



٥٩٤

شَيْخ

بَصَرَةُ الْمُتَعَلِّمِينَ

تأليف

الْحَقِيقُ الْكَبِيرُ

أَمِيرُ أَيْمَنُ الْعُطَيِّ الشَّيْخُ ضِيَاءُ الدِّينِ الْإِمْرُقِي

الْجَمْعُ الْيَامِنِيُّ

تحقيق

مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْإِسْلَامِي
الرَّابِعَةُ لِلْجَمْعِ الْيَامِنِيِّ بِمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ



۵۹۴

شَرْحُ

تَبَصُّرَةِ الْمُتَعَلِّمِينَ

تأليف

المحقق الكبير

آية الله العظمى الشيخ ضياء الدين العراقي

المحقق الكبير

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامية
التي يقع مقرها في طهران

شابك (دورة) ٩ - ٧٩١ - ٤٧٠ - ٩٦٤ - ٩٧٨

ISBN - 978 - 964 - 470 - 791 - 9



شرح تبصرة المتعلمين (ج ٥)

- | | |
|----------------|--|
| ■ المؤلف: | الفقيه المحقق الآغا ضياء العراقي <small>رحمته الله</small> |
| ■ الموضوع: | الفقه |
| ■ طبع ونشر: | مؤسسة النشر الإسلامي |
| ■ عدد الصفحات: | ٤٩٦ |
| ■ الطبعة: | الثانية |
| ■ المطبوع: | ٥٠٠ نسخة |
| ■ التاريخ: | ١٤٣١ هـ. ق |
| ■ شابك ج ٥: | ٧ - ٩٨٠ - ٤٧٠ - ٩٦٤ - ٩٧٨ |
| | ISBN 978 - 964 - 470 - 980 - 7 |

قم - شارع الأمين - ابتداء شارع الجمهورية الإسلامية ص. ب ٧٤٩ - ٣٧١٨٥

تلفون: ٢٩٣٣٢١٩ - ٢٩٣٢٢١٩ فاكس: ٢٩٣٣٥١٧

كتاب المتاجر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين وهو المعين

(كتاب المتاجر)

جمع متجر مصدر ميمي بمعنى التجارة المرادف للكسب، المساوق لتحصيل ما يتعلق بمعاش الناس بلا واسطة أو بواسطة، فتدخل فيه الصنائع الخارجية عن المعاملات بالمعنى^(١) الأخص أيضاً، كما يومئ إليه ما في خبر تحف العقول حيث جعله من المكاسب^(٢).

(و) كيف كان (فيه) يعني في المتاجر (فصول):

(الأول) (في التجارة)

بالمعنى الأخص من المعاملة، ولاشبهة في وقوعه محكوماً بالأحكام الخمسة، (وقد تجب اذا لم يكن للانسان معيشة سواها وكانت مباحة بيع) اباحة متعلقها.

(وقد تستحب اذا أراد التوسعة على عياله)، ولقد عقد في الوسائل باباً لاستحباب طلب الرزق ووجوبه مع الضرورة^(٣)، وفي بعض نصوصها: «إِنَّ

(١) تحف العقول عن آل الرسول (ص): ٢٤٥.

(٢) وسائل الشيعة ٩: ١٢ باب ٤ من أبواب مقدمات التجارة.

طلب الرزق من الحلال كالجهاد في سبيل الله»^(١).

وفي آخر قول أبي عبدالله: «خرجت في طلب الرزق لأستغني به عن مثلك»^(٢)

وفي ثالث: «من طلب الدنيا استغافاً عن الناس، وسعيّاً على اهله، وتعطفاً على جاره لقي الله يوم القيامة ووجهه مثل القمر ليلة البدر»^(٣).

وفي جملة من النصوص يستفاد استحباب التجارة مع قطع النظر عن مقدمة التوسعة^(٤).

وفي النص: «إنّ التجارة تزيد في العقل»^(٥).

وفي آخر: «ترك التجارة ينقص العقل»^(٦)، إلى غير ذلك من النصوص.

(وقد تكره) المعاملة المزبورة اذا كان غرضه به جمع المال لا للصرف في الطاعة، وفي النص: «لاخير في من لا يجب جمع المال من حلال، يكف به وجهه، ويقضي به دينه، ويصل به رحمه»^(٧).

ومثل المصنف للمكروه بقوله: (كالمحتكر)، وفيه أنّ الاحتكار محسوب من الصنائع المكروهة لا معاوضاتها. اللهم [إلا] أن يراد به المعاملة بقصد التوصل به إلى الاحتكار فإنه حينئذٍ تكره المعاوضة أيضاً مقدمة للوصول إلى الاحتكار.

(١) انظر وسائل الشريعة ١١: ١٢ حديث ٤ باب ٤ من أبواب مقدمات التجارة.

(٢) وسائل الشريعة: ١٠: ١٢ حديث ٢ باب ٤ من أبواب مقدمات التجارة.

(٣) انظر وسائل الشريعة ١١: ١٢ حديث ٥ باب ٤ من أبواب مقدمات التجارة.

(٤) انظر وسائل الشريعة ١٢: ٩ باب ٤ من أبواب مقدمات الرزق.

(٥) وسائل الشريعة ١٢: ٤ حديث ٩ باب ١ من أبواب مقدمات التجارة.

(٦) وسائل الشريعة ١٢: ٤ حديث ١ باب ٢ من أبواب مقدمات التجارة.

(٧) وسائل الشريعة ١٢: ١٩ حديث ١ باب ٧ من أبواب مقدمات التجارة.

(وقد تباح بأن لا يحتاج إليها ولا ضرر في فعله) مثل غالب المعاملات الواقعة على هذه الخصوصية.

وقد (تحرم) تكليفاً محضاً مع وقوعها صحيحة مثل ما ينطبق عليه إيداء الوالدين ولو من جهة المخالفة لنيهم عن بيع داره مثلاً، وأخرى تحرم وضعاً محضاً مثل المعاملات الواردة على الصنائع المحرمة أو الأعيان النجسة المنهي عن معظم انتفاعها، أو لمحض كونها من العناوين النجسة، وإلى ذلك نظر المصنف في قوله (إذا كانت) يعني المعاملة (في محرم)، وماليتها تحرم وضعاً وتكليفاً مثل الربا والرشوة.

هذا كله الكلام في تقسيم نفس المعاملة بالمعنى^١ الأخص بما تتعلق به الأحكام الخمسة، وأما المعاملة بالمعنى^١ الأعم من مطلق الصناعات الغير العبادي بانقسامها إلى المحكوم بالأحكام الخمسة فهي في غاية الظهور، اذ يكفي في واجباتها الصنائع الدخيلة في نظم معاش العباد، فإنها بين واجب كفائي أو عيني، وفي مستحبها الزراعة، وفي مكروهها الحياكة والاحتكار، وفي محرمها الصناعات المحرمة ذاتاً أو عرضاً، وفي مباحها الأمور التي ليس فيها صلاح ولا فساد كغالب الأفعال والصناعات الغير المحتاجة في المعاش أو المحتاجة مع قيام من به الكفاية.

* * *

وحيث اتضح ذلك فنقول: إنَّ ديدن المصنفين ذكر نبيذ من المعاملات المحرمة مقدمة للشروع في أصنافها من البيع وغيره، وتبعهم المصنف أيضاً بقوله: (وهي أصناف: الأول: يحرم التكسب ببيع الأعيان النجسة)، وقبل الخوض في المسألة ينبغي تأسيس الأصل في مثل هذه المعاملات على وجه يكون المرجع عند الشك في الصحة والفساد فنقول:

بعدما كان مقتضى^١ الأصل الأولي في كل معاملة هو الفساد، ربما ورد في

البين عمومات أوجبت انقلاب هذا الأصل بأصالة الصحة، وذلك مثل عموم الوفاء بالعقود والشروط، وعموم التجارة، والعمومات الواردة في العناوين الخاصة في كل باب مثل عموم حلية البيع وجواز الصلح وأمثالها. ولا يخفى^١ أنّ العمومات الواردة لبيان الأسباب مثل العقود والشروط إنما تكون متكفلة لرفع الشك في قصور السبب في التأثير، ولا تكون متكفلاً لرفع الشك عن قصور المحل في قابليته للتأثير، فهما كان الشك في صحة المعاملة مستنداً الى مثل هذه الجهة لاتجدي لرفعه العمومات المزبورة، فلا ترجع اليها حتى لو كان الشك في قابلية المحل شرعاً، فضلاً عن صورة الشك في قابليته عرفاً أيضاً.

نعم لا بأس بالرجوع إلى عمومات المسببات ولو بمثل عموم: (تجارة عن تراض) (١) عند الشك في قابلية المحل شرعاً مع احراز قابليته عرفاً.

وتوهم أن الشك المزبور موجب للشك في تحقيق مصداق البيع والتجارة واقعاً، نظراً إلى أن كشف الشارع عن عدم قابلية المحل ملازم لكشفه عن عدم تحقق البيع واقعاً، وأن ما يراه العرف بيعاً ليس ببيع، فيصير انطباق عنوان العام في المورد مشكوكاً. مدفوع بأن العام الملقى على العرف المرتكز في أذهانهم وجود مصداقه لا محيص من كونه في مقام امضائهم في فهمهم، وإلا يلتزم نقص غرضه في مقام غفلتهم عن عدم الانطباق، فقتضى الاطلاق المقامي في حل هذه الموارد كون مثل هذه العمومات متكفلاً بتعيين المصداق إلى أن يثبت خلافه.

نعم لو كان الشك في المقام في قابلية المحل عرفاً أيضاً لا يبقّى مجال للتمسك بمثل هذه العمومات أيضاً لإثبات المشروعية والصحة. وحينئذٍ فلو فرض في مورد شكاً في مالية الشيء عرفاً الموجب للشك في

قابلية المحل لورود المعاملة والتجارة، لا يبقى مجال التمسك بالعمومات المزبورة أصلاً، بل الأصل في مثلها الفساد، فورد التمسك بها مختص بصورة الشك في قابلية المحل للتأثير شرعاً بعد احرازها عرفاً.

وفي مثله ربما يكفي التشبث ببناء العقلاء بمقدمات عدم الردع والامضاء أيضاً، نظير باب ظواهر الألفاظ، ولولم يكن في الين عنوان عام لمثل هذه المعاملة، وربما يكون من هذا القبيل باب الوكالة كما سيأتي الكلام فيه إن شاء الله.

وحيث اتضح ذلك فنقول: قد ورد في قبال هذه العمومات عمومات أخرى مقتضية للفساد في العناوين المخصوصة، منها قوله: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ»^(١)، فإنه يقتضي فساد جميع الموارد التي يكون الشيء محرماً، وظهور الثمن في عوض البيع بدوياً لا يوجب اختصاصه به بل الظاهر منه بمناسبة الحِكم الموضوعة مطلق العوض في المعاوضات.

نعم ربما يشكل الأمر في شموله الأفعال المحرمة كي نستكشف حرمة أخذ العوض في قبالها أيضاً؛ لأنّ إضافة الحرمة إلى الأعيان بقرينة الثمن الشامل لعوض الأعيان قطعاً غير اضافته إلى الأفعال ولا يكاد اجتماعهما في عبارة واحدة.

نعم لا بأس باستفادة عوض الأفعال المحرمة بالفحوى مع امكان حمل الحرمة في المقام بمعنى الحرمت المضاف إلى الأعيان تارة، وإلى الأفعال أخرى، كما لا يخفى.

ثم إنّ الظاهر أنّ المراد من حرمة الشيء حرمة الجهة المقصودة فرعاً من

(١) انظر: عوالي اللثالي ٢: ٣٢٨ حديث ٣٣ و ٣: ٤٧٢ حديث ٤٨، مسند أحمد بن حنبل ١: ٢٤٧،

سنن أبي داود ٣ حديث ٣٤٨٨، سنن الدارقطني ٣: كتاب البيوع حديث ٢٠.

وجوده، فتحرّم جهته غير مقصودة من مثله مع وجود المنافع المحللة فيه من سائر الجهات لا توجب حرمة فيه، ومن ذلك التراب المحرّم أكله الغير المقصود منه حلية سائر الجهات المقصودة منه فلا يكون مثله مشمول الرواية المزبورة.

وما حكى عن بعض النسخ: من أنه اذا حرم أكل شيء حرم ثمنه، غير معلوم الثبوت سنداً، فلا يعتنى به ولا يكون الموثوق به إلا النص الأول، وهو منصرف إلى المحرّم من حيث الجهات المرغوبة فيه.

ولارب حينئذٍ نفي ماليته شرعاً وإن كان متصفاً به عرفاً، نظراً إلى أنّ المحرّم المزبور مما لا يرغب إليه، وإنما رغبة العرف إليه بملاحظة جواز الانتفاع به من الجهة المقصودة، فبعد أخذ الشارع هذا المناط صار في نظر الشرع مما لا يتبيع به. ولانعني من نفي المالية عند الشرع إلا هذا.

ثم في صحة التجارة عليه بعد ما كان المدار التام على المالية، فعند كشف الشارع عن عدم المالية لا يبقى مجال التمسك بعمومات التجارة المنوطة بالمالية عند العرف بعد فهمهم خطئهم في مالية هذا الشيء. وعليه فلا يقتضي مثل هذا العام معنى في قبال عمومات صحة البيع، لما عرفت أنّ العمومات المزبورة إنما تقتضي الصحة في ظرف احتمال موافقة الشرع والعرف في مناط قابلية الشيء من حيث المالية للنقل والانتقال، وأما مع العلم بالمخالفة فلا يبقى مجال التمسك بالعمومات المزبورة كما لا يخفى.

وحينئذٍ ثمرة العام المزبور إنما هو اثبات الفساد بمقتضى الدليل زائداً عن الأصل المزبور ليس إلا، وإلا فليس شأن هذا العام تخصيص العمومات السابقة بموردها، نعم في المقام بعض العمومات الدالة على حرمة المعاملة في وجوه النجس كما في تحف العقول^(١) المجبور بعض فقراته بالعمل، ومنها ما نحن فيه.

ولا يخفى^١ أن الظاهر من وجوه النجس ما كان عنوانه موضع حكم الشارع بنجاسته بقول مطلق، فلا يشمل المتنجسات، إذ النجاسة غير ثابتة لعنوان الملاقي بل هو من قبيل الجهات التعليلية لطروء النجاسة على الشيء بعنوانه الأولي، ومن المعلوم أن عناوينها الأولية حينئذ ليست محكومة بالنجاسة بقول مطلق، بخلاف العناوين المأخوذة في موضوع النجاسة فإنها محكومة بالنجاسة في لسان دليلها على الإطلاق، من دون فرق بين كون العنوان المزبور من العناوين الذاتية مثل الكلب والخنزير، أو العرضية كالكافر والجلال.

وتوهم انصراف وجوه النجس عن العناوين العرضية منطور فيه، ولكن ذلك المقدار لا يوجب شمول المتنجسات أيضاً، كما عرفت من النكتة الفارقة بينهما. وعلى أي حال نقول: إن الوجوه النجسة تشمل المائعات التي ليس الأمر المرغوب فيها إلا شربها المنهي عنه، وغيرها التي لها جهات منفعلة بها ككلب الماشية للحراسة، وعذرة غير المأكول للتسميد والايقاد، وأمثالها. بل من حيث شمولها للمائعات المرغوب فيها جهة الشرب المنهي عنه لا يقتضي مثل هذا العنوان أيضاً تخصيص العمومات، بداهة خروجها بالنهاي المزبور عن جهة المالية المعلوم انصراف العمومات عن مثلها، فمثل هذا العنوان بالاضافة إلى المائعات المزبورة كعموم: «حرّم شيئاً حرّم ثمنه» لا يوجب تخصيصاً في العمومات، بل خروج مواردها عنها من باب التخصيص المحض.

نعم من حيث شمولها لغير المائعات المزبورة التي لها منفعة محللة مقصودة لا بد من الالتزام بتخصيصها؛ لعدم قصور في شمول العمومات لها، بعد احراز ماليتها عرفاً وشرعاً بوجود المنافع المحللة المقصودة.

وحينئذٍ فلا قصور في شمول عنوان العام لمثلها، لولا عموم دليل التخصيص. وبمثله تأسيس قاعدة ما نريد في الوجوه النجسة، ونحكم بأن الأصل فيها بطلان البيع إلا ما خرج بدليل.

وحينئذٍ فتدخل فيه أبوال ما لا يؤكل لحمه وعذرتها، بل في الأبوال المزبورة قد عرفت خروجها عن العمومات بقصورها في المالية من جهة حرمة شرها، بل لو لم نقل بجرمة الشرب، نفس قلة الاحتياج إليها تخرجها عن محط رغبة الناس في جمعها وضبطها، وبذلك تنفقد صفة المالية فيها.

كما أنه ربما يلتزم بعدم المالية أيضاً في أبوال ما يؤكل لحمها غير بول الابل وإن قلنا فيها بالطهارة، بل وجواز الشرب أيضاً اختياراً. ومجرد ذلك لا يقتضي اتصافها بصفة المالية، بل جهة المالية متفرعة من حيث ابتلاء الناس في الاحتياج إليها بحيث المتعارف، ولو بملاحظة كونها دواء لمرض مخصوص فيها لم يكن الاحتياج إليها بهذه الغاية لا يكون مورد رغبة الناس في جمعه وضبطه وبذل شيء بآرائه.

وبذلك تمتاز عن العقاقير والأدوية المحتاج إليها في مرض مخصوص عادي أم غير عادي، لكن لانبحو الاحتياج إليه من النواذر كالمعدومة، خصوصاً مع كثرة وجوده في أيديهم على وجه لا يعتنوا بمثله في ضبطه وجمعه.

وهذه النكتة ربما يفرق بين بول الابل وغيره، إذ في بول الابل بملاحظة تعارف التداوي به في بعض الأمراض ربما يكون حاله حال سائر العقاقير المرغوبة عندهم، وفي النص أيضاً: «أبوال الابل خير من ألبانها»^(١)، وربما يستفاد منه أن المتعارف عند أهله شرها اختياراً في غير مورد التداوي أيضاً فلا يكون مورد تنفير طباع هذه الطائفة، بخلافه في غيره فإن الطباع منفرة عنها.

ولكن ذلك المقدار لا يوجب خروجها عن المالية لولا قلة الاحتياج إليها، كيف وكثير من الأدوية تكون مورد تنفير الطباع، ومع ذلك شدة الاحتياج إليها

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٨٧ حديث ٣ باب ٥٩ من أبواب الأطعمة المباحة.

نوعاً للتداوي ولو أحياناً صارت موجبة لرغبتهم إلى ضبطها وجمعها وبذل مال بأزائه، فعمدة وجه الامتياز بين الأبوال المزبورة والعقاير هو هذه الجهة، وإلا فلو فرض كثرة مورد الابتلاء ولو بتدائها لاقصور في ماليتها حينئذٍ وإن قلنا بأنها من الخبائث، إذ بعد فرض ورود النص على جواز التداوي بها ولو مع عدم الانحصار كما هو المستفاد من قوله: «نعم لا بأس»^(١) في جواب السؤال عن بول الغنم والبقر والابل في مقام ينعت له، هو المرجع حيث أن اطلاقه يشمل حال عدم انحصار العلاج به على وجه يصير مضطراً في شربه.

وكذلك في نص آخر مشتمل على نفي البأس عند الاحتياج إليه للتداوي^(٢) يستكشف حلية الخبيث في حال المرض لا لاضطرار، فيصير لمثلها لغير جهة التداوي لا يوجب حرمة بقول مطلق ولا حرمة الجهة المرغوبة له من التداوي ولو اختياراً، فيصير حاله من هذه الجهة حال الأرض التي لا تكون الحرمة فيها متوجهة إلى الجهة المرغوبة منه، فلا يشمل حينئذٍ عموم «ما حرم».

هذا مع امكان أن يقال: إن مناط الخبائث في الأشياء في قبال حليتها من حيث الأكل والشرب ليس بصرف المنافرات الطبيعية الناشئة عن عدم ملائمة الشيء مع القوة الذائقة أو الشامة، كيف وكثير مما لا يلائم أحد القوتين لا يكون عند العرف خبيثاً، وما يلائم القوتين يكون عند العرف خبيثاً نظير القيء في مثل السكنجبين وأمثاله، فيكشف ذلك أن مناط الخبائث ليس إلا استقذارهم للشيء بمثابة يستقبحون من ارتكابها ويشمئزون حتى في ارتكاب الغير إياها.

ولعل مثل هذه الجهة نظير سائر القذارات المعبر عنه بالنجاسة في قبال الطهارة ربما يكون فيها جهة وخصوصية واقعية قابلة لخطابهم في مرحلة التطبيق،

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٨٨ حديث ٧ باب ٥٩ من أبواب الأطعمة والأشربة.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٨٨ حديث ٧ باب ٥٩ من أبواب الأطعمة المباحة.

فيحكم بطبيعة ما هو عندهم خبيثاً أو العكس، كما هو الشأن في الطهارة والنجاسة حيث حكم الشارع بطهارة كثير مما يرونها قدراً وبالعكس.

وحيث كان كذلك فن الممكن استفادة الخطأ في فهم الخبيثة على الاطلاق في الأبوال المزبورة، واستكشاف تبدل عنوانها في حال الصحة بعنوان آخر في حال المرض، فيكون من هذه الجهة حال الأبوال المزبورة حال العقاقير المحرمة على الصحاح بمنط المصار المنقلب عنوانها حال المرض بالنافع، فلايشمله حينئذ عموم «حرم شيئاً»، بعد انصرافه إلى صورة بقاء العنوان بحاله الشامل حال الاضطراب به.

وحينئذ مما أفاده شيخنا العلامة من أن الترخيص بمنط الاضطراب غير مائع عن شمول دليل «حرم شيئاً» أو «ما من محرم إلّا وقد أحله الله لمن اضطرب اليه» في غاية المتانة ولكن الأبوال المزبورة بعد اطلاق النصوص السابقة على جواز التداوي بها ولومع عدم الاضطراب ليس من هذا القبيل، بل هي إما من قبيل الأراضي التي فيها جهة محللة مقصودة، أو من قبيل العقاقير في تبدل عنوانها في حال الصحة إلى عنوان آخر في حال المرض.

وحينئذ مثل هذه الجهات لا تكون منشأ عدم جواز بيعها، بل عمدة المنشأ ملاحظة الاحتياج اليها نوعاً، بحيث يصيرون بذلك بصدد ضبطها وجمعها وبذل مال بازائها، فإن تم ذلك - كما لايبعد مثله في أبوال البعير - فلاقصور في شمول دليل البيع لها، وإلّا - كما هو الشأن في غير أبوال البعير - ففيه قصور من جهة المالية، وذلك هو المانع عن صحة تبيعها لاجرد حرمتها بغير عنوان التداوي بمنط الاستخباث، ولعل نكتة الفرق جهلهم في جواز البيع وعدمه بين بول البعير وغيره هو ذلك كما لا يخفى^(١).

(١) إلى هنا انتهت النسخة الخطية التي اعتمدنا عليها، وما يتعلق بشرح الفصل الثاني: في آداب التجارة، فلم نجد له نسخة خطية بالرغم من بحثنا عن ذلك.

(الفصل الثالث)

(في عقد البيع)

(وهو) : عبارة عن (الإيجاب) المرتبط بالقبول، القابل للابرام تارة والحلّ أُخرى. ويعبّر عنه بشدّه، كما أنّ المراد من الإيجاب أيضاً عبارة عن: إثبات الشيء في قصده، قبال القبول الذي هو عبارة عن مطاوعة هذا الإثبات.

وكل واحد منها غير انشائها بكلامه، كيف وهو ممّا قصد تحقيقها به فما به التحقق هو الانشاء الكلامي، الذي هو في العقود اللفظيّة بمنزلة الفعل في المعاطاة. ومرجه إلى استعمال الجملة الكلامية اسميّة أو فعليّة، حاكياً بها عن إثبات الواقع، قبال الحكاية بها عن واقع ثابت، الذي هو شأن الجمل الاخباريّة. فليس ميزهما حينئذٍ بقصد الموجديّة والحكاية. كيف وهو من شؤون الإيجاب، الحاصل في ضمن الإنشاء الكلامي تارة، وفي ضمن الأفعال أُخرى. وهذه الجهة مأخوذة في أطوار الإنشاء لا نفسه، نظير قصد الهزل به.

وهذا البيان يتضح مطلب آخر، وهو أن تأخير إنشاء الإيجاب عن إنشاء القبول غير منافي لتأخّر طبع حقيقة القبول عن الإيجاب، فلا يبقى مجال لإثبات لزوم عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب بمثل هذا البرهان. مع أنّه على فرض التمامية لا يكاد يفترق بين أنحاء القبول، من القبول بلفظ «قبلت» و«اشتريت» و«ملكّت»، فإنّ في مفاهيمها لا بدّ من إشراب جهة القبول،

كي يلتزم بهما العقد. وإلا لا يكاد يحصل شدُّ وربط بين المضمونين، فيكون كل منهما إيجاباً مستقلاً، ولا يكاد يصح إلتمام العقد من إيجابين، وذلك ظاهر.

وحينئذٍ لا مجال لدعوى إعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول في مرحلة إنشائهما، نعم لا بأس باعتبار التوالي بملاحظة حكم العرف بعدم تحقق الإرتباط العقدي بين الإنشائين بدونه.

كما أنه لابد من الألفاظ الظاهرة في معانيها، ولو من جهة القرائن الحافة بالكلام، الموجبة لقلب الظهور، وصيرورة اللَّفظ بها دالاً بنحو يخرج عن مورد كلام العلامة، من كون المخاطب لا يدري بم خوطب.

وأما دخل كون القرينة الحافة وضعية لفظية فغير معتبر؛ لعموم الوفاء بكل عقد. ولا يدل على أزيد من ذلك أيضاً كلماتهم، كما لا يخفى على من راجع.

* * *

ويعتبر فيه أن يكون مضمونه مطلقاً لا معلقاً بأمرٍ غير حاصل أو ما هو بمنزلة المعلق؛ للأجماع. وإلا فالاعتبارات العقلية المذكورة في الباب ممّا لا اعتبار لها، بداهة أنّ دخل العقد في مضمونه من باب دخل منشأ الاعتبار في الأمور الاعتبارية، لا من باب دخل المؤثر في المتأثر. كيف وأجزاء العقود أمور تدريجية تنعدم شيئاً فشيئاً، وليس لها جهة بقاء إلى حين وجود المسبّب.

وبعد ذلك من البديهي أنّ كيفية الأمور الاعتبارية منجزة أم معلقة، تتبع كيفية منشأ اعتبارها من العقود المنجزة مضموناً، أو المعلقة. فلا يصغى حينئذٍ إلى توهم بطلان التعليق باستلزامه تفكيك الأثر عن المؤثر خارجاً كما لا يخفى.

