استمرار الضرر يعني ان حدوث الضرر ينشأ من صحة البيع و لکن بقاء الضرر و استمراره ينشأ من لزوم البيع، واطلاق لا ضرر کما ينفي حدوث الضرر ينفي بقائه، لکن الاجماع و الامتنان يدلان علی ان القاعدة لا تجري لنفي حدوث الضرر، فيجري لنفي بقاء الضرر، لان الاجماع قام علی صحة المعاملة الغبنية، و لا منة في رفع الصحة و ابطال العقد، و بهذا ينفي لزوم البيع لان استمرار الضرر نشأ من لزوم البيع.[[472]](#footnote-472)

يلاحظ علی هذا الجواب: ان ما ذکره من ان نفي حدوث الضرر خلاف الامتنان غير صحيح لان الضابط في کون القانون امتنانيا ملاحظة فرض وجود القانون و عدمه، لا ان نقايس بين فرضي من وجود القانون، علی اساس ذلک لا بد ان نلاحظ فرض جريان القاعدة و فرض عدم جريانها، من الواضح ان عدم جريانها علی خلاف الامتنان للزوم الضرر علی المغبون، فيکون جريانها علی اساس الامتنان، و جريانها يوجب عدم صحة البيع، و لا يصح لنا ان نقايس بين فرض جريانها لنفي الصحة و لنفي اللزوم، هذا کله بناء علی ان اللزوم و الصحة حکم واحد بمعني ان يکون اللزوم هو استمرار الحکم بالصحة. اما لو قلنا بان اللزوم و الصحة حکمان مختلفان فلا اشکال في جريان لا ضرر لنفي اللزوم.

اما الاجماع فالجواب عنه ان بقاء الضرر ليس ضررا آخر فانه بخروج المال من يد المغبون يحدث الضرر و هذا ضرر واحد، و المفروض ان لا ضرر لا ينفي حدوث الضرر، فاذا لم يجر في حدوث الضرر فلا مصداق له بالنسبة الی بقاء الضرر، فلا معني لجريانه بالنسبة الی بقاء الضرر.[[473]](#footnote-473) بالنتيجة ان قاعدة لا ضرر لا يجري لا لنفي الصحة و لا لنفي اللزوم. هذا ما جزم به السيّد الخوئي في المقام.

### الاشکال السادس: لزوم تضرر المغبون من جهة المنافع

ذکر المحقق الايرواني ان لا ضرر لا ينفي لزوم البيع و يثبت الخيار بل ينفي صحة البيع اذ لو جري في خصوص اللزوم للزم تضرر البائع المغبون مثلا من جهة المنافع و ذلک لانا لو افترضنا ان البائع باع داره ثم تبين له بعد سنة غبنه ففسخ البيع فبناء علی جريان لا ضرر في خصوص اللزوم لا يحق له ان يطالب منافع الدار مدة السنة لان الدار کان ملکا للغابن في هذه المدة و من الواضح ان للمالک ان ينتفع من ماله و الفسخ هو الغاء العقد من حين الفسخ، هذا بخلاف ما لو قلنا بان لا ضرر ينفي صحة البيع فانه بنفي الصحة يرجع المال من الابتداء الی ملک مالکه و هذا لازمه ان يطالب منافع داره مدة السنة.

قال: و قد يخطر بالبال طريق أخر لنفي صحّة المعاملة بدليل نفي الضّرر و حاصله أنّ صحّة المعاملة الغبنيّة توجب فوات منافع ما قبل العلم بالغبن للمال المنتقل عن المغبون عنه و لا يجدي في دفع هذا الضرر الخيار و الفسخ إذ لا ينتقل و يرجع اليه بالفسخ إلا رقبة ماله من غير المنافع إلا أن يكون الفسخ حلّا للمعاملة من الأصل و ذلك خلاف التّحقيق‏.[[474]](#footnote-474)

ان قلت: انه لا ينحصر الطريق لاثبات عدم تضرر البائع من جهة المنافع بجريان لا ضرر لنفي صحة البيع، بل يمکن ان نقول: ان لا ضرر يثبت الخيار و يثبت ان النماء المتخلل يرجع الی ملک المالک.

قلت: ان النماء المتخلل لو رجع الی ملک المالک هذا ضرر علی المشتري مثلا ان المشتري اشتري بقرا ثم تبين ان البائع صار مغبونا فلو رجع المنافع الی ملک البائع بعد اعمال الخيار هذا ضرر علی المشتري لانها کانت ملکا للمشتري من بدو تکونها.

يلاحظ عليه اولا: ان هنا ضررين ضرر في جانب المنافع و ضرر في جانب العين و قد علمنا ان الشارع لم يتدارک ضرر المنافع لقيام الاجماع علی عدم جريان لا ضرر لنفي الصحة، فيجري لا ضرر لنفي اللزوم و هو يفيد عدم الضرر من ناحية العين.

ثانيا: ان هذا الکلام يجري فيما اذا کان للمبيع او المثن منفعة استعمالية، لکن لو افترضنا ان للمبيع منفعة استهلاکية فهنا لا يتوجه ضرر الی البائع من اثبات الخيار، و لو اثبتنا الخيار هنا بلا ضرر نثبت الخيار في غيره بعدم الفصل.

### الاشکال السابع: عدم الافادة لتدارک الضرر

ان الضرر ينشأ من صحة البيع، و نفي اللزوم عن المعاملة و اثبات الخيار ليس هو نفي للضرر، بل هو تدارك للضرر الواقع، و ظاهر القاعدة نفي الضرر لا تداركه.

يجاب عن هذا الاشکال: بان الضرر لا ينشأ من الحکم بصحة البيع بل ينشأ من لزوم البيع اذ مجرد صحة البيع لا يوجب ضررا علی المغبون، و لا ضرر ينفي لزوم البيع من حين حدوثه.[[475]](#footnote-475)

الاشکال الثامن: عدم الافادة لاثبات الخيار

 ان مفاد لا ضرر نفي الحکم لا اثبات الحکم، فاذن لا يثبت به الخيار.

يلاحظ عليه: اولا: ان القاعدة لا تختص بنفي الحکم، بل اذا لزم من الموقف السلبي للشارع يعني لزم من عدم حکمه ضرر، فلا ضرر ينفيه، و في المقام من الموقف السلبي للشارع يلزم ضرر علی المغبون فينفيه لا ضرر.

ثانيا: انا لا نثبت خيار الغبن بل ننفي ملکية الغابن للمبيع بعد فسخ المغبون.

### الاشکال التاسع: خلاف الامتنان

ذکر السيّد الخوئي ان جريان لا ضرر في حق المغبون علی خلاف الامتنان في حق الغابن، فلايجري في المقام.

يلاحظ عليه: ان اطلاق لا ضرر يشمل حتی فيما اذا کان علی خلاف الامتنان في حق الاخرین، نعم يشترط في جريانه ان لا يکون علی خلاف الامتنان في من يجري له.

الاشکال العاشر: ان جريان القاعدة في حق المغبون يوجب ضرر الغابن فاذن يتعارض ضرر المغبون مع ضرر الغابن، و لا اشکال في عدم جريانها في مثل هذا المورد.

الجواب ان هذا البيان کبرويا تام لکن صغرويا غير صحيح فان العرف لا يحکم بضرر الغابن في فرض جريان القاعدة في حق المغبون، و ذلک لان العرف في مثل هذه الموارد يحکم بعدم النفع لا بالضرر.

الاشکال العاشر: ان المغبون قد اقدم علی الضرر علی نفسه و القاعدة لا تجري في مثله.

الجواب عن ذلک يبتني علی ان نبحث عن الاقدام علی الضرر يمنع عن جريان لا ضرر ام لا؟ و الاقدام علی الضرر تارة يکون عن علم و عمد، و اخری يکون لا عن علم و عمد، فلا بد ان نبحث في امرين:

### الامر الاول: الاقدام علی الضرر عن علم

في المسالة اقوال:

### الاول: جريان لا ضرر في فرض الاقدام

يستفاد من کلام المحقق الايرواني وجهان لاثبات ان لاضرر يجري في فرض الاقدام علی الضرر علی نفسه و ان کان علم و عمد:

الوجه الاول: ان قاعدة نفي الضرر في مقام الامتنان، و هو يقتضي حفظ العباد عن المضار و ان هم اقدموا علی الضرر، اذ ربما يندمون و يريدون الفسخ فيکون لهم مخلص.

الوجه الثاني: ان العالم بالغبن لم يقدم علی الضرر فضلا عن الجاهل بالغبن، لان الاقدام علی الضرر فرع لزوم البيع و هو اي لزوم البيع متوقف علی عدم شمول لا ضرر له و الا لو شمله لا ضرر لم يکن ضرريا. فاذن اقدام المغبون علی الضرر موقوف علی کون البيع لازما و الا لو کان البيع جائزا لم يقدم علی الضرر، و لزوم البيع موقوف علی عدم شمول لا ضرر اياه و الا لو شمله لم يکن ضرريا، و عدم شمول لا ضرر موقوف علی الاقدام علی الضرر، فاذن يلزم الدور.

قال: أنّ الموجب للوقوع في الضّرر لو كان هو حكم الشّارع باللّزوم كان تعلیل عدم الخيار بالإقدام دورا لأنّ تحقّق الإقدام على الضرر يتوقّف على لزوم المعاملة و لو لا اللّزوم لم يكن الإقدام إقداما على الضّرر بل إقداما على معاملة غبنيّة جائزة و الفرض أنّ المعاملة الجائزة لا ضرر فيها فلو توقّف الحكم باللّزوم على تحقّق الإقدام كان ذلك دورا مصرّحا.[[476]](#footnote-476) من هنا نستنتج ان لا ضرر يجري في فرض الاقدام علی الضرر، فاذن يثبت به خيار الغبن في فرض الاقدام علی الضرر.

ان قلت: ان دليل نفي الضرر ينفي کل حکم يوجب الوقوع في الضرر و هو مختص بغير صورة العلم، لان الضرر في فرض العلم به مستند الی اقدام المکلف لا الی حکم الشارع.

قلت: ان حکم الشارع باللزوم لو کان موجبا لوقوع المکلف في الضرر لم تختلف بذلک الحال بين صورتي العلم و الجهل بالغبن، لان مجرد کون المکلف هو المقدم علی الضرر في فرض العلم لا ينقل السببية عن الحکم الی الاقدام و الشاهد علی ذلک انه لا يحکم بصحة الغسل و الوضوء الضرريين مع العلم و الاقدام عليهما.[[477]](#footnote-477) بالنتيجة ان لا ضرر يجري في فرض الاقدام علی الضرر.

يلاحظ عليه: بانه لابد ان نعلم ان المراد من الاقدام علی الضرر اما ان يکون المراد منه الاقدام عليه مع غض النظر عن جريان لا ضرر، لان البيع مع غض النظر عن لا ضرر لازم فيصدق عليه انه اقدم علی الضرر فيصدق ان المغبون اقدم علی الضرر. اما ان يکون المراد منه الاقدام علی الضرر في طول لا ضرر ففي هذا الفرض لم يقدم علی الضرر، و الصحيح ان الاقدام علی الضرر يجب ان لا يلاحظ مع غض النظر عن حديث لا ضرر، لان الظاهر من الضرر هو الضرر الفعلی و من الواضح ان الضرر الفعلی ليس بمتحقق فی مثل المقام.

### القول الثاني: عدم جريان لا ضرر في فرض الاقدام

ذهب السيّد الصدر الی ان لا ضرر لا يشمل فرض الاقدام علی الضرر و ذلک لان لا ضرر صدر في مورد الامتنان فينصرف عما اذا اقدم علی الضرر.

يلاحظ عليه: انه لا مانع من شمول لا ضرر فرض الاقدام علی الضرر مثلا ان الفرد يعلم ان شراء هذا المتاع غبني و مع ذلک يقدم علی الشراء و لا يلزم من جريان لا ضرر خلاف الامتنان.

### القول الثالث: التفصيل بين من يحتمل الضرر و بين من لا يحتمل الضرر

فصل السيّد السيستاني و کذلک الشيخ الاراکي بين من لا يحتمل اختلاف القيمة بين الثمن و المبيع و هو الجاهل المرکب و بين من يحتمله و هو الجاهل البسيط و مع ذلک اقدم علی البيع، و لا ضرر لا يجري في حق من يحتمل الضرر لانه اقدم بنفسه علی الضرر، و القاعدة تجري فيما اذا کان الحکم ضرريا لا ما اذا کان مستندا الی المکلف نفسه. [[478]](#footnote-478)

الاشکال: ان لازم هذا البيان عدم جريان قاعدة لا ضرر فيما اذا اجنب المکلف نفسه عمدا و الغسل ضرري له، و الحال انه من المتسالم عليه فقهيا انه ينفي وجوب الغسل بلا ضرر.

يجاب عن هذا الاشکال بما ذکره السيّد الصدر من وجود الفرق بين البيع غبنا مع العلم به و بين ما اذا اجنب المکلف نفسه: انه في باب بيع الغبن ان الغرض العقلائي للمغبون تعلق بلزوم بيع الغبن لان لزوم البيع ناش عن التزام المتعاملين ببقاء العقد و عدم فسخه و الغرض العقلائي للمغبون تعلق بلزوم البيع و هنا خلاف الامتنان ان نقول ان هذا البيع ليس بلازم. هذا بخلاف ما اذا اجنب المريض نفسه فان غرضه لم يتعلق بوجوب الغسل بل تعلق غرضه بما هو علة لوجوب الغسل و هو الاجناب فيجري قاعدة لا ضرر فيه. قال:

الصحيح: هو التفصيل بين ما إذا كان ذلك الغرض هو نفس الأمر الضرري أو معلولا له بحيث ينتفي بنفي الحكم الضرري، و بين ما إذا كان الغرض في امر يكون مستلزما للضرر أو علّة له، فالأوّل هو الحاصل في الإقدام على المعاملة الغبنية فان غرض المشتري المغبون في نفس المعاملة و تملك المبيع تملكا مطلقا لازما رغم الغبن فيه فهو يقدم على الحكم الضرري ابتداء لأن غرض في ذلك و هنا لا إشكال في عدم المنّة في رفع الحكم بصحة المعاملة و لزومها إذا كان جريان القاعدة مانعا تكوينا عن الإقدام كما في المعاملة أو مانعا عن ذلك تشريعا فيكون جريانها على خلاف الامتنان، نعم إذا كان نفي الحكم يشكل مانعا عن غرضه لا تكوينا و لا تشريعا فلا مانع من إطلاق الحديث لنفي الحكم لكونه على وفق الامتنان على كل حال كمن تعلق غرضه باستعمال الماء في مواضع الوضوء رغم ضرره عليه فانه يمكنه ذلك حتى إذا لم يكن الوضوء واجبا بل هنا يرتفع وجوب الوضوء الضرري و لو توقف غرضه على استعمال الماء في مواضع الوضوء بما هو امتثال للمولى فانه و إن كان بنفي وجوبه ينتفي هذا الغرض إلاّ ان هذا كأنّه نحو تحكم على المولى فلا يعتنى بمثله و لهذا تكون القاعدة جارية في ذلك أيضا.

امّا الثاني فهو المحقق في باب الإجناب عمدا، فان غرض المكلف ليس في الإقدام على الغسل و لا فيما يتوقف على الغسل بل الأمر بالعكس فانه يريد الإجناب الّذي هو علّة قهرية لوجوب الغسل و من أمنياته ان لا يكون هذا الإجناب علّة لوجوب الغسل فيتوصل إلى مقصوده من دون التبعة المتفرعة عليه، و في هذا النوع من الإقدام على الضرر لا يكون نفي الحكم الضرري على خلاف الامتنان بل على طبق الامتنان، فلا مانع من إطلاق الحديث لنفي مثل هذا الحكم الضرري‏.[[479]](#footnote-479)

يلاحظ علی ما ذکره السيّد الصدر: اولا: فيما يرتبط ببيع الغبن ان تعلق الغرض العقلائي من جانب المشتري المغبون بلزوم البيع ليس بمسلم، لعله لم يتعلق الغرض من جانبه علی لزوم البيع، نعم ان الغرض العقلائي من جانب الغابن يتعلق بلزوم البيع و الا لما اقدم علی البيع.

ان قلت: ان المشتري لو لم يلتزم بلزوم البيع لا يقبله البائع فلا بد ان يلتزم بلزوم العقد.

 قلت: هذا لا يوجب ان يتعلق غرض المشتري بلزوم البيع بل يتعلق غرضه بانشاء لزوم البيع و لعله يتمني في نفسه ان لا يمضيه الشارع. هذا مضافا الی ان هذا مبني علی ان اللزوم ناش من التزام المتعاقدين ببقاء العقد حتی يقال بان الغرض العقلائي تعلق بلزوم البيع، اما لو قلنا بان اللزوم حکم عقلائي و ليس بناشئ من التزام المتعاقدين ببقاء العقد، فاذا کان اللزوم حکما عقلائيا و شرعيا يمکن الجواب بان المشتري لم يتعلق غرضه بلزوم العقد بل تعلق غرضه بتحقق العقد.

ثانيا: قد ذکر السيّد الصدر ان الغرض لو تعلق بالغسل فيمکن ان يغسل نفسه من دون ان يکون وضوءا واجبا و الا لکان تهکما علی المولی، فيه ان لازم هذا طلب الحاصل اذ لو قال المولی ان من اراد الغسل يکون الغسل واجبا و من اراد الوضوء يکون الوضوء واجبا عليه هذا طلب الحاصل لان الوجوب لايجاد الداعي نحو الفعل، و لو قال الشارع في فرض الارادة و الداعي يجب عليه الغسل هذا طلب الحاصل فان الوجوب معلول لارادة المکلف لا يکون علة لانقداح ارادة المکلف.

### المختار جريان لا ضرر في فرض الاقدام

الصحيح باعتقادنا ان لا ضرر لا يجري في فرض الاقدام علی الضرر عن علم لا لاجل الامتنان بل لان جريانه يوجب تضييع حق الغابن، هذا اولا. ثانيا: ان الضرر في فرض العلم بالضرر يکون مستندا الی المغبون نفسه عرفا لا الی الشارع، و لا ضرر ينفي الحکم اذا نشأ منه الضرر، و لا ينفي الضرر اذا کان مستندا الی المکلف نفسه.

نعم لا يجري في مورد علم المغبون بالغبن لا لاجل الامتنان و انما لا يجري لان جريان القاعدة يوجب تضييع حق الغابن ضرريا.

بالنتيجة ان المنشأ لعدم جريان لا ضرر في مورد العلم بالغبن ان الارتکاز العرفي يقول: بانه لو جعل الخيار لکان ضرريا حقيا علی الغابن و ثانيا: ان مفاد لا ضرر انه لا يوجد ضرر ناش من حکم الشرع و لکن الضرر هنا ليس بناش عن حکم الشارع بل من جانب نفسه فلا يجري فيه لاضرر.

### الامر الثاني: جريان لا ضرر في فرض الجهل بالغبن

جريان لا ضرر في فرض الجهل بالغبن يبتني علی ان هاتين النکتتين تجريان في مورد الجهل بالغبن ام لا؟ لا تجري هاتين النکتتين في هذا المورد حتی في مورد رجاء غلاء القيمة، و لا يوجد ارتکاز عقلائيا علی لزوم البيع في مورد الجهل بالغبن و لا ارتکاز علی الخيار، فاذن يجري لا ضرر بلا اشکال.