فالعمدة في البين هو الأجماع القائم في عاقبة العقود عدا الوصية، وذلك أيضاً لو لم نقل بخروجها عن العقدية، خصوصاً مع عدم إعتبار الإ اتصال بين إيجابها وقبولها، فيكون حقيقة من الإيقاعات المشروطة بالقبول، وسيجيء

توضيح ذلك في محله.

* * *

ثم لا يخفى أنَّ حقيقة العقد في كل باب غير مضمونه من العناوين المترتبة عليها في أبوابها، كالبيع والاجارة والصلح وغيرها.

وعمدة الوجه فيه كون مثل هذه المضامين مما يقصد وجودها بتوسط عقودها، فالعقود بالأضافة إليها بمنزلة الأسباب لها، الموجدة لها، لا نفسها. فما في بعض الكلمات من شرح مثل هذه العناوين بعقودها لمحض الإشارة إليها بوجه تمتاز عن غيرها إجمالاً، وإلاّ فحقائقها أمور إعتبارية ناشئة عن عقودها.

وحينئذٍ فحقيقة البيع غير عقده، بل هو - بعد تعلّقه بالعين في قبال المنفعة - ربّما يتشأن بشؤون ينتزع من كلّ شأن منه عنوان مخصوص. فمن حيث اشتماله على جهة ربط بين المالين ينتزع منه علقة البدلية، ويستتبعه اعتبار التقل والانتقال. ومن جهة اشتماله على ربط قائم بين الطرفين، ينتزع منه عنوان العطية والأخذ في عالم الإعتبار. وبملاحظة أنّ الإعطاء المزبور موجب لاستيلاء الأخذ على الشيء، يعبر عنه بعنوان التملك في طرف يكون عوضه معروضها، والا فطبع البدلية يقتضي طروء صفات مبدله عليه، فربّما يكشف عنه صفة الوقفية وهكذا.

* * *

ومن هنا نقول: إنّ حقيقة البيع ليس مساوفاً لعنوان التملك والتلّك، كيف ويبيع آلات القنطرة من سهم سبيل الله لا يوجب تملكاً بمقتضى التحقيق، كما هو الشأن في كلفة الأوقاف العامة. نعم ربّما يكون التملك من شؤونها، كما هو الغالب.

وعليه فليس في البين معنى آخر حاو لجميع الشؤون، أوسع وأوضح من لفظ البيع. وأن تعريفات القوم له بانحاء مختلفة لمحض الإشارة إلى شأن من شؤونها،

فلا يصلح حينئذٍ مثل هذه التعاريف للنقض والایرام كما لا يخفى.
ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر أيضاً أن نسبة البيع إلى الشراء كنسبة الإعطاء إلى الأخذ، راجعة إلى حقيقة واحدة، مضافة إلى كل واحد من طرفي العقد، ولو كانا فضولين أو وكيلين عن المالك وأن إضافتهما إلى المالك كان بنحو من العناية، بخلاف إضافتي التملك والتملك، فإن نسبتها في الحقيقة قائمة بالمالكين، وأن نسبتها إلى الوكيلين بنحو من العناية. وربما تثمر هذه النكتة في تصحيح إجازة المالك لشراء الغاصب لنفسه في إدخال المال في ملك المجيز، وسيأتي توضيحه في محله.

ثم إن الظاهر بمقتضى كلماتهم - دخل العقود اللفظية في لزوم المعاملة، بمعنى إنقطاع علة المالك من العين، على وجه لا تبقى له سلطنة بعده على ارتجاعه. وهذه الجهة من اللزوم غير منافية لثبوت الخيار في نفس العقد، الذي هو حق متعلق بالعقد، قابل للنقل بالارث والاسقاط، فلا تنتقض كلماتهم في لزوم العقد اللفظي بثبوت خيار المجلس وغيره.

وربما يكفي لهذا المعنى من اللزوم عموم الوفاء بالعقود، المقتضي لقطع علائق المالك عن العين، بل ويكفيه أيضاً عموم السلطنة وأمثالها. بخلاف اللزوم في قبالة الخيار العقدي، إذ يمكن منع دلالة عموم وجوب الوفاء على مثله، إذ غايته وجوبه في ظرف وجود العقد، فبالفسخ يرتفع الموضوع، والعموم المزبور أيضاً غير متكفل لابقاء موضوعه، فتأمل. كما أن رجوع العين بعد حل العقد بمقتضاه الأولي غير مرتبط بمقام سلطنة المالك في منعه من تصرف الغير في ماله، كما لا يخفى. وبالجمله لا إشكال في لزوم العقود اللفظية بالمعنى السابق، واختصاصه بها.

* * *

وعمدة الوجه - بعد عدم شمول العمومات للعقود الفعلية - السيرة المستمرة،

على بنائهم على جواز ارتجاع العين ما دامت موجودة، في معاطاة البيع وغيره من المعاوضات. وحيث أن محط الكلام في معاطاة كل باب إنما هو في المعاطاة بقصد مضمونه لا غيره، صح لنا دعوى أن معاطاة كل باب يقتضي تحقق مضمون ذاك الباب بنحو التزلزل من حيث الإرتجاع في أحد العوضين وعدمه، خلافاً لما نُسب إلى المشهور في مصيرهم إلى إباحة التصرف.

وحينئذٍ فقد يتوهم الإشكال بأن المعاطاة المقصود بها المعاملة المخصوصة مثل البيع والاجارة مثلاً، كيف ينتج خلاف المقصود؟!

وحل الإشكال بأن يقال بأن المقصود في مثل البيع والاجارة مثلاً أيضاً ليس إلا قصد البدلية، غاية الأمر بدلية شيء من شيء تقتضي -لولا المانع- كسب العوض ألوان مبدله بجميعها، وحيث قام الأجماع -بالفرض- على عدم ترتب لون الملكية في العقود الفعلية، فلا جرم ينتج مثله كسب لون السلطنة. فينتج مثله تبديل سلطنة بسلطنة، ولازمه سلب سلطنة المالك بالمبادلة المزبورة عن العين. ولولا سلطنة المالك على ارتجاع العين بعنوان الرجوع عن معاملته، كانت العين مسلوقة السلطنة لما لكها الأول من جميع الجهات. وكانت في حيلة سلطنة الثاني كذلك.

ومثل هذا المعنى ملزم ملكية المال للثاني، وسلبها عن الأول، إذ لا يعتبر العقلاء ملكية المال مسلوب السلطنة من جميع الجهات. ولكن بعد ما قامت السيرة على أن للمالك -بعد المعاملة المزبورة- السلطنة على ارتجاعه بعنوان الرجوع من معاملته، كانت هذه السلطنة كافية لإعتبار ملكية العين. وإن كانت هذه السلطنة في الحقيقة غير السلطنة الأولية المتبادلة.

* * *

وحينئذٍ لا تنافي بين قصد التملك في عقدهما البيعي مثلاً، وبين مثل هذه النتيجة، إذ حقيقة البيع -كما عرفت- ليس إلا جعل علاقة البدلية بين المالين،

غاية الأمر هذه العلقه أوجبت كسب لون الملكية عند عدم مانع آخر. والآ فيوجب اكتساب البديل بما في المبدل من سائر الألوان بمقدار استعداد البديل لا اعتبار علقه البدلية، والفرض أن عقد علقه البدلية في المعاطاة لا تستعد لترتب جميع الألوان التي منها لون الملكية في كسب لون السلطنة عن مبدله.

وحينئذٍ فما نحن فيه من قبيل تأثير العقد في مقصوده من علقه البدلية، المستتبع لخلاف ما يتوهم من مراتب الأثر. لا أنه من باب تأثير العقد في خلاف المقصود، فكان المقام أشبه شيء في تأثير الاجازة في شراء الفضولي لنفسه في ملكية المال للمالك، فإنه أيضاً من هذا الباب، لا من باب مخالفة مضمون الاجازة لتأثيرها. كما سيأتي توضيحه.

* * *

وحيث اتضح ذلك، فنقول: إن من تبعات هذا البيان - أيضاً - صيرورة المال ملكاً للمباح له بالتلف والتصرف بمقتضى القاعدة، بلا احتياج الى بعض التشبثات التي عمدتها التمسك بأصالة العموم، لاخراج مشكوك الفردية عن الفردية، كي يبقى مجال منعه بالسيرة. ولا الاحتياج أيضاً إلى الالتزام بالملكية أنا ما قبل التلف والتصرف.

وتوضيح ذلك بأن يقال: إن قضية حصر سلطنة المالك بالرجوع في العين ما دام بقاؤها على حالها، وكونها المصحح لبقاء العين على ملكية الأول، هو سقوط هذه السلطنة بتلف العين وبالتصرف فيها، بل بتصرف طرفه فيما بيده أيضاً؛ لأن موضوع السلطنة المزبورة هو التراد من الطرفين، ومع التلف أو التصرف لا يمكن التراد، فتقطع السلطنة المزبورة، وبعده لا يبقى المال على ملكية المالك؛ لما عرفت من أن الملكية ملزمة للسلطنة بوجه، فسلوب السلطنة من جميع الجهات لا ملكية فيه، فلا جرم يرجع إلى ملكية من له تمام السلطنة عليه بعقده الأول.

وتوهم أن العين التالفة حين تلفها ملك للغير الثابت في يد غيره بعنوان التضمين لا الأمانة، فلا جرم كان عموم «على اليد» يقتضي ضمانها، مدفوع بأن نتيجة المعاملة بعد ما كان نقل سلطنة المالك إلى غيره، فكان المال في يده قبل التلف بمنزلة كونه تحت سلطنة المالك وإستيلائه. ومثل هذا المال لا يصلح للمضمّونية، فعموم «على اليد» أو قاعدة الاتلاف قاصر الشمول لمثله، فلا مقتضى حينئذٍ لضمان عوضه باتلافه، فضلاً عن تلفه.

ولا نعي من لزوم المعاملة حينئذٍ إلا ذلك، بلا احتياج إلى المصير إلى أن مقتضى الجمع بين العمومات والاصول: أما دخول المال قبل التلف والتصرف آنأ ما قهراً في ملك من وقع بيده التلف، كي يكون على خلاف سلطنة المالك، أو المصير إلى كشف التلف والتصرف عن صحة المعاوضة آنأ ما قبلها، كي يكون ذلك خلاف اطلاق كلماتهم، أو بعدها، كي يلزم صحة المعاملة والمبادلة في ظرف التلف المعلوم عدم اعتبار العقلاء للمعدوم على الاطلاق شيئاً.

ولعمري أنك لو دققت النظر في كلماتهم ترى تمام المساعدة لما قرّبنا، خصوصاً كلام ابن ادريس في سرائره^(١) وغيره فراجع.

* * *

ثم إن الظاهر من كلماتهم أيضاً اعتبار جميع شرائط البيع العقدي في المعاطاة عدا اللفظ، من دون فرق في ذلك بين كونها مفيدة للملكية المترزلة أم الإباحة المحضة. كما أن المتعارف فيها كون المعطي باعطائه المثلث موجباً، والآخذ بأخذه قابلاً، وإن اعطائه الثمن كلياً أم شخصياً من باب الوفاء بالمعاملة.

وحينئذ فلا بأس بصدق الوفاء في وضع الفلوس في الكوز، لأنه في الحقيقة نحوقبض منه، بجعله المال تحت استيلائه. نعم قد يتعارف في بعض المحقرات عدم صدور إنشاء فعلى من المالك، بل الانسان يأخذ المال ويضع الفلوس في الموضع المعد له، وفي اجراء حكم المعاطاة على مثله، وكونه من باب البيع ولو بتوكيل الآخذ في إيجاب البيع بأخذه وقبوله بوضع الثمن في موضعه وجه.

وأوجه منه جعل المورد من باب التسليط على تملك ماله بعوض، نظير تسليط الحمامى على الانتفاع بحمامه بعوض، وليس المقام من باب البيع والاجارة أصلاً، فكان المقام من تلك الجهة نظير نثار العرس، غاية الأمر فيه تسليط على التملك مجاناً، لا أنه إباحة أو تملك لمن يأخذ كي يكون له السلطنة على الرجوع ما دام وجود العين كما لا يخفى.

* * *

هذا ثم ان المعاطاة إنما تجري فيما يصلح لطرقه العناوين بمثله، ففي النكاح والطلاق والخلع والمباراة وأمثالها لا يكاد يتصور ترتب المضمون المقصود بها عليها، كما أن في مورد لا يكون طبع العقد على الجواز كالوقف والعمرى والسكنى والرقبى، فلا يصلح جريان المعاطاة فيها. نعم قد يتصور في بعض الأمور، مثل البناء بقصد المسجدية في وجهه، أو الحُصْرُ الموضوع فيها، أو الجص والآجر المعمولة فيها، ولا يبعد دعوى خروجها عن قاعدة المعاطاة بالسيرة كما لا يخفى.

* * *

ثم إن المقبوض بعنوان الوفاء بالمعاملة الفاسدة غير مرتبط بانشاء المعاملة بالتعاطي، فما هو مورد الكلمات في إفادة الملكية أو الإباحة هو الأخير، وإلا فلا أول غير مربوط بانشاء المعاملة.

وحينئذٍ فأجراً أحكامه عليه في غاية الاشكال، بل القاعدة تقتضي حرمة التصرف فيه؛ لأن رضاه كان بعنوان كونه ماله لا بعنوان تصرف طرفه في المال المعطى، فثل هذا الرضى لا يجدي شيئاً، إلا أن يتحقق في البين رضى جديد، وإلا فلا يجديه الرضى الأول كما لا يخفى. بل مثل هذا الرضى الجديد أيضاً لا يجدي في رفع ضمانه الحادث بحدوث يده على مال الغير بغير الامانة، فإنه حينئذٍ لا تكون غايته إلا أدائه، ومجرد رضى صاحب المال بعده لا يجدي في صدق الأداء فالضمان باق حتى يؤدي، وسيأتي توضيح حقيقة الضمان وأحكامه في باب الغصب.

* * *

و كيف كان (هو) يعني عقد البيع كما أشرنا، عبارة عن (الايجاب كقوله: بعثك) أو ملكتك. وفي وقوعه بغيرهما ممّا لا يكون ظاهراً في المقصود إشكال. (والقبول، وهو) يؤدي بقوله: قبلت و (اشتريت) وتسلكت وشريت وأمثالها ممّا هو ظاهر في المقصود، ولو بالقرائن الحاقّة. وفي وقوع الايجاب بلفظ الأمر الحاكي عن طلب المعاملة إشكال، إذ طلب إيجاد الغير للعمل غير إيجاد نفسه، فقصد التملك بالأمر مساوق لعدم إيجابه بكلام إنشائي لهذه المعاملة، وهو-لوم يرجع الى المعاطاة- لا دليل على صحته، كما لا يخفى، فتدبر.

فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شرائط صحة العقود، فإن قلنا باختصاص الأوامر التعبدية في ايجاب ترتيب الأثر على خصوص الشاك، فلا شبهة في أن الشاك لا بد أن يعمل على طبق وظيفته، إلا في فرض فقد العقد قيداً بنظرهما، فيرتبان الفساد على مثله، من دون فرق في ذلك كله بين القول بموضوعية الامارات أو طريقيتها. وإن قلنا بأن الحكم الظاهري في كل طرف موضوع للحكم الواقعي للآخر، حتى مع علمه بخلافه، فيجب على

الغير ترتيب أثر الصحة بنظر غيره، ومن غير فرق فيه أيضاً بين الموضوعية والطريقة.

نعم لو فرض فقدان الشرط موجباً لبطلان فعل الآخر بما هو فعله، نظير فقداه للموالة، لا يجدي صحة فعل الغير ظاهراً أيضاً في صحة فعله بما هو فعله، كما لا يخفى^١.

* * *

(و) كيف كان (إنما يصح) البيع (إذا صدر عن مكلف)، فلا يصح عن الصبي حتى يحتلم، ولا من المجنون حتى يفيق، بلا أشكال في الجملة. ويكفي من النص -علاوة على التشكيك في صدق العقد الصادر عن بعض مصاديقها- عموم قوله: «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق»^(١) إذ ظاهره رفع ما يصلح أن يجري عليه القلم، وهو ليس إلا تحديد المآخذات بعد ثبوت إستحقاقها. أو إنشاء الأحكام تكليفية ووضعية. وأما احتمال نفي الاستحقاق بنفي منشئه من فعلية التكاليف فغير جارٍ في المقام، لأنّ مرحلة الإستحقاق غير صالحة لأنّ تصير مجرى القلم ولو بالواسطة، إذ جري القلم على التكليف ليس جريه على الاستحقاق، وبذلك يمتاز هذا المضمون عن مضمون حديث الرفع المعروف، كما هو ظاهر، فينحصر المعنى في المقام بالاحتمالين السابقين.

ومن المعلوم أيضاً أن نفي قلم التحديد في المؤاخذه أيضاً لا يقتضي نفي استحقاقها، فهو خلاف المنساق من الرواية، فينحصر الأمر بأحتمال نفي قلم التكليف والوضع، الذي منه صحة عقودها.

وهذا المقدار أيضاً لا ينافي شرعية عبادة الصبي الناشئة عن الرجحان التابع

(١) انظر وسائل الشيعة ١: ٣٢ حديث ١١ باب ٤ من أبواب العبادات.

لمقتضيات التكاليف من المصالح، إذ مثلها لا يكون تحت القلم ومجره كي يصلح الحديث لرفعه، بخلاف الأحكام الوضعية فإنها متقومة بأجراء القلم في انشائها، فتكون مرفوعة بالحديث المزبور.

كما أن الظاهر من رفع القلم، رفعه عما يتعلق بفعلها الاختياري، فلا يشمل ما لا دخل لفعله فيه أو لاختياره، فمثل سببية دخول الحشفة للجنابة^(١) خارج عن مساق النص المزبور، كخروج سببية موت مورثه للملكية، فلا ترد مثل هذه الأمور نقضاً على عموم النص كما لا يخفى.

نعم هنا شيء آخر، وهو أن قضية رفع القلم عن الصبي عدم سببية عقده بما هو عقده، وهذا المقدار لا يوجب سلب عبارته على وجه لا يصلح لتعلق الاجازة به، لأنه حينئذ يكون السبب هو عقد البالغ بما هو مضاف إليه، وهو خلاف المقصود في المقام.

* * *

اللهم [إلا]^(٢) أن يقال: إن الأمر كذلك لو كان المؤثر وموضوع الصحة العقد المضاف إلى الصبي بهذا العنوان، بحيث تكون الاضافة المزبورة دخيلة في الموضوع بنحو التقيد، وإلا فلو كان تمام الموضوع هو العقد، وأن الاضافة المزبورة من الجهات التعليقية، فلا قصور في التمسك باطلاق رفع القلم عن صحة هذا العقد، لمحض كونه صادراً عن الصبي وإن تعلقته به اجازة وليه أو نفسه بعد بلوغه، ولا نعني من سلب العبارة إلا هذا.

وبمثل هذا البيان أيضاً يثبت سلب عبارة الصبي بقوله: «لا يجوز أمر

(١) وسائل الشيعة ١: ٦٩ حديث ٢ باب ٦ من أبواب الجنابة.

(٢) لم ترد في النسخة الخطية، أثبتناها لاقضاء السياق لها. علماً بأن المصنف رحمه الله لم يثبتها في كل الموارد الآتية، ونحن أضفناها من دون الإشارة إلى ذلك.

الصبي»^(١)، فيلحق به المجنون بعدم القول بالفصل، بل ويمكن التمسك بالاستصحاب في المتصل ببلوغه أيضاً كما لا يخفى. نعم عموم: «عمد الصبي خطأ»^(٢) لا يجدي في نفي الآثار المترتبة على خصوص عنوان متقيد ومتقوم بعمده، إذ هو منصرف إلى ما يتصور فيه الخطأ من العناوين، فلا يشمل مثل العقود والایقاعات كما هو ظاهر.

اللهم [إلا] أن يُدعى فيه التعميم، بقرينة رفع القلم في ذيله، بناءً على كونه علة الحكم لا معلوله، وذلك أيضاً لولا دعوى اجمال الذيل من هذه الجهة، فلا يعم الاطلاق حينئذ في صدره كما لا يخفى.

* * *

ويعتبر في العاقد أيضاً أن لا يكون مكرهاً، فلا يصح بيع المكره بلا اشكال. وظاهر أخذ الاكراه في موضوعه دخل كرهه في فساد معاملته. وحينئذٍ ربما يشكل بأنه كيف يتمشى القصد عن المكره، إذ مرجع قصده إلى ارادته المعاملة المستتبعة لمحبيته، لأنها من مبادئ ارادة الشيء، وهذه الجهة كيف تجتمع مع كرهه.

ويمكن الجواب عنه، بأنه بعد التفات المكره بتوعد غيره يرى نفسه بين محذورين فيصير احدهما خارجاً عن حيز اختياره، ولازم ترجيحه الأهم منها عقلاً أو شهوةً صيرورته بصدد إختيار الأقل محذوراً وهذه الجهة من الاختيار إنما يضاد بُغضه بمقدار تعلق ارادته بإيجاده، وهو ليس إلا بسد باب عدمه المقارن لعدم الأهم، وأما باب العدم المقارن لوجوده، فهو منسذ قهراً بانصرافه عن ايجاد الأهم. ومع هذا الانسداد القهري يستحيل توجه الارادة نحوه، فتبقى

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٨ حديث ١ باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٧ حديث ٣ باب ١١ من أبواب العاقلة مع اختلاف يسير.

تلك الجهة على مكروهيته، فيصدق عليه حينئذٍ بأن مثل هذا الشخص اختار وجوداً فيه جهة الكراهة، غاية الأمر لابتدأ من التفكيك في جهات الوجود، ولو بالمقايضة إلى أنحاء عدم الشيء المقاييس إلى وجود ضده وعدمه.

ثم لا يقاس باب الاكراه باب الوعد على الخير أو العفو عن العصيان السابق، إذ في مثله يكون وجود الشيء مقدمة لترتب محبوه، وهذا الوجود طارد لجميع الأعدام، فيصير اعدامه أيضاً بجمعها مبغوضة.

وهذا بخلاف باب الاكراه على الوجود فانما هو مقدمة للمبغوض وهو نقيض الوجود الحاصل بفتح باب عدم واحد، والفرار عنه ليس إلا باختيار نقيضه، وهو ليس إلا بسد واحد منها، وهو العدم المقارن لعدمه. وأما العدم المقارن لوجود مبغوضه فهو منسدة قهراً بالانصراف عن المبغوض الأهم المترتب عليه، ومرجه - كما أشرنا - إلى تعليق الطيب ببعض أنحاء وجوده، لا بقول مطلق، فتبقى بعض الأنحاء الأخرى على طبع مكروهيته.

وربما يساعد الوجدان على هذه التفرقة أيضاً، بأن المكروه في مقام اختياره العمل في كمال الانزجار عنه، بخلاف الموعود خيراً فإنه، في كمال الفرح والانبساط في فعله، مع أنها في البغض الاقتضائي ستان كما لا يخفى.

* * *

وحيث اتضح مثل هذه الجهات فنقول: إنه يكفي للاشتراط المزبور عموم رفع الاكراه، ومن المعلوم أن رفع أثر المعاملات المكروه عليها راجع إلى رفع صحتها؛ لعدم امتنان في رفع غيرها. وبذلك ربّما يفرّق بين الاكراه والاضطرار إلى بيع داره لتحصيل معاش عياله، إذ الفساد فيه خلاف الامتنان في حقه، وهو خارج عن مصب الحديث، ولولا هذه الجهة لم يكن فرق بين المكروه والمضطر من حيث فقد الطيب إلى المعاملة اقتضاءً وفعليةً، وبمجرد كون الاكراه ملازماً للالزام من قبل الغير دون الاضطرار لا يصلح فارقاً في صدق الطيب

النفسي وعدمه.

وتوهم موضوعية الالتزام في الحكم بالفساد أيضاً خلاف المنساق إلى الذهن، من كون المناط في فساد المعاملة هو جهة الكره، الذي هو من الأمور الباطنية، ولذا يتعدى أيضاً في المأخوذ حياءً، وأنه كالغصب.

ثم إن الإكراه المزبور يحصل بالزامه من قبل المكره، بنقض غرضه، ولو مثل المطالعة ونحو ذلك، فلا يحتاج في تحقيقه إلى ترتب ضرر مالي وعرضي أو غيرهما، كما أن وجود المندوحة للمكره - بالفتح - يخرجها عن حيز المكرهية، ولو بمثل التورية، لولا دعوى اقتضاء الوحشة والدهشة للمغفولية عن مثله، كما هو الغالب.

* * *

وعمدة الوجه فيه أن الاقدام على العمل مع تمكنه من المندوحة يكشف قهراً عن عدم تمامية كرهه، وإلا فالمفسدة المقتضية كرهه تدعوه الى اختيار المندوحة دون المكره عليه. ومهما تحقق صفة المكرهية في العمل، يكفي ذلك المقدار في فساد المعاملات. وأما في غيرها فلا يكفي في رفعها هذا المقدار، بل يحتاج إلى صدق الاضطراب والالغاء.

وبذلك تظهر نكتة ذكر الفقرتين من التسعة، وأن الإكراه مختص بالمعاملات، والاضطرار مختص بغيرها.

وهذه النكتة أيضاً التزامنا بأن الضرر المالي غير البالغ إلى حد الحرج والاجحاف غير صالح لرفع التكاليف، وإنما الرافع لها ما بلغ حداً موجباً للحرج والالغاء. وما في بعض المقامات من كفاية مطلق الضرر المالي في رفع التكاليف، كما في الانتقال من الوضوء إلى التيمم لخوف لص أو غيره، إنما هو لنص مخصوص^(١)، وإلا فعموم نفي الضرر في باب التكاليف غير مجبور في

(١) وسائل الشريعة ٢: ٩٦٤ حديث ٢، ٣ باب ٢ من أبواب التيمم.

الماليات كما لا يخفى.

ثمَّ إنَّ مقتضى كون رفع الإكراه لمحض الإرفاق على المكره اختصاص ذلك بالإكراه بغير الحق، وآلا في الإكراه بحق مع امتناعه لا يكون في وضعه عليه خلاف امتنان في حقّه، بل رفع الأثر عن عمل مثل هذا الشخص خلاف الامتنان في حق الغير، وهو خلاف كون سوق الحديث في مقام الامتنان على الأمة.

* * *

وحينئذٍ فلو أكره على المرددين الحق والباطل، فأقدم على الباطل لأثر له؛ لعدم صدق الإكراه على الباطل بخصوصه، والاكراه بالجامع بينه وبين الحق لا يصلح لرفع شيء؛ لأنَّ ما تعلّق به الإكراه لا أثر له يصلح للرفع بالاكراه، وماله أثر من خصوص الباطل ما تعلّق به الإكراه رأساً، وهو ظاهر. نعم لو كان الإكراه متعلقاً بالجامع بين الباطنين، فإن كان ذلك بمعنى صرف وجوده، فلا يكاد ينطبق إلّا على أول الوجودين، فيقع الثاني صحيحاً بلا إكراه. وإن كان بنحو الوجود، فيقع ثاني الوجود أيضاً باطلاً.

ولو أكره على الجامع بين المعاملة وترك العبادة، أمكن دعوى وقوع المعاملة أيضاً باطلاً، إذ العقل يلزمه بايقاعها دون غيرها، فكأنه ملزم بها تعييناً. نعم لو خالف التكليف وترك العبادة، خرج عن المكرهية في المعاملة، فلو أوقعها بعده كانت صحيحة، وذلك ظاهر.

ثمَّ إنَّ العقائد المكره إنّما يشمر كرهه في فساد عقده في صورة يكون فساد إرفاقاً في حقّه، وهو لا يكون إلّا إذا كان مالكاً، وآلا في غيره - حتى الوكيل - لا بد أن يلاحظ حال الموكل، فإن كان عمل وكيله عن طيب نفسه لا يجدي إكراه وكيله في فساد عمله وإلا فيفسد؛ لأنَّ إكراه وكيله حينئذٍ بمنزلة إكراهه. ومن هنا نقول: إنه أي لو أكره المالك وكيله على بيع داره صح بيعه، وتكون

مثل هذه الصورة خارجة عن مصب الحديث، كما لا يخفى^١.

* * *

ثمَّ إنّ الإرفاق المزبور إنّما يقتضي فساد العقد ما دام بقاء كرهه، وإلاّ فمع زواله واجازته فلا مقتضى لنفي صحة عمله، إذ لا قصور في العمومات لشمول العقد من حين تبدل كرهه بطيبه.

بل في المقام يمكن الاكتفاء بالطيب باطناً، وأن الاجازة لمحض طريقتيها عن طيبه، وبه يمتاز عمّا يجيء في باب الفضولي، إذ للاجازة هناك دخل في اضافة العقد إلى المالك المستتبع لتوجّه الخطاب بالوفاء بمضمونه إليه، فلها هناك جهة موضوعيّة ليس لها ذلك في المقام.

نعم في اعتبار عدم سبق الاجازة بالردّ في المقام أيضاً كلام، مبني على أنّ الردّ بمنزلة فسخ العقد وحله، فلا يبقى معه محل لتعلق الاجازة، أو أنّه موجب لعدم اضافة العقد إليه، وأنّه بمنزلة الحائل عن صيرورة الاجازة مستتبعة لاضافة العقد إليه، فلا يجري في المقام، ولا يختص بباب الفضول؛ لأنّ المفروض أنّ الاضافة حاصلة والردّ غير صالح لاعدامها، ولا أقلّ من الشك في مانعيته فيستصحب تعليقاً صحة العقد باجازته؛ وربّما يؤول إلى الأخير أيضاً اطلاق كلماتهم، وعدم تعرضهم لمانعية الردّ في المقام.

* * *

ويعتبر في العاقد أيضاً أن لا يكون مملوكاً في ظرف عدم رضی سيده، من دون فرق بين كونه عاقداً في بيع ما في يده أو ما في يد الغير، وبلا فرق أيضاً بين القول بتملك العبد وعدمه.

وعمدّة الوجه فيه كونه (مملوكاً لا يقدر على شيء)^(١)، علاوة عن دعوى

كون انشائه المنشىء للآثار من المنافع المقصودة منه، على وجه كان مملوكاً للمولى الخارج عن حيطة قدرة العبد، بلا تمامية خروج أقواله بقوله مطلق عن حيطة سلطنة المولى^١ بشهادة السيرة، إذ ذلك إنما يتم فيما لا أثر للقول إلا ابراز مقاصده. وإلا ففي مثل عقود وإيقاعاته الموضوعة لآثار مخصوصة لا مجال لدعوى السيرة المزبورة.

وربما يؤيد ذلك تطبيق الإمام عدم قدرة العبد على شيء من الطلاق، خصوصاً مع ظهور جملة من النصوص الواردة بلسان: «لا طلاق قبل نكاح»^(١) على انشاء الطلاق قبله ولو بنحو التعليق، في أن المراد من الطلاق في لسان الشرع انشاؤه لا بمعناه المسببي الذي هو مضمون انشائه. فحينئذٍ أمكن دعوى كشف عدم قدرته عليه عن خروج عقده عن حيطة سلطنته، بملاحظة تعلق سلطنة الغير على مثله، ونفي هذه السلطنة عن إيقاع السبب كافٍ في فسادها، إذ المنصرف من عموم الوفاء بالعقود هي العقود الصادرة عن السلطان، ولذا يحتاج في الفضولي إلى إضافة العقد إلى المالك باجازه.

بل ويؤيده عدم صحة عقد الصبي والمجنون لمحض قصورهما عن السلطنة عليه حتى في عقده لغيره.

ولئن شئت قلت: إن قصور سلطنة العبد على إيقاع عقده يجعل عقده غير مقدور له، ولازمه كون وجوده بمنزلة العدم، فلا يترتب عليه الأثر. ولعله إلى ذلك نظر كلماتهم في إطلاقها لفساد عقد العبيد بلا إذن المولى ولو بالاضافة إلى ما في يد غيره بتوكيل أو غيره.

هذا ولكن الذي يقتضيه النظر الدقيق عدم دليل وافي لاثبات كون السلطنة على سبب التصرفات أيضاً - علاوة على السلطنة على نفسها - شرائط

(١) وسائل الشيعة ١٦: ٧ حديث ١ باب ٥ من أبواب لا يصح العتق قبل الملك.

صحة المعاملات، فعلى فرض كون عقودهم ملكاً للمالك لا يوجب إلّا حق المولى على منعه عن إيجادها، لاعن سلب تأثيرها. نعم عموم: «لا يقدر» يقتضي تنزيل وجوده منزلة عدم، ولكن ذلك لا يبنط اعتبار السلطنة على السبب بل بعناية أنّ الموجود منه بمنزلة عدم الوجود، ومثل هذا العموم إنما يقتضي عدم استقلال العبد في إيجاد السبب.

وحينئذٍ لا ينافي صحته عند انضمام رضى السيد إليه، فلا ينافي ذلك صحة عقده عند اجازته.

ولئن أغمض عن هذا البيان وقلنا بمقتضى المسيّ المشار إليه سابقاً، أشكل أمر تصحيح عقده حتى باجازه سيّده، وذلك لأنّ قضية كون صدوره بلا إذن منه صدوراً بوجه المهوريّة، سقوطه عن التأثير رأساً بلا اصلاح لاجازة السيد لمثله، إذ هو لا يقلب ما وقع بصفة المهوريّة الى نقيضه.

وتوهم أن العقد بملاحظة اعتبار بقائه، بشهادة كون الفسخ هو الحلّ من حينه، يصلح أن ينقلب في وجوده عن صفة المهوريّة باجازه سيّده، فيصير العقد المزبور في ظرف تعلق اجازة السيّد خارجة عن المهورية فيؤثر، مدفوع بأن بقاء العقد لا يكون بسلطنة جديدة كي يؤثر اذنه في خروجه عن المهورية.

وحينئذٍ فلو كان مناط فساد عقده خروجه عن حيطة سلطانه، فلا يكاد ينقلب هذا العنوان عما وقع عليه، فلازمه عدم صحة عقده باجازه السيد بعد كون اذنه من الجهات التعليلية كما في الصغر مثلاً.

وحينئذٍ عدم التزامهم بسلب عبارته وقابليته لاجازة السيد يدلّ على ما ذكرنا، كما لا يخفى.

ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر حال عقده بالنسبة إلى ما في يده من مال سيّده أو ماله، بناء على ملكيته، إذ مقتضى عدم قدرته عدم استقلاله في التصرف، لا صيرورته كالصغير مسلوب العبارة رأساً، وذلك ظاهر.



ويعتبر في صحّة العقد أيضاً صدوره عن مالك ، فلا يصحّ العقد عن الفصولي قبل اجازة المالك بلا اشكال، لمنافاته لسلطنة المالك ، بل قيل بقبح التصرف في مال الغير. وفي شموله مثل المقام فرع صحته، وإلا فلا قبح في انشاء البيع في مال الغير إلا من جهة التشريع القبيح عقلاً بمناط آخر. ويؤيده أيضاً التواهي المتعلقة عن بيع ما ليس عنده^(١)، وفي اقتضاء مثلها فساد البيع مطلقاً على وجه لا يصلح للحقوق الاجازة اشكال، إذ التهي المتوجّه عن بيع الفصولي ما ليس عنده غير مرتبط بصحة بيع المالك ما عنده باجازته لعقد الفصولي، كما أن العمومات أيضاً غير قاصرة الشمول عن مثله، إذ بعد اجازة المالك يكون العقد مضافاً إليه، فيجب الوفاء به. وبه يصير تحت عموم: (تجارة عن تراض)^(٢) بل ربّما يوميء ذلك إلى كفاية الرضى في صحّة التجارة بلا احتياج الى الاجازة الخارجية. وإليه أيضاً مال شيخنا العلامة في مكاسبه^(٣).

وفيه نظر، إذ التجارة الحقيقية لا تتحقق إلا باضافة العقد إليه، وليس له اطلاق من حيث سببه، وبعد مجيء هذه الشبهة لا يصلح مثل هذا الاطلاق دليلاً له، نظير عدم اطلاق وجوب الوفاء بالعقد، الخارج عن تحته ما هو بغير رضاه، إذ المنصرف منه هي العقود المضافة إلى من كان شأنه الوفاء بضمونها، ومن المعلوم أن مثل هذه الاضافة لا تكاد تتحقق إلا في ظرف الاجازة، ولا يجدي الرضى الباطني في احداثها، وهو ظاهر.



(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٦ حديث ١٢ باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) المكاسب: ١١٧.

وكيف كان لا قصور للعمومات في شمولها العقود المزبورة بعد اجازة المالك ، وهذه الجهة نلتزم بصحة عقد الفضولي تأهلاً ، قبال توهم فساد رأساً ، وبعد ذلك لا يحتاج إلى التمسك ببعض الأخبار الخاصة ، مثل قضية عروة البارقي،^(١) كي يرد عليه بإمكان كونه من باب استفادته الاذن بالفحوى . وبمثل قضية الوليدة^(٢) ، كي يرد عليه بأن خصومة المالك ملازمة لردّه . وإن أمكن دفعه بمنعه اقتضاؤها أزيد من كراهة المالك في قبض المثلث قبل اجازته ، لا كراهته عن أصل البيع .

نعم ربّما يشكل على الرواية من جهة حبس الولد مع كونه عن شبهة وحرّاً ، وإن حكم الامام أيضاً بتقديم قول المالك المدعي للفساد أيضاً غير معلوم الوجه ، ولكن مثل هذه الجهات لا تضرّ بدلالة النصّ من الجهة المقصودة من صلاحية معاملة الفضولي للتصحيح بالاجازة ، كما لا يخفى^١ .

وبمثل فحوى ما دلّ على صحة النكاح في الفضولي^(٣) ، كي يرد عليه بمنع صحة الفحوى ، بل الأمر بالعكس بشهادة النصّ الوارد ردّاً على أبي حنيفة بأن أمر النكاح أعظم ومنه الولد وهو أحقّ بالصحة ، وأنها على وفق الاحتياط ، ولو من جهة كونه حكمة للتوسعة في أمر النكاح ، لا من جهة الدوران بين النكاح بذات البعل وعدمه ، كيف وهذا المعنى خلاف مقتضى شأنه من رفع الشبهة في الأحكام الكلّية ، لا ابقائها . وإن أمكن تقريب الفحوى من جهة أخرى ، وهو أن صحة عقد الفضولي من جهة المهر الذي هو من تبعات النكاح ، ملازمة للصحة في سائر المعاملات المالية المستقلة بالفحوى ، ولا أقلّ من عدم الفصل

(١) انظر: مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥ حديث ١ باب ١٨ من نوادر ما يتعلق بأبواب عقد البيع وشروطه ، مسند أحمد بن حنبل ٤: ٣٧٦ .

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٥٩١ حديث ١ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٢١١ حديث ٣ باب ٧ من أبواب عقد النكاح .

كما لا يخفى^١.

وبمثل ما ورد في ضمان العامل المضارب المشتري لغير ما امر به^(١)، بتقريب كون الربح بينهما ملازم لصحة المعاملة، فلا يحصى من حله على صورة اجازته، كي يرد عليه باحتمال كون وجه الضمان مخالفته لنيه عن السفر، أو من جهة مخالفته للنهي عن الشراء، مع كونه مسلطاً عليه بعقده الأول، وأن نيه التكليفي لا يوجب نفي سلطنته وضعاً، ولو من جهة كونه بنحو الترتب، كما لا يخفى^٢.

وبمثل ما ورد في الاتجار بمال اليتيم^(٢)، بناء على حملها على صورة اجازة الولي، كي يرد عليه بامكان الأخذ باطلاقها، وكشف ولاية كل أحد في مثل هذا التصرف المبني على مصلحة اليتيم، وإن ضمن غير المي منهم.

وبمثل ما ورد في نص ابن أشيم من قوله: «يرد المملوك رقاً لمولاه وأي الفريقين أقاموا البيّنة على أنّه اشتراه بماله كان رقاً لهم»^(٣) وإن كانت دلالتها تامة بتقريب أنّ الظاهر من ذيل الرواية كون شراء العبد بعد موت الدافع.

وحينئذٍ مجرد كون العبد من قبيل الدلال لا يقتضي كونه مأذوناً من قبل الوارث، فحكم الامام بكونه رقاً لهم بينهم يكشف عن الاكتفاء بالاجازة بهذا المقدار.

ولا يرد عليه بأنه مع دوران الأمر بين الصحة والفساد لا مجال لاجراء حكم الفساد.

لامكان أن يقال: إنّ مجرى أصالة الصحة إن كان عنوان الشراء فهو

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٨١-١٨٣ باب ١ من أبواب المضاربة.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٠-١٩١ باب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٥٣ حديث ١ باب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

بأصله مشكوك ، فلا يجري في مثله. وإن كان عنوان عقده، ففيه أنه لا يثبت به إلا عدم قصور العقد في المؤثرية، ولا يصلح لأن يحرز بها قابلية الحل للتأثير. وما نحن فيه من هذا القبيل، كما لا يخفى^١.

ومثل ما في صحيحة الحلبي المشتمة على قوله: «لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الاوّل ما زاد»^(١)، كي يرد عليه بإمكان حمله على عدم صحّة الوضيعة في الاقالة لا عدم صحّة أصل الاقالة، كي تكون المعاملة الثانية فضولية موقوفة على اجازة المالك، وأنّ الغرض من ردّ ما زاد رد ما أخذ منه من الوضيعة فلا يرتبط حينئذ بباب الفضولي.

ومثل ما في نص السمسار في قوله: «إن شاء أخذ وإن شاء ترك»^(٢)، بتقريب أن من محتملات النصّ كون المعاملة فضولية، فيجيز ما اختاره ويردّ غيره، فترك الاستفصال يكشف عن صحّة الفضولي بالاجازة، كي يرد عليه بأن الظاهر من الشرط عليه بأنه «إن شاء أخذ» كون خياره مستنداً إلى شرطه هذا، لا مستنداً إلى اقتضاء طبع الفضولي ذلك، فلا يناسب الخيار المزبور مع الفضولية.

ومثل التعليل بأنّه: «لم يعص الله»، كي يرد عليه بأن مقتضى التعليل الحكم بالصحة في كل مورد يكون القصور من جهة رضی السلطان على المال، الموجب لعصيانه، فارغاً عن اضافة العقد اليه، وفي المقام إنّما الشك في الجهة الثانية، فلا يجدي العلة في رفعه.

* * *

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٢ حديث ١ باب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٤ حديث ٢ باب ٢٠ من أبواب أحكام العقود باختلاف في الألفاظ.

ثم إن مقتضى العمومات وبعض النصوص، عدم الفرق في صحة الفضولي بالاجازة بين سبق عقد الفضولي للمنع عن البيع وعدمه.

وتوهم كون المنع المزبور مثل الردّ مانعاً عن الاضافة، ولأقل من احتماله، فلا يبقى مجال للتمسك بالعمومات؛ لعدم احراز موضوعها من العقد المضاف إلى المالك، مدفوع بمنع كونه مانعاً عرفياً ولا تعبدياً، خصوصاً مع نفي الثاني بالعموم، كما لا يخفى.

وأيضاً مقتضى القواعد عدم الفرق في مصححية الاجازة بين كون الفضولي قاصداً لنفسه كالغاصب أو المالك، ولا بين كون الغاصب بائعاً أم مشترياً. وقد يستشكل في المشتري الغاصب، بأن قصده التملك لنفسه ينافي اقتضاء الاجازة دخول المبيع في ملك المالك.

* * *

وتوهم أن المشتري إنما يقصد لنفسه بملاحظة أنه يرى نفسه مالكا، فكأنه يقصد للمالك وهو المالك، مدفوع بأن عنوان المالكية في قصده هذا من الجهات التعليقية، فلا يقصد حينئذٍ إلا لنفسه، لأنه مالك، فهذا العنوان خارج عن موضوع قصده، فكيف تقتضي الاجازة الدخول في ملك غيره، مع أن الاجازة لابد أن تكون مطابقة لمضمون العقد بخصوصياته.

وحل الاشكال أن البيع بعد ما كان حقيقة عبارة عن جعل علقه البدلية، غاية الأمر هذه العلقه تقتضي اكتساب كل طرف لون غيره، غاية الأمر كان الغاصب زاعماً ملكية نفسه، فقد قصد دخول المال في ملكه بتوهم اكتسابه هذا اللون، والاجازة أيضاً متعلقة بهذه العلقه التي هي مضمون عقده، فاقترضت اكتساب لون الملكية واقعاً، وهو للمجيز.

ولقد أشرنا إلى هذه الجهة في أول الكتاب، وفرعنا عليه أيضاً اقتضاء المعاطاة الاباحه بمحض قصد احداث هذه العلقه بلا تخلف قصد الطرفين عن

مقصودهما، غاية الأمر خيالهما اقتضاء العلقه في المورد كسب لونه الملكية دعاها
إلى قصد التملك والتملك. وحيث أن الاجماع قام على عدم ترتب الملكية،
فانحصر اقتضاء العلقه المزبوره في اكتساب كل طرف لون السلطنة المفيدة
للإباحة، فأمثال هذه التخلفات في الحقيقة من باب التخلف في اقتضاء
المضمون شيئاً آخر غير ما بنوا عليه، لا من باب تخلف العقد عن مضمونه، كما
هو ظاهر.

نعم لو قيل بأن حقيقة البيع عبارة عن نفس التملك والتملك فلا محيص عن
الشبهتين، فلا بد أن يلتزم ببعض المحاذير المذكورة في المطولات فراجع.
نعم لا ترد - بناء عليه - شبهة أخرى في طرف البائع الغاصب القاصد لتملك
الثلث في بيعه، لا مكان دعوى أن مثل هذا القصد يكتفي في طرف الإيجاب، إذ
حقيقة ليس إلا التملك بعنوان العوضيّة، وأن تملك الثلث من تبعات طبع
العوضيّة، الموجب لدخول العوض في ملك الغاصب بينائه، وفي ملك المالك
بواقعيته، كما لا يخفى.



ثم أنه كما يصح البيع أو غيره من العقود من المالك، كذلك يصح ممن
كان (بحكمه) من مطلق من له السلطة على المعاملة (كالأب والجد) بلا اشكال
في ولايتها على مال الصغير عند قيام المصلحة في نقله وانتقاله، أو سائر
التصرفات المتعلقة به.

ويدل عليه - علاوة على الاجماعات بل السيرة - عموم: «أنت ومالك
لأبيك»^(١)، وفي آخر: «البنت وأبوها لجدها»^(٢)، بل مثل هذا اللسان ربّما

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٨ حديث ٥ باب ١١ من أبواب عقد النكاح.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٩ حديث ٨ باب ١١ من أبواب عقد النكاح.

يقتضي جواز اتلاف ماله وصرفه في نفسه، ولكن في بعض النصوص تخصيص تصرفها بغير الإجحاف منه، حيث رخص في قوته بغير سرف عند احتياجه.

ولا مجال لتوهم معارضته بعموم: (ولا تقربوا مال اليتيم)^(١) الجاري في الجدة، فيتعدى إلى الأب بعدم الفصل، لحكومة هذه العمومات على غيرها، لأنه ظاهر في حرمة القرب. من مال اليتيم بما هو ماله لا بما هو مال الأب والأدلة المرخصة دالة على اعتبار كونه مال أبيه.

ومن هذه الجهة نلتزم بعدم اعتبار المصلحة في تصرف الأب والجدة، بل ومع الفساد غير البالغ حد الإجحاف.

بل ربما يستفاد من مثل هذه العمومات جهات أخرى، وهو كون الولد من عبيد الأب فيجب عليه اطاعته، علاوةً عن حرمة ايدائه بمخالفة أمره، كما هو الشأن في الموالي بالنسبة إلى عبيدهم، ولازمه نفوذ أمره في حقه وعدم استحقاقه على الأب في قبال اعماله شيئاً، غاية الأمر يستفاد من التصرف بغير سرف مع احتياجه نفوذ أمرهما إلى هذا الحد، بل لازمه سلطنة الأب على تأديبه بالضرب ونحوه ما لم ينته إلى الجرح.

بل ويؤيد ما ذكرنا السيرة المستمرة في ثبوت مثل هذه المعاني للآباء بالنسبة إلى الأولاد، وبمثله يمتاز الأب عن الأم، فإنه ليس عليه إلا حرمة ايدائها ولو بمخالفتها لها، وإلا فاطاعة أمرها ومجانبة عمله لها وضربها له محل اشكال، لولا قيام السيرة على جواز تأديبها وتربيتها له بمثل ذلك.

كما أنه يشكل أيضاً تصرفه في مالها ولو عن مصلحة فضلاً عن عدمها، أو مع الفساد جزئياً أو كلياً؛ لأن عموم الآية في مقام بيان كيفية التصرف لمن له هذه الشائنة من الخارج، بلا نظر إلى اثبات مثل هذه الشائنة لأحد، كما لا

يخفى^١.

* * *

ويجوز التصرف المزبور بشرط المصلحة من (الحاكم وأمينه) عند عدم الأب والجد أو من هو بمنزلتها، نظراً إلى كون مثل هذا الشأن من وظائف قضاة الجور الثابتة لقضائنا، لظهور المقبولة المعروفة، علاوة عن تحقق مقدمات الحسبة في بعض المقامات، للجزم بعدم رضى الشارع بتلف المال، ولا بدية كون حفظه بنظر الرئيس، فيكون للفقهاء قدر متيقن في هذا المقدار، بل ومع عدمه ربّما تنته التوبة إلى عدول المؤمنين للنص^(١) بعدم البأس مع قيام العدل في مورده.

ولكن المقدار الثابت من ذلك هي التصرفات المقتضية لحفظ مال اليتيم عن التلف، وإلا ففي دلالتها على جواز نقلها لمحض الأنفعيّة إشكال، وعموم «عون الضّعيف»^(٢) لا يثبت التمكن من الاعانة عند البشك فيها بدخل شيء خارج عن قدرته في سببها كما لا يخفى.

نعم لو تمت دلالة المقبولة بنحو ما أشرنا إليه، أمكن استفادة جواز التصرف فيها منه. بل ومقتضى عموم (لا تقربوا)^(٣) يخصّص التصرف بصورة المصلحة لا مطلقاً.

نعم لو تمت الولاية العامة للفقهاء أمكن اثبات جواز تصرفهم في أموال الصغار، بل والكبار أيضاً؛ لأنّ لهم ما للامام من الشأن، ومن المعلوم أنه ليس للناس خيرة في قبال ارادتهم، كباراً كانوا أو صغاراً، بل ويجب عليهم اطاعة أوامره كما هو الشأن في الامام المفترض طاعته.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٩ ٢٧٠ حديث ٢، باب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٤١ حديث ١، باب ١ من أبواب أحكام الحجر.

(٣) الانعام: ٥٢.

ولكن كل الكلام في ثبوت مثل هذا الشأن للفقهاء، إذ عموم الخلافة والوراثة وأمثالهما لا يقتضي إلّا نيابتهم عنهم في تبليغ الأحكام وبيان الحلال والحرام، كما أنّ: «الحوادث الواقعة» غير معلوم شمولها لمثل هذه التصرفات، خصوصاً لو استظهر من التوصيف لابتدئة الوقوع، فإنّه حينئذ يختص بالحسيّات المحضة.

وأما «مجارى الأمور بيد العلماء بالله» ومثل هذا العنوان ربما يكون مختصاً بالأئمة، ولا أقل من كون ذلك هو المتيقن في مقام التخاطب المانع عن اطلاقه، ولولا المقبولة المزبورة لأشكال اثبات أزيد من التصرفات الحسيّة.

ولكن ظهور نظرها إلى اثبات شؤون قضاة الجور لهم، ربّما يوجب التعدي عن الحسيّات إلى كل ما كان من شؤونهم من التصرفات المزبورة في أموال الغيب والقصر، والحكم في الأمور التوعية زائداً عن فصل الخصومات، كما لا يخفى^١.

* * *

و(أيضاً) يصحّ البيع وغيره في مال اليتيم من (الوصي) من قبل الأب والجد بلا اشكال فيه، من جهة اقتضاء دليل الوصاية جواز تفويضه إلى وصيّته، كلّما كان له من الشأن في التصرف في ماله بمقدار ثلثه. وهكذا فيما يرجع إلى حفظ صغاره مالاً ونفساً. نعم لا يثبت فيما له تعلّق بحيشة الأبوة، مثل تصرفه الا تلافي بغير سرف عند احتياجه، بمناط ثبوت نفقته في ماله أو جهة أخرى.

وحينئذ ربما يشكّل أمر تصرفه في مال الصغير بلا غبطة؛ لعموم (لا تقربوا) ^(١)، كما لا يخفى^١، فتدبر.