اما جريان لاضرر في مورد الجهل المرکب واضح لان الفرد لا يعلم ان المتاع غال جدا فکيف لا يجري لا ضرر، اما في مورد الجهل البسيط و هو يحتمل ان لا يکون المتاع غاليا فايضا لا منع من جريان لاضرر. بالنتيجة ان لا ضرر لو کان نفيا يجري في حق الجاهل البسيط و المرکب، و ما ذکره الشيخ الاراکي من عدم جريانه في موردهما لاقداهما علی الضرر غير تام فانه لم يرد هذا العنوان في الکلام حتی يکون مانعا عن الجريان.

### فروع:

### الفرع الاول: الشک في الغبن

ذکر السيّد الخوئي انه في موارد الشک في الغبن ان المشتري لو کان راضيا علی شراء المتاع حتی علی تقدير الغبن يعني لا يعلم المشتري ان المتاع غال او ليس بغال، و لا يقول للبائع شيئا و لکنه راض بالشراء حتی علی تقدير الغبن، ثم اتضح انه صار مغبونا، ذکر السيّد الخوئي انه لا خيار له، و ذلک لان الدليل علی الخيار اما الشرط الضمني و هو مفقود هنا لانه لم يعلق رضاه بعدم الغبن و انشأ الشراء من دون شرط. و اما قاعدة لا ضرر فيکون الضرر مستندا في هذا الفرض الی المشتري لا الی الشارع فلا يجري قاعدة لاضرر.

اقول: هذا الکلام متين، لکنه يوجد فيه ملاحظتان: الاولي: انه في مقام الاثبات يسقط خيار الغبن فيما اذا اعترف المشتري انه لم يشترط في نفسه تساوي القيمة بين الثمن و المثمن و الا فالظاهر منه هو خيار الغبن.

الثانية: ان هذا الکلام لا يجري لو قلنا بان المستند لخيار الغبن هو بناء العقلاء، لان البناء العقلائي يحکم بالخيار من دون فرق بين ما اذا کان راضيا من حين العقد بالغبن او لم يکن راضيا به.

### الفرع الثاني: جريان خيار الغبن في مطلق المعاوضات

 هل ان خيار الغبن يجري في مطلق المعاوضات او في خصوص البيع؟ ذکر الشيخ ان الظاهر ثبوت هذا الخيار في مطلق المعاوضات المالية ان کان الدليل عليه لا ضرر، اما لو کان الدليل عليه الاجماع يختص ببيع الغبن لان الاجماع دليل لبي يقتصر علی القدر المتيقن. حکي عن الفخر الدين في شرح الارشاد و صاحب التنقيح و صاحب الايضاح و عن المهذب البارع عمومه بالنسبة الی کل معاوضة و لکن استثني المهذب البارع الصلح. و في غاية المراد التفصيل بين ما اذا کان الصلح معاوضة مالية يفيد فائدة البيع و الاجارة فيجري فيه خيار الغبن، اما الصلح في موارد اسقاط الحق و الجهل بمقدار العوضين و ابراء الدين المشکوک فلا يجري فيه خيار الغبن.

فصل السيّد الخوئي بين المعاملات المبنية علی الدقة فيجري فيه خيار الغبن و بين المعاملات المبنية علی المسامحة فلا يجري فيه خيار الغبن. و اما المعاملات التي قد يکون الظاهر منها المسامحة و اخری الدقة کالجعالة فهي تتبع الشرائط و الاحوال. قال:

بعد ما عرفت من عدم تمامية دلالة حديث لا ضرر على المقصود و انما المدرك هو الشرط الضمني، لا بد من التكلم على هذا المبنى فنقول قد يكون البناء في المعاملة على الدقة و عدم المغابنة و قد يكون على السمحة و المسامحة و قد لا يكون العقد مبنيا على شي‏ء.

 اما الأول فلا شبهة في تحقق الشرط الضمني فيه فان بناء العقلاء على تساوى القيمتين فيه فتكون قرينة نوعية على تساوى القيمتين و مع انتفاء القرينة النوعية فتلاحظ القرينة الشخصية على ذلك و من ذلك الإجارة و الصلح في مقام البيع و الإجارة و لا يفرق فيه أيضا بين أفراده إلا إذا قامت قرينة خارجية على عدم تحقق ذلك الشرط كالبيع بين الوالد و الولد فإنه إذا وقع الغبن في ذلك فالارتكاز قائم على عدم الشرط فيه نوعا.

و اما الثاني فلا يجرى فيه الشرط الضمني كالصلح في مقام المرافعة حيث ان بنائه على قطع النزاع و التشاح فجريان الخيار فيه ينافي ذلك و كذلك الصلح في غير موارد البيع و الإجارة بأن كان على إبراء جميع ما في الذمة كائنا ما كان إلا إذا ظهر الحال و علم ان ما في ذمة المدیون من الديون أضعاف ما اعتقده المتصالح فإنه حينئذ لا قرينة نوعية و لا شخصية على عدم الشرط هنا بل القرينة الشخصية قائمة على تحقق الشرط الضمني كما هو واضح.

و اما الثالث فلا بد فيه من ملاحظة حال الأشخاص في شخص المعاملة كالجعالة فعلم ان جريان الغبن في أي معاملة يحتاج الى جريان الشرط الضمني فيه على تساوى القيمتين و جريان الشرط الضمني على تساوى القيمتين يحتاج إلى القرينة النوعية أو الشخصية.

 و الحاصل ان‏ مقتضى أصالة اللزوم انما هو الحكم بلزوم كل معاملة و عليه فمقتضى الأصل الاولى هو اللزوم في جميع المعاملات و حينئذ فلا بد من رفع الید عنها من ملاحظة القرائن الخارجية القائمة على عدم اللزوم فيها فان قامت قرينة عامة كبناء العقلاء أو خاصة على عدم التسامح و التساهل في المعاملة أزيد مما لا بد منه فلا شبهة في تحقق الشرط الضمني فيها على التساوي و عدم التغابن لان هذه القرينة قرينة على الاشتراط فيلزم الخيار من تخلفه و يجرى ذلك في كل عقد و معاملة حتى الصلح الذي كان البناء فيه على التسامح و التساهل إلا إذا ظهر التفاوت أزيد مما اعتقد المتصالح فإنه بالنسبة إلى الزائد يجرى الاشتراط المذكور و يلزم من تخلفه الخيار و قد تقدم ذلك في السابق الى جريان الخيار في التفاوت الزائد عن المقدار الذي وقع فيه التسامح و في كل مورد قامت قرينة عامة أو خاصة على ان بناء المتعاقدين على المسامحة و المساهلة بحيث تكون هذه القرينة دالة على عدم الاشتراط فلا يجرى فيه الخيار سواء كان ذلك صلحا أو بيعا فإنه ربما تقوم القرينة على عدم الاشتراط و ان لم يلتفت المتعاملان الى الغبن كما إذا باع الوالد مالا من ولده بخمسين دينارا مع الغفلة عن كونه يساوى بالماء فإنه و ان تحقق غبن لا يتسامح هنا و لكن الارتكاز العرفي بل القرينة الخاصة أعني رأفة الوالد على ابنه قائمة على عدم الاشتراط إلا إذا لم تكن بينهما رأفة تقتضي ذلك فإن القرينة العامة أو الخاصة قائمة على اشتراط تساوى القيمتين هنا أيضا و من هنا ظهر ان المناط في الاشتراط و عدم الاشتراط انما هو البناء الشخصي على الاشتراط و ان كانت القرينة على الاشتراط ربما تكون نوعية اعنى بناء العقلاء على الاشتراط و لكن مع ذلك قد تكون القرينة الحاصلة أيضا موجودة على ذلك اعنى بناء الشخصي من المتعاملين على التساوي أو على عدمه، بل قد تنحصر القرينة بالثاني مع انتفاء الاولى و قد تكون القرينة الخاصة أعني البناء الشخصي مقدما على القرينة العامة كما ان بناء العقلاء على التساوي في البيع و مع ذلك قد يكون بناء المتعاقدين على التسامح كما تقدم و من هنا ظهر انه لا نحتاج الى تحقيق مفهوم الغبن و كون الحكم دائرا مدار صدق الغبن و عدمه كما ذكره بعضهم لا من جهة عدم وروده في الاخبار كما ذكره المصنف بل من جهة ان مبنى المسألة لا يحتاج الى ذلك كما هو واضح.[[480]](#footnote-480)

اقول: ان ما ذکره السيّد الخوئي يوجد فيه اشکالات:

الاشکال الاول: ان ما ذکره من الاصل في العقد اللزوم الا ما قام قرينة علی الشرط الضمني علی نحو القرينة العامة او الخاصة هذا خلاف مبناه لانه يعتقد ان کل خيار يرجع الی تحديد و تضييق للملکية فان المشتري عند ما يقول اشتري بشرط عدم الغبن معناه اني اعتبر الملکية مادام لم افسخ ذلک للغبن، و في الموارد التي يقوم القرينة علی خلاف ذلک فهو يرجع الملکية المطلقة. و الاصل الاولي في دوران الامر بين الملکية المطلقة و المقيدة هو عدم جعل الملکية المطلقة مثل ما اذا لم يعلم انه جعل الزوجية اکثر من شهر ان لا؟ يجري اصالة عدم انشاء الزوجية اکثر من شهر.

الاشکال الثاني: لا يصح طرح الجعالة لان الجعالة ليس بعقد بل ايقاع فلا يصح طرحه في مباحث العقود.

الاشکال الثالث: ان السيّد الخوئي فصل في الصلح بين الصلح في موارد المرافعة و بين الصلح في غير موارد المرافعة، و لا يجري في الاول خيار الغبن لانه نقض للغرض فان الغرض من الصلح هو رفع المرافعة و مع الخيار لا يرفع النزاع. و يجري في الثاني لانه لا يلزم من جريانه نقض الغرض.

باعتقادنا ان خيار الغبن يجري في موارد المرافعة ايضا و مثلا لو کان الخلاف في ان الدين خمس ميليون تومان او عشر ميليون تومان فتصالحا علی سبعة ميليون تومان ثم ظهر انه دائن عشرون ميليون تومان، فلم يتصالح عليه فيجري خيار الغبن فيه. و يدل عليه صحيح ابي ولاد.

الکليني عن عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي وَلَّادٍ الْحَنَّاطِ قَالَ اكْتَرَيْتُ بَغْلًا إِلَى قَصْرِ ابْنِ هُبَيْرَةَ ذَاهِباً وَ جَائِياً بِكَذَا وَ كَذَا وَ خَرَجْتُ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ لِي فَلَمَّا صِرْتُ قُرْبَ قَنْطَرَةِ الْكُوفَةِ خُبِّرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى النِّيلِ فَتَوَجَّهْتُ نَحْوَ النِّيلِ فَلَمَّا أَتَيْتُ النِّيلَ خُبِّرْتُ أَنَّ صَاحِبِي تَوَجَّهَ إِلَى بَغْدَادَ فَاتَّبَعْتُهُ وَ ظَفِرْتُ بِهِ وَ فَرَغْتُ مِمَّا بَيْنِي وَ بَيْنَهُ وَ رَجَعْنَا إِلَى الْكُوفَةِ وَ كَانَ ذَهَابِي وَ مَجِيئِي خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً فَأَخْبَرْتُ صَاحِبَ الْبَغْلِ بِعُذْرِي وَ أَرَدْتُ أَنْ أَتَحَلَّلَ مِنْهُ مِمَّا صَنَعْتُ وَ أُرْضِيَهُ فَبَذَلْتُ لَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَماً فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَتَرَاضَيْنَا بِأَبِي حَنِيفَةَ فَأَخْبَرْتُهُ بِالْقِصَّةِ وَ أَخْبَرَهُ الرَّجُلُ.

 فَقَالَ: لِي وَ مَا صَنَعْتَ بِالْبَغْلِ؟ فَقُلْتُ: قَدْ دَفَعْتُهُ اليه سَلِيماً. قَالَ: نَعَمْ بَعْدَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً. فَقَالَ: مَا تُرِيدُ مِنَ الرَّجُلِ؟ قَالَ: أُرِيدُ كِرَى بَغْلِي فَقَدْ حَبَسَهُ علی خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً. فَقَالَ: مَا أَرَى لَكَ حَقّاً لِأَنَّهُ اكْتَرَاهُ إِلَى قَصْرِ ابْنِ‏ هُبَيْرَةَ فَخَالَفَ وَ رَكِبَهُ إِلَى النِّيلِ وَ إِلَى بَغْدَادَ فَضَمِنَ قِيمَةَ الْبَغْلِ وَ سَقَطَ الْكِرَى فَلَمَّا رَدَّ الْبَغْلَ سَلِيماً وَ قَبَضْتَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ الْكِرَى. قَالَ: فَخَرَجْنَا مِنْ عِنْدِهِ وَ جَعَلَ صَاحِبُ الْبَغْلِ يَسْتَرْجِعُ فَرَحِمْتُهُ مِمَّا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فَأَعْطَيْتُهُ شَيْئاً وَ تَحَلَّلْتُ مِنْهُ فَحَجَجْتُ تِلْكَ السَّنَةَ فَأَخْبَرْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × بِمَا أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ. فَقَالَ: فِي مِثْلِ هَذَا الْقَضَاءِ وَ شِبْهِهِ تَحْبِسُ السَّمَاءُ مَاءَهَا وَ تَمْنَعُ الْأَرْضُ بَرَكَتَهَا. قَالَ فَقُلْتُ: لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ × فَمَا تَرَى أَنْتَ؟ قَالَ: أَرَى لَهُ علیكَ مِثْلَ كِرَى بَغْلٍ ذَاهِباً مِنَ الْكُوفَةِ إِلَى النِّيلِ وَ مِثْلَ كِرَى بَغْلٍ رَاكِباً مِنَ النِّيلِ إِلَى بَغْدَادَ وَ مِثْلَ كِرَى بَغْلٍ مِنْ بَغْدَادَ إِلَى الْكُوفَةِ تُوَفِّيهِ إِيَّاهُ. قَالَ فَقُلْتُ: جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنِّي قَدْ عَلَفْتُهُ بِدَرَاهِمَ فَلِي عليه عَلَفُهُ. فَقَالَ: لَا لِأَنَّكَ غَاصِبٌ. فَقُلْتُ :أَ رَأَيْتَ لَوْ عَطِبَ الْبَغْلُ وَ نَفَقَ أَ لَيْسَ كَانَ يَلْزَمُنِي؟ قَالَ: نَعَمْ قِيمَةُ بَغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتَهُ. قُلْتُ: فَإِنْ أَصَابَ الْبَغْلَ كَسْرٌ أَوْ دَبَرٌ أَوْ غَمْزٌ؟ فَقَالَ علیكَ قِيمَةُ مَا بَيْنَ الصِّحَّةِ وَ الْعَيْبِ يَوْمَ تَرُدُّهُ عليه. قُلْتُ فَمَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ؟ قَالَ: أَنْتَ وَ هُوَ إِمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيمَةِ فَتَلْزَمَكَ فَإِنْ رَدَّ الیمِينَ علیكَ فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيمَةِ لَزِمَهُ ذَلِكَ أَوْ يَأْتِيَ صَاحِبُ الْبَغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيمَةَ الْبَغْلِ حِينَ أَكْرَى كَذَا وَ كَذَا فَيَلْزَمَكَ. قُلْتُ: إِنِّي كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ دَرَاهِمَ وَ رَضِيَ بِهَا وَ حَلَّلَنِي. فَقَالَ: إِنَّمَا رَضِيَ بِهَا وَ حَلَّلَكَ حِينَ قَضَى عليه أَبُو حَنِيفَةَ بِالْجَوْرِ وَ الظُّلْمِ وَ لَكِنِ ارْجِعْ اليه فَأَخْبِرْهُ بِمَا أَفْتَيْتُكَ بِهِ فَإِنْ جَعَلَكَ فِي حِلٍّ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ فَلَا شَيْ‏ءَ علیكَ بَعْدَ ذَلِكَ. قَالَ أَبُو وَلَّادٍ: فَلَمَّا انْصَرَفْتُ مِنْ وَجْهِي ذَلِكَ لَقِيتُ الْمُكَارِيَ فَأَخْبَرْتُهُ بِمَا أَفْتَانِي بِهِ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ × وَ قُلْتُ: لَهُ قُلْ مَا شِئْتَ حَتَّى أُعْطِيَكَهُ. فَقَالَ: قَدْ حَبَّبْتَ الی جَعْفَرَ بْنَ مُحَمَّدٍ × وَ وَقَعَ فِي قَلْبِي لَهُ التَّفْضِيلُ وَ أَنْتَ فِي حِلٍّ وَ إِنْ أَحْبَبْتَ أَنْ أَرُدَّ علیكَ الَّذِي أَخَذْتُ مِنْكَ فَعَلْت.[[481]](#footnote-481)‏

يستفاد من الرواية انه لا يقع الصلح اصلا و هذا خلاف ما ذکره السيّد الخوئي. بعبارة ان المحتملات في المقام ثلاثة:

الاول: ان يکون الصلح واقعا و لازما. الثاني: ان يکون الصلح واقعا و علی الخيار. الثالث: ان لا يقع الصلح، و الثالث هو المتبادر لانه يوجد قيد لبي و هو ان الصلح مبني علی صحة هذا الحکم و هو فتوي ابي حنيفة، و هذا هو مقتضي القاعدة باعتقادنا. الرابع: يوجد احتمال رابع في المسألة انه يقع التصالح بالنسبة الی عشر ميليون تومان و خمسة ميليون تومان لکن بقي طالبا عنه عشر ميليون تومان، و لو لم نقبل الاحتمال الثالث هذا هو الاقرب. لکنا استفدنا من صحيح ابي ولاد ان لا يکون مورد التصالح ازيد من معتقد الطرفين بکثير و الا فلا صلح، و لا يلزم من ذلک نقض الغرض.

ان قلت: لما ذا لم يحکم الامام علی اساس قاعدة الالزام بنفاذ فتوي ابي حنيفة في المورد باعتبار ان الذي يحکي عنه الراوي کان من اهل السنة؟

قلت: اولا: ان هذه الرواية تفيد ان قاعدة الالزام لا تجري في خصوص قضاء قاضي الجور، فيکون الرواية مخصصة لقاعدة الالزام.

ثانيا: انه لم يکن معلوما انه کان حنفيا، بل رجع اليه کاحد القضاة لا کامام ذو فتوي.

ثالثا: انه بناء علی المبني المختار من عدم قبول قاعدة الالزام الجواب عن هذا التساؤل واضح لاننا لا نقبل قاعدة الالزام بل نقول بقاعدة المقاصة النوعية و لازمها انه لو کان الحاکم فقه ابي حنيفة و يلزمون الشيعة علی اساس فقه ابي حنيفة فللشيعة ان يلزموهم علی اساس فقههم و هذا المعني لا يجري في المقام لان فقه ابي حنيفة لم يکن حاکما رسميا من جانب الحکومة حين ما کان حيا حتی يقول الامام علی اساس المقاصة النوعية بجواز هذا الفتوي.

الاشکال الرابع: ان السيّد الخوئي جعل الاصل بين الاب و الابن علی عدم الدقة و التسامح و المحاباة هذا غير صحيح فانه لو کان قرينة علی ذلک نتبع القرينة و الا فالاصل في البيع هو الابتناء علی الدقة و عدم التسامح فيجري فيه خيار الغبن.