* * *

(و) كذلك (الوكيل) من قبله أو من قبل المالك، بلا إشكال في الوكيل عن المالك أو غيره في مقدار وكالته عن موكله بمقدار ماله من السلطنة على التصرف، لبناء العقلاء على تشريع الوكالة في أمثال هذه الأمور القابلة للتسبب بلا احتياج حينئذ إلى عموم مشروع لها، كي يبقى مجال إنكار العموم في باب الوكالة بعد عدم صلاحية عموم الوفاء بالعقود^(١) لمثل المقام لكونه من الجائز، لولا دعوى عدم قصوره في شموله للعقود الجائزة لعدم المنافاة بين جواز الرجوع عن المعاملة وبين وجوب الوفاء بمضمونها ما دام لم يرجع. وذلك أيضاً لولا دعوى أن رجوعه عنها من غير جهة حل عقده عين نقض مضمونه، فوجوب الوفاء به يرفعه، فلا بد من تخصيص العقود الجائزة عن عمومها بعد اقتضاء جوازها نقض مضمونها جزماً.



ثم أن المصنف لم يتعرض من شرائط المتعاقدين الرشد وغيره من الإكراه والعبودية، مع أنه أيضاً من شرائط صحة عقده وإيقاعه، ولعله من جهة كونه بصدد بيان مقتضيات الصحة التي يفقدانها لا يبقى المقتضي لها، ومثل السفه والإكراه والعبودية ربما يكون من الموانع بظهور النهي عن إتياء السفهاء ما لهم^(٢) وأمثاله، مع كونهم ممن وضع عليهم القلم وضعاً وتكليفاً.

وربما يجيء شرح بعض هذه الموانع، نظير تصرف المريض في الزائد عن ثلث ماله في مباحث الحجر، وسيأتي توضيحه منا أيضاً في محله، كما أنه قد تعرضنا لبعض الجهات الأخرى في طي الكلمات السابقة فراجع.



(١) الانعام: ١.

(٢) النساء: ٤.

(و) على أي حال (يقف عقد غيرهم على الاجازة)، واطلاق العبارة يشمل الصغير والمجنون ببعض مراتبه الغير المانع عن صدور العقد منه، ومع أن ظاهرهم كونها مسلوبي العبارة على وجه لا يصلح أمر عقدهم الاجازة، وربما استظهرناه أياً من اطلاق نص رفع القلم، بل وعموم عدم جواز أمر الصبي، فراجع.

وحينئذ لا محيص من التصرف في العبارة بارجاع الضمير إلى العناوين الثابتة للمكلفين، فينحصر غيرهم بالفضولي الأجنبي عن المال، ولقد عرفت أن مقتضى القواعد أهلية عقد الفضولي للصحة بالاجازة، وعلاوة عن بعض النصوص الواردة في الموارد المخصوصة، وإنما الكلام فعلاً في بيان شرح الاجازة من جهات، عمدتها بيان أنها كاشفة أم ناقلة، فنقول:

إن الذي يقتضيه التحقيق كون الاجازة كاشفة عن صحة العقد حين وجوده أو من حين صلاحيته للتأثير من مثل حين القبض، كما في الصرف والسلم، وهكذا في كل عقد يعتبر القبض في صحته ومرجع كشفه أيضاً إلى الحكم من حين الاجازة بالملكية من حين وجود العقد أو القبض، وهو المنسوب إلى المشهور المستلزم لعدم الانتقال قبل مجيء الاجازة حتى مع العلم بمجيئها.

وهذا المعنى غير راجع إلى الكشف المنسوب إلى صاحب الفضولي، من كون التعقب بالاجازة شرطاً، إذ هو خلاف المنساق من كلماتهم، بل ومن ظواهر الأدلة من اناطة حصول التجارة في طرف وجود الرضى خارجاً بنحو الشرط المتقدم، كما هو ظاهر طبع اناطة شيء بوجوده عند الاطلاق، إذ ظاهره كون وجود المنوط به في طرف اناطته، كما هو الشأن في ظهور الهيئة الكلامية في كون ظرف جري العناوين اشتقاقياً أم غيرها ظرف النسبة، فاتحاد ظرف الوجود مع ظرف الاناطة التي عبارة عن نسبة المنوط به إلى الشيء يقتضي كون الوجود حاصلًا حين تحقق الاناطة، وذلك لا يتصور في الشرائط المتأخرة.

ولكن ذلك لا ينافي مع امكان اناطة الشيء بالوجود الآتي ثبوتاً، إذ طبع الاناطة لا يقتضي إلّا تقدّم المنوط عليه رتبة لازماً مما ذكرنا من عدم المعقوليّة إنّها هو في مرحلة الاثبات عند ظهور الجملة في اتحاد ظرف النسبة لظرف الجري، إذ مثل هذا المعنى ملازم عقلاً لكون الشرط مقارناً لامتقديماً ولا متأخراً، وهذه الجهة في الحقيقة من تبعات مرحلة الاثبات لا مرحلة الثبوت.

وتوهم أن الشرط من أجزاء العلة، فلا بد وأن يكون في عالم الثبوت أيضاً مقارناً، ويستحيل تأخره وتقدّمه، مدفوع بأن مجرد كون الشرط من أجزاء العلة لا يقتضي كونه من المؤثر في الوجود، بل المعطى له في ظرف قابلية المحل من حيث وجدان الشرائط ورفع الموانع هو المقتضي، فالشرائط طرّاً وجودية أو عدمية راجعة إلى معطيات القابلية الرّاجعة إلى محدد دائرة المهيّات المنوط بها القابلية المزبورة، ومن المعلوم أنّ دخلها في حدودها ليس دخلاً تأثيرياً، بل هي من قبيل دخل طرف الاضافة في ثبوتها.

.وحيث إنّ ذلك يمكن أن يكون طرف الاضافة المزبورة حالياً، يمكن أن يكون استقبالياً، فشرائط الشرعية وموانعها طرّاً كغيرها عبارة عما به قوام الاضافات والحدود التي بها يصلح الشيء ويقبل للمؤثرية أو المتأثرية.

* * *

ثم إن ذلك كله أيضاً في الأمور الواقعية من الحقائق الخارجية، وإلاّ ففي الاعتباريات التي لا وعاء لها إلّا الذهن وأنّ الخارج ظرف لمناشئها، فالأمر في خروج شرائطها عن حيز المؤثرية أوضح، ولذا ترى صيرورة الأمور التدريجية المنعدمة شيئاً فشيئاً كأجزاء العقود مثلاً منشأ اعتبار الملكية حين انعدامها.

وحيث إنّ ذلك يتصور في مثلها ما هو قبيل السبب المتأخر، أو المتقدم المعلوم. وبالجملة نقول: إنّّه لا قصور في امكان الشرائط المتأخرة في الأمور الواقعية، حتّى مثل المصالح والمفاسد التي ليس قوامها بلحاظ الشيء بنحو السببية، بل

اللاحظ في مثلها طريق إلى واقعها، فضلاً عن الاعتبارات المحضة التي يكون اللاحظ والاعتبار مقوم حقائقها، ولا واقعية لها إلا لمناشئها، غاية الأمر ربما يستظهر من الدليل بالتقريب المتقدم كون الشيء شرطاً مقارناً زماناً وإن كان طبع الشرطية يقتضي التقدم على الشروط رتبة.

ومن هذا الباب دخل الرضى في تحقق التجارة، ومرجعه إلى دخله في اعتبار المبادلة على وفق مضمون عقده. وهذا المعنى^١ مستتب لعدم الحكم بثبوتها قبل الرضى^٢ وإن علم بمجيء الإجازة في موطنه فذلك المعنى^٣ أجنبي عن مشرب الفضول، ولذا التزم المشهور على خلافه في مثل المقام.

نعم في المورد مطلب آخر، وهو أن هذا المقدار من الدخل لا يقتضي إلا كون الرضى شرطاً مقارناً للحكم بثبوت التجارة التي هو مضمون عقده، وأما أن المحكوم به هو الملكية في هذا الحين فلا اقتضاء فيه، بل هو تابع اقتضاء العقد أي شيء، فإن اقتضى ثبوتها من حينه ولو من جهة اعتبار العقد علة لوجوده المستتب لتوجه قصده إلى الملكية من الحين أو من جهة اقتضاء اطلاقه ذلك، فلازمه ليس إلا اعتبار الملكية المزبورة من حين عقده، بمعنى^٤ أن في ظرف الرضى يحكم بالملكية من حين العقد، فيكون المقام حينئذ من قبل اختلاف ظرف منشأ الاعتبار مع ظرف المعتبر، وهي الملكية التي كانت مضمون تجارته. وهذا هو الوجه في مصير المشهور إلى الكشف بهذا المعنى^٥ بلا ورود اشكال عليه، إلا بتوهم المؤثرية والمتأثرية في الأمور الاعتبارية بالاضافة إلى مناشئها، وهو بمنزل عن التحقيق، كما لا يخفى^٦ على النظر الدقيق.

* *

وحيث اتضح لك ما ذكرنا يظهر لك حال ما استدل لا ثبات الكشف، بأن العقد تام الموضوع لوجوب الوفاء وتماهه في الفضولي بالإجازة. وتوضيحه: بأن وجوب الوفاء بالعقد لما كان كاشفاً عن جعل سببية العقد

لضمونه، فلازم إناطة الوجوب بالرضى دخل الرضى في أصل الجعل، ولكن
المجمل عارٍ عن هذا القيد، كما هو الشأن في جميع الواجبات المشروطة، من
كون شرائط الوجوب غير راجعة إلى الموضوع لباً، وإن لم يكن للموضوع إطلاق
يشمل حال عدمه، فهذه العناية صحّ دعوى أن العقد تمام الموضوع في السببية
وإن كان للرضى دخل في الحكم بها.

وبمثل هذا البيان يرفع التهافت بين كون العقد تمام السبب، ومع ذلك
كان للرضى دخلاً في تماميتها، كما لا يخفى نظيره في كل واجب بالوجوب
المشروط، فإن تمام الواجب هو ذات العمل، وإن تماميتها منوطة بتحقيق
الشروط كما لا يخفى، وبمثل هذا البيان ينبغي أن يفهم مثل هذا الكلام، والله
العالم.

* * *

ثم إنه بعدما اتضح وجه الكشف، ظهر لك أيضاً أن نتيجة هذا الكشف
ليس إلا الحكم بتقديم الأمور الاعتبارية وترتيبها من السابق، وأما الأحكام
التكليفية الحاكية عن الكيفيات النفسانية، فهي خارجة من الاعتبارات
الجعلية القابلة لصيرورة الجعل المتأخر منشأ اعتبار أمر متقدم، فلا يتصور في
مثلها إلا الكشف بمذاق الفضول.

وعليه فلا محيص في مقام كاشفية الإجازة على المختار المشهور من التفكيك
بين الأحكام الوضعية الجعلية والتكليفية الحاكية عن الأمور الحقيقية، الواقعية
ولا خير في هذا المقدار.

ثم إنه لو بنينا على عدم معقولية الكشف الحقيقي لا يبق مجال للمصير إلى
الكشف الحكمي بمقتضى العمومات؛ لأن معنى وجوب الوفاء بالعقد ترتيب
لوازمه بعنوان التصديق بوجوده، ومع فرض التصديق بخلافه لا معنى للوفاء به
كذلك، بل لا محيص إلا من جعل مرجع الأمر بالوفاء إلى الحركة على طبق

مضمون الإنشاء، لا بعنوان وجوده حقيقة بل بعنوان وجوده تنزيلاً، أو باعتبار كون الحركة المزبورة وفاء بالعناية.

وعلى أي تقدير يخرج مثل هذا المعنى عن مدلول العام المتكفل لبيان الكبرى، بلانظر فيه إلى مرحلة تطبيقه، بل التطبيق كان موكولاً بنظر العقل المعلوم صرفه إلى الموارد التي يكون مجال الوفاء بمضمونه حقيقة.

نعم لو كان المتكلم في هذا الكلام في مقام تطبيق العام على مثل هذه الموارد، لاحتص من باب الفرار عن اللغو من الإلتزام بالعناية المزبورة، ولكن أتى لنا بإثبات هذه الجهة في عمومات الباب.

نعم لا بأس بالالتزام بمثل هذا المعنى في الأخبار الخاصة الواردة في خصوص الباب، ولكن الذي يسهل الخطب عدم الداعي عن رفع اليد عن الكشف الحقيقي بالإضافة إلى الآثار الوضعية الاعتبارية، فلا تصور في شمول العمومات بالنسبة إليها، أيضاً، وما يستنتج من الكشف الحكمي يستفاد من الكشف الحقيقي ينفي بآثاره العمومات فضلاً عن النصوص الخاصة، كما لا يخفى.



هذا ثم إن الإجازة في باب الفضولي بملاحظة دخلها في إضافة العقد إلى المالك، فلا بد وأن يقتصر فيه على ما هو الصالح لها عرفاً، فلا أصل فيها عند الشك عدم تأثيره. وعليه فلا يبعد دعوى الإكتفاء بالفعل الدال عليه، وكذا بالقول ولو بتوسط القرائن الحاقاً بالكلام وإن لم تكن لفظية فضلاً عن كونها وضعية، للجزم بالاكتفاء بمثلها في العقد، فبالفحوى يتعدى إلى الإجازة.

نعم في مثل المكره ربما لا تكون الإجازة إلا من جهة كشفه عن الرضى بلاموضوعية فيها، فلا يعتبر فيه أزيد من ذلك ولو بتوسط القرائن المنفصلة، ومع الشك في دخل جهة زائدة كانت عمومات الصحة محكمة، عكس السابق،

فتدبر.

* * *

وكيف كان يعتبر في الإحازة أن لا يسبقها الرد، بلا إشكال ظاهراً في كلماتهم بالنسبة إلى المقام، وذلك أيضاً لا من جهة أن الرد موجب لحل العقد، كيف وهو منوط بسلطنة المميز في حل عقد الفضولي، وهو أول الدعوى. ومجرد سلطنته على إمساك ماله لا يقتضي السلطنة على حل عقده، فالأصل عدمها في الثاني.

ولا من جهة مقايضة الرد في المقام بالرد في أثناء العقد من أحد المتعاقدين، إذ هو بمنط كونه مانعاً عن ربط القبول بالإيجاب، فلا يتم العقد، وأين هذا مع فرض تمامية المقصود منه.

ولا من جهة أن عموم السلطنة يقتضي قطع علاقة الظرف عن ماله على وجه لا يدخل في ملكه حتى بإجازته، إذ من المعلوم أن الظرف لا علاقة له في المال إلا بأن يدخل في ملكه بسببه، وعموم السلطنة المزبورة غير مشروع للتسبب وجوداً وعدمًا، بل عمدة الوجه فيه اعتبار العرف بصيرورة الرد حائلاً ومانعاً عن إضافة العقد إلى المالك بإجازته، ولا أقل من الشك فيه، ولا يستصحب حينئذٍ عدم وجود الحائل، فإنه لا تثبت الإضافة المزبورة التي هي من اللوازم العادية.

وتوهم أن لازمه عدم الصحة حتى مع الشك في أصل وجود الرد لا في ردية الموجود أو حالته، مدفوع بإمكان الفرق بينها بخفاء الواسطة في الأول دون الثاني، كما هو الشأن في الشك في وجود الحائل في محال الغسل في الوضوء والغسل وحائلية الموجود، حيث أن بناء الأصحاب على أجزاء الأصل في الأول دون الأخير.

ولئن إلتزمت بكون أصالة عدم الحائل أصل مستقل عقلائي، نقول به في

المقام أيضاً. وبالجمله لنا دعوى جريان مناط الشك في وجود الحائل وحائلية الموجود في سائر المقامات في المقام أيضاً.

* * *

ثم إن من نتائج وجه مانعية الردّ حسب حائلية المانع عن إضافة العقد إلى المالك لافاسخيته للعقد، صلاحية العقد المزبور لإجازة شخص آخر مالك للمال جديداً على الأول دون الأخير؛ لعدم اعتبار العقلاء أزيد من مانعية الردّ لإضافة العقد إلى الرادّ لغيره، بخلاف اعتبار الفسخ، إذ لا معنى للتفكيك في حل العقد بالنسبة إلى شخص دون شخص.

وحينئذ فلا بأس بترتيب هذه النتيجة بعد منع اطلاق الكلمات أيضاً في مانعية الردّ بالنسبة إلى غير الرادّ، كما لا يخفى.

* * *

ثم إن الإجازة من شؤون سلطنة المالك على ملكه، فلا يكون قابلاً للإسقاط ولا للتقل والانتقال ولو للأصل، فليس للوارث إلّا إجازة العقد بمقدار ما ورثه من دون مانعية ردّ غيره عن إجازته، وذلك أيضاً من نتائج كون الردّ مانعاً عن الإضافة لافسحاً، كما أشرنا إلى نظيره.

نعم لو قيل لكونها حقاً قابلاً للانتقال بالإرث أمكن مانعية الردّ أيضاً عن إجازته بملاحظة كون الجميع بمنزلة مجيز واحد، لولا دعوى كونه كحق الخيار الموجب إمضاء كل واحد لخروجه عن موضوع الخيار مع بقاء خيار الباقيين، ولا أقل من الشك، فاستصحاب صحّة إجازته بنحو التعليق كان جارياً، كما لا يخفى.

* * *

ثم إن الإجازة ليست على الفور؛ لعدم وفاء دليل به بعد شؤون العمومات كل حين يضاف العقد إلى المالك، إلّا أن يكون الفصل طويلاً بمقدار يشك في

مصتحيحة الإجازة للاضافة عرفاً، إذ حينئذ الأصل عدم صحة الإجازة في مثل المقام، وفي جريان الإجازة من حيث الكشف بالنسبة إلى القبض والإقباض إشكال؛ لعدم مساعدة دليل على كفاية هذا المقدار في رفع درك المبيع، إذ هما ليس من الاعتباريات المحضة، كي يفي بها منشأ اعتبار متأخر في اعتبار الشيء سابقاً زماناً، بل ولا يثمر التوكيل فيها في الجهات السابقة.

نعم تكفي الوكالة المزبورة في رفع الضمان من حين الوكالة، وذلك أيضاً مشروط ببقاء العين إلى حين التوكيل، وإلا فاع تلفه واستقرار ضمانه لا تصلح الوكالة الجديدة لرفع الضمان السابق. ومعنى الوكالة وإن كان من الأمور الاعتبارية الصالحة للتقدم عن المنشأ، ولكن في اعتبار العقلاء كانت أبواب العقود طراً من الأسباب والمناشيء السابقة أو المقارنة لا المتأخرة، فلا يكاد يصحح باب للتوكيل اللاحق للوكالة السابقة، كي يكفي في رفع الضمان المستقر بتلف العين كما هو ظاهر.



هذا ثم إن مقتضى قاعدة عدم التبعض في صحة العقد من طرف دون طرف، عدم تمامية ما قيل من لزوم العقد من طرف الأصل قبل الإجازة. وتوهم أن عموم الوفاء بالعقد من طرفه يقتضي ترتيب الآثار الضرورية من جانبه، منظوره فيه؛ إذ من المعلوم أن مرجع الوفاء بالعقد إلى الحكم بمحصول مضمونه وترتيب سائر آثاره بعنوان وجوده، ومع الجزم بعدمه لا يبقى مجال شمول الحكم لطرف الأصل أيضاً، كما لا يخفى.

وفي اعتبار تطابق الإجازة لمضمون العقد من حيث الأجزاء والشرائط بعد الفراغ عن قابلية انحلال العقد إلى العقود، وكونه من باب تعدد المطلوب بالنسبة إلى الشرائط أيضاً إشكال آخر، مبني على أن الإجازة عند العرف لا تصلح إلا لإضافة ما في الخارج من الوجود الشخصي الخاص للعقد، أو

تصلح لاضافة ما هو موجود في ضمن العقد الشخصي أيضاً. فعلى الأول لابد من المطابقة دون الثاني. وعليه فعمدة المبنى إثبات الجهة الأخيرة، فإن تم مثله فهو، وإلا فلتنظر فيها مع عدم التطابق مجال، ولا أقل من الشك، فالأصل كما أشرنا إليه سابقاً في المقام الفساد كما هو ظاهر.

* * *

بقي الكلام في المجز، ولا إشكال في إعتبار كون المجز سلطاناً على التصرف في ماله، ومرجع سلطنته على التصرف المزبور إلى السلطنة على التسبب بسببها إلى مسبباتها، إذ السلطنة على الأمور الاعتبارية يتبع السلطنة على منشأ اعتبارها بما هو منشأ، ومرجع ذلك الى لزوم إعتبار شرائط السلطنة في طرف الإجازة الذي هو طرف منشأ الإعتبار، لا في طرف نقل المال الذي هو طرف الأمر المنتزع الاعتباري.

وحينئذ فلو بيع مال اليتيم بلامصلحة، لأبأس بتصحيح مثل هذا العقد باجازه اليتيم إذا بلغ.

وتوهم أن هذا العقد في زمان يتمه غير قابل للصحة بحكم الشرع، فكيف يصلح أمره الإجازة، ولا يقاس ذلك ببيع مال الغائب بلامصلحة، إذ لا قصور فيه إلا رضى المالك، فبالإجازة يتم العقد. وهذا بخلاف عقد اليتيم، فإنه بعنوان العقد على مال اليتيم بلامصلحة لا يصلح للصحة، فكيف تقلب الإجازة مثل هذا العقد عما هو عليه.

مدفوع بأن الحكم بعدم الصحة ليس إلا إرفاقاً لليتيم، وحيث صار بالغاً فأجاز فلا مقتضى للارفاق في حقّه، فيبقى عموم (أحل الله البيع) ^(١) بحاله كما هو ظاهر.

ثم إنّ من فروع المسألة المزبورة الفرع المعروف في من باع شيئاً ثم ملكه، فإن فيه أقوال مختلفة.

والتحقيق فيه أن يقال: إنّ البيع المزبور تارة لنفسه، وأخرى لغيره. فعلى الأول فمقتضى كشف الإجازة في المقام أيضاً هو الحكم بانتقال المال إلى المشتري من حين العقد، حسب ما مرّ في تقريب الكشف في كلية الفضولي بلاخصوصية للمقام، إلّا توهم إستلزامه في مثله خروج المال عن ملك المالك قبل دخوله فيه، مضافاً إلى كونه مخالفاً لسلطنة الغير على ماله.

ويمكن الفرار عن الجهة الأولى بأن مجرّد القبلية الزمانية غير مضر، بعد كونه في رتبة متأخرة من الدخول، إذ لا تضادّ بينهما بعد اختلاف الزمانين من حيث الآثار العلمية.

ومن هذا البيان أيضاً ظهر الجواب عن الجهة الثانية، إذ لا يكون مثل هذا الخروج المترتب على الدخول في ملك الغير خلاف إرفاق بالتسبة إلى المالك الأول. ولئن شئت قلت بأنّه لا يكون مثل هذا الإلقاء في الرتبة السابقة وهو باق على حاله، ولا يكون الخروج المزبور يقتضيه.

ومن هذه البيانات أيضاً ظهر الجواب عن الشبهة السيالة عن كلية الفضولي بمبنى الكشف من كون المال خارجاً عن ملكه قبل إجازته فتقع إجازته في ظرف لا يكون مالكاً.

وتوضيح الجواب بأنّ خروج المال في الرتبة المتأخرة لا ينافي مع وقوع الإجازة في ملكه في الرتبة السابقة لامضادة بين الاعتبارين في الزمان الواحد بعد اختلاف زمان عملهما كما هو ظاهر.

ومن هنا ظهر الجواب عن شبهة إجتماع المالكين في زمان العقد أو في زمان الإجازة كما في مسألتنا. نعم لا يرد إشكال إجتماع الملاك الثلاثة في مسألتنا لافي زمان العقد ولا في زمان الإجازة، كما لا يخفى.

هذا ثم إن ذلك كله بمقتضى القواعد، وأما بمقتضى الأخبار الخاصة فقد وردت جملة من النصوص مشتملة على النهي عن بيع ما ليس عنده تارة، وبعد البأس به^(١) إذا لم توجب البيع، وفي آخر: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك». هذه جملة ما ظفرنا به من النصوص الخاصة.

أقول: أما أخبار النهي عن بيع ما ليس عنده فالظاهر إنصرافها عما نحن فيه؛ لظهورها في كون ورود البيع عليه في الرتبة المتأخرة عن عدم ملكيته، وفي المقام كانت متأخرة عن ملكيته، وإن كان في زمان كان ملك الغير لو كان مثل هذه العمومات ناظرة إلى مجرد ورود البيع في زمان ليس عنده ولو في مرتبة متأخرة عن نقيضه، فغاية ما يقتضيه عدم كشف الإجازة عن صحة العقد من حينه، لا من حين انتقاله إلى المالك الجديد.

وحيث لا يبطل بها كشف الإجازة رأساً، غاية تقييد مقدار تأثيرها بمقدار لا يمنعه الدليل، فلامجال لاستكشاف البطلان عن مثلها رأساً حتى على الاحتمال الآخر، فضلاً عما لو لم نلتزم بالإطلاق المزبور كما أشرنا.

وأما الأخبار الأخيرة فغاية دلالتها على عدم لزوم البيع قبل شرائه أو بنفس شرائه أيضاً، وذلك لا ينافي صحته ولزومه بعد الشراء بإجازة جديدة ولو كاشفة عن اللزوم من حين العقد.

* * *

وكيف كان لا مجال لمنع الصحة في مثل هذا البيع وكشف الإجازة عن الانتقال من حين العقد، فالعمومات بعد رفع المحاذير السابقة محكمة، ولازمها صحة البيع والكشف المسطور، ولكن لازم الكشف من حين العقد عدم صحة الإجازة الواقعة عن المالك الأول، أو لأقل من تضمينه المنافع المستوفاة

(١) انظر وسائل الشريعة ١٢: ٣٧٣-٣٧٥ باب ٧ من أبواب احكام العقود.

بإجارته أو صلحه وأمثالهما، ولا أظنّ التزامه من أحد، بل من الممكن أيضاً عدم التزامهم بتضمين المالك المنافع التالفة بيده، ولا التّناء المنفصلة عنه إلى حين الانتقال الجديد.

وحينئذٍ فلا أثر لكشف الإجازة من حين العقد، فلاحيص من الإلتزام بالكشف من حين الإنتقال على خلاف، القاعدة فراراً عن هذه المحاذير، والله العالم.



ثم إنه من التأمل فيما ذكرنا ظهر حال ما لو باع عن الغير ثم ملك، فإنّه بعدما كان قصده خارجاً عن قوام العقد فلا بأس بالقائه وتعلق الإجازة بمضمونه المستتبع لكون البيع واقعاً عن المجيز بإجازته، بل وريثاً تكون النواهي المزبورة أيضاً منصرفه عن هذه الصورة، فيكون أمره أهون من الأولى، كما لا يخفى.



ثم إنّ العقد الصادر من الفضولي تارة واحد، وأخرى متعدّد وارد على مورد واحد من اشخاص متعدد، أو من شخص واحد على أعواض متعاقبة. والإجازة أيضاً تارة متعلقة بالعقد الوارد على المورد، وأخرى بالعقد الوارد على العوض. فعلى التقدير الأوّل فيإجازة سابقها مستتبع لصحة لاحقها الوارد على المورد، ومفوّت لمحل السابقة الواردة على المورد بالإضافة إلى هذا الشخص على القول بالكشف. وأمّا على الثقل فلا يقتضي صحة لاحقه أيضاً، وإنّما هو مبني على صحة إجازة من باع شيئاً ثم ملك، وأمّا السابقة على المجاز بالنسبة إلى المشتري الجديد فهو من مصاديق الفضولي المعروف على النقل والكشف. وعلى التقدير الثاني يكون الأمر بالعكس، فيصح العقد الأوّل الوارد على المال، بناءً على إستتباع هذه الإجازة للإجازة السابقة لها عرفاً.

ثم إن المثال الحاوي لهذه الفروض ما افاده شيخنا العلامة أعلى الله مقامه في مكاسبه باسقاط بيع الدينار بجزارية؛ لعدم الإحتياج إليه لوفاء البقية بجميع ما فرضه في صدر كلامه فراجع.

خاتمة

لوم يجز المالك أورد قبل إجازته لإشكال في فساد معاملته فعلاً، ولازمه فساد قبض المال واقتباس الفضولي، فع جهل المشتري بالفضولية يرجع إلى من غره لورجع إليه بتضمينه، من دون فرق بين كون الغار عالماً بالفساد أو جاهلاً، وأعم من أن يكون المغرور من يده التلف، كل ذلك لإطلاق المرسلة المجبورة بأن المغرور يرجع إلى من غره^(١).

وربما يستفاد هذا المضمون أيضاً من النصوص الخاصة الواردة في الموارد الخاصة، مثل الرجوع إلى الشاهد الزور^(٢)، ورجوع المشتري إلى البائع فيما يغرمه من قيمة الولد، ورجوع الزوجة إلى وليها بما ساق لها من المهر، ورجوع المُدَلِّسة على الذي زوجها ولم يبين^(٣).

ومع هذه الوجوه لا يحتاج إلى التشبث بقاعدة الضرر، كي يشكل بعدم حكومته على ساطنة الغير الذي هو من الأحكام الإرفاقية. وبذلك نقول بعدم إقتضاء العموم المزبور سلطنة المغبون على الرجوع إلى الغابن في خبر غيبته، كما هو المشهور.

ثم إن مقتضى فساد المعاملة رجوع الأصل أيضاً إلى من كان بيده المال ولو

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٩٢ حديث ٥٠٢ باب ٩ من أبواب التجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣٨-٢٣٩ باب ١٠ و ١١ من أبواب الشهادة.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٥٩٥ باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس.

كان تالفاً، حتى^١ مع علمه بفساد المعاملة.

* * *

وتوهم أنه مع العلم بالفساد قد سلط غيره على ماله فهتك حرمة نفسه، فلامقتضي لرجوعه، إذ عموم: «من ألتف» منصرف عن مثله. مدفوع بأنه كذلك لو كان الأصيل مسلطاً للغير على ماله بعنوان كونه ماله، وأما لو كان إيتاؤه للغير بعنوان كونه مال الغير، فلا يكون ذلك متهكاً لماله بما هو ماله. وهذه الجهة نلتزم بضمنان المقبوض بالعقود الفاسدة التمليلية وإن كان لم يضمن بصحيحه مثل الهبة الفاسدة.

نعم في مورد لا يكون مفاد العقد تمليكاً، بل كان تسليطاً على ماله بجهة من الجهات، فإن كانت الجهات المزبورة راجعة إلى مصلحة القابض، فلا يكون أيضاً أمانة، فعموم: «على اليد» غير قاصر الشمول حتى في صحيحه فضلاً عن فاسده.

وإن كان مثل هذه الجهات راجعة إلى مصلحة الدافع، فهو أمانة في فرضي الصحة والفساد، ويمثل ذلك يصدق في الجملة أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، وأما بنحو الكلية فلا مجال لتصديقه لما ذكرنا في وجه الضمان في الهبة الفاسدة، وحينئذٍ صح دعوى الكلية في أن أصل القضية ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

ولقد أطالوا الكلام في شرح القاعدة المزبورة في المطولات بما لا يكون تحته طائل، وعمدة الكلام فيها هذا المقدار الذي أشرنا إليه، فياليت كان بناؤهم على الإقتصار على مهام الأمور في جميع المقامات.

* * *

(و) كيف كان لو جمع الفضولي بين ملكه وملك غيره، مضى^١ في ملكه بلا إشكال في صورة قصده تملك كل واحد مستقلاً، ولو بإنشاء

واحد بلا نظره فيه إلى تمليك مجموعها، ويحتاج في مضيّه في ملك الغير إلى إجازته، ومع عدمها تبطل بلا خيار للمشتري أيضاً فيما مضى من البيع الوارد على ملك البائع.

وأما لو قصد التملك المتعلق بمجموعها بوصف المجموعة، فعلى إجازة المالك بلا إشكال، ومع عدمها في فساد البيع جميعاً أو في خصوص ما لا يملك وتخير البائع المالك مع جهله أو المشتري كذلك وجهان، مبنيان على تصور تعدد المطلوب وعدمه في أمثال هذه العقود.

وربما يجمع بين الصحة والخيار على التصوير المزبور، كما هو الشأن في فرض فساد الشرط من غير جهة الغرر الساري إلى البيع أيضاً فيبطل به؛ لأن من صرف فساد شرطه، وهو المختار، وإليه أيضاً ينظر ما أشتهر في كلماتهم من أن العقد ينحل إلى عقود، وتتميم المسألة من هذه الجهة في بحث الخيار.

* * *

(و) على أي حال لإشكال في (تخير المالك في الإجازة)، وأما المشتري أو البائع مع جهلهما وفسخ المالك، فيثبت الخيار بناءً على تمامية تعدد المطلوب كما هو المشهور والمختار، وإلا فلا محيص من المصير إلى فساد الجميع، وهو بمنزلة عن التحقيق، كما لا يخفى.

ومما ذكرنا ظهر أيضاً حال بيع ما يتمم وما لا يتمم، فإن فيه التفصيل السابق، من كون المقصود بيع كليهما بلا ارتباط، أو مجموعهما مرتبطاً بنحو وحدة المطلوب، أو تعدده. وأن مقتضى الأول الصحة بلا خيار، والثاني صحة البيع فيما يتمم مع الخيار، والثالث الفساد في الجميع، وربما يختلف المقامات في استظهار المعاني الثلاثة، وربما يكون الظهور النوعي مع الثاني، ولذا إلزاموا في أمثال المورد بالصحة مع الخيار مع الجهل بالحكم أو الموضوع.

ثم إنه لا بد من تقويم كل منها، وينسب إلى مجموع القيمتين في صورة عدم

دخل إجتماعهما في مالية الشّئين، وإلا فلا بدّ من إعتبار قيمة مجموعهما، إذ لمثل هذه الخصوصيّة جهة مالية ولو بإعتبار صيرورتها سبباً لمالّية العين، لأنّها ممّا يقع الثمن في قبالتها، كما هو الشّأن في سائر الأوصاف.

وحينئذٍ لا يحض من تقوم العين بما لها من الخصوصيّة المقومة لماليتها، لاهي بنفس ذاتها منفردة. ولعلّ نظر من التزم بتقوم المجموع إلى مثل تلك الصّورة، وإلا ففي الغالب الذي لا يكون للإجتماع جهة مالّية لا بدّ من ملاحظة قيمة كل واحد بإنفراده بنحو أشرنا إليه سابقاً، فتدبر.

بقي في المقام فرعان:

أحدهما: وهو أنّه لو باع مَنْ له نصف الدار ملك نصف الدار، فع قيام القرينة على إرادة المفهوم منه فهو، ومع عدم القرينة الخارجية في ظهور الكلام في التصف المختص به، أو بغيره، أو المشاع بينها كلام.

وتوضيح المقام يقتضي رسم مقدّمة، وهو أن النصف المضاف إلى شيء تارةً يراد به النصف السّاري في كل جزءٍ قبال النصف الآخر كذلك، ومثل هذا المعنى له نحو تعيين في نفسه، وإن كان مبهماً من حيث قابلية إنطباقه على كل واحد من النصفين بنحو التبادل المأخوذ في التكررة، وفي قبال ذلك طبيعة التصف القابل للإنطباق على كل واحد بنحو إنطباق الكلي في المعين على الفرد.

وعلى أيّ حال مهما اعتبر التصف بالإعتبار الأوّل فلا يكون إلاّ مشاعاً في تمام المال، وفي هذه المرتبة من الإعتبار لا يتصور المشاع في المشاع؛ لأنّه في رتبة متأخرة عن إعتبار نصفي المشاعين، لأنّها موضوع هذا الإعتبار الجديد، ففي الإعتبار الأوّل لا إعتبار إلاّ للتصف المشاع في المال.

وحيث إتضح ذلك فنقول: إنّ القائل حين قال: بعث نصف الدار،

لا يكون المستفاد من العبارة إلا المشاع في ذات المال، لا المشاع في الإعتبارات الطارئة، ففي هذه العبارة ليس للمشاع في التصفين عين ولا أثر.

نعم لو أضيف التصف إلى ملكهما لا إلى ذات المال، لا يحصى إلا من الحمل على الإعتبار الشافعي؛ لأنَّ النصف المضاف إلى ملكهما أريد به التصف في إعتبار متأخر عن ملكيتهما القائمة بالتصفين، كما هو ظاهر.

وبالجملة نقول: إن لعنوان تمام المال اعتبارين:

أحدهما: اعتبار كونه مجمع النصفين، والآخر إعتبار تمامه بلحاظ تمام أجزائه الخارجية. ومن المعلوم أن الإعتبار الأول أيضاً في طول إعتبار كسوره كي يلحظ تمامه بالنسبة إليها، بخلاف الإعتبار الثاني، فالتصف في قبال كل تمام حكمه مما هو في قبال التمام بالمعنى الأخير لا يكون إلا نصف ذات المال، وهو المشاع في تمامه قبال التصف في قبال الإعتبار الأول، فإنه في طول إعتبار الكسور فيها، وهو الذي قلنا بأنه في طول نصف المشاع لذات المال.

وحينئذٍ قطع التصف المضاف إلى ذات المال في الرتبة السابقة عن إعتبار الكسور فيه، ينصرف إلى النصف المشاع في ذات المال، لا إلى النصف المشاع بين النصفين.

وحينئذٍ لا يبقى في البين وجه لظهور التصف المضاف إلى تمام المال إلى المشاع في المشاع، ولا زمة حينئذٍ بقاء ظهور البيع المضاف إليه في الأصالة بحاله، بلا ظهور التصف باطلاقه في خلافه، فيختص البيع بنصفه المختص به بلا احتمال نصف غيره ولا المشاع في نصفه ونصف غيره كما لا يخفى.

وتوهم أن التصف المختص به بهذا العنوان لا يكون معروض البيع، بل مثله عبرة لا اتصال البيع إلى ذات التصف، وهو بذاته مبهم قابل للإنطباق على نصف غيره أيضاً، مدفوع بأن جهة الاختصاص وإن لم يكن عنواناً، لكن لما كانت تعليلته مانع عن إطلاق التصف على وجه ينطبق على نصف غيره، كما هو

الشأن في جميع الجهات التعليقية كما لا يخفى^١.

ومن هذه البيانات ظهور وجه النظر في كلمات الأعلام، حيث إنَّتموا بالقاء التعارض بين ظهور البيع في الاصاله، مع إطلاق النصف مقتضي للحمل على المشاع في المشاع.

نعم ما أفيد إنَّما يتم لو كان لكل منها نصف مفروض، إذ إطلاق النصف المضاف في تمام المال يقتضي الحمل على النصف المشاع بين النصفين، فيقع حينئذ التعارض بين ظهور البيع في الاصاله مع إطلاق النصف بالنسبة إلى تمام المال. ولكن أنى ذلك بكلماتهم، كيف وصريح جملة منها وظاهر آخرين كون محط البحث فرض النصف المشاع المضاف إلى المال لا المفروض، كما لا يخفى^١ على من راجع.

هذا ثم إنَّ مقتضى ما ذكرنا في ظهور الكلام في النصف المختص، كون المبيع نصفاً شخصياً مشاعاً، لانصفاً كلياً منحصراً مصداقه بالمختص به، ولا مبهماً. وحينئذ كم فرق بين المقام وبين نصف ما فرضتم، في كونه كلياً منحصراً مصداقه بوجه في نصف خاص.

وحينئذ لو وهبت الزوجة نصف مهرها فالباقي من الصداق يستحقه الزوج.

ودعوى أن الهبة الواردة على النصف المشاع بمنزلة التلف الوارد على نصيبها، وحيث أنه لا تعيين فيه، فبمقتضى^١ الترجيح بلا مرجح يرد التلف عليهما، مدفوعة بأنَّ المقام مقاييس. بباب تلف الصبرة إلا الصاع في بيع الكلي، إذ المالك كما أنه مستحق للشخصي فلا يرد التلف إلا عليه، فكذلك المقام وهو ظاهر.

كما أن حمل النصف على الشركة بسبب موجب لها في مسألة الإقرار، إنَّما هو بملاحظة أن اقرار المدعي بسبب الشركة، يقتضي كون الخارج عن يد الغير

بينهما بالسوية حذراً عن الترجيح بلامرّجّح، ومثل هذه الجهة غير مرتبط بظهور التصف في المشاع، فراجع في أمثال المورد ونظائرها كي لا يختلط عليك .
وثانها: أنّه يشترط إسلام مشتري العبد المسلم في صحّة شرائه على المشهور، واستدلّ له بقوله في عبد كافر أسلم: «إذهبوا فبيّعوه من المسلمين وإدفعوا إليه ثمنه»^(١)، إذ أمره ببيعه بدون رضاه يكشف عن قصور سلطنته على إمساكه، فيدلّ بالفحوى على عدم قدرته على تملكه من الأول. ويؤيده أيضاً عموم نفي السبيل^(٢) المنصرف إلى أنحاء سلطنة من قبله وإنقلابه، ومن جعلها تملكه اختياراً بسببه.

ومثل البيان يرفع محذور الفرق بين بقاء الملكية وإحداثه، إذ ذلك إنّما يتم لو أريد من نفي السبيل نفي ملكيته، وإلا فلو انصرف إلى نفي السلطنة على إبقائها أو إحداثها فلا يقتضي ذلك نفي بقاء الملكية بلابيع المسلمين، ومع ذلك يقتضي نفي السلطنة على إحداثها كما هو ظاهر.

* * *

ثم إنّ المراد من الكافر كل كافر أصلي، أم من كان بحكمهم ممن أقرّ بالشهادتين، سواء كان محترم المال أو غيره ولعلّ أمره بالبيع ودفع الثمن إليه بملاحظة كون المورد من باب الاتفاق محترماً لعقد زمام أو ذمّة، وإلا فلا وجه لدفع الثمن إليه.

وحينئذٍ فربّما يكفي في عدم إقراره نفس تملكهم عن الحرّية بمنأى فيئته ماله، بلا إحتياج إلى خصوص بيعه عليه قهراً، كما أنّه يمكن التعدي في المحترم

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٢ حديث ١ باب ٢٨ من أبواب عقد البيع وشروطه. وفيه: «وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقروه عنده».

(٢) النساء: ١٤١.

أيضاً عن خصوص بيعه إلى مطلق نقله بعوض من صلح أو غيره، إذ الغرض من بيعه عدم إقراره في حيطة سلطانه كما هو مفاد آية نفي السبيل^(١).

وربما يتعدى من عدم صحّة بيعه للكافر إلى كل معاملة يوجب سبيلاً للكافر عليه، كما لا يخفى^١.

وعلى أي حال لا يكاد يشتمل عنوان الكافر في كلماتهم للمرتد فطرياً أو ملياً؛ للجزم بعدم بقاء ملكيتها بمحض الإرتداد، فلا يشملهم عموم: «بيعه من المسلمين»، كما أن مثل هذا العام لا يشمل المخالف المحكوم بحكم الإسلام.

* * *

ثم إن ما ذكرنا من تقريب نفي السلطنة على التملك عدم شمول الدليل للتملك بعنوان الإرث، غاية الأمر لاسلطنة له على إبقائه بقرينة الأمر ببيعه من المسلمين قهراً عليه.

وحينئذٍ فلو كان المورث أحد عموديه المستتبع، لا يبقى معه مجال للأمر بالبيع أيضاً، فلا قصور لملك الكافر مثل هذه الملكية المسلوبة السلطنة المستتبعة للإنعتاق جزماً، وأما شراؤه لمن ينعق عليه فقضية نفي السلطنة على حدوث التملك له فساد ببيعه ولو كان مثل هذا البيع مستتبعا للإنعتاق. اللهم [إلا] أن يقال: إن عدم سلطنة الكافر على المسلم من الإرفاقيات على المسلمين، ولا يشمل مثل المقام الذي فيه كمال الإرفاق على العبد لترتب إنعتاقه عليه.

ولئن قيل بأن طبع البيع لا يقتضي المبادلة من الطرفين فأمر المقام أوضح، إذ بنفس البيع يترتب الإنعتاق، فلا يكون للكافر توهم سبيل أصلاً.

وربما يؤمى إليه ما في بعض النصوص من أن ملكهن عتقهن، وحمل مادّة على ترتب العتق على الملك على الإقتضائي منه لا الفعلي فتدبر.

ومن التأمل فيما ذكر من شبهة الإرفاقية ظهر عدم شمول نفي السبيل لشراء مَنْ أَقَرَّ بِحَرْيَتِهِ، بناءً على صحة مثل هذا الشراء واقعاً، المستتبع لكون الصحة الظاهرية موضوعاً لتملك البائع عوض مبيعه. فلا يبقى حينئذٍ شبهة العلم التفصيلي بطلان هذا الشراء على تقديري مطابقة هذا الاقرار ومخالفته، إنما في فرض المخالفة أمكن منع بطلان هذا الشراء المستتبع للاتفاق ظاهراً، لعدم كونه أيضاً خلاف إرفاق في حقه.

وهذا البيان أيضاً ترفع الشبهة في صدق السبيل في فرض قول الكافر: إعتق عبدك عتي، فإن الملكية الضمنية سبيل، فليس له السلطنة في إحداثه، ولو بتوكيل الغير، ودفع الشبهة بأنه على فرض صدقه ليس ثبوته خلاف إرفاق في حق المسلم.

ونظير ذلك أيضاً لو شرط في متن عقده إنعتاقه بنحو شرط النتيجة، إذ لا يقتضي مثل هذه الملكية المستتبعة للإنعتاق خلاف إرفاق على المسلم.

* * *

ثم انه إذا بيع فلاشبهة في عدم ثبوت الخيار للكافر؛ للشك في إندراج المورد تحت الإرفاقية خصوصاً مثل الخيارات الضرورية، إذ عدم الإرفاق مستند إلى سوء اختياره.

وأما ثبوته للمسلم فقد يتوهم أنه مستتبع لإحداث الملك المزبور للكافر. وفيه أن ذلك إنما يتم في مثل الرجوع في باب المعاطاة بعنوان قلب المبادلة وأما في باب الخيارات الراجعة إلى فسخ العقد وحله، فليس إعتباره إلا رفع سبب الانتقال، فينتقل المال ويرجع إلى المالك الأول، بسببه الأول، فليس ذلك تسليطاً للمالك على التملك إختياراً لاسلطنة للغير على تملكه كما لا يخفى^١.

وحينئذٍ فلا قصور في شمول عمومات الخيارات للمقام، كما لا يخفى^١، بل

ولاجال للإلتزام بالانتقال إلى القيمة جمعاً بل غاية ما في الباب ترتب خبره على بيعه من المسلمين، مثل صورة عدم بيعه قبله.

اللهم [إلا] أن يدعى أن الإلتزام بثبوت الخيار للبائع - خصوصاً مثل خيار المجلس والحيوان بناء على ثبوته للبائع - أيضاً مستتبع للتسلسل، فقله: «بيعه من المسلمين» منصرف عن مثله، فلازمه إستفادة كون بيعه لازماً على وجه لا يحتاج الى تطبيق هذا الخطاب ثانياً وثالثاً، وهذا ملازم لإقتضاء فحواه سقوط الخيارات في البيع المزبور من الطرفين.

هذا لولا دعوى أن غاية إقتضاء الفحوى المستفاد من إرتكاز عدم التسلسل المزبور عدم صلاحية المبيع للرجوع، لاعدم صلاحية البيع لتعلق الخيار به، فعموم دليل الخيار حينئذ يقتضي الحكم بانتقال البدل، والله العالم.

* * *

ثم إن المشهور جعلوا من شرائط صحة البيع كون المبيع أو الثمن متمولاً قابلاً للتملك بالشراء، وأن يكون علاوة على المملوكية كونه طلقاً. والعجب من حيث لم يتعرض مثل هذه الجهات مع أنها من الأمور المهمة.

فنقول: أما الأول فلا إشكال في إعتباره؛ لأن البيع عند العرف مبادلة مال بمال، فالمالية المزبورة مأخوذة في حقيقة البيع عرفاً، فع فقدتها لا يشملها عموم حدّ البيع ولا التجارة ولا العقود.

أما الأول ظاهر، فكذلك الأخيران؛ لانصرافها إلى المعهودة عرفاً، ولا إعتبار عند العرف للتجارة والعقد بغير العناوين المعهودة عندهم من البيع والصلح وأمثالها.

وهكذا الثاني من جهة إقتضاء علقه البدلية ذلك.

نعم لا تعتبر الملكية السابقة عن البيع بشهادة بيع الكليات في الذم، وعموم: «لا بيع إلا في ملك» أيضاً بقرينة إقترانه بعدم الطلاق إلا في ملك

منصرف إلى السّلطنة عليها، فالمنوط به لهما هو السّلطنة لا الملكية، كما هو ظاهر.

وربما يترتب على هذا الشرط عدم صحة بيع المباحات الأصليّة قبل حيازتها؛ لعدم صلاحيتها التملك بمحض الشراء المزبور بلا حيازة. وأما الأخير فالظاهر أن المراد من الطلقة نقص إضافته الملكية على وجه لا يكون مستتبعا للسّلطنة على قلبه وإنقلابه، فلا يشمل القصور من سائر الجهات كالصغر والجنون وأمثالهما. كما أنه ليس ذلك بملاحظة تعلق حق به، إذ ذلك لا يمنع عن بيعه كما في العبد الجاني.

وأما في الرهن فليس من جهة تعلق الحق بالعين، بل إنّما هو إمّا لمحض التبعّد، أو من جهة تعلق حق الراهن بالعين بما هو ملك الراهن. ومثل ذلك يستحيل أن يوجب نقصاً في ملكه؛ لكونه في طوله. كما أنّ عدم صحّة بيع الوقف أيضاً ليس لتعلق حق الطبقة اللاحقة به، بل إنّما لتقطيع الملكية على القول بها، وهو غير تعلق الحق به، وهكذا في أمّ الولد.

وحينئذٍ ليس الوجه في الجميع إلّا عدم السّلطنة؛ لنقص في الملكية من جهة ذاتها كي يشملها: «لا بيع إلّا في ملك»^(١)، أي سلطنة بقرينة اقترانه بالطلاق كما أشرنا.

وحينئذٍ لا إختصاص في هذا المناط بالمصاديق الأربعة، بل لها موارد أخرى ذكره شيخنا العلامة حكاية عن فخر الأساطين الشيخ أسد الله التستري، فراجع.

* * *

وحيث اتضح ذلك فنقول: إنّهُ يترتب على مثل هذا الشرط عدم جواز بيع

(١) انظر وسائل الشيعة ١٢: ٢٥٢ باب ٢ من أبواب عقد البيع، عوالي اللآلي ٢: ٢٤٧ حديث ١٦.

الأراضي المفتوحة عنوة؛ لأنّ ملكيتها للمسلمين ليست تامة، بل إنّها ملكيتها لهم بمقدار تصرف منافعها في صلاحهم، مع كون أعيانها موقوفة متروكة، كما هو مفاد بعض نصوصها^(١).

وما في بعض آخر من قوله: «اشتر حقّها» محمول بقرينة السابقة على شراء حق إختصاصه وإطلاق الشراء عليه بمناسبته لشراء آثارها، وظاهر الموقوفة عدم ورود مطلق الأسباب الثاقلة للعين عليها بلا إختصاص في ذلك بالبيع.

نعم قد يبيق الكلام في وجه صحّة تصرفه فيها على وجه يحدث به حق الإختصاص القابل للشراء المزبور، فنقول: إنّه يكفي لإثبات جواز التصرف للشيعة عموم قوله: «الأرض كلّها لنا، وما لنا فهو لشيعتنا»^(٢)، ومثل هذا العموم يشمل المفتوحة عنوة أيضاً، ويجمع بينه وبين مادّة على ملكية المسلمين بإختلاف مراتب الملكية نظير اختلاف نظر العرف أيضاً في مراتب ملكية السلطان والرعية وعدم تضادّها في عين واحدة.

وتوهم أنّ قوله: «ما كان لنا فهو لشيعتنا» كون الشيعة أيضاً مالكين لهم بنحو ملكيتهم الغير النافي مع ملكية الأرض للمسلمين، وهذا المقدار لا يقتضي إلّا إستحقاقهم طسّقها، لا منافع الأرض وخراجها الذي هو ملك المسلمين ومصروف في مصالحهم، ولا السلطنة على تصرفهم فيها؛ لأنّ ذلك من شؤون ولايتهم المختصة بهم لا ملكيتهم إيّاها، إذ مصتحح إعتبار هذا المقدار من الملكية ليس إلّا إباحة طسّقها ممّن بيدها لا غير.

مدفوع بأنّ مقتضى تقابل الشيعة مع الغير المحترم عليهم كسبهم وغيره إستفادة حليّة كسبهم، لا مجرد ما ذكر من إستحقاق الطسّق المزبور، بل وربّما

(١) انظر وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٤-٢٧٥ باب ٢١ من أبواب عقد البيع.

(٢) انظر وسائل الشيعة ٦: ٣٦٥ باب ١ من أبواب الانفال و٣٨٠ باب ٤ من أبواب الانفال.

يستفاد من هذه العمومات مجرد الحلية في التصرف والطسق، وأما حلية خراجها الرَّاجعة إلى المسلمين فلا يستفاد منها، فيبقى^١ مادّل من النص من وجوب ايصالها إلى مَنْ له السّلطنة على تصدي أمورهم بحفظ ثغورهم. ولا يبعد الإجزاء في ذلك بالإيصال إلى سلاطين الجور لثبوت تقريرهم في الزمان السابق فالإستصحاب أن ينفي^٢ الحكم الثابت للعنوان، نظير إبقائه أحكام الشرائع السابقة.