### الفرع الثالث: الفور و التراخي في خيار الغبن

هل ان خيار الغبن علی الفور ام علی نحو التراخي؟ في المسألة قولان:

### الاول: عدم اعتبارية الفور

ذکر السيّد الخوئي في المنهاج: الظاهر أن الخيار في الغبن ليس على الفور فلو أخّر إنشاء الفسخ عالما عامدا لانتظار حضور الغابن أو حضور من يستشيره في الفسخ و عدمه و نحو ذلك من الأغراض الصحيحة لم يسقط خياره فضلا عما لو أخره جاهلا بالغبن أو بثبوت الخيار للمغبون أو غافلا عنه أو ناسيا له فيجوز له‏.[[482]](#footnote-482)

لکنه في مصباح الفقاهة ذهب الی اعتبار الفورية في خيار الغبن و ذلک لان ثبوت الخيار بعد الآن الأول يحتاج الى انتفاء أحد أمرين الأول عدم وجود المقتضى للزوم في الآن الثاني، و الآخر عدم المانع عنه فإذا ثبت أحدهما لا يثبت الخيار مستمرا بل لا بد من الأخذ بالقدر المتيقن. و هو يعتقد انه إذا شككنا في ان المغبون هل له الخيار إلى الأبد أو لا؟ لا بد من الاقتصار علی القدر المتيقن لأنه بالنسبة إلى غيره نتمسك بالعموم فان ما يرفع لزوم العقد بالنسبة إلى زمان خاص يتمكن المغبون فيه من الفسخ قطعي و في غيره مشكوك فنتمسك بالعموم.[[483]](#footnote-483)

### الثاني: اعتبارية الفور

ذکر السيّد السيستاني: الظاهر اعتبار الفورية العرفية في خيار الغبن‏، بمعنى عدم التأخير في الفسخ أزيد مما هو متعارف فيه حسب اختلاف الموارد، فلو أخّره لانتظار حضور الغابن أو حضور من يستشيره في الفسخ و عدمه و نحو ذلك فإن لم يعد عرفاً توانياً و مماطلة في أعمال الخيار لم يسقط خياره و إلا سقط، و العبرة بالفورية من زمن حصول العلم بثبوت الغبن و ثبوت الخيار للمغبون فلو كان جاهلًا بالغبن أو بثبوت الخيار للمغبون أو غافلًا عنه أو ناسياً له جاز له الفسخ متى علم أو التفت مع مراعاة الفورية العرفية.[[484]](#footnote-484)

و الصحيح ما ذهب اليه السيّد السيستاني و لعل هذا هو مراد السيّد الخوئي لانه يعتقد من الناحية الاستدلالية باعتبارية الفور لما ذکره في مصباح الفقاهة من انه اذا شک في ان المغبون له الخيار علی الفور او لا؟ قال بان الخيار في الزمن الاول متيقن و في ما عداه يرجع الی عموم اوفوا بالعقود لا الی استصحاب بقاء الخيار، سواء کان الخيار حقا عقلائيا لان العرف يحکم بوجود هذا الحق في الآن الاول الذي يقدر ان يستوفي حقه، او کان المستند له لا ضرر فانه بالزمن الاول يرفع الضرر فلو اخّر کان الضرر مستندا الی المکلف نفسه. هذا تمام ما اردنا من بيانه في هذه السنة الدراسية. [[485]](#footnote-485)

1. . بدایة السنة الدراسیة 87-88 و السنة الثانیة من دراسة فقه العقود تدریس الاستاذ السماحة الشخ محمد تقی الشهیدی یوم الاحد 14/7/1387 الموافق لـ5 شوال المکرم1419. [↑](#footnote-ref-1)
2. . السید الحائری، فقه العقود، ج1، ص151. [↑](#footnote-ref-2)
3. . السید الحکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج9، ص184. [↑](#footnote-ref-3)
4. . السید الخمینی، روح الله، الاجتهاد و التقلید، ضمن کتاب الرسائل، مع تعلیقات مجتبی الطهرانی، قم، ÷1385ق، ص123و 129. [↑](#footnote-ref-4)
5. . یلاحظ علیه: ان العقل العملی لا یفرق بین العمل و نتیجته اذ العقل یحکم بعدم جواز الاستیفاء من عمل الانسان من دون اذن منه ان لا ینتفع الآخرون من عمله، و هذا المناط بعینه موجود فی نتیجة العمل، و لا یتصور مناط آخر حتی نقول بالفرق بین العمل و نتیجته، فاذن باعتقادنا ان هذا الدلیل علی اثبات الحقوق المعنویة تام لا غبار علیه. المقرر. [↑](#footnote-ref-5)
6. . ابواب ما یحرم بالکفر، الباب11، ح4. [↑](#footnote-ref-6)
7. . السید الطباطبایی القمی، تقی، مبانی منهاج الصالحین، بیروت، دار السرور، الاولی، 1418ق، ج8، ص400. [↑](#footnote-ref-7)
8. . السید الروحانی، محمد صادق، المسائل المستحدثة، قم، مؤسسة دار الکتاب، الاولی، 1414ق، ص23. [↑](#footnote-ref-8)
9. . السید الروحانی، محمد صادق، المسائل المستحدثة، ص24. [↑](#footnote-ref-9)
10. . الوسائل، کتاب الوکالة، الباب2، ح1. [↑](#footnote-ref-10)
11. . السید الحائری، فقه العقود، ج1، ص168. [↑](#footnote-ref-11)
12. . السید الخویی، الموسوعة، (المستند فی شرح العروة/ کتاب الاجارة) ج30، ص [↑](#footnote-ref-12)
13. . الوسائل، کتاب السکنی و الحبیس، الباب2، ح1، ج19، ص218. [↑](#footnote-ref-13)
14. . الوسائل، ج19، ص223، کتاب السکنی و الحبیس، الباب5، ح1، [↑](#footnote-ref-14)
15. . الوسائل، کتاب السکنی و الحبیس، الباب4، ح1و2، ج19، ص221-222. [↑](#footnote-ref-15)
16. . الوسائل، کتاب السکنی و الحبیس، الباب3، ح1و2، ج19، ص220. [↑](#footnote-ref-16)
17. . یلاحظ علی هذا الجواب بانه لا فرق بین الموردین فان الحرمة التکلیفیة لو لم تقتض الفساد فهی فی کلا الموردین لا تقتضی الفساد، و ان کان الدلیل ان حرمة العمل یوجب انصراف دلیل لزوم الوفاء عنه، هذا یجری فی الفرض الاول ایضا لان نفس العقد لو کان حراما و دلیل لزوم الوفاء منصرفا عنه فلا یصح هذا الایجار ایضا حتی نترتب علیه الاحکام. و ان کان یشمل لزوم الوفاء هذا العقد بدلیل ان الحرمة التکلیفیة تنسجم مع الصحة الوضعیة و لا ینصرف عن شمولها، فنقول نفس البیان یجری فیما اذا کان الوفاء بالعقد مستلزما لتضییع الحق یعنی الحرمة التکلیفیة فانه لا یأبی دلیل لزوم الوفاء عن شموله، و الملخص ان الحکم فی کلا الموردین واحد فاما یشمل دلیل لزوم الوفاء کلا الموردین و اما لا یشمل کلا الموردین و اما شمول احدهما دون الآخر فلا وجه له. المقرر. [↑](#footnote-ref-17)
18. . السید السیستانی، علی، منهاج الصالحین، قم، سعید بن جبیر، الثانیة، 1421ق، ج1، ص452، مسألة 45: اذا جعل الشرط فی عقد الاجارة علی نحو شرط النتیجة لا علی نحو شرط الفعل ای اشتراط تجدید الاجارة- بان اشترط المستأجر علی المؤجر ان یکون له او لمن یعینه مباشرة او بواسطة حق اشغال المحل او الاستفادة منه ازاء مبلغ معین سنویا او بالقیمة المتعارفة فی کل سنة، فحینئذ یکون المستأجر او لمن یعینه حق اشغال المحل و الاستفادة منه و لو من دون رضا المالک و لا یحق للمالک الا ان یطالب بالمبلغ الذی اتفقا علیه ازاء الحق المذکور. [↑](#footnote-ref-18)
19. . السنهوري، عبد الرزاق احمد/ الوسيط، بيروت/ منشورات الحلبي/ الاولي/ 1998م/ ج1 الجزء الاول، ص150، الفقرة36-37. [↑](#footnote-ref-19)
20. . الشهيدی/ مهدی/ تشکيل قراردادها و تعهدات/ طهران/ نشر حقوقدان/ الاولی/ 1377ه.ش/ ص. [↑](#footnote-ref-20)
21. . السيد الحائري/ فقه العقود/ قم/ مجمع الفکر الاسلامي/ الاولي/ 1421ق/ ج1/ ص175/ نقلا عن: الزرقاء، مصطفي، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج1، الفقرة132. [↑](#footnote-ref-21)
22. . المحقق الاصفهاني، محمد حسين/ الحاشية علي المکاسب، تحقيق الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي/ قم/ ذوي القربي/ الثانية/ 1427ق/ ج1، ص143-144، رقم الحاشية: 83. [↑](#footnote-ref-22)
23. . السيد الامام الخميني، روح الله/ کتاب البيع، قم/ مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام الخميني/ الاولي/ 1421ق/ ج1، ص102-103. [↑](#footnote-ref-23)
24. . السيد الامام الخميني، کتاب البيع، ج1، ص104، السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص184-186. [↑](#footnote-ref-24)
25. . الحسيني الشاهرودي، سيد علي، محاضرات في الفقه الجعفري، قم/ دار الکتاب الاسلامي/ الاولي/ 1408ق/ ج2، ص67. [↑](#footnote-ref-25)
26. . هذه الشواهد مثل نقل الروايات عمن هو متأخر عن علي بن ابراهيم القمي و لوجود ما فيه من التعبير من رجع الي تفسير القمي و عدم وجود جملة من الروايات التي يروي صاحب المجمع عن هذا التفسير فيه. و الصحيح ان هذا التفسير هو جزء من تفسير القمي و جزء آخر من تفسير ابي الجارود، من هنا يظن ان هذا التفسير هو ما کتبه ابوالفضل العباس. [↑](#footnote-ref-26)
27. . راجع تفسير القمي ذيل قوله تعالي: يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود. [↑](#footnote-ref-27)
28. . السيد الخويي، ابوالقاسم/ مصباح الفقاهة، تقرير الميرزا محمدعلي التوحيدي/ قم/ مؤسسة انصاريان للطباعة و النشر/ الرابعة/ 1417ق/ ج6، ص269، لکنه لا يقول هذا الکلام في قوله تعالي اوفوا بالعقود لان الآية باعتقاده ارشاد الي عدم الفسخ، کان الآية تقول: لا تفسخ العقود هذا بمعني ان الفسخ لا يوثر فيها شيئا ( مصباح الفقاهة، ج6، ص25). [↑](#footnote-ref-28)
29. . الحر العاملي، محمد بن الحسن/ وسائل الشيعة، مؤسسة آل البيت (ع)/ الثالثة/ 1416ق/ کتاب التدبير و المکاتبة، ابواب المکاتبة، الباب11، ح1، ج23، ص155. [↑](#footnote-ref-29)
30. . السيد الهاشمي، محمود، کتاب الاجارة، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامي، الاولي، 1423ق، ج1، ص40. [↑](#footnote-ref-30)
31. . انظر: منهاج الصالحين للسيد الخويي، مسألة 1309ج2، ص272 کذلک منهاج الصالحين للسيد السيستاني ج3 ص80. [↑](#footnote-ref-31)
32. . يلاحظ علي هذا التعريف اولا: ان التسليط حکم من احکام العقد لا انه نفس العقد. ثانيا: التسليط لا يشمل الملک لما مر منه في السنة الماضية من عدم کون الملک سلطنة بل هي اعتبار. ثالثا: ان التسليط الالتزامي يشمل مثل التواعد و الحال انه لا يصدق عليه العقد. [↑](#footnote-ref-32)
33. . المحقق النائيني، محمد حسين/ منية الطالب، تقرير الشيخ موسي النجفي/ قم/ مؤسسة النشر الاسلامي/ الاولي/ 1421ق/ ج1، ص89، ج3، ص102، المکاسب و البيع، تقرير الشيخ محمد تقي الآملي/ قم/ مؤسسة النشر الاسلامي/ 1413ق/ ج1، ص81.. [↑](#footnote-ref-33)
34. . السيد الخويي، منهاج الصالحين، ج2، ص126، مسألة571. قال: عقد المضاربة جائز من الطرفين فيجوز لکل منهما فسخه سواء أ کان قبل الشروع في العمل ام بعده، کان قبل تحقق الربح او بعده کما انه لا فرق في ذلک بين کونه مطلقا او مقيدا الي اجل خاص، بناء علي مبني شيخنا الاستاذ لا يصح هذا الکلام باطلاقه يتم هذا في فرض کون المضاربة اذنية اما لو کان عهدية فلا يکون عقدا جائزا لکل منهما الفسخ. [↑](#footnote-ref-34)
35. . السيد الخويي، منهاج الصالحين، ج2، ص107، کتاب المزارعة، مسألة 491. [↑](#footnote-ref-35)
36. . الوسائل، کتاب الوکالة، الباب2، ح1، ج19، ص164. [↑](#footnote-ref-36)
37. . الوسائل/ ج21/ ص43. روي مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مِهْرَانَ وَ مُحَمَّدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانِ بْنِ تَغْلِبَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع كَيْفَ أَقُولُ لَهَا إِذَا خَلَوْتُ بِهَا قَالَ تَقُولُ أَتَزَوَّجُكِ مُتْعَةً عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ لَا وَارِثَةً وَ لَا مَوْرُوثَةً كَذَا وَ كَذَا يَوْماً وَ إِنْ شِئْتَ كَذَا وَ كَذَا سَنَةً بِكَذَا وَ كَذَا دِرْهَماً وَ تُسَمِّي (مِنَ الْأَجْرِ) مَا تَرَاضَيْتُمَا عَلَيْهِ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيراً فَإِذَا قَالَتْ نَعَمْ فَقَدْ رَضِيَتْ وَ هِيَ امْرَأَتُكَ وَ أَنْتَ أَوْلَى النَّاسِ بِهَا. نظيره ورد عن علي بن ابراهيم و محمد بن الحسن الطوسي فراجع: الوسائل/ ج21/ ص44، 45، 270. [↑](#footnote-ref-37)
38. . السيد السيستاني، علي، منهاج الصالحين، قم، سعيد بن جبير، الثانية، 1421ق، ج2، ص288. [↑](#footnote-ref-38)
39. . الحر العاملي، الوسائل‏، ج 18، ص 383، کتاب الرهن، الباب 3، ح . [↑](#footnote-ref-39)
40. . السيد الخويي، مصباح الفقاهة، ج2، ص105. [↑](#footnote-ref-40)
41. . السيد الخويي، مصباح الفقاهة، ج6، ص25. [↑](#footnote-ref-41)
42. . الشيخ المنتظري، حسين علي، دراسات في المکاسب المحرمة، قم، نشر تفکر، الاولي، 1415ق، ج1، ص58. [↑](#footnote-ref-42)
43. . المحقق النائيني، محمد حسين، رسالة الصلاة في المشکوک، مع شرح الشيخ جعفر النائيني، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، الاولي، 1418ق، ص359-370. السيد البروجردي، حسين، تقرير بحث، تقرير الشيخ علي پناه الاشتهاردي، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، الاولي، 1416ق، ص168-173 و ص192-196 السيد الامام الخميني، روح الله، رسالة التقية: في ضمن الرسائل، قم، بلاناشر، 1385ق، ج2، ص188-210. الشيخ المنتظري، حسين علي، دراسات في المکاسب المحرمة، قم، نشر تفکر، الاولي، 1415ق، ج1، ص63-64. [↑](#footnote-ref-43)
44. . الوسائل، ابواب لباس المصلي، الباب11، ح2، ج4/ ص368. [↑](#footnote-ref-44)
45. . الوسائل، ابواب النجاسات، الباب38، ح13/ ج3/ ص472. [↑](#footnote-ref-45)
46. . الوسائل، ابواب لباس المصلي، الباب16، ح6، ج4/ ص380. [↑](#footnote-ref-46)
47. . الوسائل، ابواب لباس المصلي، الباب30، ح5، ج4/ ص414. [↑](#footnote-ref-47)
48. . الوسائل، ابواب لباس المصلي، الباب14، ح4، ج4/ ص377. [↑](#footnote-ref-48)
49. . الوسائل، ابواب التيمم، الباب30، ح1، ج3/ 392. [↑](#footnote-ref-49)
50. . الوسائل، ابواب لباس المصلي، الباب10، ح15، ج4/ ص366. [↑](#footnote-ref-50)
51. . النوري، ميرزا حسين، مستدرک الوسائل، بيروت/ مؤسسة آل البيت (ع)/ الثالثة/ 1411ق/ ابواب لباس المصلي، الباب3، ح1، ج3/ ص197. [↑](#footnote-ref-51)
52. . الوسائل/ ج5/ 482. [↑](#footnote-ref-52)
53. . الوسائل، ابواب القيام، الباب1، ح6 و 7، ج5، ص483. [↑](#footnote-ref-53)
54. . الوسائل، ج17، ص89 و 111. [↑](#footnote-ref-54)
55. . الوسائل، ابواب ، ج17، ص87. [↑](#footnote-ref-55)
56. . السيد الخويي، موسوعة السيد الخويي، ج12، ص279. [↑](#footnote-ref-56)
57. . السيد الخويي/ ابوالقاسم/ مصباح الاصول (تقرير السيد محمد سرور الواعظ)/ قم/ مکتبة الداوري/ الثانية/ 1412ق/ ج2/ ص356-357. [↑](#footnote-ref-57)
58. . الوسائل، کتاب الامر بالمعروف و النهي عن المنکر، ابواب الامر و النهي، الباب25، ح2، [↑](#footnote-ref-58)
59. . الوسائل، کتاب الايمان، ابواب الايمان، الباب12، ح18، ج [↑](#footnote-ref-59)
60. . السيد الامام الخميني، روح الله، کتاب الخلل في الصلاة، قم، بلا تاريخ، و بلا ناشر، ص7-9. [↑](#footnote-ref-60)
61. . يلاحظ عليه: ان ما ذکره من ثبوت الهلال عند الامام و عدم ثبوته عند ابي العباس السفاح يشهد علي اختلافهم مع اتباع ائمة اهل البيت (ع) في مناسک الحج ايضا اذ لعله ثبت عند الامام روية الهلال و لم يثبت عند السلطة الحاکمة آنذاک، فاذن علي القول بلزوم اداء المناسک في زمانها الخاص من دون ملاحظة المصلحة او التقية لا بد من القول بان الامام يأمر اتباعه باتيان المناسک قبل اتيان سائر الناس مع انا نجد ان الائمة لم يخالفوا في ذلک السلطة بخلاف شهر رمضان فانهم کانوا يخالفون السلطة الحاکمة، و هذا يدل علي صحة الوقوف و سائر المناسک و هي قد اتي بها في زمان يطابق رايهم سواء کان ذلک علي نحو التقدم او علي نحو التأخر، و السر في عدم سؤال الناس عن هذا الامر عن ائمة اهل البيت (ع) انهم (ع) کثيرا ما کانوا يأتون الحج وفقا للزمان الذي کان يقرر من قبل السلطة الحاکمة فلم يبق مجال لاتباعهم ان يسألوهم عن ذلک. المقرر. [↑](#footnote-ref-61)
62. . الوسائل/ ج18/ ص17-18. [↑](#footnote-ref-62)
63. . الوسائل/ ج18/ ص18. [↑](#footnote-ref-63)
64. . الوسائل/ ج27/ ص212. [↑](#footnote-ref-64)
65. . السيد الامام الخميني/ کتاب البيع/ ج5/ ص237. [↑](#footnote-ref-65)
66. . الشيخ الانصاري/ مرتضي/ کتاب المکاسب/ قم/ المؤتمر العالمي بمناسبة ذکري المئوية الثانية لميلاد الشيخ الانصاري/ الاولي/ 1420ق/ ج6/ ص34 و 41. [↑](#footnote-ref-66)
67. . السيد البجنوردي/ محمد حسن/ القواعد الفقهية/ تحقيق مهدي المهريزي و محمد حسن الدرايتي/ قم/ نشر الهادي/ الاولي/ 1419ق/ ج3/ ص264-265. [↑](#footnote-ref-67)
68. . المراد من الطلاء هو العصير العنبي فانه قبل ان يغلي حلال و کذلک بعد ان غلي و ذهب ثلثاه، و هو حرام بعد الغليان و قبل ذهاب ثلثيه و بهذا الاعتبار جاء في الرواية ان القسم الحرام منه فلا يقربه اصلا، و اما القسم الحلال منه فله ان يشرب منه لانه حلال. [↑](#footnote-ref-68)
69. . الوسائل/ ج22/ ص44. [↑](#footnote-ref-69)
70. . الوسائل/ ج23/ ص244. [↑](#footnote-ref-70)
71. . الوسائل/ کتاب الطلاق/ ابواب المهور/ الباب20/ ح6/ ج21/ ص278. [↑](#footnote-ref-71)
72. . الوسائل/ کتاب الايمان/ الباب19/ ح1/ ج23/ ص244. [↑](#footnote-ref-72)
73. . المحقق الايرواني/ ميرزاعلي/ الحاشية علي المکاسب/ تحقيق باقر الفخار الاصفهاني/ قم/ صبح الصادق/ الاولي/ 1426ق/ ج3/ ص270 و ص274. [↑](#footnote-ref-73)
74. . الوسائل/ ج18/ ص17و ص268. [↑](#footnote-ref-74)
75. . الوسائل/ ج21/ ص73. و روي نفس الحديث في ج21/ ص295 عن محمد بن الحسن الطوسي. [↑](#footnote-ref-75)
76. . الوسائل/ ج10/ ص385. [↑](#footnote-ref-76)
77. . الوسائل/ کتاب النکاح/ ابواب المهور/ الباب20/ ح4/ ج21/ ص277. [↑](#footnote-ref-77)
78. . المحقق النراقي/ المولي احمد/ عوائد الايام/ قم/ مکتب الاعلام الاسلامي/ الاولي/ 1417ق/ ص147. [↑](#footnote-ref-78)
79. . يدل عليه ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَر ٍ × قَالَ كُلُّ يَمِينٍ حَلَفْتَ عَلَيْهَا لَكَ فِيهَا مَنْفَعَةٌ فِي أَمْرِ دِينٍ أَوْ دُنْيَا فَلَا شَيْ‏ءَ عَلَيْكَ فِيهَا وَ إِنَّمَا تَقَعُ عَلَيْكَ الْكَفَّارَةُ فِيمَا حَلَفْتَ عَلَيْهِ فِيمَا لِلَّهِ فِيهِ مَعْصِيَةٌ أَنْ لَا تَفْعَلَهُ ثُمَّ تَفْعَلَهُ.

و ما رواه عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى وَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ جَمِيعاً عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ ثَعْلَبَةَ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ كُلُّ يَمِينٍ حَلَفَ عَلَيْهَا أَنْ لَا يَفْعَلَهَا مِمَّا لَهُ فِيهِ مَنْفَعَةٌ فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ وَ إِنَّمَا الْكَفَّارَةُ فِي أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ وَ اللَّهِ لَا أَزْنِي وَ اللَّهِ لَا أَشْرَبُ الْخَمْرَ وَ اللَّهِ لَا أَسْرِقُ وَ اللَّهِ لَا أَخُونُ وَ أَشْبَاهِ هَذَا وَ لَا أَعْصِي ثُمَّ فَعَلَ فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ فِيهِ(الوسائل/ ج23/ ص249). [↑](#footnote-ref-79)
80. . المحقق الاصفهاني/ الحاشية علي المکاسب/ ج5/ ص150-152. اقول: اني افهم من عبارة الاصفهاني انه يريد ان يقول جوابا عن الاشکال ان عنوان تحريم الحلال عنوان عام يشمل الراجح من الحلال و المرجوح منه و المساوي له و هذا حرام تکليفا و وضعا في باب الشرط؛ و لکنه في بابي الحلف و النذر خصص الراجح او المساوي منه و يبقي تحت عنوان حرمة تحريم الحلال في هذين البابين خصوص القسم المرجوح منه؛ اقول: ان هذا الجواب منه بمکان من المنع لان عنوان تحريم الحلال آب عن التخصيص، فکيف يخصص بما ورد في بابي الشرط من انعقاد النذر و الحلف اذا کان متعلقه راجحا. فاذن بناء علي هذا المبني الذي يختاره المحقق الاصفهاني يلزم القول بعدم انعقاد النذر و الحلف اصلا لاستلزامه تحريم الحلال. المقرر. [↑](#footnote-ref-80)
81. . اقول: قد اتضح مما اسلفناه ثلاثة اقوال في تفسير محرم الحلال: الاول: ما عن الشيخ الانصاري من الفرق بين الحلال الاقتضايي و الحلال اللا اقتضايي، فان ما هو محرم تحليله هو الاول دون الثاني؛ لکن قد تقدم ان هذا التفسير يواجه الاشکال في مقام الاثبات اذ لا معيار معين يعين لنا احد القسمين من الآخر بل يمکن دعوي ان القسم الاول من الحلال لا مصداق له اصلا. الثاني: ما عن السيد البجنوردي و المحقق الاصفهاني علي اختلاف يسير بينهما من ان المراد هو الالتزام بترک الحلال الثابت قبل العقد؛ لکن هذا التفسير يواجه هذا الاشکال ان حرمة تحريم الحلال وضعا و تکليفا لا يختص بباب دون باب، فاذن لو قبلنا هذا المبني لا يمکن تصحيح النذر و الحلف ان تعلق باتيان الحلال او ترکه لان مفاد النذر و الحلف هو الالتزام بالاتيان او الترک و هذا ليس الا مصداقا لتحريم الحلال، فلا بد ان يکون باطلا هذا النذر و الحلف، و الحال انه من المتسالم فقهيا انعقاد النذر و الحلف. و القول بتخصيص عنوان تحريم الحلال بما ورد في بابي النذر و الحلف غير مقبول لاباء هذا العنوان عن التخصيص. الثالث: ما نسبه الاستاذ الي السيد الخويي و ما وجدناه في کتبه رغم الفحص الکمبيوتري عنه و لا وجد الاستاذ مصدر کلامه عند ما سئلناه عن مصدره و لعل ينقل شفهيا عن استاذه عن السيد الخويي؛ من ان المراد هو التحريم الانشائي للحلال يعني لو اشترط في العقد ان يکون الحلال حراما انشاء فهذا من مصاديق تحريم الحلال و هو باطل؛ و ان اشترط في العقد الالتزام بترک الحلال فهذا لا باس به لانه ليس من تحريم الحلال. لکن هذا التفسير ايضا باطل اذ لازمه لغوية هذا الشرط يعني اشتراط ان لا يکون الشرط محرما للحلال اذ يمکن لکل فرد ان يفرّ من التحريم الانشائي الي الالتزام العملي بترک الحلال او فعله لان المهم للمشروط له هو ترک هذا العمل المشروط او فعله و ليس بمهم ان يکون هذا علي سنخ التحريم الانشائي للحلال او من سنخ الالتزام العملي به، و المهم له ان يلزم المشروط عليه بمفاد الشرط و هذا يحصل بمجرد الالتزام بالشرط، فلا يبقي لتحريم الحلال مصداق اصلا و يبقي هذا العنوان لغوا محضا؛ الي هنا ما وجدنا تفسيرا صحيحا لعنوان محرم الحلال؛ لعل الله يحدث بعد ذلک امرا. المقرر. [↑](#footnote-ref-81)
82. . الشافعي، محمد بن ادريس، کتاب الام/ ج7/ ص578. [↑](#footnote-ref-82)
83. . ابن قيم الجوزي/ محمد بن ابي بکر/ اعلام الموقعين عن رب العالمين/ تحقيق طه عبد الرؤوف سعد/ بيروت/ دار الجيل/ الاولي/ 1973م/ ج1/ ص39. [↑](#footnote-ref-83)
84. . الوسائل/ کتاب الاطعمة و الاشربة/ ابواب الاطعمة المحرمة/ الباب 2/ ح20 / ج24/ ص112. [↑](#footnote-ref-84)
85. . الوسائل/ کتاب الاطعمة و الاشربة/ ابواب الاطعمة المحرمة/ الباب4/ ح7 / ج24/ ص119-120. [↑](#footnote-ref-85)
86. . الوسائل/ کتاب الاطعمة و الاشربة/ ابواب الاطعمة المحرمة/ الباب5/ ح6 / ج24/ ص124. [↑](#footnote-ref-86)
87. . الوسائل/ کتاب الاطعمة و الاشربة/ ابواب الاطعمة المحرمة/ الباب 4/ ح11/ ج24/ ص121. [↑](#footnote-ref-87)
88. . الوسائل/ کتاب الاطعمة و الاشربة/ ابواب الاطعمة المحرمة/ الباب7/ ح1/ ج24/ ص125. [↑](#footnote-ref-88)
89. . الوسائل/ کتاب الاطعمة و الاشربة/ ابواب اشربة المحرمة/ الباب9/ ح13/ ج25/ ص301. [↑](#footnote-ref-89)
90. . الوسائل/ کتاب التجارة/ ابواب الربا/ الباب15/ ح1/ ج18/ ص151. [↑](#footnote-ref-90)
91. . روي مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ قَالَ سَأَلَ زُرَارَةُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ × عَنِ الصَّلَاةِ فِي الثَّعَالِبِ وَ الْفَنَكِ وَ السِّنْجَابِ وَ غَيْرِهِ مِنَ الْوَبَرِ فَأَخْرَجَ كِتَاباً زَعَمَ أَنَّهُ إِمْلَاءُ رَسُولِ اللَّه ِ ’أَنَّ الصَّلَاةَ فِي وَبَرِ كُلِّ شَيْ‏ءٍ حَرَامٍ أَكْلُهُ فَالصَّلَاةُ فِي وَبَرِهِ وَ شَعْرِهِ وَ جِلْدِهِ وَ بَوْلِهِ وَ رَوْثِهِ وَ كُلِّ شَيْ‏ءٍ مِنْهُ فَاسِدٌ لَا تُقْبَلُ تِلْكَ الصَّلَاةُ حَتَّى يُصَلِّيَ فِي غَيْرِهِ مِمَّا أَحَلَّ اللَّهُ أَكْلَهُ ثُمَّ قَالَ يَا زُرَارَةُ هَذَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ص فَاحْفَظْ ذَلِكَ يَا زُرَارَةُ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ فَالصَّلَاةُ فِي وَبَرِهِ وَ بَوْلِهِ وَ شَعْرِهِ وَ رَوْثِهِ وَ أَلْبَانِهِ وَ كُلِّ شَيْ‏ءٍ مِنْهُ جَائِزٌ إِذَا عَلِمْتَ أَنَّهُ ذَكِيٌّ قَدْ ذَكَّاهُ الذَّبْحُ وَ إِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا قَدْ نُهِيتَ عَنْ أَكْلِهِ وَ حُرِّمَ عَلَيْكَ أَكْلُهُ فَالصَّلَاةُ فِي كُلِّ شَيْ‏ءٍ مِنْهُ فَاسِدٌ ذَكَّاهُ الذَّبْحُ أَوْ لَمْ يُذَكِّهِ. (راجع: الوسائل/ ج4/ ص345) [↑](#footnote-ref-91)
92. . السيد اليزدي، محمد کاظم، العروة الوثقي/ مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام/ قم/ مؤسسة النشر الاسلامي/ الاولي/ 1420ق/ ج2/ ص338، قال السيد الاصفهاني: اختصاص المنع بأجزاء السباع لا يخلو من قوّة. [↑](#footnote-ref-92)
93. . السيد السيستاني/ علي/ کتاب التعارض/ تقرير ابنه محمد باقر السيستاني/ مخطوط. [↑](#footnote-ref-93)
94. . الوسائل/ کتاب التجارة/ ابواب مقدماتها/ الباب12/ ح6/ ج17/ ص46. [↑](#footnote-ref-94)
95. . الوسائل/ کتاب التجارة/ ابواب ما يکتسب به/ الباب4/ ح1/ ج17/ ص87. [↑](#footnote-ref-95)
96. . الوسائل/ کتاب التجارة/ ابواب ما يکتسب به/ الباب4/ ح4/ ج17/ ص89. [↑](#footnote-ref-96)
97. . الوسائل/ ج27/ ص157. [↑](#footnote-ref-97)
98. . الوسائل/ ج22/ ص36. [↑](#footnote-ref-98)
99. . الوسائل/ ج21/ ص278. [↑](#footnote-ref-99)
100. . الوسائل/ کتاب النکاح/ ابواب المهور/ الباب20/ ح1/ ج21/ ص275. [↑](#footnote-ref-100)
101. . الوسائل/ کتاب النکاح/ ابواب المهور/ الباب20/ ح2/ ج21/ ص275. [↑](#footnote-ref-101)
102. . الوسائل/ کتاب النکاح/ ابواب المهور/ الباب20/ ح4/ ج21/ ص277. [↑](#footnote-ref-102)
103. . المحقق الاصفهاني/ الحاشية علي المکاسب/ ج5/ قسم الحاشية القديمة علي المکاسب/ ص19. [↑](#footnote-ref-103)
104. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ تحقيق لجنة تراث الشيخ الاعظم/ قم/ مجمع الفکر الاسلامي/ السادسة/ 1425ق/ ج6/ ص31. قال: ان البناء علي اصالة عدم المخالفة يکفي في احراز عدمها واقعا. [↑](#footnote-ref-104)
105. . المحقق النائيني/ منية الطالب/ ج3/ ص199. [↑](#footnote-ref-105)
106. . الشيخ الانصاري/ مرتضي/ فرائد الاصول/ تحقيق لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم/ قم/ مجمع الفکر الاسلامي/ الرابعة/ 1425/ ج3/ ص201. فرائد الاصول/ تحقيق عبد الله النوراني/ قم/ مؤسسة النشر الاسلامي/ ج2/ ص643. قال: اذا فرض الدليل علي ان کل ما تقذفه المرأة من الدم اذا لم يکن حيضا فهو استحاضة فان استصحاب عدم الحيض في زمان خروج الدم المشکوک لا يوجب انطباق هذا السلب علي ذلک الدم و صدقه عليه حتي يصدق ليس بحيض علي هذا الدم فيحکم عليه بالاستحاضة اذ فرق بين الدم المقارن لعدم الحيض و بين الدم المنفي عنه الحيضية. يستفاد من هذه العبارة انّ الشيخ ينكر اثبات عدم حيضية هذا الدم باستصحاب عدم الحيض. [↑](#footnote-ref-106)
107. . باعتقادي ان کلام السيد الخويي ليس ما ذکره الاستاذ ببيانيه المتقدمين بل و هو يقول: ان الموضوع لنفاذ الشرط هو عنوان عدم المخالفة للکتاب، و لکن عنوان المخالفة و عدم المخالفة امرانان انتزاعيان عن نسبة ما يشترطه المتعاقدان في العقد و الحکم الشرعي الذي لهذا الامر المشروط بقطع النظر عن الشرط، فان کان هذا الشرط يوافق هذا الحکم الشرعي الذي للمشروط فينتزع من ذلک عدم المخالفة و ان لم يکن موافقا فينتزع منه عنوان المخالفة للحکم الشرعي، فاذن نحن بحاجة الي ايضاح الحکم الشرعي الثابت للمشروط في العقد و هذا تارة يتضح من خلال الادلة القطعية و اخري من طريق الامارة و ثالثة من طريق الاصول العملية، فاذن في الرتبة المتقدمة علي جريان اصالة عدم المخالفة لحکم الله نحن ننقح الموضوع بالاصل يعني نوضح حکم الموضوع بالاصل. المقرر. [↑](#footnote-ref-107)
108. . السيد الخويي/ ابوالقاسم/ موسوعة الامام الخويي40 (التنقيح في شرح المکاسب/ تقرير الشيخ محمد الغروي/ ج5)/ ص43/ مصباح الفقاهة/ ج7/ ص327. [↑](#footnote-ref-108)
109. . الشيخ الوحيد الخراساني/ حسين/ دروسه في الخيارات/ الدرس رقم38 من العام الدراسي1385-1386 تأريخ23/10/1385ش. [↑](#footnote-ref-109)
110. . ان الاستاذ قد اطال الکلام في ان مراد الشيخ الوحيد جريان الاصل الحکمي في المقام و ليس باصل حکمي؛ لکن الناظر في کلامه يعرف بادني تأمل ان هذا ليس بمراده بل مراده هو الشق الاول يعني عدم جريان الاصل ليس الا من جهة کونه مثبتا. [↑](#footnote-ref-110)
111. . السيد الخويي/ مصباح الفقاهة/ ج7/ ص327. [↑](#footnote-ref-111)
112. . يلاحظ علي ما ذکره الاستاذ انه بهذا المقدار لا يرد کلام السيد الزنجاني فان ترکيز کلامه علي ان اوفوا بالعقود ليس بصدد البيان من جهة صحة العقد فکلما کان الشک في صحة العقد من اي جهة کان لا يصح التمسک باوفوا بالعقود هذا نظير ما يقال: فکلوا مما امسکن منکم فان الآية بصدد البيان من جهة الحلية و الحرمة لا بصدد البيان من جهة الطهارة و النجاسة فلا يصح التمسک بکلوا لاثبات عدم لزوم طهارة موضع انياب الکلب؛ فکذلک في المقام اذا افترضنا ان الآية الکريمة ليس بصدد البيان من جهة صحة العقد لا يصح التمسک به مطلقا فيما اذا شککنا في صحة العقد من اي جهة کان. نعم لو لم نقبل ذلک و قلنا ان الآية الکريمة تفيد الصحة ايضا يمکن التمسک به لاثبات صحة العقد مطلقا سواء کان الشک من جهة کيفية ابراز العقد او من جهة الشک في محتوي العقد. و ما ذکره الاستاذ من التنظير باوفوا بالوعد اولا: انه مجرد مثال و لا يمکن اسراء الحکم من مثال الي مثال آخر الا اذا احرز وحدة السنخ بحسب التحليل المفهومي؛ ثانيا: اننا لا نقبل ما ذکره من صحة التمسک باوفوا بالوعد فيما اذا شک في صحة الوعد من جهة احتمال اعتبار کيفية خاصة في ابراز الوعد و ذلک لان المفروض ان اوفوا بالوعد في مقام البيان من جهة وجوب الوفاء بالوعد فکيف يتمسک به فيما اذا شک في صحة الوعد؛ نعم يصح التمسک بصحة الوعد بالکتابة مثلا بالغاء الخصوصية بين الوعد بالکتابة و بين الوعد باللفظ؛ هذا کلام آخر غير التمسک باوفوا بالوعد. المقرر.