ومن هنا نقول بجواز تقبلنا منهم في زمان الغيبة أيضاً، للجزم بتقريرهم في زمان حضورهم. وفي شمول الحكم للسلاطين المقطوع يدهم عن الأراضى المزبورة إشكال، لأنّ المتيقن ثبوت التقرير للسلطان الفعلي، والاستصحاب أيضاً لا يقتضي إلّا ثبوت الحكم لهذا العنوان، كما لا يخفى^٣.

وحينئذٍ المرجع في مثله الفقيه، لولا دعوى عدم ثبوت ولايتهم العامة، ولا كونه من وظائف قضائهم الثابتة لهم بالمقبولة، وليس إلّا تامة مقدّمات الحسبة بدعوى الجزم بعدم رضا الشرع بكونها عطلة مع احتمال دخل إذن رئيس فيه، وكون المتيقن فيه خصوص الفقيه في مثل المقام أول الكلام، فيجب الإستئذان من الفقيه والسلطان، كما أنّه بعد التصرف كان المتيقن صرفه في ثغور المسلمين بإذن الطرفين، والله العالم.

* * *

ومّا يترتب على الكبرى السابقة بيع الوقف بلا اشكال فيه في الجملة فتوى ونصاً، ويشير إليه وقف الأمير عليه السلام من قوله: «صدقة لا تباع ولا توهب»^(١)، من دون فرق في ذلك بين كون الوقف بحقيقته من سنخ التملك أو الايقاف، إذ على الأخير واضح، وهكذا على الأول، فإن القائل

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٣ حديث ٢ باب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

بالمملك يلتزم بأن الطبقة اللاحقة تتلقى الملك من الواقف لامن الموقوف عليهم، ولاعلى كون الملكية الثابتة طبقة بنحو التقطيع المستتبع قصور سلطنة كل طبقة عن التصرف في العين على وجه الحرمان للبقية فيشملة حينئذ: «لابيع إلا في ملك» بالمعنى المتقدم كما لا يخفى.

وعلى أي حال ليست هذه الحقيقة بكللا المشرين مضادة مع جواز بيعه أحياناً. أما الآخر فواضح، إذ ربما يكون لطبقة السلطنة على نقل الملكية عن جميع الطبقات بمناط الولاية، وهكذا على الأول يجعل الإيقاف المأخوذ فيه إيقافاً إقتضائياً تكون فعليته منوطاً بعدم وجود المقتضي للجواز بشهادة الجزم من مجموع الكلمات أو النصوص بإمكان جواز بيع الوقف أحياناً على وجه تكون فعلية البيع مبطل الوقفية، لا صرف جواز بيعه، كما لا يخفى على من راجع.

وحيث إتضح ذلك فنقول: إن قضية إقتضاء طبع الوقف بناء على جعله إيقافاً لولا المانع، عدم صلاحية دليل شرط بيعه للمجوزية؛ لعدم مزاحمة دليل الشرط لإقتضاء المنع؛ لأنه معلق على عدم تأثير مقتضى الإيقاف في فعليته، وإلا فيكون الشرط مخالفاً للكتاب أو السنة.

كما أنه -بناء على الملكية أيضاً- ليس للمالك الواقف تسليط أحد في إبطال وقفه بشرطه في متن عقده، إذ هو فرع قابلية المحل له، وإلا فأصالة عدم القابلية بل عموم سلطنة كل طبقة على ملكه عدم قدرة الغير على إبطاله، ومع ذلك كيف يقتضى عموم الوفاء بالشرط الغير المحرز لقابلية المحل صحة مثل هذا الشرط. كما أن من مثل هذا العموم على هذا يحكم بفساد البيع عند الشك في طرق المقتضيات بالشبهة الحكمية، وبأصالة الفساد يحكم به عند كون الشبهة مصداقية.

كما أنه على مشي الإيقاف أيضاً يحكم بفساد البيع مع الشك المزبور. حكمية أو موضوعية: للأصل خصوصاً مع بناء العقلاء على عدم الإعتناء بوجود

المزاحم، مع الجزم بالإقتضاء في المورد في الوضعيات والتكيفيات، وهذه الجهة يمكن تأسيس الأصل في عدم جواز بيع الوقف عند الشك .

* * *

نعم لو انتهت الأمر إلى الخراب على وجه لا ينتفع حقيقة أو حكماً، أمكن دعوى تحقق مقدمات الحسبة في بيعه؛ للجزم بعدم رضا الشرع بجرمان الموقوف عليهم من جهة خراب الوقف وتضييعه.

كما أنه لو وقع الخلف بين أرباب الوقف، على وجه ينتهي إلى تلف الأعراض والتفوس، بنحو يكون بيعه دافعاً له، أمكن دعوى الجزم برضاء الشرع أيضاً ببيعه دافعاً لهذا المحذور .

وأما في غير هذه الصور لامقتضي لجوازه عقلاً، فليتبع في ذلك ماورد عن أهل العصمة.

فنقول: إن ماورد في الباب نصوص متعدّدة في موارد متفرقة.

منها: ما في ذيل رواية ابن محبوب قلت: فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا أو لم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال: «نعم إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم باعوا»^(١).

وفي آخر في طي قوله: فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعوا - الى قوله - فليبيع كلّ قوم ما يقدرّون على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء الله»^(٢).

كما لا يخفى أن ظاهر الرواية الأولى من فرض الإحتياج مقتضى لصرف الخبر في ذيله على هذه الصورة، فلا يشمل حينئذٍ مطلق الأعودية والأنفعيّة، كما

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٦ حديث ٨ باب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٦ حديث ٩ باب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

أن صدرها أيضاً ظاهر في كونه وفقاً على القرابة في زمانه بخصوصه، فيكون من الوقف المنقطع. ومقتضى قاعدة عدم عود المال إلى المالك لعدم إعتبارهم التقطيع في الخروج، أنه ينتقل إلى ورثة الموقوف عليهم.

وحينئذ كان أمر الامام بجواز بيعهم مع الاحتياج بمقتضى القاعدة ولوملاحظة حفظ عرض الواقف وانتفاع وراثتهم بهذا المال، إلا مع إحتياجهم الذي هو بمنزلة شرط ضمني لعدم البيع مع عدم الحاجة في وراثتهم.

وحينئذ لا يكاد يستفاد من الرواية جواز البيع بمطلق الأعودية في الوقف يمثل هذا التص، إذ مع إحتمال تنزيل النص على المعنى المزبور يسقط عن صلاحية الدليلية، بل ربما يصلح دليلاً لصحة الوقف المنقطع وانتقاله بعد إنقراض الموقوف عليهم إلى ورثة الموقوف عليهم لا الواقف.

وحينئذ فعلى فرض قيام دليل على عدم صحة هذا المعنى، لا يصلح شاهداً على حمل التص على جواز بيع الوقف بمحض الأعودية؛ لأن القرائن المنفصلة لا توجب قلب الظهور ولا معيناً لمعنى آخر، بل غاية الأمر وجوب طرحه بمنأى أقوى الحجتين، لاحتمله على بيان معنى آخر لا يساعده، ظهوره أصلاً، كما هو ظاهر.

وأما الرواية الثانية فظاهره مفروغية جواز بيع الوقف مع الأصلحية، وإنما سؤاله عن كيفية إقدامهم عليه مجتمعين أو متفرقين. وفي مثله لا مجال للأخذ بإطلاق الأصلحية، بل هي قضية مهملة، فمن الممكن حمله على الأصلحية بمثابة يحكم جزماً بجواز بيعه لخراب أو اختلاف كما أشرنا.

ومنها: ماورد في كيفية وقف الأمير من قوله: «فإن أراد- يعني الحسن- أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين فليفعل»^(١) إلى آخره.

ولا يخفى أن ظاهر قوله: «ويجعل في رجل» ويشترط عليه كون الشرط المزبور حين جعله عليه لاجعلاً جديداً، غير مرتبط بإنشاء الوقف منه أولاً، وهذا المعنى لا يناسب الوقفية، بل لابد من حل النص بهذه القرينة على وصيته إلى الحسن أو غيره بإتمام وقفه.

ويؤيده إشتمال صدره للفظ الوصية، وإن كان ينفيه قوله: «صدقة واجبة بتلة حياً أنا وميتاً» لولا حمله على إظهار تعلق غرضه بصيرورة المال هكذا، لا أنه إن شاء له فعلاً. وأن قوله: «حياً أنا أو ميتاً» إنما ينافي الوصية بالمعنى المصطلح لابعنى مطلق العهد، وتفويض الأمر إلى الغير في إتمام غرضه. وحينئذ لا تصلح مثل هذه الرواية لإثبات مجوزة شرط بيع الوقف في متن عقده لبيعه.

ومنها: مكاتبة ابن مهزيار في أحد المكاتبتين جعل في الوقف الخمس للإمام، فأمر الامام أيضاً ببيع حصته من الصيغة^(١). وفي آخر سئل عن فرض وقوع الاختلاف بين أرباب الوقف، فأجاب عليه السلام: بأن بيع الوقف مع وقوع الاختلاف أمثل، معللاً بأنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس^(٢).

ولا يخفى أن الخمس في المكاتبة الأولى يمكن أن يكون من الخمس المعهود فعينه في ماله، ومن الممكن كونه محضاً للإمام لابعنوان الوقف. وأن قوله في الوقف لمحض التوسع في بيان المقصود مسامحة، فلامقبضى لطرح الرواية سنداً. وأما المكاتبة الثانية فظاهرها جعل مجرد الاختلاف مجزراً بمحض احتمال تلف الأموال والنفوس، وذلك المقدار لا تساعده الكلمات ولا ما ذكرنا من الاعتبار، فلا يحصى إلا من الحمل على صورة موجبيته للخوف المزبور. وفي

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٤ حديث ٦ باب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٥ حديث ٦ باب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

التعدي منه إلى صور طروء الخوف المزبور ولو من قبل غير الاختلاف وجه،
لظهور العلة، كما أنّ في التعدي إلى سائر الأموال أيضاً وجه.

وحينئذٍ يلحق بما ذكرنا من الصور المجوّزة هذه الصورة بمقتضى النص
المزبور، المعمول به بهذا المقدار لدى جمع من الأعاظم.

ثم إن مقتضى طبع المبادلة صيرورة بدل الوقف عند بيعه بمجوّزه وقفاً، ومن
المعلوم أنّ في الوقفية مرتبة حبس مانع عن إتلافه وحبس مانع عن تبديله، ومن
المعلوم أنّ البديل إن كان وافياً بالغرض الراجع إلى الانتفاع، فيكسب البديل
حينئذٍ جميع مراتب التحبّيس، فلا يجوز حينئذٍ بيعه إلاّ بمجوز جديد.

وإن لم يكن البديل وافياً بالغرض المزبور كالنقدين فلا يكتسب إلاّ مرتبة
تحبّيسه الا تلافياً، فيجوز تبديله، بل يجب حفظاً للغرض المزبور إلى أن ينتهي إلى
عين ينتفع به، فيكسب باستعداد وجوده جميع مراتب التحبّيس، فيصير بنفس
استبداله حينئذٍ وقفاً لا يجوز بيعه.

فلنا حينئذٍ أن نقول: إنّ وقفية الإبدال ليس إلاّ من تبعات قاعدة البدلية،
لامن تبعات تعلّق إنشاء الواقف تحبّيس مالّية العين السارية في ضمن
الأبدال، كيف وهذا المعنى خارج عن طوق الواقف؛ لأنّه حين وقفه لاسلطنة
له إلاّ على العين بما له مالّية في ضمن شخصه بلا قدرته على المالية لما يضر بعد
ذلك بدلالة، وذلك ظاهر واضح فتدبر.



قيل: ومن جملة ما يترتب على الكبرى السابقة عدم جواز بيع أمّ الولد، وفيه
-لولا التعبد بالتصوص- إشكال؛ لعدم قصور في سلطنة المالك، وعدم نقض في
ملكه، بل وعدم تعلّق حق الولد لامكان كون حكمة المنع حفظ شرفه، كما
يؤمى إليه إستنكاره العرفي المستفاد من النص الآتي.

وحينئذٍ الأولى جعل الوجه في مجرّد التعبد على خلاف القواعد، بلا إشكال

فيه في الجملة أيضاً نصاً وفتوى.

ويكفي من النص قوله: «خذ بيدها وقل: مَنْ يشتري أم ولدي»، وظاهره يقتضي كون بيعها في صدر الإسلام من المنكرات، بل الظاهر منه حرمة مطلق نقلها، ولقد جعل في الرِّياض ذلك من المسلمات^(١)، وظاهره إختصاص المنع بحال وجود الولد، فلا يشمل بعد موته، كما أنَّ موته أيضاً لا يكشف عن صحته سابقاً، وفي قابليته للإجازة وجه، لولا قيام إجماع في البين، وهو أيضاً ممنوع. وفي قيام ولد الولد مقام الولد بعد موته تأمل، لولا إستصحاب منعه، إلا أن يقال بحكومة العمومات عليه، وذلك أيضاً لولا إحتمال عدم قابلية المحل له، ولو لإحتمال تعلّق حق الولد أو لمحض الإستنكار العرفي. وذلك أيضاً لولا أصالة جواز بيعه بنحو التعليق بعدم الولد من أول الأمر فتدبر.

* * *

وفي شمول دليل المنع لحال الحمل وجه ظاهر؛ لقوله: «ما لم يحدث عنده حمل» في نص ابن مارد^(٢).

وفي شمول الحمل للمضغة بل العلقة أيضاً وجه في الشمول للنطفة المستقرة في الرحم إشكال، خصوصاً مع خروجها عنه بجهة خارجيّة، للأصل والعمومات بعد الشك في صدق الحمل عليه.

* * *

وعلى أيّ حال المدار في المنع على كون الولد ملحقاً بالواطئ شرعاً، وادّعي عليه الشهرة، بل يظهر من بعض الأعاظم كونه من المسلمات، ولعلّه من جهة كون حكمة المنع إرث الولد من حيث أنّه الموجب لانعتاقها عليه، فلها نحو

(١) رياض المسائل ١: ٥٦٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٦: ١٢٥ حديث ١ باب ٤ من أبواب الاستيلاء.

تشبّث بالحرية. وهذه الجهة ممنوعة في ولد الزنا، ولكن من المحتمى^١ كون حكمة المنع بملاحظة شرف الإنسان الجاري في ولد الزنا أيضاً، فلا قصور حينئذٍ في شمول العمومات للمورد، لولا قيام إجماع في البين.

وهذان الوجهان جاريان في الممنوع عن الإرث من جهات أخرى غير الزنا كما لا يخفى.

وأيضاً لا قصور في شمول الإطلاق للحمل بالمساحقة أيضاً، وأمّا إنصرافها إلى كون الوطاء حال الملك مبني على إنصراف الإطلاق، ولا أقلّ من صلاحية نصّ ابن مارد لتخصيصها، فتأمل.

ثم إنّ قضية العمومات بعد ما كان مانعية العنوان المزبور لمنع بيعه تبعداً، يبقى الكلام في أنّ مثلها إطلاق يشمل صورة إقتضاء يقائها على حالها تقويت حق الغير، أم ليس لها مثل هذا الإطلاق، يمكن منع الإطلاق فيها بهذه المثابة لظهورها فيما يصلح لامساكها لولاه.

وحينئذٍ فإطلاق سلطنة صاحب الحقوق على حالها.

وحينئذٍ فهي تعلّق بأتم الولد حق الديان - كما في فرض التفليس، أو بعد موت المولى وإستياعاب الدين ولو لم يكن دين ذلك رقبته، فضلاً عن أن يكون ذلك - لا يكاد تشمله عمومات المنع لمثله.

نعم في رواية عمر بن يزيد التفصيل بين جواز بيعها في دين رقبته، وعدم جوازه في غيره من دين آخر^(١). وظاهر إطلاقه يشمل صورة إستياعاب دينه على وجه يتعلّق حقهم بالعين، لولا احتمال كون المراد من قوله: «فما سوى ذلك من دين» الإشارة إلى الصورة الخاصة المفروضة قبله، وفيه يمنع تعلّق الحق بالعين، كما لا يخفى على المراجع.

(١) وسائل الشريعة: ١٦: ١٠٤ حديث ١ باب ٢ من أبواب الاستيلاء.

نعم في فرض ثمن الرقبة يشمل إطلاق جوازه صورة عدم تعلّق الحقّ بالعين أيضاً، اللهم [إلاّ] أن يخصّصه بقرينة نص آخر من قوله: «ولم يدع مالاً آخر سواها»، بقرينة كونه في مقام التحديد الموجب للمفهوم ببعد الموت مع الانحصار، كما يومئ إليه قوله: «يدع»، ولازمه تعلّق الحقّ بعينها، وفي مثله كان الجواز المزبور على القاعدة.

هذا لكن الإنصاف منع ظهوره في الإختصاص ببعد الموت، بل إطلاقه شامل لحال عدم تعلّق الحقّ بالعين، لولا دعوى معارضة مثل ذلك للعمومات تعارض العموم من وجه. ولكنّه على فرض تسليمه كان المرجع الإستصحاب التعليقي الثابت قبل صيرورتها أم ولد، فيجوز بيعها كما لا يخفى، فتأمل.

ثم إن الظاهر من قوله: «ولم يدع مالاً سواها» إنصرافه إلى مال يصلح لأن يؤدّي به الدين، فلا يشمل ما يجب صرفه في كفته. وفي شموله لبقيّة المستثنيات وجه؛ لعدم قصورها في الصلاحيّة وأن يجب أداء الدين بها.

ثم إنّه ربّما يلحق بصورة تعلّق حق الغير بها المانع عن شمول دليل المنع له، صورة وجوب بيعها في مؤنة تجهيزه لولا المنع، إذ نظر دليل المنع إلى ما يصلح لإمسакها، كما أشرنا.

ونظير ذلك أيضاً ما لو تعلّق حق الجناية للغير بها عمداً، وفي شمول دليل المنع للجناية خطأ إشكال؛ لإمكان إمساكها بالفدية، فدليل المنع يعين الفدية. ولعله على ذلك يحمل ما في النص من أن جنائتها على سيدها، وفي آخر المولى ضامن لجنائتها، بمعنى تعيين البقاء عليه، فلولا إجماع في البين أمكن تسرية المنع في جنائتها خطأ، ومجرد تعلّق حقهم بها مع كون الخيار مع المولى لا يخرجها عن قابلية إمساكها، لولا دعوى عدم القابلية في ظرف وجود الحقّ، غاية الأمر للمولى إسقاطه، وهذا المقدار يكفي لمنع شمول عمومات المنع.

ولو جنت على مولاها فإن كان عمدياً يتعلّق بها حقّ القصاص المانع عن الإمساك ، فلا يشملها عموم المنع أيضاً وإن كان للمولى إمساكه بإسقاط حقه، ولكن قد عرفت أن ذلك المقدار غير مثمر لشمول دليل المنع. وإن كان خطئياً، فلا قصور لشمول دليل المنع مثله؛ لعدم تعلّق حق للمولى عليها. ويومئ إليه ما في نصّ وهب: «إذا قتلت سيدها فهي حرة»^(١)، وفي ذيله: «وإن قتلته عمداً قتلت به».

وفي نصّ حمّاد: «إذا قتلت سعت في قيمتها»^(٢)، ولكنّه معرض عنه، وقد يؤول بصورة قصور نصيب الولد منها، فينعتق في نصيب غيره بالسراية، ويسعى لهم حفظاً لحقوقهم، وهو حسن مع الوثوق بسنده.

* * *

ولوجنى غيره عليها، فظاهرها إعمال قواعد غير أمّ الولد من تخيير المولى بين أخذ الدية الموجبة لإسترقاقهم إياها، وعدمه. وقد يستشكل حينئذٍ في أخذ الدية؛ لإستلزامه نقل أمّ الولد إلى غيره. وفيه أن ذلك كذلك لو كان ذلك بمناط المعاوضة، وإلا فلو كان بمناط التّضمين، وتعلّق حق الغير بتملك العين جديداً، لا يوجب أخذ الدية نقلاً، ولا يكون تملكهم بموجب حقهم عليه أيضاً مشمول الأدلة التّافية كما أشرنا. ثم إن مقتضى الأدلة المانعة كون منعه من لوازم واقعه بلا تأثير للعلم فيه، وحينئذٍ فلو التحقت بدار الحرب ثم اسرها المسلمون فجرّد بقاء الجهل إلى حين القسمة أو بعده لا يجدي في رفع المنع، نعم مقتضى بعض النصوص حينئذٍ تغريم قيمتها للمقاتلين وعليه الأكثر أيضاً، فإن تم هذا المقدار للجبر فيؤاخذ به على

(١) وسائل الشيعية: ١٩: ١٥٩ حديث ٣ باب ١١ من أبواب ديّات النفس.

(٢) وسائل الشيعية: ١٩: ١٥٩ حديث ١ باب ١١ من أبواب ديّات النفس.

خلاف القواعد، وإلا فيطرح.

وتوهم أنَّ مقتضى الجمع بين دليل المنع وملكية الغنيمة للمقاتلين هو الذي أشرنا إليه، مدفوع بأنه إن شمل دليل ملكية الغنيمة للمورد فيخصص به عموم المنع، فلا وجه للقيمة، وإلا فلا مقتضى لإستحقاق القيمة.

اللهم [إلا] أن يقال: إن إطلاق دليل ملكية الغنيمة يقتضي ملكية العين والمالية، وعموم المنع ينفي الأول ويبقى الثاني. ولكن لازم هذا البيان إثبات جميع التواقل وإجراء أدلتها، ويجمع بينها وبين دليل المنع بما ذكر.

وعمدة النكته في عدم جريان مثل هذه المقالة في سائر المقامات ليس إلا أنَّ إطلاق الأدلة لا يقتضي إلا ملكية المالية تبعاً لملكية شخص العين، فيستحيل بقاؤها بذهاب الثاني. وهذا الكلام فيه موجود في المقام، فالعمدة في وجه التغيريم ليس إلا التص وفتوى الأكثر، وهو حسبي ونعم الوكيل.

* * *

ثم إن مقتضى الأدلة المانعة خروج المورد عن سلطنته، لالخروج المحل عن قابلية التملك. نعم لو قيل بأن حكمة المنع قيام حق الولد بها أمكن إستفادة ذلك، ولكن أتى لنا بآبائه.

* * *

وحينئذ فلو أسلمت على مولاه، الذي أمكن دعوى أهمية حفظ سراية الاسلام على شرف مولاه، أو حكمة بقائها المنتهى إلى الحرية فيباع.

ومن هنا أيضاً ظهر وجه جواز بيعها مقدّمة لآرتها من قرينها، إذ من المعلوم أنَّ حكمة المنع انتهاء أمرها إلى الحرية الموجبة لحفظ شرف المولى أيضاً، وهو نحو مئة عليها، وهذه المنة تقتضي التعجيل إلى العتق ببيعها المنتهى إليه مقدمة لآرتها.

وهذا الوجه نقول أيضاً بأن حق رهانة الغير قبل إستيلادها أيضاً مجوز

ليبيعها؛ لأنّ منعه الإمتناني لا يشمل مورداً يوجب خلاف إمتنان في حق الغير، بل ويمكن دعوى إنصراف دليل المنع عن مثل المورد، لخروج المحلّ عن قابلية البقاء. ولقد عرفت أنّ دليل المنع ناظر إلى صورة يصلح لإمسакها لولاها، كما لا يخفى^١.

نعم تعلق -حق الخيار بعقدها لا يمنع عن إمساكها، غاية الأمر ينهي أمر الفسخ إلى التضمنين، فلا قصور حينئذٍ لشمول دليل المنع لها.

ولو تعلّق بها شرط النقل، أو ندرة ولو بنحو السبب، فلا شبهة في عدم صلاحيتها للإمساك أيضاً وإن لم يتعلّق بها حق الغير، وهذا المقدار يكفي لمنع شمول الأدلة المانعة لها لما أشرنا إليه سابقاً.

ولو كان العلوق لمكاتب مشروط فإن قلنا بأن المكاتب بنفس عقد الكتابة يصير مالکاً لما في يده، فتصير هذه أم ولده، فلا يجوز بيعها وإن انفسخ عقد الكتابة بتخلف الشرط، إذ نتيجة الفسخ إنتهاء أمره إلى عود المال إلى المالك في ظرف قابليته، وإلا فينتهي إلى تضمين قيمته على رقيّة العبد، بإجراء حكم التلف عليه بوجه الضمان.

نعم لو كان الفسخ كاشفاً عن عدم الكتابة من الأول، أو قلنا بعدم إقتضاء عقد الكتابة ملكيّة ما في يده له، لا تصير بذلك أم ولده، فلا بأس ببيعها؛ لأنها ملك طلق لمولاه.

ومن البيانات السابقة أيضاً ظهر أن كون المنع عن بيعها بعدما كان امتنانياً لا يشمل صورة إلّتزام بقائها خلاف إمتنان في حقها مثل ما لو أدى بقاؤها لضيق المعاش إلى حرج أو ضرر شديد فلا بأس بجواز بيعها حينئذٍ الكاشف عن عدم تعلّق حق أحد به، لأنّها موجبان لجواز تفويت حق الغير، كي يستلزم خلاف إمتنان آخر في حق الغير، كما هو ظاهر.

ومما يترتب على الكبرى السابقة عدم جواز بيع العين المرهونة بلا إشكال فيه أيضاً في الجملة فتوى ونصاً؛ لعموم قوله: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»^(١)، وحيث أنّ المرتكز في الذّهن من وجه المنع هو مراعاة حق الغير القائم بملك الراهن بما هو راهن، ربّما يمتاز عن مثل حقّ الجناية المتعلق بقرينة العين أين ما دارت، وبذلك يفترقان في جواز بيع متعلّق الثاني دون الأوّل.

كما أنّ في موضوع حق الرّهانة ما اعتبر أزيد من العين المملوكة، ومن المعلوم أنّ قاعدة البدلية تصلح لنقل كون المبدل إلى البدل، فيكون عوض العين المرهونة في فرض جواز بيعها بنفس المعاوضة رهناً. وهذا بخلاف حقّ الجناية، بل وحقّ الشّفعة، فإنّ لعنوان الجاني والمبيعة دخل في موضوع الحقّ، فلا يصلح إعتبار البدلية لنقل هذه العناوين إلى البدل، كي يبيعه ينتقل الحقّ من مبدله إليه.