نعم يوجد اشکال آخر يرتبط بالتهافت في رأي السيد الزنجاني و هو انه سئل عنه شفهيا هذه المسألة فاجاب به ما نقلناه عن الاستاذ لکننا عند ما راجعنا في مواضع من کلامه ما وجدنا انه يقول بعدم جواز التمسک باوفوا بالعقود فيما اذا کان الشک في کيفية ابراز العقد بل هو يقول کسائر الاعلام بعدم جواز التمسک بالآية الکريمة فيما اذا کان الشک في محتوي العقد و جواز التمسک بها فيما اذا کان الشک في کيفية ابراز العقد من جهة اعتبار لفظ خاص. راجع من اهم موارد صرح بهذا الکلام: دروسه في النکاح/ السنة الخامسة/ رقم الدرس/ 477/ تأريخ 27/9/1381ش/ و ايضا راجع: دروسه في النکاح/ السنة الخامسة/ رقم الدرس 480/ تأريخ3/10/1381ش. فهو متردد في المسألة، مع ذلک اصل هذا الاشکال کاشکال علمي في محله و لا يرد بما ذکره الاستاذ. المقرر. [↑](#footnote-ref-112)
113. . السيد الصدر/ بحوث في شرح العروة الوثقي/ قم/ مجمع الشهيد الصدر العلمي/ الثانية/ 1408ق/ ج1/ ص44-48. [↑](#footnote-ref-113)
114. . الشهيد الثاني/ زين الدين بن علي بن احمد العاملي (م966ق)/ مسالک الافهام الي تنقيح شرائع الاسلام/ قم/ مؤسسة المعارف الاسلامية/ الاولي/ 1417ق/ ج11/ ص264. راجع: الشهيد الاول/ محمد بن مکي العاملي (م786ق)/ القواعد و الفوائد/ ج1/ ص158. [↑](#footnote-ref-114)
115. . السيد الخويي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص83. [↑](#footnote-ref-115)
116. . السيد الشهيد الصدر/ بحوث في علم الاصول/ ج1/ ص213. [↑](#footnote-ref-116)
117. . اقول: اني لا استفيد من قوله تعالي: احل الله البيع و کذلک من لا تأکلوا اموالکم بينکم بالباطل؛ الاطلاق المقامي من نفس هذا الخطاب؛ و ذلک ان الشارع قد يکون بصدد بيان الفتوي في مقام العمل مثل ما لو سئل سائل قد اصاب ثوبي بول ما ذا افعل؟ فاجاب الامام طهر؛ و لم يبين کيفية التطهير فهنا يستفاد من الاطلاق المقامي لهذا الخطاب ان کيفية التطهير موکول الي العرف و الا لو کان للشارع کيفية خاصة لبينه و لا يحتاج في مثل هذا المقام الرجوع الي سائر الخطابات. و اخري يکون الشارع بصدد التقنين و التشريع ففي مثل هذا المقام لا يستفاد من خطاب واحد ان له اطلاق؛ و خطاب احل الله البيع و لا تأکلوا اموالکم من هذا القبيل فان هذه الخطابات صدر في مقام التشريع و التقنين فلا اطلاق مقامي لنفس هذه الخطابات. المقرر. [↑](#footnote-ref-117)
118. . السيد الخويي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص85. [↑](#footnote-ref-118)
119. . السيد الخوئي/ المحاضرات في الفقه الجعفري/ ج2/ ص43. [↑](#footnote-ref-119)
120. . الشيخ الانصاري/ المکاسب/ ج3/ ص21 و 38. [↑](#footnote-ref-120)
121. . المحقق الاصفهاني/ محمد حسين/ نهاية الدراية/ بيروت/ مؤسسة آل البيت (ع)/ الاولي/ 1418ق/ ج1/ ص137-138. [↑](#footnote-ref-121)
122. . السيد الروحاني/ محمد/ منتقي الاصول/ تقرير السيد عبد الصاحب الحکيم/ قم/ بلاناشر/ الثانية/ 1416ق/ ج1/ ص283-284. [↑](#footnote-ref-122)
123. . الشيخ الانصاري/ المکاسب/ ج3/ ص21. [↑](#footnote-ref-123)
124. . السيد الامام الخميني/ کتاب البيع/ ج1/ ص97. [↑](#footnote-ref-124)
125. . السيد الخويي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص86. [↑](#footnote-ref-125)
126. . النساء: 29. [↑](#footnote-ref-126)
127. . النجفي/ جواهر الکلام/ ج22/ ص24. [↑](#footnote-ref-127)
128. . الطبرسي/ فضل بن الحسن/ مجمع البيان/ ج3/ ص59. [↑](#footnote-ref-128)
129. النور24: 37. [↑](#footnote-ref-129)
130. . السيد الامام/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص160. [↑](#footnote-ref-130)
131. . السيد الخويي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص102-104. [↑](#footnote-ref-131)
132. . بحر العلوم/ محمد بن محمد تقي/ بلغة الفقيه/ ج2/ ص103-104. ذکر صاحب البلغة ان القول بالاستثناء المتصل يستلزم النسخ او التخصيص المستهجن؛ لعل توضيح مقصوده في المقام انه لو کان عموم لا تأکلوا الا ان تکون تجارة عن تراض هو المراد الجدي للزم ان يکون حل الاکل من طريق الهبات و الوقوف و الصدقات و الوصايا و سائر النواقل نسخا لهذا العام و لو لم يکن عمومها بمراد جدي بل لضرب القاعدة فيکون حل مثل هذه الامور من التخصيص لان المراد من العام کان من الاول غير موارد التخصيص. [↑](#footnote-ref-132)
133. . السيد الخويي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص105. [↑](#footnote-ref-133)
134. . السيد الخويي/ الموسوعة/ ج25/ ص231. ج31/ ص34. [↑](#footnote-ref-134)
135. . الشيخ المنتظري/ حسين علي/ دراسات في المکاسب المحرمة/ قم/ نشر تفکر/ الاولي/ 1415ق/ ج1/ ص24-28. [↑](#footnote-ref-135)
136. . مريم: 62. [↑](#footnote-ref-136)
137. . النساء: 20-21. [↑](#footnote-ref-137)
138. . السيد الامام الخميني/ کتاب البيع/ ج1/ ص120. [↑](#footnote-ref-138)
139. . الکوهکمري/ سيد محمد بن علي حجت/ کتاب البيع/ ص92. من برنامج النور. قال: فنقول: إنّ الإطلاق إنّما ينعقد للموضوع في القضيّة، بل ليس معنى الإطلاق إلا ظهور القضية في كون المذكور فيها من الموضوع تمام الموضوع، فلا يكون للمحمول إطلاق. فلو قيل: القوم فاسقون، لم يكن معناه إثبات الفسق للقوم بجميع أنحائه و اقسامه بل معناه إثباته لهم بنحو الإهمال و لو بقسم‏ واحد من أيّ اقسامه. فالمستفاد من القاعدة، سلطنة المالك على ماله بنحو من أنحاء السلطنة، لا بجميع أنحائها، كالسلطنة على التصرّف فيه بالمباشرة مثلا. فليس لها إطلاق يؤخذ به في موارد الشك. لكنّ التحقيق صحة التمسك بها في إثبات السلطنة على جميع أنحاء التصرفات، لتعلق السلطنة في الرواية على ذات المال، فإن السلطنة لا تتعلّق بذات المال لعدم تعلّق القدرة و السلطنة إلا بالأفعال، و ان استعملت متعلّقة بذات المال كان بالعناية لا محالة، فتعلقها بالأموال في الرواية بعناية تعلقها بالتصرف فيها، و الظاهر بحسب أقرب المجازات تعلقها بجميع التصرّفات فيها. هذا المعني يعني عدم جواز التمسک باطلاق الحکم مقبول عند السيد الخوئي ايضا. راجع: مصباح الفقاهة/ ج6/ ص30. [↑](#footnote-ref-139)
140. . المحقق الاصفهاني/ حاشية المکاسب/ ج1/ ص111. [↑](#footnote-ref-140)
141. . السيد الامام/ کتاب البيع/ ج1/ ص131. [↑](#footnote-ref-141)
142. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص21-22. [↑](#footnote-ref-142)
143. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج6/ ص9. [↑](#footnote-ref-143)
144. . الوسائل/ ج22/ ص36-37. [↑](#footnote-ref-144)
145. . الوسائل/ ج21/ ص162. [↑](#footnote-ref-145)
146. . الوسائل/ ج18/ ص11. [↑](#footnote-ref-146)
147. . الوسائل/ ج18/ ص13. [↑](#footnote-ref-147)
148. . الوسائل/ ج10/ ص162. [↑](#footnote-ref-148)
149. . الوسائل/ ج10/ ص166. [↑](#footnote-ref-149)
150. . الوسائل/ ج10/ ص183. [↑](#footnote-ref-150)
151. . الوسائل/ ج12/ ص336. [↑](#footnote-ref-151)
152. . الوسائل/ ج12/ ص464. [↑](#footnote-ref-152)
153. . الوسائل/ ج13/ ص469. [↑](#footnote-ref-153)
154. . الوسائل/ ج17/ ص160. [↑](#footnote-ref-154)
155. . الوسائل/ ج18/ ص234. [↑](#footnote-ref-155)
156. . الوسائل/ ج19/ ص135. [↑](#footnote-ref-156)
157. . الوسائل/ ج21/ ص48. [↑](#footnote-ref-157)
158. . الوسائل/ ج21/ ص57. [↑](#footnote-ref-158)
159. . الوسائل/ ج22/ ص235-236. [↑](#footnote-ref-159)
160. . الوسائل/ ج23/ ص27. [↑](#footnote-ref-160)
161. . الوسائل/ ج23/ ص158. [↑](#footnote-ref-161)
162. . الوسائل/ ج26/ ص56. [↑](#footnote-ref-162)
163. . الوسائل/ ج26/ ص45. [↑](#footnote-ref-163)
164. . الطوسي/ تهذيب الاحکام/ ج7/ ص211. [↑](#footnote-ref-164)
165. . تهذيب الاحکام/ ج7/ ص214. [↑](#footnote-ref-165)
166. . الوسائل/ ج18/ ص37. [↑](#footnote-ref-166)
167. . نفس المصدر عن سُلَيْمَانَ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ × قَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّه ِ ’ عَنْ سَلَفٍ وَ بَيْعٍ وَ عَنْ بَيْعَيْنِ فِي بَيْعٍ وَ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ وَ عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ. (الوسائل18/37) [↑](#footnote-ref-167)
168. . السيد الامام/ کتاب البيع/ ج1/ ص141. [↑](#footnote-ref-168)
169. . الوسائل/ ج23/ ص155. [↑](#footnote-ref-169)
170. . السيد الامام/ کتاب البيع/ ج1/ ص142. [↑](#footnote-ref-170)
171. . هذا التفصيل من الاستاذ محل تأمل بل منع اذ لو افترضنا ان النص بصدد البيان من جهة عدم اعتبار صياغة خاصة في العقد هذا لا يفرق بين ما اذا کان من دوران الامر بين وجوب الوفاء و حرمته و بين ما اذا کان من دوران الامر بين جواز الوفاء و وجوبه. و لم يأت الاستاذ بدليل يبرر الفرق بين الفرضين. المقرر. [↑](#footnote-ref-171)
172. . السيد الامام/ کتاب البيع/ ج1/ ص131. قال: كذا الظاهر منهما أنّه الالتزام الذي ظرفه البيع، لا أنّ البيع معلّق عليه أو متقيّد به؛ ضرورة أنّ البيع المعلّق على الشرط لا يكون الشرط فيه، و كذا الحال في المتقيّد، فالظاهر منهما ما لدى الفقهاء من الشروط في ضمن العقد. [↑](#footnote-ref-172)
173. . لا بد ان نعلم ان السيد الخوئي ذکر للشرط اطلاقات: أحدها: ما هو المصطلح عند أهل الفلسفة المعدود لديهم من أجزاء العلّة التامّة و هو الدخيل في تأثير المقتضي لدى ترتّب المقتضي عليه. إمّا من جهة الدخل في قابليّة القابل، أو في فاعليّة الفاعل.

ثانيها: ما يطلق في باب الأحكام التكليفيّة أو الوضعيّة، كالوجوب و الحرمة، أو الملكيّة و الزوجيّة، و نحوها. فيقال: إنّ دلوك الشمس مثلًا شرط في وجوب الصلاة، أو السفر شرط في وجوب القصر، أو بلوغ العاقد شرط في حصول الملكيّة، أو الصيغة الخاصّة شرط في تحقّق الزوجيّة، إلى ما شاكل ذلك ممّا يعدّ من شرائط الأحكام. لا شبهة و لا كلام في عدم كون هذا الإطلاق من سنخ الإطلاق الأوّل، ضرورة عدم تأثير لمثل الدلوك في وجوب الصلاة لا في فاعليّة الفاعل و لا في قابليّة القابل، فإنّ الحكم الشرعي أو غيره فعل اختياري يصدر ممّن بيده الحكم و ينشأ عن إرادته المستقلّة من غير إناطة بالدلوك الخارجي بتاتاً. بل المراد من الاشتراط في أمثال المقام الأخذ في الموضوع و جعله مفروض الوجود عند تعلّق الحكم و أنّه لم ينشأ على سبيل الإطلاق، بل في هذا التقدير الخاصّ، ففي الحقيقة يرجع الشرط هنا إلى الموضوع كما أنّ الموضوع يرجع إلى الشرط، فكما أنّ قولنا: الخمر حرام، يرجع إلى قولنا: إن كان هذا المائع خمراً فهو حرام، فكذلك جملة إن استطعت فحجّ، يرجع إلى قولك: المستطيع يحجّ، فيعبّر عن هذا المؤدّي تارةً بالجملة الحمليّة، و أُخرى بالجملة الشرطيّة، و كلتاهما بمعنى واحد. و على الجملة فالشروط في باب الأحكام برمّتها قيود ملحوظة في جانب الموضوع أُخذت مفروضة الوجود و إن عبّر عنها بالشرط حسبما عرفت.

 ثالثها: ما يطلق في باب متعلّقات الأحكام لا نفس الأحكام من الصلاة و الصيام و نحوهما من الواجبات و غيرها كالطهارة و الستر و الاستقبال بالنسبة إلى الصلاة و نحوها من سائر شرائط المأمور به، حيث إنّ هذا الإطلاق أيضاً يغاير ما سبق، فإنّ الشروط هناك قيود في الموضوع، و هنا في متعلّق التكليف، فيراد أنّ المأمور به ليس هو الصلاة مثلًا بنحو الإطلاق، بل حصّة خاصّة من تلك الطبيعة و هي المقترنة بهذه الخصوصيّة، فهي قيود في المأمور به على نحوٍ يكون التقيّد بها جزءاً فيه، غايته جزءاً تحليليّاً لا خارجيّاً، و بهذا امتازت المقيّدات عن المركّبات.