وحيث عرفت أنّ وجه المنع مراعاة حق المرتهن، لأبأس مجريان الفضولي فيه، فبإجازة المرتهن عن العين فينتقل إلى الغير طلقاً، وفي الاحتياج إلى الإجازة في المقام كباب الفضولي عن المالك وجه إذ المصحح للبيع ليس إلّا إسقاط الحقّ المحتاج إلى مبرز انشائي ولو بلازمه، وذلك منحصر بالاجازة، وإلا فصرف الرضى الباطني لا يصلح لإسقاط حقّه.

وحينئذٍ ربّما يفرق المقام عن بيع المكره الكافي فيه مجرد رضاه باطناً، كما أنّ الصّحة في المقام بعدما كانت منوطة بسقوط الحقّ، ففي ظرف السقوط الذي هو ظرف الإجازة يصح بيعه، فلا تكون الإجازة في المقام إلّا ناقلاً لا كاشفاً، وبذلك يمتاز المقام أيضاً عن باب المكره والفضولي عن المالك، كما لا يخفى.

* * *

(١) مستدرک وسائل الشیعة: ٤٩٦:٢ حدیث ٦ باب ١٧ من أبواب الرهن.

ومن جملة ما قيل بترتبته على الكبرى السابقة فساد بيع العبد الجاني عمداً أو خطأ، وذلك مبني على كون حق الجناية مثل الرهانة، وإلا فلو قيل بتعلقه بنفس العين فلا قصور في شمول عمومات التقل والانتقال لمثله. ولقد عرفت أن مقتضى الأصل عدم تعلق الحق بأزيد من رقة العين فلا مانع عن نقله حينئذٍ.

ولازمه سلطنة المجني عليه على إستيفاء حقه من العين، غاية الأمر للمشتري الخيار مع جهله بالحال موضوعاً أو حكماً مع قصوره، وأما مع تقصيره فهو بمنزلة المقدم على الضرر فلا خيار.

وربما يظهر من كلمات شيخنا العلامة تسلمهم في المنع عن التقل في الجناية خطأ، فهو إن تم فلا بد وأن يدعى بأن حق الجناية في الخطأ كحق الرهانة قائمة بملك مالك الجاني.

ولكن التأمل في كلمات الصيمري يوجب منع الاجماع في المسألة. ولعلّ البطلان في كلماتهم أيضاً منزل على عدم إستقرار الملك للمشتري، لا على عدم الإنتقال إليه رأساً، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم.

* * *

(و) كيف كان (يشترط في المكيل والموزون والمعدود معرفة المقدار بأحدها)، من دون فرق بين كونه عوضاً أو معوضاً. وسيجيء من المصتف اشتراط معلومية العوض أيضاً بلا إشكال فيه نصاً وفتوى؛ لعموم نفي الضرر في البيع الظاهر في كون متعلق بيعه خطرياً، كما يستفاد من مجموع كلمات اللغوتين. ومعنى خطريته: كونه في معرض عدم الوصول إلى نفسه أو إلى الجهة المرغوبة منه.

ومن المعلوم أن الجهة المجهولة الخطرية تارة راجعة إلى الخصوصية الذاتية، كالجهل بحقيقته بأنه حنطة أو شعير. وأخرى إلى الخصوصية الوضعية من

محمولاتها بالضمانة، ككونه كاتباً أو أبيضاً أم غيرهما. أو من خارجات المحمول التي لها واقعية بنفسها، ككونه تحت يده أو واجداً لهية مخصوصة أو عدمه. أو من الإعتباريات المحضة التي ليس لها في الخارج حظ، وإنما طرف منشأ إعتبارها كالمالية وأمثالها.

وأما غير هذه الجهات المتعلقة للأغراض النوعية في الماليات، لكون العبد حين البيع قائماً أو قاعداً وأمثالها، فهي خارجة عن عنوان الفرر؛ لأنّ مدار صدقه على الخطر في الجهة المرغوبة في الماليات نوعاً.

وحينئذٍ لازم إطلاق نفي الفرر في المتعلق عوضاً أو معوضاً إضرار الجهل بالمالية أيضاً، والحال أنّ صحة المعاملات العينية الناشئة عن الجهل بمالية الشيء سوقاً كالتار على المنار.



ويمكن أن يقال: إنّ الظاهر من النصّ كونه ما يتعلق به الخطر هو الذي يكون مقصوداً بالاصالة من البيع من الخصوصيات الموقومة لتشخصها في الخارج نوعاً، ومن المعلوم أن المالية المحضة لا تكون من هذا القبيل، ربّما يكون تفاوت ماليتها بلحاظها، ولذا لا تتعلق بها المبادلة وإنّ دخلها في صحة بيع العين بنحو التعليل لا التقيد. ومن ذلك صرفوا نظرهم في مبطلية الفرر عن مثل هذه الجهات الإعتبارية المحضة، في غير الأعيان المقصود فيها جهة المالية اصالةً. ولذا سيأتي إن شاء الله أنه لا يصلح بيع الدينار مع الجهل بنسبته إلى الدرهم، بل وفي إستيلاء الشخص على العين ربّما يكون من الإعتباريات المحضة، كإستيلاء الإنسان على عقاره وأراضيه البعيدة، إذ ربما ينتزع ذلك عن قدرته على التغليب والتقلبات الاعتبارية بلا قدرته على تقلباته خارجاً، ومن المعلوم أن مقصوديتها بالاصالة صارت منشأ لجريان الفرر فيه أيضاً.

هذا مع أنّ الإستيلاء المزبور في نظر العرف بمنزلة الإستيلاء بتوسط اليد

الموجبة للقدرة على قلبها وإنقلابها خارجاً، ومثل هذا الاعتبار يوجب تنزيل
مالايكون غرراً بمنزلة الغرر، فإمضائهم لمثل هذا الاعتبار يوجب تنزيل
مالايكون غرراً بمنزلة الغرر، فامضائهم لمثل هذا الاعتبار أوجب تسرية المنع
لمثله أيضاً.

* * *

وحيث إتضح ماذكرنا ظهر أن مانعية الغرر غير مختص بالجهل من حيث
المقدار، بل يشمل سائر الجهات المشار إليها.

نعم في الجهل بالمقدار وردت نصوص خاصة أخرى مثل قوله: «ما سمي
فيه كيل أو وزن لا يصلح بيعه مجازفة»^(١).

وما في النص من عدم قبول إخبار البائع بكيل العدل الآخر الذي هو
خلاف مذهب الأصحاب، لا يقتضي وهن الفقرة الأخرى.

ولئن أغمض عن هذا النص بوهن ذيله يكفيننا المستفيضة، ومساقتها شاهد
أن الاحتياج إلى الكيل والوزن بل المعد للفرار عن الجراف، كما يشهد عليه
أيضاً ذيل النص السابق.

نعم مالايكون في العرف مقدراً، إمّا لعدم الإعتناء به لقلته أو ابتذاله أو
زيادة ثقله كزبرة من الحديد، لايكون شمول هذه النصوص، إذ لا يصدق عليها
عنوان ما سمي فيه الكيل بل وعموم نفي الغرر أيضاً، إذ هو منصرف إلى
المواد القابلة وقوعها بغير غرر، مع أن خصوصية القدر في هذه الأمور الزائدة عما
تقتضيه المشاهدة لايكون تحت الأغراض النوعية، ومعه لايكون إلا كسائر
الخصوصيات المحتملة الخارجية عن محط الأغراض النوعية، فلا يصدق الخطر

(١) وسائل الشريعة ٢٥٤: ١٢ حديث ١ - ٣ باب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه، وفيها: «ما كان
من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح بيعه مجازفة».

والغرر في موردها أصلاً، فلا يحتاج في مثل هذه المقامات بالالتزام بتخصيص كبرى نفي الغرر بسيرة أو غيرها.

* * *

ثم إن التهي المزبور مختص بالبيع كسائر الأخبار الخاصة، وفي التعدي منها إلى الاجارة وأمثالها، بل وفي الزائد عما يقتضيه، طبع المعاملة للغرر إشكال، ولذا لا يتعدى إلى الصلح المعاوضي على المشهور.

نعم الذي يسهل الخطب قيام الدليل على إعتبار العلم للعوذين في الإجارة، ويلحق به ما هو من سنخه، بل ويلحق بالبيع ما يكون أمره آثلاً إليه مثل الرهن اجماعاً.

* * *

ثم إنه لو قدر ماله مقدّر مخصوص بغير مقدره، فإن كان التقدير الآخر بنظر العرف كان طريقاً إلى تقديره، فلا إشكال ظاهراً في جوازه؛ لخروجه بذلك عن الجزافية والغررية. وإن لم يكن كذلك فقد يقال بكفاية الوزن في المكيل والمعدود دون العكس.

وعمدة نظره إلى كون الوزن هو الأصل في التقدير خصوصاً في المكيل؛ لعدم إنتهائه إلى وعاء منضبط، فلا بد وأن يكون مأخوذاً من الوزن.

ولكن لا يخفى ما فيه؛ لإمكان إنتهاء الكيل أيضاً إلى وعاء منضبط كأخص الراحة، بعد إلقاء التفاوت اليسير بينها، فلا وجه لجعل الوزن أصلاً في غيره خصوصاً في المعدود، مع أنه على فرض كونه أصلاً في غيره، فمن الممكن أن يكون الأصيل وزناً مهجوراً لا يعلم حاله بالقياس إلى الوزن الفعلي.

وحينئذ كيف يرفع غرر المكيل بوزنه.

ولئن شئت قلت: إن الأغراض المتعلقة بتعيين مقدار مالية الشيء إنما تختلف باختلاف مالية المقدرة تارة بالعدد، وأخرى بالوزن، وثالثاً بالكيل.

ومع هذا الاختلاف لا يكاد مرجعية تقدير في مورد غيره.

نعم ربّما يكون الإحتياج إلى الوزن أزيد من غيره، حيث أنّ في الوزن جعلوا لجميع المراتب عنواناً مخصوصاً إلى أن ينتهي إلى مالا تقدير فيه لصغره وقلته، لخلاف المكيل فإنّه ليس لجميع مراتبه عنوان مخصوص يوجب رفع إحتياجهم عن الوزن، فلذا يحتاج في المكيل إلى الوزن في بعض مراتبه، وبواسطة ذلك ربّما نعرف مقدار الكيل بهذا القياس. وهذه صح بيع المكيل بالوزن إمّا بالأصالة، أو بجعل الوزن مرآة لتشخيص كيله.

وهذا بخلاف الموزون فإنّه لا يحتاج إلى الكيل في شيء من مراتبه، فلا يصلح جعل الكيل مقياساً لوزنه في واحد من المراتب، وذلك هو النكتة الفارقة بينها. وربّما يكون في وجه إكتفائهم بالوزن في المكيل دون العكس هو هذه الجهة كما لا يخفى.

* * *

ثمّ في التقدير بالوزن أو الكيل هل يعتبر فهم طرفي المبادلة مقدارهما في بلد المعاملة بالقياس إلى ما هو المعلوم من الكيل والوزن عندهم مع إختلافهم في الوزن والكيل ببلدًا، أم لا يعتبر ذلك، بل يكفي مجرد فهم نوع أهل البلد قدره وإن لم يعرف بموازنته مع وزنه وكيله عنده؟ وجهان مبنيان على أن الغرر المانع هو الغرر الشّخصي أو العرفي التّوعّي، ظاهر اللفظ بإطلاقه هو الشّخصي، ولكن السّيرة في معاملات الغرباء الواردين من البلاد المختلفة بأوزانها المجهولة عندهم على الإكتفاء بعنوان وزن البلد بلامقايسته في وزن بلده، كاشفة عن مانعة الغرر التّوعّي، كما هو ظاهر.

* * *

ثمّ إن إعتبار الكيل والوزن بعدما كان على خروج الشيء بهما عن الجزاقية والخطرية، فيكون المدار التّام حينئذ في كل زمان بكيل زمانهم لازمان الشارع.

وحينئذٍ لا مجال لقياس الباب بباب الربا، حيث إلتزموا فيه بالكيل في زمان الشارع، وإلا فالمدار على العرف العام، ومع عدم إحرازهما أو وجودهما فالمدار على العرف الخاص بكل بلد.

* * *

وعمدة التكتة الفارقة بين المقامين هو أن دخل عنوان المكيّلة والموزونية في باب الربا كان بنحو الموضوعية، وفي مثله أمكن دعوى إنصراف هذه العناوين إلى ماهو الموجود في زمن الشارع، ولولم يكن في زمانه فينصرف إلى ماهو كذلك عند العرف العام، وإن لم يكن عندهم أيضاً كذلك فينصرف إلى ماهو المتعارف في كل بلد بمقتضى عرفهم المخصوص به.

ومع الشك في المراتب السابقة أيضاً يلحق المشكوك بالعدم بمقتضى الأصل، وهذا بخلاف دخلهما في صحة المعاملات فانه كانا ماخوذين من باب الطريقية إلى العلم بمقدار يخرج المعاملة عن موضوع الجراف. ومن الواضح أن الوزن الصالح لرفع الجراف وحصول العلم في كل طائفة بكيل متعارف عندهم أو وزنه، وإلا فالمتعارف عند الطائفة الأخرى مع جهل هذه الطائفة بمقداره لا يخرج المعاملة عندهم عن الجرافية وذلك ظاهر.

* * *

ولو اختلف المتبائعان في التقدير فالمدار على بلد المعاملة للإنصراف، وإلا فع إنصراف لفظها إلى أي تقدير فهو المتبع، ومع الإجمال وإحتمال التوافق في نظريهما يحكم بصحة المعاملة بأصالة الصحة، ومع إعلام كلّ منهما بما في ضميره مع اختلافهما، فع العلم بالموازنة بين التقديرين فلا إشكال، وأما مع العلم بالمخالفة أو عدم العلم فلا يخلو عن إشكال؛ للزوم الغرر ولو بالنسبة إلى الطرف الواحد كما لا يخفى.

* * *

ولو أخبر البائع بمقدار كيل الجنس أو وزنه، فمع عدم الوثوق بإخباره لا يكاد تصحّ المعاملة، وإن كان عنده مبنياً على وجوده بنحو الشرط الضمني في متن عقده، إذ بعد فرض بقاء الخطر بالمقدار على حاله لا يرتفع به الغرر فلا تصحّ المعاملة، فنفي غررية المعاملة بمثل هذا الشرط المستتبع للآثار المزبورة دوري صرف، وأما مع الوثوق يرتفع الغرر ولو لم يكن في البين شرط ضمني وكان وثوقه بالوزن داعياً محضاً على إقدامه.

وحينئذٍ فلا طريق إلى الخيار من قبل تخلف الشرط، نعم لا بأس بثبوته من جهة الغبن لقصور في مالية العين ولو من جهة نقص كيله، ولعل تسليمهم في ثبوت الخيار مستنداً إلى هذه الجهة، لا إلى حيث تخلف الشرط كي يدعى بأنه خلاف الوجدان لولا دعوى أن ذلك بمنزلة توصيف البائع المرتكز في الأذهان بكونه من الشروط الضمنية فتأمل.

* * *

ثم في صورة ثبوت الخيار لاشبهة في أنه من باب خيار تخلف الشرط أو الغبن، ولو كان البيع وارداً على العين الشخصية لوصف كونه كذا، أو يدعى كونه كذا. وأما لو كان البيع متعلقاً بمراتب الكمّ الثابت بإخباره، فلا محيص من كونه الخيار في المقام خيار تبعض الصفقة. وحيث أنّ هذا الإحتمال بعيد عن مساق إنشاء البيع في مورد الإخبار بالكيل، فلا يبق مجال لخيار تبعض الصفقة كما لا يخفى.

* * *

ثم إن التقدير الرافع للغرر غير مختص بالوزن والكيل، بل ربّما يرتفع بالذراع، بل ربّما ينحصر رفعه به كما في الثياب والأراضي، إلا إذا اتسعت بنحو لا يقدر كزبرة الحديد، أو كان قوام مالهته بخصوصيات أخرى غير مرتبط بمساحة، فإنه أيضاً ممّا لا يعتنى بها أيضاً في مقام البيع كسائر صفاته، كما

لا يخفى.

* * *

هذا (و) على أي حال (يجوز إبتيع بعض الجملة) إذا كان بأحد الكسور (مشاعاً إذا علمت نسبته) نصفاً أو ربعاً وأمثالها فراراً عن الغرر، بلا إشكال؛ للعمومات، وتسلم المسألة في الكلمات.

وإنما الكلام فيما لو كان بنحو الكلي في المعين كبيع صاع من الصبرة الخارجية، وذلك لا يكون إلا بجعل طبيعة الصّاع من الصبرة عنواناً للمبيع، لامرأة إلى ما هو فرد منتشر في سائر طبيعتها، ولا كسراً مشاعاً سارياً في تمام أجزاء الصبرة، بنحو يكون متعلق البيع مقداراً من الكسر، الذي نسبته إلى المجموع كنسبة الصّاع إلى الصبرة، بأن يكون الصّاع مرأةً لهذا الكسر، وكان متعلقه نفس عنوانه الساري فيها بمجموعها، لافي كل جزء منها، إذ الأخير من باب بيع بعض الجملة مشاعاً يجعل البعض هو الكسر بعد العلم بالنسبة بين الصّاع والكسور، أو نفس عنوان الصّاع الذي له نحو تعين في قبالة الكسور أيضاً.

والأول من باب بيع الفرد المنتشر المبهم، ولا يبعد قيام الإجماع على عدم وقوع البيع عليه، بل سائر المعاملات حتى الصّالح الجاري فيه الغرر أيضاً فضلاً عن غيره.

وهذا بخلاف صورة جعل عنوان المبيع الطبيعة الصرفة الموجودة في الصبرة، فإنه كليّ متعين ذاتاً. غاية الأمر مثل هذا الكلي تارة مضاف إلى الذمة، وأخرى إلى الصبرة الخارجية.

ثم إن هذه الطبيعة كسائر الطبائع، تارة اعتبرت مجردة عن جميع الخصوصيات حتى من حيثية السريان في ضمن الأفراد أو قيد الوحدة، وأخرى تعتبر مقيدة بقيد الوحدة.

وذلك أيضاً تارة بالوحدة بشرط لاعن عدم الزيادة، وأخرى لا بشرط. والطبيعة المجردة المحضة أوسع دائرة عن بقية إعتبارات الطبيعة؛ لقابلية إنطباقها على جميع مراتب الكمّ فوق الواحدة، كما أنّ الأول لا ينطبق على جميع الاحاد، بخلاف الاعتبار الثاني فإنّه لا ينطبق على مراتب الكمّ فوق الواحد. كما أنّ الأول لا ينطبق على جميع الآحاد أيضاً إلاّ بنحو التبادل، فهو من هذه الجهة كمدلول التكررة، إلاّ أنّ الفرق بينهما هو أنّ الحكم المتعلق به لا يسري إلى حيثية تشخصه، بخلاف التكررة فإنّ الحكم فيه متعلق بأحد الشخصيات على وجه يقع الشّخص بخصوصه مصداق الأمثال مثلاً. وعلى أيّ حال لا إشكال في تصوير الكلّي الخارجي قبال الذمي، إذ لانعني من الكلّي إلاّ ما هو المنتزع عن صرف وجود الشيء، الطارد لعدم المستند إليه الآثار المشتركة، نظراً إلى استحالة صدور الواحد من المتكثّر، والمتكثّر من الواحد.

* * *

وتوهم أنّ الطبيعي المحض قبل وجودها، بل قبل قبض واحد من أفرادها غير متحقق في الخارج، كيف ولا يكون في الخارج إلاّ الحصص الخاصة الغير المملوكة لأحد قبل القبض، فلاحيص إلاّ من الإلتزام بكونه ذهنياً محضاً. غاية الأمر اعتبر وجوده في الذمّة، وأنّ الخارج من الصبرة المعينة مأخوذة في شرط أدائها.

مدفوع بأنّه كيف يمكن الإلتزام به مع إقتضائه عدم صيرورة تلف الصبرة بتمامها موجباً لتلف المبيع قبل القبض، بل غاية الأمر كان موجباً لخيار تخلف الشرط، والحال أن بناءهم ليس على ذلك، بل يلتزمون بإنفساخ المعاملة بالتلف المزبور، مع أن وحدة المفهوم تحكي عن وحدة المنشأ خارجاً.

غاية الأمر هذه الجهة الواحدة بشدة إندكاكه في المتكثّرات بمثابة لا يمكن

تميزها عن غيرها في ضمن الفرد ولو عقلاً، وإنّما الممكن الإشارة إليها بتوسط العنوان الحاكّي عنها ذاتاً أم عرضاً. ولذا يكون المقوم للعالي مقوماً للسافل ولا عكس، والمقسم بالعكس. وبذلك نلتزم بأنّ الحكم الثابت للطبيعي يسري إلى الفرد لبعض جهاته لاجمعها، من دون فرق بين التكاليفيات والوضعيات. غاية الأمر في سرّاية الحكم إلى الخصوصيّة في الوضعيات كالملكية مثلاً يحتاج إلى قبض المالك، فقبل القبض لا يستحق من الفرد الخصوصيات الزائدة عن الطبيعة الصّرفة المحفوظة في ضمن جميع الأفراد. وهذه الجهة كان إختيار التعيين بيد مالك الصّبرة؛ لأنّه المالك للخصوصيات، بخلاف المشاع، فإنّ كلا الطرفين مالكان للخصوصيّة، فكان إختيار الاقراض بيدهما، كما لا يخفى.

* * *

وحيث إتضح ذلك فنقول: إنّ في بيع الصّاع من الصّبرة طبع العبارة يقتضي أن يكون المبيع هو الطبيعة الصّرفة العارية عن جميع الحثيات، بعد الجزم بكون التنوين فيه تنوين تمكن لا تنكير، وإلّا يلزم بطلان البيع للابهام، كما أشرنا، فلا يستفاد من مثله تقيدها بقيد الوحدة بأحد معنيه أصلاً. فإن قلت: بناءً على ذلك يلزم كون المشتري للطبيعة الصّادقة على القليل والكثير، المستتبع لأنطباعه على تمام الصّبرة عند قبضها بعنوان الوفاء بالطبيعة مالكاً لتمامها، وليس كذلك، ولذا قال في الإيضاح بأنّ المبيع هو الطبيعة المقيدة بالوحدة بشرط لا^(١)، فراراً عن هذا المحذور.

قلت: ذلك كذلك لولا مزاحمة مقتضى ملكية الطبيعة الصّرفة مع المقتضى التعييني في ملكيّة الزائد عن الواحد، وإلّا فيستحيل مزاحمة المقتضي القائم بالجامع مع المقتضي لضده في الخصوصيّة الزائدة عن الواحدة، كما هو الشأن

في باب التكليف أيضاً. فلا جرم ينحصر ملك المشتري في الواحد بشرط لا، ولكن لامن جهة تقييد البائع العنوان المأخوذ في إنشاء البيع بالواحدة المزبورة، بل الضيق المزبور إنَّها يعرض الطبيعة عقلاً لوجود المانع عن الإنطباق على الزائد عن الواحد، وبه يصير صدقه على كل واحد تبادلياً مثل النكرة، وإن لم يكن من النكرة إلى الإبهام المبطل للمعاوضة.

ومثل هذا المعنى ربَّما يمتاز عن الطبيعة المطلقة المحضة، القابلة على الصدق على جميع الاحاد عرضياً.

* * *

ومن نتائج ذلك هو أنه لو فرض وجود فردين من الصّاع، فتلف أحدهما وبقي الآخر، فعلى المعنى الأول كان الطبيعي قابلاً للصدق على كل واحد صدقاً عرضياً، فبانعدام أحدهما يخرج المورد عن القابلية المزبورة، فينحصر مورد صدق الطبيعة على الموجود فعلاً.

ولازمه حينئذٍ صيرورته ملكاً للمشتري قهراً، بلا احتياج إلى قصد تعيين فيه؛ لصدق وجود الطبيعة الصّرفة المملوكة، وعدم تلف الطبيعة، إذ تلفه بتلف تمام الأفراد.

* * *

وأما على المعنى الثاني لاشبهة في صدق تلف الواحد بشرط لا، كما يصدق وجود الواحد بشرط لا، فإذا فرض تعلّق ملكية المشتري بالواحد بشرط لا، لاوجه لإنطباقه على الموجود قهراً، بل نسبة موضوع الملكية بالنسبة إلى الباقي والتالف كنسبة واحدة، فترجيح احدهما في معروض الملكية يحتاج إلى مرجح من الخارج، وهو ليس إلاّ بإختيار المالك تطبيق ملك المشتري على الموجود بلا تمليك المشتري له قهراً على المالك.

غاية الأمر في المقام شيء، وهو أن مقتضى إطلاق وجوب الوفاء بضمون

العقد لزوم صرف تطبيق المالك وإختياره نحو الوجود؛ لأنّه لازم إطلاق وجوب الوفاء من حيث تحصيل المقدمات مع الإمكان وقدرة الامتثال كما لا يخفى .
وحينئذٍ فوجوب الوفاء بهذا الفرد أوجب تعيين ملك المشتري في الموجود، لا أنّ تعينه موجب لوفائه، كما في الفرض السابق .

* * *

ثم بعد وضوح الفارق بين الطبيعة المطلقة والمضيقة المنحصر فردها بالواحد بشرط لا كما عرفت، نقول: إنّهُ لو فرض قبض الصبرة المشتملة على الصّاعين بعنوان الوفاء بملك المشتري، ففي هذه الصورة أيضاً لا يكون المشتري إلّا مالكاً لأحد الصّيعان بشرط لا، كما أن المالك للصبرة أيضاً مالك للخصوصيّة بلا تعيين مال المشتري بالقبض المزبور في المعين .

وحينئذٍ لو تلف أحد الصّاعين لا يكاد يتعيّن الوجود في ملكيّته للمشتري، كيف ونسبته إلى التالف والموجود سواء بلامرّجح خارجي يوجب تعيين الموجود في ملكيّته للمشتري . ولازمه كون نسبة الموجود إلى البائع والمشتري على السواء، فحساب التالف على أحدهما ترجيح بلامرّجح . فلازمه حينئذٍ حساب التالف عليهما، والموجود أيضاً كذلك .

وتوهم أن ردّ مال الغير يجب على المشتري، فيكون ذلك بمنزلة وجوب الوفاء بالعقد على البائع، فكما أنّ مثل هذا الوجوب بإطلاقه موجب لتعيين الموجود للمشتري، كذلك هذا الوجوب أيضاً موجب لتعيين الوجود للبائع عكس السابق .