 رابعها: ما يطلق في باب العقود و الإيقاعات، أعني: الشروط المجعولة من قبل نفس المتعاقدين لا المعتبرة من ناحية الشرع أو العقلاء، كاشتراط البائع على المشتري شيئاً، أو المؤجر على المستأجر، و نحو ذلك ممّا يشترط في متن عقدٍ أو إيقاع. و هذا القسم من الشرط هو الذي يفسر بانه التزام في ضمن التزام؛ و يبحث عنه في المقام. (السيد الخوئي/ الموسوعة/ 30/86-88) [↑](#footnote-ref-173)
174. . السيد الخوئي/ الموسوعة (کتاب الاجارة)/ ج30/ ص88-91. [↑](#footnote-ref-174)
175. . السيد الامام الخميني/ تحرير الوسيلة/ ج1/ ص655/ مسألة13. نظيره ورد منه في: تحرير الوسيلة/ ج2/ ص619/ مسألة10. [↑](#footnote-ref-175)
176. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص272-273. [↑](#footnote-ref-176)
177. . ان ما ذکره الاستاذ من ابنتاء هذه المسألة علي کون المراد من الشرط خصوص الالتزام التابع او مطلق الالتزام ليس بواضح. المقرر. [↑](#footnote-ref-177)
178. . الوسائل/ ج18/ ص47. [↑](#footnote-ref-178)
179. . الوسائل/ ج18/ ص356. [↑](#footnote-ref-179)
180. . الوسائل/ ج18/ ص55. [↑](#footnote-ref-180)
181. . راجع: السيد الامام/ کتاب البيع/ ج2/ ص550. اقول: لا يستفاد من کلام السيد الامام انه لا يعد روايات محمد بن اسحاق في مجال النقود و الدراهم و الدنانير لاجل کونه صرافا فلعل وقع منه زلة لاجل حصول النفع في شغله؛ بل يقول انا في نفسي منه شئ باعتبار انه يروي ما ينسب الي الامام امرا لا يليق بشأن الامام مثل ما روي ان الامام قال: انا افعل مثل هذه الحيل و کذلک فعل ابي مع تنفر الطباع عن ذلک. قال: و أنت خبير: بأنّ بعض الأعمال و إن كان مباحاً فرضاً، لكن لا يرتكبه المعصوم (عليه السّلام) المنزّه عن ارتكاب ما هو موجب لتنفّر الطباع، كتحصيل النفع بالحيلة، و كإتيان النساء من الخلف، فهذا و أشباهه لو كان مباحاً، لما ارتكبه الإمام (عليه السّلام). و لهذا ففي نفسي شي‏ء من محمّد بن إسحاق الصرّاف الواقفيّ بقول الصدوق، الذي هو أخبر من متأخّري أصحابنا بحال الرجال. المقرر. [↑](#footnote-ref-181)
182. . السيد الخوئي/ معجم رجال الحديث/ ج15/ ص69-70. رقم الراوي 10205. من برنامج دراية النور. [↑](#footnote-ref-182)
183. . السيد الامام الخميني/ کتاب البيع/ ج2/ ص551. [↑](#footnote-ref-183)
184. . السيد الحائري/ فقه العقود/ ج1/ ص187. [↑](#footnote-ref-184)
185. . الوسائل/ ج12/ ص165. [↑](#footnote-ref-185)
186. . الوسائل/ ج12/ ص165. [↑](#footnote-ref-186)
187. . الوسائل/ ج12/ ص279. [↑](#footnote-ref-187)
188. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج1/ ص393. [↑](#footnote-ref-188)
189. . الوسائل/ ج18/ ص84. [↑](#footnote-ref-189)
190. . الوسائل/ ابواب احکام العقود/ الباب27/ ج18/ ص86-87. [↑](#footnote-ref-190)
191. . الوسائل/ ابواب احکام العقود/ الباب15/ ح/ ج18/ ص64. [↑](#footnote-ref-191)
192. . السيد اليزدي/ حاشية المکاسب/ ج1/ ص362. [↑](#footnote-ref-192)
193. . استفاد الاستاذ في هذا البحث عن مباحث السيد الصدر فراجع: السيد الصدر/ بحوث في علم الاصول/ ج4/ ص234 و ص397. [↑](#footnote-ref-193)
194. . الکليني/ محمد بن يعقوب/ الکافي/ ج5/ ص201. [↑](#footnote-ref-194)
195. . الطوسي/ محمد بن الحسن/ تهذيب الاحکام/ ج7/ ص50. [↑](#footnote-ref-195)
196. . الوسائل/ ج19/ ص41. [↑](#footnote-ref-196)
197. . السيد الخوئي/ الموسوعة/ ج30/ ص13. [↑](#footnote-ref-197)
198. . السيد اليزدي/ محمد کاظم/ حاشية کتاب المکاسب/ تحقيق الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي/ قم/ دار المصطفي لاحياء التراث/ الاولي/ 1423ق/ ج1365. الطبعة القديمة/ ج1/ 75. [↑](#footnote-ref-198)
199. . السيد الامام/ کتاب البيع/ ج1/ ص213. [↑](#footnote-ref-199)
200. . السيد اليزدي/ حاشية کتاب المکاسب/ ج1/ ص366. [↑](#footnote-ref-200)
201. . بناء علي هذا الاحتمال ايضا يستفاد دلالة الرواية علي عدم صحة المعاطاة لان النص يدل علي ان السبب المنحصر في الحل و الحرمة وجود الکلام و عدمه، و هذا الانحصار يفيد عدم صحة المعاطاة ايضا اما لان المعاطاة لا يعد لا من مصاديق وجود الکلام و لا من عدم الکلام فلا يکون سبب الحل و الحرمة اصلا فوجوده کلا وجود و ينفي النص اثره من اساسه. و اما ان المعاطاة من مصاديق عدم الکلام و علي هذا الاحتمال ان کان وجود الکلام في مورد يوجب الحل فلا بد ان يوجب عدم الحرمة و حيث ان البيع اللفظي يوجب الحل فعدمه و من مصاديقه المعاطاة يوجب التحريم. فاذن بهذا البيان يثبت عدم سببية المعاطاة للحل کما هو المقصود. [↑](#footnote-ref-201)
202. . هذه الاحتمالات الاربعة مع جملة من الاشکالات عليها ذکرها الشيخ فانظر: الشيخ الانصاري/ المکاسب/ ج3/ 60-64. [↑](#footnote-ref-202)
203. . السيد اليزدي/ محمد کاظم/ حاشية کتاب المکاسب/ ج1/ ص367. [↑](#footnote-ref-203)
204. . المحقق الايرواني/ ميرزا علي/ الحاشية علي المکاسب/ تحقيق باقر الفخار الاصفهاني/ قم/ صبح الصادق/ الاولي/ 1426ق/ ج2/ ص64-65. حاشية المکاسب/ الطبعة القديمة/ ج1/ ص82. [↑](#footnote-ref-204)
205. . المحقق الاصفهاني/ الحاشية علي المکاسب/ ج1/ ص149. [↑](#footnote-ref-205)
206. . يمکن ان يقال انه يتم الاستدلال بناء علي ما ذکره المحقق الاصفهاني لانه عبر بايجاب البيع و الظاهر منه اللفظ و لا يتم بناء علي ما ذکره المحقق الايرواني لان الالتزام المعاملي اعم من ان يکون بالقول او بالفعل. المقرر. [↑](#footnote-ref-206)
207. . المحقق الاصفهاني/ حاشية المکاسب/ ج1/ ص151. [↑](#footnote-ref-207)
208. . السيد الحائري/ فقه العقود/ ج1/ ص259. [↑](#footnote-ref-208)
209. . الوسائل/ لم يبين الاستاذ موضعه. [↑](#footnote-ref-209)
210. . السيد العاملي/ محمد/ مفتاح الکرامة في شرح القواعد/ ج12/ ص499-501. [↑](#footnote-ref-210)
211. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ ص26. [↑](#footnote-ref-211)
212. . الشيخ الطوسي/ محمد بن الحسن/ ج3/ ص41. [↑](#footnote-ref-212)
213. . السبزواري/ علي المؤمن/ جامع الخلاف و الوفاق/ ص251. [↑](#footnote-ref-213)
214. . العلامة الحلي/ حسن بن مطهر/ تذکرة الفقهاء/ قم/ مؤسسة آل البيت/ ج10/ ص8. [↑](#footnote-ref-214)
215. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ ص24. [↑](#footnote-ref-215)
216. . الوسائل/ 21/ ص75. نفس الرواية روي عن محمد بن الحسن الطوسي فراجع: الوسائل/ 28/ ص147. [↑](#footnote-ref-216)
217. . الوسائل/ 20/ 265. [↑](#footnote-ref-217)
218. . الوسائل/ 21/ ص45. [↑](#footnote-ref-218)
219. . الوسائل/ ج21/ ص43. الکليني/ الکافي/ ج5/ ص455. الطوسي/ تهذيب الاحکام/ ج7/ ص266. الاستبصار/ ج3/ 151. نقلا عن الکليني. [↑](#footnote-ref-219)
220. . الوسائل/ 21/ ص 44. [↑](#footnote-ref-220)
221. . الوسائل/ 21/ ص44. [↑](#footnote-ref-221)
222. . الوسائل/ 21/ ص44. [↑](#footnote-ref-222)
223. . النساء: 21. [↑](#footnote-ref-223)
224. . الوسائل/ ج20/ ص262. الکليني/ الکافي/ ج5/ ص561. [↑](#footnote-ref-224)
225. . السيد الخوئي/ الموسوعة (کتاب النکاح)/ ج33/ ص129-130. [↑](#footnote-ref-225)
226. . روي الحديث في عوالي اللئالي مرسلا عن النبي ’، راجع: عوالي اللئالي/ ج1/ ص222، ص457. ج2/ ص138. ج3/ ص208. المجلسي/ بحار الانوار نقلا عن عوالي اللئالي/ ج2/ ص272. في مصادر مدرسة اهل السنة و الجماعة ما وجدنا هذ الحديث رغم التتبع الکمبيوترية و لکن فقهائهم ارسلوا هذا النص کقاعدة فقهية ارسال المسلمات و لم يسندها الي النبي ’. [↑](#footnote-ref-226)
227. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ ص53. [↑](#footnote-ref-227)
228. . نفس المصدر. [↑](#footnote-ref-228)
229. . المحقق الايرواني/ حاشية المکاسب/ ج2/ ص58. [↑](#footnote-ref-229)
230. . المحقق الاصفهاني/ حاشية المکاسب/ ج1/ ص138-139. [↑](#footnote-ref-230)
231. . هذا البيان لا يفترق عن البيان الذي ذکره المحقق الايرواني، و ما ذکره الاستاذ من تمامية هذا الاشکال دون ما ذکره الايرواني لا نجد له وجها. المقرر. [↑](#footnote-ref-231)
232. . وسائل الشيعة/ ج5/ ص129. [↑](#footnote-ref-232)
233. . وسائل الشيعة/ ج29/ ص10. [↑](#footnote-ref-233)
234. . وسائل الشيعة/ ج29/ ص541. [↑](#footnote-ref-234)
235. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ ص54. [↑](#footnote-ref-235)
236. . الاعراف: 157. [↑](#footnote-ref-236)
237. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص138-139. [↑](#footnote-ref-237)
238. . ذکر السيد الخوئي انه لو کان المراد من الحل هو الحل التکليفي فلا تدل الرواية علي اللزوم و لم يبين وجهه، من هنا يتساؤل انا لو حملنا الحل علي الحل التکليفي کيف تکون الرواية اجنبية عن الدلالة علي لزوم العقد؟ اجاب الاستاذ عن هذا السؤال و بين وجه عدم دلالة الآية علي اللزوم بان الرواية تدل علي حرمة التصرف التکويني في مال الغير من دون رضاه و لا يدل علي حرمة التصرف الاعتباري فيه، فاذا لم يکن التصرف الاعتباري حراما فلا يدل الرواية علي اللزوم.

استشکل علي نفسه بانه لا فرق عرفا بين التصرف التکويني و التصرف الاعتباري اذ لو قيل: لا يحل اکل هذا المال لا يقبل العرف ان يقال حيث ان المراد من الحل هو الحل التکليفي فلا يجوز التصرف فيه تکوينا و لکنه يجوز هبته لنفسه ثم اکله، اجاب عن ذلک بان التصرف التکويني تارة يترتب علي التصرف الاعتباري في مثل هذا المثال و هذا يستفاد حرمته من فحوي الکلام، و اخري لا يترتب التصرف التکويني علي التصرف الاعتباري ففي مثله لا يدل حرمة التصرف التکويني علي حرمة التصرف الاعتباري، و المقام من هذا القبيل فان الغاء البيع السابق ليس عارضا علي تصرف اعتباري.

يلاحظ علي هذا البيان بانه في المقام ايضا يرد نفس الاشکال اذ لو جوزنا التصرف الاعتباري من الواضح ان البائع يترتب بعده التصرف التکويني، فاذن لا بد ان يقول بحرمة مثل هذا التصرف دون الاعتباري و هذا ما لا يقبله العرف اصله.

و الصحيح في الاجابة عن هذا السوال ما اعرب عنه السيد الحائري من ان الوجه في عدم افادة اللزوم بناء علي کون المراد من الحل هو الحل التکليفي هو:

انا لو حملنا الحل علي الحل الوضعي دل الرواية علي بطلان فسخ احد البائع من دون رضا المشتري لانه تصرف اعتباري في ماله فهو غير حلال، و لو حملنا الحل علي الحل التکليفي فتکون الرواية اجنبية عن الدلالة علي اللزوم لان التمسک بها بعد الفسخ تمسک بالعام في الشبهة المصداقية للعام لانها حسب الفرض لم تشمل الحل الوضعي و التصرف الاعتباري کي تشمل الفسخ و تدل علي بطلانه و انما تنظر الي تحريم التصرف الاستهلاک و الانتفاعي في ملک الغير و کونه بعد الفسخ باقيا علي ملک الغير اول الکلام. (السيد الحائري/ فقه العقود/ ج1/ ص284-285). المقرر. [↑](#footnote-ref-238)
239. . النساء: 29. [↑](#footnote-ref-239)
240. . السيد الصدر/ محمد باقر/ اقتصادنا/ ص711. [↑](#footnote-ref-240)
241. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ ص54-55. [↑](#footnote-ref-241)
242. . المحقق الايرواني/ حاشية کتاب المکاسب/ ج2/ ص60. [↑](#footnote-ref-242)
243. . المحقق الايرواني/ حاشية کتاب المکاسب/ ج2/ ص60. [↑](#footnote-ref-243)
244. . المحقق الايرواني/ حاشية کتاب المکاسب/ ج2/ ص60-61. [↑](#footnote-ref-244)
245. . يلاحظ علي هذا الجواب ان الموضوع في حرمة اکل المال بالباطل بحيث يأبي عن التخصيص فاذن مع بقاء الموضوع لا يصح الحکم عليه بعدم الحرمة. فاذن لا مجال لنا اما ان نقول بعدم عروض التخصيص علي هذا الموضوع و اما ان نتصرف في الموضوع بنحو الورود. هذا مضافا الي ان الاستاذ لم يقدر ان يجيب عن البيان الفني الذي ذکره الشيخ من انه من الواضح ان المالک العرفي لو اذن في التصرف في المال لا يکون من الاکل بالباطل عرفا منتفيا بانتفاء الموضوع و اذا کان اذن المالک العرفي و المجازي کذلک فبالاولوية اذا اذن المالک الحقيقي لا يکون التصرف فيه من الاکل بالباطل هذا بيان فني للورود، و من اراد ان يجيب عن هذا البيان لابد ان يلتزم اولا ان اذن المالک المجازي ايضا من باب التخصيص لا من باب الورود، و لا اظن ان يلتزم به احد. نعم يمکن ان يقول الاستاذ ان العرف بالنسبة الي المالک الحقيقي لا يکون له هذا الحکم. اقول: اولا ان هذا مجرد ادعاء لا واقع له. ثانيا: علي فرض صحته هذا لاجل ان العرف لا يعده مالکا حقيقيا اما مع عده من المالک الحقيقي يعد اذنه من باب الورود. بالنتيجة ان ما اجاب به الاستاذ عن الشيخ و حاول ان يصحح بهذا البيان الاستدلال بالآية الکريمة غير تام. المقرر. [↑](#footnote-ref-245)
246. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص141. قال: أن هذا الاستدلال مبني على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفي لكي يكون ذلك أمرا معلوما في نظر أهل العرف و متميزا عن السبب الصحيح. و أما لو أريد منه الباطل الواقعي- كما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعة للمفاهيم الواقعية- أو احتملت إرادة ذلك من كلمة الباطل في الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأنا نحتمل احتمالا عقلائيا أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة للأكل لا من الأباطيل الواقعية. و عليه فيكون التمسك بالآية في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصداقية. و هذا ظاهر. [↑](#footnote-ref-246)
247. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص19. [↑](#footnote-ref-247)
248. . المحقق الاصفهاني/ حاشية المکاسب/ ج1/ ص141. [↑](#footnote-ref-248)
249. . هذا الاشکال لم يأت الاستاذ بجواب مقنع عنه. [↑](#footnote-ref-249)
250. . المحقق الخراساني/ محمد کاظم/ حاشية المکاسب/ تحقيق السيد مهدي شمس الدين/ طهران/ وزارة الارشاد الاسلامي/ الاولي/ 1406ه.ق/ ص261. [↑](#footnote-ref-250)
251. . يلاحظ علي ما ذکره الاستاذ ان کلام الآخوند الخراساني لا ينصب علي ان جملة المستثني لا يرکز عليه في الکلام بل استفاد ذلک من مجموع الآية الکريمة و لعله استفاد ذلک من قرينة التقابل بين عدم حلية اکل المال بالاسباب الباطلة و حليته بالتجارة عن تراض، کما في احل الله البيع و حرم الربا، و هذا مطلب عرفي جدا لا علاقة له بالاستثناء و المستثني اصلا، بل لو لم يکن في الجملة استثناء اصلا، لکان لهذا الکلام يعني عدم اطلاق الآية الکريمة وجه. و من العجيب ان الاستاذ يمثل لعدم صحة التمسک بالاطلاق في مثل هذه الموارد مثل ما لو قال الخطيب ايها الناس لاتزنوا فان الزنا حرام و لکن انحکوا فان النکاح حلال، لا يصح التمسک باطلاق حلية النکاح، و لکنه غفل في المقام ان نفس هذا البيان جار هنا فاذن لا اطلاق للآية الکريمة اصلا. المقرر. [↑](#footnote-ref-251)
252. . البقرة: 275. [↑](#footnote-ref-252)
253. . السيد الخوئي/ الموسوعة/ ج31/ ص241. [↑](#footnote-ref-253)
254. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص19. [↑](#footnote-ref-254)
255. . المائدة: 1. [↑](#footnote-ref-255)
256. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص143. [↑](#footnote-ref-256)
257. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص24-25. [↑](#footnote-ref-257)
258. . سيأتي ان الاستاذ عدل عن هذا المعني الي معني آخر من شمول الوفاء بالعقد عدم الفسخ و ترتيب الآثار العملي علي العقد معا. المقرر. [↑](#footnote-ref-258)
259. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص18. [↑](#footnote-ref-259)
260. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص19/ بتوضيح من المحقق الرشتي/ فقه الامامية قسم الخيارات/ ص14-15. [↑](#footnote-ref-260)
261. . الهمداني/ حاشية المکاسب/ ص454. السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ث23. [↑](#footnote-ref-261)
262. . المحقق النائيني/ کتاب المکاسب و البيع/ ج1/ ص182-183. [↑](#footnote-ref-262)
263. . المحقق الايرواني/ حاشية المکاسب/ ج2/ ص61. السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص23-24. [↑](#footnote-ref-263)
264. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص170 [↑](#footnote-ref-264)
265. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص170. الصدوق/ من لا يحضره الفقيه/ ج3/ ص201. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص6 و 9. [↑](#footnote-ref-265)
266. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ ص52. [↑](#footnote-ref-266)
267. . السيد الخوئي/ ابوالقاسم/ القضاء و الشهادات/ تقرير الشيخ محمد الجواهري/ قم/ مکتبة الامام الخوئي/ الاولي/ 1428ه.ق/ ص186. [↑](#footnote-ref-267)
268. . السيد الخوئي/ مصباح الاصول/ ج3/ ص45. [↑](#footnote-ref-268)
269. . المحقق الخراساني/ حاشية المکاسب/ ص13. [↑](#footnote-ref-269)
270. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ ص51. [↑](#footnote-ref-270)
271. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ ص52. [↑](#footnote-ref-271)
272. . المحقق الخراساني/ حاشية کتاب المکاسب/ ص14-15. [↑](#footnote-ref-272)
273. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ ص. [↑](#footnote-ref-273)
274. . المحقق النائيني/ منية الطالب/ ج1/ ص150. [↑](#footnote-ref-274)
275. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص133. [↑](#footnote-ref-275)
276. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص130-131. [↑](#footnote-ref-276)
277. . السيد اليزدي/ حاشية المکاسب/ [↑](#footnote-ref-277)
278. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص134. [↑](#footnote-ref-278)
279. . المحقق النائيني/ منية الطالب/ ج1/ ص147. [↑](#footnote-ref-279)
280. . النائيني/ المکاسب و البيع/ ج1/ 172-173. [↑](#footnote-ref-280)
281. . النائيني/ المکاسب و البيع/ ج1/ ص168-169. [↑](#footnote-ref-281)
282. . وجهه ان البيع عبارة عما اذا کان هناک ثمن و مبيع و الفرق بينهما ان المدار في معرفة الثمن عن المبيع ان المبيع ما يکون الغرض من تحصيله الحاجة اليه و الثمن ما يکون النظر الي ماليته لا الي الحاجة اليه فالبيع ينصب علي معاملة يوجد في احد الطرفين الثمن و في الطرف الآخر المثمن، و لکن لو وجد معاملة کان الغرض من کلا الطرفين الحاجة الي تحصيله مثل مبادلة المال بالمال فلا يعد هذا القسم من البيع. المقرر. [↑](#footnote-ref-282)
283. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص23. [↑](#footnote-ref-283)
284. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص23. [↑](#footnote-ref-284)
285. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص23. [↑](#footnote-ref-285)
286. . المائدة: 1. [↑](#footnote-ref-286)
287. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص24-25. [↑](#footnote-ref-287)
288. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص53. الموسوعة الامام الخوئي ج38 (التنقيح في شرح المکاسب ج3)/ ص44-45. [↑](#footnote-ref-288)
289. . اقول: ان هذا المورد من خلطات شيخنا الاستاذ و ذلک لان مقصود الاستاذ ان يرد ان الاستصحاب في المقام تعليقي لا فعلي، و لا يثبت هذا المطلوب کيف ان الاستصحاب تعليقي و ان الحکم معلق علي شئ کتعليق الحرمة و النجاسة في العصير العنبي علي الغليان، و نهاية ما يقول: لا ندري ان الموضوع لهذا الحکم و هو الالتزام بملکية احدهما يمکن ان يکون محددا من الاول بعدم رجوع احدهما من الاول و يحتمل ان يکون غير محدد بذلک، نتيجة هذا الاستدلال ان المورد من موارد تعارض استصحاب عدم الجعل و استصحاب المجعول فان هذا الشک يوجب ان يجري من جهة عدم جعل هذا الحکم و من جهة اخري يجري بقاء هذا الحکم، و هذا ما لا ينکره السيد الخوئي و ليس هذا اشکالا عليه. فانه يقول: نعم لا نقول بجريان الاستصحاب هنا من جهة عدم جريانه في الشبهات الحكمية لكونه دائما معارضا بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب الحكميّة لكونه دائما معارضا بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب المجعول و لكن مع قطع النظرعن هذا الإشكال فلا محذور فيه كما لا يخفى‏ (السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص53).

نعم يمکن ان يقال: مقصود الاستاذ عند ما نحلل هذا العقد و هو الالتزام بان کل من سبق فله کذا يرجع الي قضية تعليقية و هي کل من سبق فله کذا ان کان قبل الرجوع بحيث کان هذا الشرط قيدا للحکم لا للموضوع، لکن هذا بمعزل عن التحقيق فان العرف لا يفهم من هذه القضية التعليق في جانب الحکم و الالتزام و انما يفهم لو ذکر کقيد للموضوع. المقرر. [↑](#footnote-ref-289)
290. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج3/ 53. [↑](#footnote-ref-290)
291. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص24. [↑](#footnote-ref-291)
292. . المحقق الايرواني/ حاشية المکاسب/ ج3/ ص26. [↑](#footnote-ref-292)
293. . الکليني/ الکافي/ ج7/ ص31. [↑](#footnote-ref-293)
294. . السيد الامام/ کتاب البيع/ ج4/ ص51. [↑](#footnote-ref-294)
295. . السيد الخوئي/ مصباح الاصول/ ج6/ ص54. الموسوعة الامام الخوئي (التنقيح في شرح المکاسب، بتقرير من الشيخ ميرزا علي الغروي/ قم/ مؤسسة احياء آثار الامام الخوئي/ الاولي/ 1425ه.ق/ ج38/ ص46-47. [↑](#footnote-ref-295)
296. . السيد الخوئي/ مصباح الاصول/ ج3/ ص233. ظاهر عبارة السيد الخوئي في المصباح انه بصدد بيان عدم جريان الاستصحاب للمعارضة لا انه يبين وجها آخر لعدم جريان الاستصحاب الحکمي في الشبهات الموضوعية. قال: اما اذا کان الشک في الحکم الجزئي فلا يجري فيه الاستصحاب لکونه محکوما بالاصل السببي –الي ان يقول- بل لا يجري في الحکم و لو لم يجر الاستصحاب في الموضوع لمانع کابتلائه بالمعارض و ذلک لعدم احراز بقاء الموضوع فلم يحرز اتحاد القضية المتيقنة و القضية المشکوک فيها. هذه العبارة ما استفيد منها وجها آخر غير اشکالية المعارضة. المقرر. [↑](#footnote-ref-296)
297. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص56. [↑](#footnote-ref-297)
298. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص54. [↑](#footnote-ref-298)
299. . السيد الامام الخميني/ تحرير الوسيلة/ قم/ مؤسسة النشر الاسلامي/ ج2/ ص370 [↑](#footnote-ref-299)
300. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج2/ ص134. [↑](#footnote-ref-300)
301. . يلاحظ علي ما ذکره الاستاذ من ان مبني السيد الخوئي لا يقتضي اصالة عدم الجعل الي ازيد من زمان الفسخ، بل لا بد من القول بمعارضة استصحاب عدم الجعل الزائد لاستصحاب بقاء المجعول. المقرر. [↑](#footnote-ref-301)
302. . السيد الامام الخميني/ روح الله/ المکاسب المحرمة/ بتحقيق لجنة التحقيق/ طهران/ مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام الخميني/ الاولی/ 1373ه.ش/ ج1/ ص194-196. [↑](#footnote-ref-302)
303. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص196. [↑](#footnote-ref-303)
304. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص210. [↑](#footnote-ref-304)
305. . المحقق النائيني/ المکاسب و البيع/ ج1/ ص26-27. [↑](#footnote-ref-305)
306. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص195. [↑](#footnote-ref-306)
307. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج1/ ص179. المحاضرات في الفقه الجعفري/ ج1/ ص133. [↑](#footnote-ref-307)
308. . السيد الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص202-208. [↑](#footnote-ref-308)
309. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص199-201. [↑](#footnote-ref-309)
310. . المائدة: 2. [↑](#footnote-ref-310)
311. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج16/ ص56/ کتاب الجهاد/ ابواب جهاد النفس/ الباب 80. الوسائل/ ج17/ 177/ کتاب التجارة/ ابواب ما يکتسب به/ الباب42. [↑](#footnote-ref-311)
312. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ 224. کتاب التجارة/ ابواب ما يکتسب به/ الباب 16/ الاحاديث3، 4،5. [↑](#footnote-ref-312)
313. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص122/ ابواب ما يکتسب به/ الباب 16/ الاحاديث 3، 5، 7. [↑](#footnote-ref-313)
314. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص174/ کتاب التجارة/ ابواب ما يکتسب به/ الباب39/ الحديثان1،2. [↑](#footnote-ref-314)
315. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص196. [↑](#footnote-ref-315)
316. . النساء: 97-99. [↑](#footnote-ref-316)
317. . المجلسي/ بحار الانوار/ ج69/ ص161. [↑](#footnote-ref-317)
318. . المجلسي/ بحار الانوار/ ج69/ ص163. [↑](#footnote-ref-318)
319. . السيد اليزدي/ العروة الوثقي/ ج5/ ص503-504. [↑](#footnote-ref-319)
320. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص202-206. [↑](#footnote-ref-320)
321. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص208-209. [↑](#footnote-ref-321)
322. . المائدة: 2. [↑](#footnote-ref-322)
323. . المحقق الايرواني/ ميرزا علي (1301-1354ه.ق)/ حاشية کتاب المکاسب/ قم/ صبح الصادق/ الاولی/ 1426ه.ق/ ج1/ ص97. [↑](#footnote-ref-323)
324. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج1/ ص180. [↑](#footnote-ref-324)
325. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص197-198. [↑](#footnote-ref-325)
326. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص198. [↑](#footnote-ref-326)
327. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص212-213. [↑](#footnote-ref-327)
328. . المحقق الاردبيلي/ زبدة البيان في احکام القرآن/ ص298-299. من برنامج النور جامع فقه اهل البيت. [↑](#footnote-ref-328)
329. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص213. [↑](#footnote-ref-329)
330. . السيد الامام/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص214. [↑](#footnote-ref-330)
331. . المحقق الايرواني/ حاشية المکاسب/ ج1/ ص97. [↑](#footnote-ref-331)
332. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج1/ ص177. [↑](#footnote-ref-332)
333. . المجلسي/ بحار الانوار/ ج57/ ص163. [↑](#footnote-ref-333)
334. . المجلسي/ بحار الانوار/ ج50/ ص129. [↑](#footnote-ref-334)
335. . المجلسي/ بحار الانوار/ ج95/ ص87. [↑](#footnote-ref-335)
336. . المجلسي/ بحار الانوار/ ج76/ ص151. [↑](#footnote-ref-336)
337. . النوري/ مستدرک الوسائل/ ج12/ ص322. [↑](#footnote-ref-337)
338. . ذکر الشيخ المنتظري لعدم اعتبار القصد في مفهوم الاعانة بان العناوين القصدية عناوين اعتبارية لا واقعية لها وراء الاعتبار و انما تنتزع عن الافعال و الامور الواقعية بالقصد و الاعتبار فيکون تقومها بقصدها نظير عنوان التعظيم المنتزع من الانحناء الخاص بقصده و من هذا القبيل الملکية و الزوجية و الحرية و العبودية و نحوها من العناوين التي تحصل بالعقود و الايقاعات و کذلک عناوين العبادات المخترعة من الصلاة و الزکاة و نحوهما، و الظاهر ان الاعانة ليست من العناوين الاعتبارية بل من العناوين الواقعية غير المتقومة بالقصد و ان کان تنجز التکليف المتعلق بها متوقفا علي العلم و القصد کما في سائر موارد التکليف. (الشيخ المنتظري/ المکاسب المحرمة/ ج2/ ص) هذا الوجه لا يخلو من قوة. المقرر. [↑](#footnote-ref-338)
339. . السيد الامام/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص211-212. [↑](#footnote-ref-339)
340. . السيد الامام/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص215. [↑](#footnote-ref-340)
341. . المحقق الايرواني/ حاشية کتاب المکاسب/ ج1/ ص97. [↑](#footnote-ref-341)
342. . السيد الامام/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص197. [↑](#footnote-ref-342)
343. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص230. الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص229. [↑](#footnote-ref-343)
344. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص231. الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص136. الاستبصار/ ج3/ ص105. الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص231. [↑](#footnote-ref-344)
345. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص136. الاستبصار/ ج3/ ص105. الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص231. [↑](#footnote-ref-345)
346. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص231. الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص230. [↑](#footnote-ref-346)
347. . الکليني/ الکافي/ ج5/ 232. الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص230. [↑](#footnote-ref-347)
348. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص231. الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص136. الاستبصار/ ج3/ ص105. الوسائل/ ج17/ ص230. [↑](#footnote-ref-348)
349. . ورد بهذا المضمون عدة روايات: منها ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ النَّضْرِ عَنْ عَمْرِو بْنِ شِمْرٍ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ’ فِي الْخَمْرِ عَشَرَةً غَارِسَهَا وَ حَارِسَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا (وَ آكِلَ ثَمَنِهَا). (الکليني/ الکافي/ ج6/ ص429. الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص225. ج25/ ص375)

منها ما رواه الکليني عن عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عُلْوَانَ عَنْ عَمْرِو بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ آبَائِهِ ع قَالَ لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ص الْخَمْرَ وَ عَاصِرَهَا وَ مُعْتَصِرَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ آكِلَ ثَمَنِهَا وَ شَارِبَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ. (الکليني/ الکافي/ ج6/ ص398. الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص)

منها ما رواه الصدوق في الخصال عَنِ ابْنِ الْوَلِيدِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْبَرْقِيِّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ النَّضْرِ عَنْ عَمْرِو بْنِ شِمْرٍ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ × قَالَ لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ’ فِي الْخَمْرِ عَشَرَةً غَارِسَهَا وَ حَارِسَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ آكِلَ ثَمَنِهَا. (المجلسي/ بحار الانوار/ ج76/ ص130/ نقلا عن الخصال)

منها ما رواه مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ شُعَيْبِ بْنِ وَاقِدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ زَيْدٍ عَنِ الصَّادِقِ عَنْ آبَائِهِ ^ فِي حَدِيثِ الْمَنَاهِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ’نَهَى أَنْ يُشْتَرَى الْخَمْرُ وَ أَنْ يُسْقَى الْخَمْرُ وَ قَالَ لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ وَ غَارِسَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ شَارِبَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ آكِلَ ثَمَنِهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْه. (الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص225)

منها ما رواه الطوسي عن الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عُلْوَانَ عَنْ عَمْرِو بْنِ خَالِدٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ آبَائِهِ ^ قَالَ لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ’ الْخَمْرَ وَ عَاصِرَهَا وَ مُعْتَصِرَهَا وَ بَائِعَهَا وَ مُشْتَرِيَهَا وَ سَاقِيَهَا وَ آكِلَ ثَمَنِهَا وَ شَارِبَهَا وَ حَامِلَهَا وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ. (الطوسي/ التهذيب/ ج9/ ص104) [↑](#footnote-ref-349)
350. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص226. الطوسي/ التهذيب/ ج6/ ص374. الاستبصار/ ج3/ ص134. الحر العاملي/ وسائل الشيعة/ ج17/ ص177. [↑](#footnote-ref-350)
351. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص226. الطوسي/ التهذيب/ ج6/ ص373. ج7/ ص134. الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص176. [↑](#footnote-ref-351)
352. . الحر العاملي/ وسائل الشيعة/ ج17/ ص175. [↑](#footnote-ref-352)
353. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص227. الطوسي/ التهذيب/ 6/ ص372. ج7/ ص134. الحر العاملي/ ج17/ ص174. [↑](#footnote-ref-353)
354. . السيد الامام/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص216-222. [↑](#footnote-ref-354)
355. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص224. [↑](#footnote-ref-355)
356. . نفس المصدر. [↑](#footnote-ref-356)
357. . نفس المصدر. [↑](#footnote-ref-357)
358. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص127. [↑](#footnote-ref-358)
359. . نفس المصدر. [↑](#footnote-ref-359)
360. . نفس المصدر. [↑](#footnote-ref-360)
361. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص178. [↑](#footnote-ref-361)
362. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص178. [↑](#footnote-ref-362)
363. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص178. [↑](#footnote-ref-363)
364. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص180. [↑](#footnote-ref-364)
365. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص181. [↑](#footnote-ref-365)
366. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص181. [↑](#footnote-ref-366)
367. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص101. [↑](#footnote-ref-367)
368. . الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص101. [↑](#footnote-ref-368)
369. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص222-224. [↑](#footnote-ref-369)
370. . ابن شعبة الحراني/ علي بن حسن/ تحف العقول/ ص332. المجلسي/ بحار الانوار/ ج100/ ص46. [↑](#footnote-ref-370)
371. . الکليني/ الکافي/ ج6/ ص436. الحر العاملي/ الوسائل/ ج17/ ص324. [↑](#footnote-ref-371)
372. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص224. [↑](#footnote-ref-372)
373. . الفاضل اللنکراني/ محمد/ تفصيل الشريعة (في المکاسب المحرمة)/ قم/ مرکز فقه الائمة الاطهار ^/ الاولی/ 1427ه.ق/ ص13. [↑](#footnote-ref-373)
374. . ابن شعبة الحراني/ حسن بن علي/ تحف العقول/ قم/ مؤسسة النشر الاسلامي/ الاولی/ 1404ه.ق/ ص4-5. [↑](#footnote-ref-374)
375. . المؤمن القمي/ محمد/ الولاية الالهية الاسلامية/ قم/ مؤسسة النشر الاسلامي/ الاولی/ 1429ه.ق/ ج3/ ص396-397. [↑](#footnote-ref-375)
376. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص225. [↑](#footnote-ref-376)
377. . الامام الخميني/ المکاسب المحرمة/ ج1/ ص225-226. [↑](#footnote-ref-377)
378. . السيد الحکيم/ منهاج الصالحين/ ج2/ ص10. [↑](#footnote-ref-378)
379. . السيد الخوئي/ منهاج الصالحين/ ج2/ ص. [↑](#footnote-ref-379)
380. . السيد الحکيم/ منهاج الصالحين/ ج2/ ص10. [↑](#footnote-ref-380)
381. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج1/ ص185. [↑](#footnote-ref-381)
382. . السنهوري/ عبدالرزاق احمد/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ بيروت/ منشورات الحلبي الحقوقية/ الثالثة/ 1998.م/ ج1/ القسم الاول/ ص182-193. [↑](#footnote-ref-382)
383. . السنهوري/ الوسيط/ ج4/ ص51-80. [↑](#footnote-ref-383)
384. . هذا الدفاع منه غير تام و الصحيح ما ذکره السنهوري في المقام و هو قد توجه الي ذلک بالدقة و يشهد لذلک انا لو علمنا ان شخصا يريد ان يوصي ثلث ماله لاخيه و اظهر ذلک بين جماعة و کشف عن ارادته و لکن قبل ان يوصي بهذه الوصية مات، هل يحکم بان ثلث ماله لاخيه لا لولده؟ ما افکر ان يفتي فقيه بان ثلث المال لاخيه. [↑](#footnote-ref-384)
385. . السيد الهاشمي/ محمود/ قراءات فقهية معاصرة/ قم/ مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامي/ الاولی/ 1423ه.ق/ ج2/ ص273-274. [↑](#footnote-ref-385)
386. . المائدة: 2. [↑](#footnote-ref-386)
387. . السيد الهاشمي/ قراءات فقهية معاصرة/ ج2/ ص274-275. [↑](#footnote-ref-387)
388. . الاسراء: 34. [↑](#footnote-ref-388)
389. . السيد الهاشمي/ قراءات فقهية معاصرة/ ج2/ ص277. [↑](#footnote-ref-389)
390. . السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ ج4/ ص55. [↑](#footnote-ref-390)
391. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص50. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص50. [↑](#footnote-ref-391)
392. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص51. الحر العاملي/ الوسائل/ج 18/ ص51. [↑](#footnote-ref-392)
393. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص50. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص50. [↑](#footnote-ref-393)
394. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص51. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص51. في نسخة الوسائل اختلاف يسير مع ما في نسخة التهذيب. ففي نسخة الوسائل هکذا: قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الْعِينَةِ فَقُلْتُ يَأْتِينِي الرَّجُلُ فَيَقُولُ اشْتَرِ الْمَتَاعَ وَ ارْبَحْ فِيهِ كَذَا وَ كَذَا فَأُرَاوِضُهُ عَلَى الشَّيْ‏ءِ مِنَ الرِّبْحِ فَنَتَرَاضَى بِهِ ثُمَّ أَنْطَلِقُ فَأَشْتَرِي الْمَتَاعَ مِنْ أَجْلِهِ لَوْ لَا مَكَانُهُ لَمْ أُرِدْهُ ثُمَّ آتِيهِ بِهِ فَأَبِيعُهُ فَقَالَ مَا أَرَى بِهَذَا بَأْساً لَوْ هَلَكَ مِنْهُ الْمَتَاعُ قَبْلَ أَنْ تَبِيعَهُ إِيَّاهُ كَانَ مِنْ مَالِكَ وَ هَذَا عَلَيْكَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ اشْتَرَاهُ مِنْكَ بَعْدَ مَا تَأْتِيهِ وَ إِنْ شَاءَ رَدَّهُ فَلَسْتُ أَرَى بِهِ بَأْساً. [↑](#footnote-ref-394)
395. . السيد الهاشمي/ قراءات فقهية معاصرة/ ج2/ ص279. [↑](#footnote-ref-395)
396. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص233. الصدوق/ الفقيه/ ج3/ ص198. الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص234. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص89. [↑](#footnote-ref-396)
397. . السيد الخوئي/ معجم رجال الحديث/ ج20/ ص231. [↑](#footnote-ref-397)
398. . الکليني/ الکافي/ ج5/ 195. الصدوق/ الفقيه/ ج3/ ص217. الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص56 و ص116. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص71 و ص187. [↑](#footnote-ref-398)
399. . السيد الحائري/ فقه العقود/ ج1/ ص426-428. [↑](#footnote-ref-399)
400. . السيد الحائري/ فقه العقود/ ج1/ ص421. [↑](#footnote-ref-400)
401. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص50. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص50. [↑](#footnote-ref-401)
402. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص50. الحر العاملي/ ج18/ ص50. [↑](#footnote-ref-402)
403. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص51. الحر العاملي/ ج18/ ص51. [↑](#footnote-ref-403)
404. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص50. الحر العاملي/ ج18/ ص50. [↑](#footnote-ref-404)
405. . الحميري/ عبد الله بن جعفر/ قرب الاسناد/ طهران/ مکتبة نينوي/ ص114. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص42. [↑](#footnote-ref-405)
406. . علي بن جعفر/ مسائل علي بن جعفر/ قم/ مؤسسة آل البيت ^/ الاولی/ 1409ه.ق/ ص127. [↑](#footnote-ref-406)
407. . الصدوق/ الفقيه/ ج3/ ص282. الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص49. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص46. [↑](#footnote-ref-407)
408. . الصدوق/ الفقيه/ ج3/ ص207. الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص35. الاستبصار/ ج3/ ص77. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص312. [↑](#footnote-ref-408)
409. . السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ ج1/ ص232-235، الفقرة 111. ص311-331، الفقرة 162. [↑](#footnote-ref-409)
410. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص253-254. [↑](#footnote-ref-410)
411. . الشيخ الانصاري/ ج5/ ص256. [↑](#footnote-ref-411)
412. . المحقق الاردبيلي/ مجمع الفائدة و البرهان/ ج8/ ص183. [↑](#footnote-ref-412)
413. . قال الشهيدي: «و أمّا الدافع، ففي بعض الحواشي: أنّه صاحب الجواهر، و الظاهر أنّه اشتباه من المحشّي؛ لأنّ الموجود فيه خالٍ عن قوله:" و إنّ أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة و الوصف" إلى أن قال: و الظاهر أنّ الدافع هو الشيخ علي آل كاشف الغطاء قدّس سرّه في محكيّ تعليقه على خيارات اللمعة، فإنّه عين عبارته المحكيّة عنه»، هداية الطالب: 494، و راجع الجواهر 23: 94 أيضاً. [↑](#footnote-ref-413)
414. . المحقق الخراساني/ حاشية المکاسب/ ص206. السيد اليزدي/ حاشية المکاسب/ ج2/ ص259. [↑](#footnote-ref-414)
415. . المحقق النائيني/ منية الطالب/ ج3/ ص277-279. [↑](#footnote-ref-415)
416. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص212. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص267. [↑](#footnote-ref-416)
417. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ 65. الحر العاملي/ ج18/ ص16. [↑](#footnote-ref-417)
418. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص485، 456، 487. الصدوق/ الفقيه/ ج3/ ص134. الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص341، 342. الحر العاملي/ الوسائل/ ج21/ ص161، 162، 163. ج23/ ص65. [↑](#footnote-ref-418)
419. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج3/ ص71. [↑](#footnote-ref-419)
420. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج3/ ص71-73. محاضرات في الفقه الجعفري/ ج2/ ص139. [↑](#footnote-ref-420)
421. . الامام الخميني/ تحرير الوسيلة/ ج1/ ص655. کتاب القرض/ المسألة/ 13. [↑](#footnote-ref-421)
422. . الامام الخميني/ تحرير الوسيلة/ ج1/ ص505. کتاب البيع/ المسألة/ 4. [↑](#footnote-ref-422)
423. . الامام الخميني/ تحرير الوسيلة/ ج2/ ص287. [↑](#footnote-ref-423)
424. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج3/ ص73. [↑](#footnote-ref-424)
425. . السيد الخوئي/ محاضرات في الفقه الجعفري/ ج2/ ص140. [↑](#footnote-ref-425)
426. . السيد اليزدي/ محمد کاظم/ حاشية کتاب المکاسب/ تحقيق الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي/ قم/ دار المصطفي لاحياء التراث/ 1423ه.ق/ ج1/ ص445. لعل وقع في النسخة خطأ و الا فالاصح ان يکون العبارة هکذا: غاية الامر انه يحتاج الي امضاء البائع. [↑](#footnote-ref-426)
427. . الشيخ التبريزي/ ارشاد الطالب/ ج2/ ص128. [↑](#footnote-ref-427)
428. . المحقق الاصفهاني/ الحاشية علي المکاسب/ ج1/ ص291. المحقق الايرواني/ ميرزا علي/ الحاشية علي المکاسب/ تحقيق باقر الفخار الاصفهاني/ قم/ صبح الصادق/ الاولی/ 1426ه.ق/ ج2/ 107. [↑](#footnote-ref-428)
429. . السيد الحائري/ فقه العقود/ ج1/ ص508. [↑](#footnote-ref-429)
430. . السيد اليزدي/ العروة الوثقي/ ج2/ ص333. [↑](#footnote-ref-430)
431. . ان هذه الاجابة غير صحيح فان البناء علي عدم الوفاء بالشرط حين العقد لا ينسجم مع الالتزام به حين العقد، فان الشخص لو کان بانيا حين العقد علي عدم الوفاء بالشرط فهو غير ملتزم حين العقد بالشرط الا بحسب لقلقة اللسان، فاذن لا يتم هذا الجواب و المهم هو الجواب الاول من الالتزام ببطلان العقود في هذه الفروض. من هنا نستنتج نتيجة مهمة ان من يخطب زوجة مثلا بالف سکة و هو لا يلتزم به حين العقد الا بحسب لقلقة اللسان فيکون هذا الشرط باطلا، فلا بد ان يرجع الي مهر المثل، و لعل هذا سر ما افتي به الشيخ مکارم الشيرازي الي بطلان المهور في فرض کونها اکثر بکثير من المقدار المتعارف فيرجع الي مهر المثل. المقرر. [↑](#footnote-ref-431)
432. . الطوسي/ التهذيب/ ج7/ ص26. راجع: الصدوق/ الفقيه/ ج3/ ص270. الحر العاملي/ الوسائل/ ج18/ ص27. [↑](#footnote-ref-432)
433. . الشيخ الطوسي/ الخلاف/ ج3/ ص5. [↑](#footnote-ref-433)
434. . العلامة الحلي/ قواعد الاحکام في معرفة الحلال و الحرام/ ج2/ ص68. [↑](#footnote-ref-434)
435. . الشهيد الثاني/ مسالک الافهام/ ج3/ ص221. [↑](#footnote-ref-435)
436. . المحقق الاردبيلي/ مجمع الفائدة و البرهان/ ج8/ ص410. [↑](#footnote-ref-436)
437. . النراقي/ احمد/ مستند الشيعة في احکام الشريعة/ ج14/ ص405. [↑](#footnote-ref-437)
438. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص245. [↑](#footnote-ref-438)
439. . السيد اليزدي/ محمد کاظم/ حاشية کتاب المکاسب/ تحقيق الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي/ قم/ دار المصطفي لاحياء التراث/ الاولی/ 1423ه.ق/ ج3/ ص39. [↑](#footnote-ref-439)
440. . المحقق الايرواني/ حاشية المکاسب/ ج3/ ص204-205. [↑](#footnote-ref-440)
441. . المحقق الاصفهاني/ حاشية المکاسب/ ج4/ ص393. [↑](#footnote-ref-441)
442. . المحقق العراقي/ شرح تبصرة المتعلمين/ ج5/ ص170. [↑](#footnote-ref-442)
443. . الامام الخميني/ کتاب البيع/ ج4/ ص633. [↑](#footnote-ref-443)
444. . الامام الخميني/ تحرير الوسيلة/ ج1/ ص528. [↑](#footnote-ref-444)
445. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج7/ ص55-57. [↑](#footnote-ref-445)
446. . السيد الخوئي/ منهاج الصالحين/ ج2/ ص37. [↑](#footnote-ref-446)
447. . التبريزي/ ارشاد الطالب/ ج4/ ص256-257. [↑](#footnote-ref-447)
448. . اقول: ذکر الاستاذ ان الخيارات العقلائية نشأت من الشرط الضمني الارتکازي او نشأت من الاحکام العقلائية، لکنه لم يبين مدخلية الشرع بالنسبة الي الخيارات العقلائية هل ان لها دخل علي نحو التأسيس فيکون الخيارات العقلائية ناش من الزام الشارع بالخيار في فرض الخيار و اما ان يکون لها دخل علي نحو التأکيد فيکون الادلة الشرعية کامضاء اما للاحکام العقلائية و اما امضاء للشروط الضمنية الارتکازية، ظاهر المشهور ان الادلة الشرعية هو علي نحو التأسيس و لذلک استدل الاکثر بالادلة الشرعية و في فرض عدم تماميتها استندوا الي الاحکام العقلائية او الشروط الضمنية، لکن يستفاد من کلام السيد الصدر ان الادلة الشرعية امضائية لهذه الخيارات العقلائية، و الفرق واضح ان الثاني تتبع دائرة الحکم العقلائي. قال السيد الصدر: و قد بيّنا أن القاعدة تشمل كلا هذين النوعين من الضرر. و على هذا الأساس نقول: إن خيار الغبن و تبعّض الصفقة و ما يشابهما، ليست خيارات شرعية مجعولة من قبل الشارع تعبداً كخيار المجلس مثلًا، و إنما هي نحو حقوق كانت تعيشها المجتمعات العقلائية و لا زالت إلى يومنا هذا، و هي ناشئة من ارتكازات عقلائية بقطع النظر عن الشريعة؛ من هنا لو لم يعترف الشارع بمثل هذه الحقوق لكان ذلك ضرراً بلحاظ النظر العقلائي. و بهذا يتحقّق مصداق حقيقي آخر للضرر، فتشمله القاعدة.

لا يقال: إن الاستدلال ب «لا ضرر» حينئذ يكون لغواً، لأن المفروض أن خيار الغبن مثلًا قائم على أساس ارتكاز عقلائي، فيثبت بالسيرة العقلائية من دون حاجة إلى دليل آخر. لأنه يقال: إن الاستدلال بالسيرة إنّما يتمّ إذا كانت ممضاة من قبل الشارع. و قاعدة «لا ضرر» تثبت الإمضاء. (الصدر/ قاعدة لا ضرر و لا ضرار/ ص244) [↑](#footnote-ref-448)
449. . المحقق النائيني/ منية الطالب/ ج3/ ص107. المحقق الاصفهاني/ الحاشية علي المکاسب/ ج4/ ص248. قال: ان الخيار من باب تخلف الالتزام الضمني الذي قويناه. السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص291-292. [↑](#footnote-ref-449)
450. . الامام الخميني/ کتاب البيع/ ج4/ ص397. [↑](#footnote-ref-450)
451. . الامام الخميني/ کتاب البيع/ ج4/ ص418. [↑](#footnote-ref-451)
452. . الامام الخميني/ کتاب البيع/ ج4/ ص401. [↑](#footnote-ref-452)
453. . السيد السيستاني/ منهاج الصالحين/ ج2/ ص47-48. [↑](#footnote-ref-453)
454. . هل يوجد فرق بين الغبن و الغلط في القيمة ام لا؟ هذا ما اعرب عنه السنهوري في کتابه مصادر الحق. قال: يدقّ التمييز بين الغلط في القيمة و بين الغبن، فالغلط في القيمة يؤدي عادة الي الغبن و لکن الغبن هنا يکون مصحوبا بجهل لقيمة الشئ بحيث لو تبين العاقد هذه القيمة علي حقيقتها لما اقدم علي التعاقد و لما رضي بهذا الغبن. اما مجرد الغبن فمداه اوسع من الغلط اذ يصح ان يقع الغبن و المغبون علي بينة من قيمة الشئ فلا يکون واقعا في الغلط و انما اراد الحصول عليه لرغبة فيه خاصة دفعته الي ان يبذل فيه اکثر من سعر السوق فقد يکون للشئ قيمة ذاتية للعاقد ليست لغيره من الناس و قد يکون العاقد مجازفا في الحصول علي الشئ لانه يرجو من ورائه الربح الکثير فيما بعد و قد يکون مندفعا فيما فعل تحت تأثير المزاحمة، فالغلط في القيمة اذن عيب في الارادة و معياره ذاتي اما الغبن فخلل في النسبة ما بين سعر السوق و السعر المبذول و معياره مادي، و الفقه الاسلامي لا يعرض للغلط في القيمة الا عن طريق الغبن ثم هو في اکثر مذاهبه لا يعتد بالغبن و لو کان فاحشا الا اذا صحبه تغرير او تدليس و هو في ذلک يضحي باحترام الارادة في سبيل استقرار التعامل و هذا هو شأن اکثر الشرائع الغربية فقل ان تجد شريعة منها تعتد بالغبن الا في حالات محدودة نادرة. (السنهوري/ عبدالرزاق/ مصادر الحق/ بيروت/ دار احياء التراث العربي/ ج2/ ص132) [↑](#footnote-ref-454)
455. . السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ ج1/ ص323. البند172. [↑](#footnote-ref-455)
456. . صحيح البخاري/ ج7/ ص312. سنن البيهقي الکبري/ ج5/ ص273. سنن ابي ماجة/ ج7/ ص165. من برنامج المکتبة الشاملة النسخة12/3. [↑](#footnote-ref-456)
457. . مسند ابي شيبة/ ج2/ ص184. [↑](#footnote-ref-457)
458. . الجزيري/ عبد الرحمن/ الفقه علي المذاهب الاربعة/ ج2/ ص194. من برنامج المکتبة الشاملة12/3. [↑](#footnote-ref-458)
459. . الشهيد الاول/ محمد بن مکي/ الدروس الشرعية في فقه الامامية/ ج3/ ص275-276. [↑](#footnote-ref-459)
460. . المحقق السبزواري/ کفاية الاحکام/ ج1/ ص465. [↑](#footnote-ref-460)
461. . الخوانساري/ جامع المدارک في شرح مختصر النافع/ ج3/ ص156. [↑](#footnote-ref-461)
462. . الشيخ الاراکي/ الخيارات/ ص173-176. [↑](#footnote-ref-462)
463. . السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ ج1/ ص387-390/ البند203. [↑](#footnote-ref-463)
464. . العلامة الحلي/ حسن بن يوسف بن مطهر/ تذکرة الفقهاء/ ج11/ ص70. [↑](#footnote-ref-464)
465. . العلامة الحلي/ يوسف بن مطهر/ تذکرة الفقهاء/ قم/ مؤسسة آل البيت/ ج11/ ص68. [↑](#footnote-ref-465)
466. . الامام الخميني/ کتاب البيع/ ج4/ ص402-403. [↑](#footnote-ref-466)
467. . المحقق الخراساني/ حاشية المکاسب/ ص183. [↑](#footnote-ref-467)
468. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص296-297. [↑](#footnote-ref-468)
469. . العلامة الحلي/ تذکرة الفقهاء/ ج11/ ص71. [↑](#footnote-ref-469)
470. . الشيخ الانصاري/ کتاب المکاسب/ ج5/ ص162. [↑](#footnote-ref-470)
471. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص301-302. راجع: المحقق الاصفهاني/ حاشية المکاسب/ ج4/ ص243. [↑](#footnote-ref-471)
472. . المحقق الاصفهاني/ حاشية المکاسب/ ج4/ ص243-244. [↑](#footnote-ref-472)
473. . قال السيد الصدر في هذا المجال: و تعليقنا على هذا الوجه أن هناك ضررين؛ أحدهما ينشأ من الحكم بالصحة و هو الوجود الحدوثي للضرر، و الآخر ينشأ من الحكم باللزوم و هو الوجود البقائي للضرر. فإن قلنا إن الحكم بالصحة و الحكم باللزوم كليهما بحسب الحقيقة حكم واحد، و إن اللزوم معناه الصحة إلى ما بعد الفسخ، و عدم اللزوم معناه عدم الصحة إلى ما بعد الفسخ، و تحقّق هذا الحكم الواحد حدوثاً لا إشكال فيه، لأن الصحة مفروغ عنها في المقام، لكن لا نعلم هل هي باقية إلى ما بعد الفسخ أم لا؟ فهو شك في بقاء الحكم الضرري لا في أصل حدوثه. فهنا تارة نستفيد من نفي الطبيعة في «لا ضرر» أن مصبّ النفي هو الحدوث بعنوانه ببعض المناسبات العرفية، و أخرى نقول: إن عنوان الحدوث لم يؤخذ في مفاد الدليل، لذا يكون مصبّ النفي ذاتاً هو الفرد بقطع النظر عن خصوصيته الحدوثية و البقائية. فإن فرضنا الاحتمال الأول، فلا يبقى بعد العلم بأن بعض الأفراد حدثت في دليل النفي نظر إلى نفي البقاء أيضاً، لأن مصبّ النفي هو الحدوث، فيكون من قبيل ما لو علمنا أن زيداً قد وجد في يوم الجمعة صباحاً، و لكن نشك في استمرار بقائه إلى العصر، فلا يمكن أن نجعل قوله «لا رجل في الدار» بعد تخصيصه بحدوث وجود زيد، دليلًا على أنه لم يبق إلى العصر، كذلك في المقام، فإن «لا ضرر» لما كان مصبُّ النفي فيه هو حدوث كل فرد من أفراد الضرر، فإذا علمنا بأن فرداً منه قد وجد يقيناً بالإجماع، فلا مجال لنفيه بقاءً بعد ذلك؛ لعدم نظر الدليل إليه. أما إذا قبلنا الاحتمال الثاني و قلنا إن النفي مصبّه هو الجامع انعقد للدليل بلحاظ البقاء إطلاق أفرادي و إطلاق أحوالي. أما الأول فهو ينفي جميع أفراد الضرر، و أما الثاني فهو ينفي الضرر بحدوثه و بقائه. و هنا غاية ما علمنا من الإجماع أن حالة الوجود الحدوثي للضرر قد خرج عن إطلاق النفي، فنلتزم بالتقييد، و يبقى الوجود البقائي تحت دائرة النفي، فيكون المستفاد من القاعدة نفي البقاء.

و الحاصل: إذا قلنا إن الحكم بالصحة و اللزوم واحد، فإنْ بنينا على أن مصبّ النفي هو الحدوث، فلا يمكن التمسّك ب «لا ضرر» لنفي بقاء الحكم بعد حدوثه. و إذا قلنا إن مصبّه هو الجامع فلا يمكن التمسّك به. إنما الكلام في قضية هل يوجد للقاعدة إطلاق أحوالي يرجع إليه بعد تخصيص إطلاقه الأفرادي أم لا؟

أما إذا افترضنا تعدّد الحكم بالصحة و اللزوم و أنهما مجعولان بجعلين مستقلّين، إذن فلكل منهما حدوث في نفسه، و كلاهما ينبغي نفيه في المقام لأنهما ضرريان، إلّا أن أحدهما و هو الحكم بالصحة قد ثبت بالإجماع فخرج‏ تخصيصاً من «لا ضرر»، و أما الحكم باللزوم فلم يثبت خروجه بالإجماع، لذا يتمسّك بإطلاق القاعدة في مقام نفيه، و يكون في الحقيقة نفياً للحدوث، لأن المفروض أن الحكم باللزوم مستقل، و يشك في حدوثه، فيُتمسك ب «لا ضرر» لنفيه‏. (السيد الصدر/ محمد باقر/ قاعدة لا ضرر و لا ضرار/ بتقرير من السيد کمال الحيدري/ ص247-249) [↑](#footnote-ref-473)
474. . المحقق الايرواني/ حاشية المکاسب/ ج2/ ص30. [↑](#footnote-ref-474)
475. . السيد الشهيد الصدر/ قاعدة لا ضرر/ ص254. [↑](#footnote-ref-475)
476. . المحقق الايرواني/ الحاشية علي المکاسب/ ج3/ ص126. [↑](#footnote-ref-476)
477. . المحقق الايرواني/ الحاشية علي المکاسب/ ج3/ ص130-131. [↑](#footnote-ref-477)
478. . الشيخ الاراکي/ الخيارات/ ص173. السيد السيستاني/ قاعدة لا ضرر/ ص265. [↑](#footnote-ref-478)
479. . السيد الصدر/ بحوث في علم الاصول/ ج5/ ص500-501. [↑](#footnote-ref-479)
480. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص402-404. [↑](#footnote-ref-480)
481. . الکليني/ الکافي/ ج5/ ص290-291. [↑](#footnote-ref-481)
482. . السيد الخوئي/ منهاج الصالحين/ ج2/ ص35/ مسألة 134. [↑](#footnote-ref-482)
483. . السيد الخوئي/ مصباح الفقاهة/ ج6/ ص419. [↑](#footnote-ref-483)
484. . السيد السيستاني/ منهاج الصالحين/ ج2/ ص51/ مسألة 140. [↑](#footnote-ref-484)
485. . قد انتهي البحث في هذه العام الدراسي تأريخ يوم الاثنين 25/3/88، بلغ مجموع دراسات هذه السنة 122. [↑](#footnote-ref-485)