مدفوع بأنّ مال الغير الذي هو موضوع وجوب الردّ بمنزلة العقد، الذي هو موضوع وجوب الوفاء، فكما أنّ الوجوب بالنسبة إلى العقد الذي هو موضوعه مشروط لا يقتضي الوجوب المزبور حفظه، كذلك مال الغير الذي هو موضوع

وجوب الردّ أيضاً، كان بمنزلة شرط التكليف بحيث لا يقتضي الوجوب حفظ شرطه.

وحينئذٍ فع ترددده بين التالف والباقي، لا يقتضي وجوب الردّ حفظ المال في الموجود، بخلاف وجوب الوفاء بالعقد، فإنّه من غير ناحية العقد مطلق، فيجب بإطلاقه حفظ سائر جهات الوفاء به، ولازمه تعيين مال المشتري في الموجود كي به يوفي عقده.

وحينئذٍ كم فرق بين وجوب ردّ مال الغير ووجوب الوفاء بالعقد، فإنّ في الثاني يجب حفظ ماله دخل في وجوب الوفاء بالعقد بعد الفراغ عن وجود موضوعه، بخلافه في الأوّل فإنّ الموضوع فيه نفس مال الغير، فوجوب الردّ فيه منوط بوجوده، فلا يصلح مثل ذلك لإحراز وجوده. وذلك عمدة النكته الفارقة بين مسألتنا هذه وبين المسألة السابقة كما هو ظاهر.

وهو الوجه أيضاً في ذهاب المشهور بكون الباقي للمشتري في صورة التلف قبل القبض، بخلافه في فرض التلف بعده، فإنّ بناءهم على كون التلف عليهما والموجود بينهما.

ومن التأمل فيما ذكرنا أيضاً ظهر وجه الفرق بين مسألة بيع الصاع من الصبرة وبين بيع الصبرة باستثناء الصاع أو الأبطال، فإنّ قبض الصبرة أيضاً لا يوجب تعيين مال البائع في الصبرة في صاع معين، بل مال البائع على وحدته بشرط لا باق بحاله، فلو فرض تلف الصبرة بأجمعها إلّا صاعاً منها، لا يقتضي الاستثناء المزبور تعيين الباقي للبائع، والمفروض أنّه ليس في المقام كفرض التلف قبل القبض أيضاً معيّناً للموجود في لزوم كونه للبائع، إذ ليس في المقام أيضاً إلّا عنوان وجوب رد مال الغير، الذي هو بالنسبة إلى حفظ المالية للغير مشروط، بخلاف عكس المسألة مع كون التلف قبل القبض، إذ يكفي فيه إطلاق وجوب الوفاء بالعقد من غير جهة وجود العقد المستتبع لوجوب تعيين

الموجود للمشتري مقدّمة لوجوب الوفاء بالعقد.

* * *

ويمثل هذه البيانات إتّضح وجه الفرق بين المسائل الثلاث، بل ويكون النص الوارد في إستثناء الارتال على القاعدة لاختلافها.

وحينئذ لا يبقى في البين عويص إشكال في الفرق بين المسائل الثلاث، كي يحتاج إلى الإلتزام بكون الفارق هو النص أو الإلتزام ببعض المحاذير الأخر، كما لا يخفى على من راجع كلمات شيخنا العلامة، خصوصاً فيما أفاده أخيراً، إذ هو إنما يتم لو كان الصاع مقياس أحد الكسور المنسوبة إلى المال بتمامه لانفس الصاع، كما لا يخفى على من تأمل. ولقد تعرضنا لشرح هذه الجهات في بيعنا المستقل، وتعرضنا هناك لبعض الكلمات عن بعض المشتريين بالتحقيق، وهي بالإعراض في هذا المختصر العزيز جدير وحقيق.

* * *

بقي في البين فرعان آخران:

أحدهما: أنه لو باع صاعاً من الصبرة لأحد، وباع صاعاً آخر لغيره، فتلفت الصبرة إلا صاعاً منها، فهل هو مختص بالمشتري الأول أو هو بينهما؟ قيل: فيه وجهان مبنيان على أن الطبيعة المضافة إلى الخارج هل هي بنفسها خارجية، أو أن الخارج ظرف منشأ إعتبارها، وإلا فهو من الإعتباريات المحضة القابلة لطرد سائر الاعتبارات عليها ولو لم يكن لها وجود في الخارج.

فعلى الأول يختص الصاع الموجود بالمشتري الأول؛ لأنه بمجرد بيعه نقص من الصبرة الخارجية صاع، فلم يبق للمالك إلا الصبرة الخارج منها الصاع، فالبيع الثاني ورد على الكلي الموجود في هذه الدائرة. ومن المعلوم أنه تالف بأجمعها.

وأما على الثاني لم يرد نقص من قبل البيع الأوّل على الصبرة، بل هو من قبل بيع الكلي في الذمة، الغير الموجب لخروج شيء في المصاديق الخارجيّة عن ملك المالك. ولازمه كون الموجود من الصاع بينهما؛ لأن احتساب التالف على أحدهما دون الآخر ترجيح بلامرّجح.

هذا ولكن يمكن أن يقال: إنّ ما أُفيد إنّما يتم في صورة كون المراد من الصّاع الطّبيعة المحضة الصادقة على المصاديق الموجودة صدقاً عرضياً، فإنّ البيع الثاني على فرض خارجية الطبيعة المزبورة ورد على الصّاع المستثناة عنه طبيعة الصّاع، المنطبق قهراً على الموجود بلاصلاحية إنطباقه على المعدوم، ومعلوم أنّ مثل هذا الصّاع تلف بتمامه بتلف بقية الصّيعان.

وأما لو كان المراد الصّاع المقيّد بالواحد بشرط لا، ولومن جهة حصر إنطباق الطبيعة الصّرفة لوجود المانع على مثله، فلاشبهة في أنّه لا يكاد إنطباقه على الصّيعان إلّا تبادليّاً، ولازمه قابلية صدقه على الباقي والتّالف.

ولازمه حينئذٍ قابلية إنطباق الصّاع من الصّبرة إلّا الصّاع أيضاً على الموجود والمعدوم وحينئذٍ تعيين تطبيقه على خصوص المعدوم ترجيح بلامرّجح، وعلى هذا فالتحقيق في الفرع المزبور، وهو الحكم بالشركة على أي تقدير بين المشتريين، لا تعيين الصّاع لخصوص المشتري الأوّل والله العالم.

ثمّ إنّّه يعتبر في صحة بيع الكلي في المعيّن تساوي أفراد الصّبرة في الخصوصيات الخارجيّة المقوّمة للماليّة، وإلّا فمَع اختلافها فربّما يجيء في جامعها القابل للانطباق على أي واحد الغرر الوصفي. نعم لو فرض عدم اختلاف في الخصوصيات المزبورة لا يكاد يتصور حينئذٍ اختلاف بين الأفراد في صرف المالية. وعلى فرض التّصوّر لا يضّرّ الغرر بهذه الجهة في صحّة المعاملة، كما أشرنا إلى وجهه سابقاً.

وأيضاً يعتبر العلم باشمال الصّبرة بمقدار المبيع، كي لا يلزم غرر وجودي

في المبيع، وبعد العلم بالاشتمال لا يعتبر العلم بمقدارها؛ لأنه خارج عن المبيع. نعم في صورة كون الصّاع عنواناً للكسر المشاع لا بدّ من العلم بمقدار الصّبرة أيضاً، كما لو كان المبيع مجموعها إلا الصّاع، وذلك ظاهر.

ثانيهما: إذا شاهد عيناً على وصف في زمان وشكّ في وقت آخر في بقاء ذلك الوصف وعدمه، فإن إقتضت العادة بقاءه على وجهه يوجب الوثوق به فلا خطر وجداناً عند العقلاء، كما لا إشكال في عكسه. ومع عدم إقتضاء العادة شيئاً تحييء في البين شبهة الغرر بلاصلاحية المورد لجريان الإستصحاب التعبدي، لعدم ترتب أثر شرعي عليه..

وحينئذٍ لا يجدي بيعه مبنياً على وجدان الوصف؛ لأنه إنّما يصحّ في البيع الصحيح ولا يصلح لا ثبات صحته كما تقدّم. نعم لا بأس بالاتكال بتوصيف البائع بمناط كونه مخبراً عن الواقع مع الوثوق بكلامه، وأنّه كان توصيفه عن دراية، وإلا فجرد إلزامه بوجوده الغير المرتبط بالحكاية عن الواقع لا يجدي في رفع الغرر، كما لا يجدي فيه شرطه الضمني، كما لا يخفى^١.

* * *

(و) كيف كان (يجوز الإندار للظروف بما يقارها) بلا إشكال ظاهراً في الجملة، والأصل في ذلك جملة من النصوص المعمول بها لدى الأصحاب. فمنها رواية حنان المشتملة على قوله: «إنّا نشري الزيت في زقاقة فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له: «إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه»^(١).

وفي آخر: فربّما يزيد وربّما ينقص، فقال: «إذا كان ذلك كلّه عن تراضٍ

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٣ حديث ٤ باب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

منكم فلا بأس»^(١).

وفي ثالث: «إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضينا»^(٢).
وفي رابع: ربّما نشتري الطعام من أهل السفينة ثم نكيّله فيزيد قال:
«وربّما ينقص»؟ قلت: وربّما ينقص، فقال: «إذا نقص ردّوا عليكم»؟
قلت: لا، قال: «لأبأس»^(٣).

هذه جملة من النصوص الواردة في الباب، ولا يخفى أنّ مضامين هذه
التصوص متفقة في الدلالة على جواز بيع المظروف في ظرفه بعد العلم بوزن
المجموع مع الإندار، وظاهر قوله: «إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق» عدم كون
الإندار طريقاً لرفع الغرر. ويؤيده قوله: «وربّما يزيد وربّما ينقص» الظاهر في
إبداء الاحتمال، نظير قوله: «وربّما تعجل به الدم» في الدّم المتقدم على
العلدة.

وحينئذٍ لا مجال لحمل مضامين هذه النصوص على القاعدة، بجعل الانداز
طريقاً لرفع الجهل، ولو من جهة علم المندر بوزنه لاخبار وغيره، فيكون إنداره
بمنزلة إخبار البائع بوزن البقية، بل سياقها ظاهرة في اكتفاء الشاك في مثلها
برفع مرتبة خاصة من الغرر الحاصل بكيّل مجموع المظروف، بيع ظرفه بلا إعتناء
منه بباقي المراتب.

وحينئذٍ فيقتصر في خلاف القاعدة بالمتيقن من صور احتمال الزيادة
والنقصان، بلا شموله لصورة العلم بأحدهما.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٢ حديث ١ باب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٣ حديث ٣ باب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

والجوالق: الوعاء. الصحاح ٤: ١٤٥٤ فصل الجيم.

(٣) وسائل الشيعة: ١٢: ٤٠٣ حديث ٢ باب ٢٧ من أبواب أحكام العقود، مع اختلاف في بعض
الألفاظ.

ثم إن الحكمة في الإندار تعيين مقدار ما يستحقّ البائع من الثمن، سواء في فرض جعل الثمن في قبال كلّ من أو رطل، أو في قبال المجموع، إذ من الإندار يستفاد نقص الثمن بنسبة ما أندر إلى المجموع.

وكيف كان ظاهر بعض النصوص السابقة إعتبار التراضي من الطرفين، ولازمة كون الإندار مأخوذاً في أصل المعاملة، لا في مقام الوفاء بها، كيف وفي الثاني كان الإندار راجعاً إلى إسقاط البائع ماعلى المشتري مقدار من الحقّ في متن عقده، وذلك حق البائع بلا دخل لرضى المشتري فيه أبداً.

وحينئذٍ فلا بد من جعل إعتبار التراضي من الطرفين قرينة على كون الإندار مأخوذاً في أصل المعاملة المرتكز في الذهن إعتباره فيها، وبمثلهما يقيّد إطلاق بقية النصوص من تلك الجهة، إذ هي في مقام نفي البأس عن المعاملة من ناحية الجهل بمقدار الظرف فارغاً عن الصحة عن سائر الجهات، فعموم: (تجارة عن تراض)^(١) باق بحاله.

نعم ربّما يوهّم قوله: (فيحسب) بعد قوله: (نشتري)، كون الإندار عقيب الشراء، وهو يناسب مع كونه مأخوذاً في مقام الوفاء.

ولكن يمكن دعوى أنّ المراد منه الإحتساب في ضمن الشراء، نظير الكيل والوزن المصحح للمعاملة، ولا أقلّ من الشكّ، فأصالة بطلان الغرر من البيع كونه مأخوذاً فيه، فإنّه حينئذٍ رافع لمرتبة خاصّة من الغرر في المعاملة، وإن لم يرفع كليّه، كما لا يخفى.

ثم إن المنساق من أخبار الباب صحّة المعاملة بالإندار، ولو انكشف خلاف ما أندر بلا إستحقاق أحدهما على الآخر شيئاً، من جبر نقص أو خيار، كما يومئ إليه أيضاً قوله: «إن نقص ردوا عليكم؟» قال: لا، فقال: «لابأس».

وأيضاً ظاهر التصوص كون المورد ما تعارف فيه بيع المظروف في ظرفه، ولا يعتبر فيه بيع المظروف مع ظرفه، وإلا فهو داخل في عنوان آخر من كلماتهم، وذلك أيضاً لابد وأن ينزل على صورة إحتساب الظرف عرفاً من تبعات المظروف وكون الظرف من جلوده وشؤونه، لا أنه من وعائه الأجنبي عنه ولعل نظر المنكر إلى هذه الصورة، وإلا فهو خلاف ظاهر تسلم الجواز في الكلمات، كما لا يخفى.

* * *

(ويشترط في كل مبيع) علاوة على التقدير بالمقدرات السابقة (أن يكون مشاهداً، أو موصوفاً بما يرفع الجهالة) ، بلا إشكال ؛ لكبرى الغرر الرافع للجهالة من حيث الصفات والخصوصيات الدخيلة في رغبة العقلاء ومحط أنظارهم، على ما تقدم في شرحه، وتقدم أيضاً أن المشاهدة السابقة كافية مع اقتضاء العادة بقائها على ما كان حين البيع؛ لكفاية الوثوق بوجودها حين البيع في رفع الغرر، وأن كفاية التوصيف فيه أيضاً بمنأط إيجابه الوثوق بالواقع كإخباره، لا بمنأط مجرد إلزام الواصف بوجودان تمامه، بملاحظة إستتباع الشرط الضمني للخيار، لما تقدم من أن الشرائط الضمنية في ظرف صحة المعاملة موجبة للخيار، فكيف يثبت بها الصحة كما هو ظاهر.

* * *

وكيف كان (فإن وجد) العين بعد التوصيف في متن العقد أو المشاهدة حينه (على الوصف) فهو (وإلا كان له الخيار)، كما هو الشأن في كلية موارد تخلف الشروط في ضمن العقود الخارجة عن حيلة القدرة عن تحصيلها من جهة، وعموم نفي الضرر الجابر له بخيار البائع، بعد الجزم بكون العقد في أمثال هذه الأوصاف الغير المقومة للعين عرفاً من باب تعدد المطلوب، لا وحدته، وإلا ففي فرض التخلف في الأوصاف المقومة لا تقتضي القواعد إلا

البطلان؛ لعدم صدق ورود العقد على الفاقد كي يثبت فيه خيار للطرف. كما أنه مع إمكان تحصيل الشرط كخيطة مثلاً، مقتضى وجوب الوفاء بالشرط إلزام المشروط عليه على التحصيل، ومع عدم التمكن عن الإلزام يرفع أمره إلى الحاكم.

وليس المقام مقام إثبات الخيار بعموم نفي الضرر، إذ مثل هذا الضرر ما جاء من قبل العقد محضاً بمنأى نقض غرض البائع أو المشتري، وإنما جاء من قبل عدم إقدام المشروط عليه، وهو ضرر خارجي غير مجبور بالخيار بعموم نفي الضرر، كما هو الشأن في صورة عدم إقدام الأجير الخاص على عمله، فإنَّ للمستأجر ليس إلا إلزامه كما لا يخفى.

فروع: لو اختلف البائع والمشتري في أصل التغيير، فادعى المشتري تغييره فله الخيار، وأنكر البائع فلا خيار.

قيل بأن مقتضى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه تقديم قوله، ولكن يمكن أن يقال: إنَّ المقام من باب الشك في أصل تعلق الحق بأزيد من الموجود، ولئن شئت قلت: إنَّ مناط الخيار بعد ما كان ضرورة العقد، فالأصل المزبور لا يثبت هذا المعنى، بل أصالة عدم إتصاف العقد الوارد على الموجود بكونه ضرورياً لزوم الوفاء به، فلا خيار، وبه يقدم قول مدعي اللزوم على مدعي الخيار.

ومن هنا ظهر حال ما لو علم بالتغيير، وشك بأنه حصل في يد المشتري فلا خيار، أو في يد البائع ولو قبل قبضه فله الخيار. فالأصل السابق في المقام أيضاً يثبت اللزوم، من دون فرق بين صورة العلم بتاريخ التغيير فقط، أو تاريخ العقد كذلك، أو الجهل بهما، إذ لا أثر لمثل هذه العناوين إلا بتوسط عنوان الضرر الذي هو من اللوازم الغير الشرعية، فلا مجرى للأصل في مثله إلا بالنسبة إلى عنوان اللازم، بل ولئن شككت في مثل هذه الأصول الجارية في الأعدام

الأزليّة، لا محيص من الرجوع إلى أصالة التلّزوم بعد سقوط العمومات في الشبهات المصادقيّة، كما لا يخفى.

* * *

(ولوافترقت معرفته إلى الإختبار جازبيعه بالوصف أيضاً، ويتخير مع خلافه) فيما كان لو صفه نحو انضباط على وجه يكفيه توصيف البائع أو إخباره بوجوده، وإلا فلا يجديهِ إلا اختباره، كما لو كان محط التّظر خصوصيّة مراتب وصفه من لونه أو طعمه أو ريحه أو غيرها، إذ حينئذٍ لا طريق لرفع الغرر إلّا إخباره.

ثم إنّ ذلك أيضاً فيما لا يكون للوصف دخل في سلامة العين، وإلّا بأن يكون فاقده محسوباً من المعيب، فأصالة السّلامة كافيه عن التّوصيف والإخبار، ولازمه عند التّخلّف الخيار أو الأرش، كما سيأتي الكلام فيه في خيار العيب. بل وربّما يظهر أيضاً أن منشأ الخيار جهة تخلّف الشرط، بخيال أن رفع الغرر في مثل هذه المقامات إنّما هو بملاحظة وقوع العقد مبنياً على وجود الوصف المستتبع للخيار، كيف وقد اشرنا أيضاً بأن مثل هذا الشرط ليس رفعه الغرر بملاحظة إستتباعه الخيار عند تخلّفه، إذ ترتّب هذا اللازم إنّما هو في طرف الفراغ عن صحّة الشرط، فلو جاءت الصحّة من قبله لدار، فلا محيص من كون منشأ رفع الغرر هو الوثوق بقول البائع، أو بنائهم على أصالة السلامة المساوق لبنائهم على عدم كون السّلامة مجهولاً وخطرياً، فلا جرم تصير مثل هذه الأمور حاكماً أو وارداً على كبرى الغرر.

* * *

وحينئذٍ لا طريق لنا في إثبات كون إقدامهم على المعاملة في هذه المقامات حتّى في صورة الإخبار بالوصف، فضلاً عن إتكالهم باصالة السّلامة، من باب وقوع العقد مبنياً على وجود الوصف، بعد إحتمال كون الإخبار أو الأصل

داعياً لهم على الإقدام، لاشترطاً ضمناً.

بل عمدة الوجه فيه كبرى الضرر في فرض الإخبار؛ لأنّ البائع بإخباره أوقعه في الإقدام على المعاملة الضررية، فيجبر بخياره. كما أن في فرض الإقدام بأصالة السلامة التصوص الخاصة وافية لإثبات الخيار، مع قطع النظر عن مرحلة تخلف الشرط.

وحينئذ لا نقاس مثل هذه المقامات على صور الإقدام بداعي الاسترباح في المعاملة مع إنكشاف الخلاف، حيث أنّ بناءهم أنّ تخلف أمثال هذه الدواعي في المعاملات لا توجب شيئاً، إذ الضرر الناشيء من قبل هذه المعاملة ما كان بتسبب من البائع، ولا موجباً لنقض الغرض العقدي؛ لعدم تخلف القصد العقدي عما تعلق به حسب الفرض، فلا موجب للخيار.

ولعلّ ذلك هو الوجه في تخصيصهم وجه إقدام المشتري باخبار البائع لا الأجنبي، إذ إخبار الأجنبي بمنزلة الداعي الخارجي على الإقدام على الضرر بلا تسبب من البائع، فلا يوجب مثله، كتخلف سائر الدواعي خياراً، كما لا يخفى.

هذا، بل ولئن شئت تقول أيضاً: إنّ الخبر الواحد في الموضوعات بعد ما لم يكن حجة شرعاً، وكان بناء العقلاء عليه مردوعاً، فلا يكون الإخبار - بما هو إخبار - رافعاً للغرر، بل لا بد وأن يكون من باب إخبار ذي اليد من البائع أو وكيله. وحينئذ لا يثمر إخبار الأجنبي وتوصيفه في رفع الغرر أيضاً، كما لا يخفى.

* *

ثم إنّ من نتائج عدم دخل حيثية الإلتزام بالوجود ضمناً في رفع الغرر، بل رفعه مستنداً إلى حيث جهة الخبرية وأصالة الصحة عدم إقتضاء تبري البائع عن العيوب بطلان المعاملة، إذ التبري المزبور لا ينافي حجية الأصل الرافع للغرر، وإنما ينافي الإلتزام بوجوده، فلو كان ذلك هو المناط في رفع غرر المعاملة

يلزم صيرورة المعاملة بتبريه غريباً، ولاأظن إلتزامهم به، وذلك ممّا يشهد على أن مناط رفع الغرر في موارد أصالة السلامة والصحة حيث الحجية، لاجهة الإلتزام بوجوده في متن العقد ضمناً، كما هو ظاهر.

ثم إن مجرى أصالة الصحة أيضاً صورة عدم إقتضاء عيبه إنقلاب حقيقته عرفاً، وإلاّ في أصالة السلامة إشكال، إذ ظاهر أنّ أصالة الصحة في الأعيان إنما يجري في فرض إحراز الحقيقة والعنوان، كما هو الشأن في أصالة الصحة في الأفعال.

وحينئذٍ ربما يجري في مثله الغرر في أصل الوجود، فيبطل البيع؛ لعموم الغرر.

ولئن كان عيبه موجباً للشك في مالّيته مع حفظ عنوانه، فلاقصور في جريان أصالة السلامة، وكونها طريقاً إلى مالّيته، بل عليه السيرة في موارد.



(ولوأدى إختباره إلى الافساد جازشراؤه) بلاإختبار مع فرض عدم إمكان توصيفه، لغرض عدم إنضباط في مراتب وصفه المحتمل، إذ حينئذٍ أمكن دعوى كون المقام من المصاديق الغير الممكن رفع غرره كزبرة الحديد، وأن أدلة الغرر أيضاً قاصرة، فتدخل هذه الصورة الغير الممكن الطريق إلى رفع غرره، ولا أقل من دعوى تخصيص عموم دليل الغرر في أمثال هذه الصورة بالسيرة المستمرة.

نعم لو كان المورد من باب الجهل بصفته المنضبطة القابلة للتوصيف الرافع للغرر، ففي الإكتفاء بالبيع المزبور بلا توصيف إشكال؛ لعموم مانعية الغرر حينئذٍ.



وعلى أي حال في فرض بيعه بلا توصيف واختباره (فإن خرج المبيع

معيباً أخذ أرشه، وإن لم يكن له قيمة بعد الكسر أخذ الثمن) بلا إشكال في الأول بضمّ ثبوت خيار العيب له أيضاً، لعموم دليله، وكذا في الثاني في صورة كشفه عن عدم المالية قبل البيع، لبطلان المعاملة في الواقع، المقتضي لوجوب ردّ تمام القيمة المأخوذة عيناً أم بدلاً.

وأما لو كان فسادُه جاء من قبل فتح بابه، فلما وجب للردّ، نعم لو كان موجباً لازدياد ما كان عليه من الفساد كان المقام من صغريات إحداث العيب الجديد في زمان الخيار، من عدم إقتضائه سقوط الخيار، وتعيّن أخذ أرشه، بل له الردّ مع إعطاء أرشه الحادث بالعيب الجديد، كما سيأتي شرحه في محله إن شاء الله.

* * *

(و) كيف كان (لا يجوز بيع السمك في الأجمة، ولا اللبن في الضرع، ولا ما في بطون الأنعام)، بلا إشكال فيها مع عدم الضميمة للفرر. وإنما الكلام في بيعها مع ضمّ شيء معلوم إليها، سواء كان أمراً خارجياً، أو مأخوذاً من نفسها. والمشهور على المحكي أيضاً على عدم إصلاح أمره بالضميمة المعلومة، خلافاً لجماعة منهم الشيخ، المحكي عنه مصيره إلى الجواز^(١)؛ للنصوص الخاصة الواردة في المسألة تارة بلسان: «أنه إذا لم يكن في الأجمة شيء من القصب أخرج من السمك شيئاً، فباع وما في الأجمة»^(٢)، وظاهره مفروغية جوازه مع ضميمة القصب.

وأخرى بقوله: «لا بأس بأن يشتري الآجام إن كان فيها قصب»، بمحملة على شراء ما فيها مع القصب، ونظيره في ثالث.

(١) المبسوط ٢: ١٥٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٣ حديث ٢-٦ باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وفي آخر عن اللبن، وهو في الضرع قال: «لا، إلا أن يحلب سكرجة»^(١) إلى آخره، وفي ذيله: «إن لم يكن ما في الضرع شيء كان في السكرجة». وفي ثالث في مورد السؤال عن شراء الصوف مع الحمل، قال: «لا بأس إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف»^(٢).

وفي رواية إسماعيل بن الفضل بعد السؤال عن التقييل بخراج الرجال وجزية رؤوسهم وخراج التخل والشجر والآجام والمصائد والسمك والطيور، وهو لا يدري ولعله لا يكون شيء من هذه أبداً أيشتره؟ وفي أي زمان يشتري ويتقبل به؟ قال: «إذا علمت من ذلك شيئاً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل»^(٣). هذه جملة من النصوص الواردة في الباب، ولكن لا يخفى ما في الأخير من شمول إطلاقه صورة بيع السمك في الماء والطيور في الهواء بمحض الظفر بشيء منها مع خروج البقية عن حيلة القدرة على التسليم أو التسلم، ولا أظن التزامه من أحد، بل ربّما لا يكون كبرى القدرة على التسليم مربوط بكبرى الغرر، وأنه يكفي فيه كونه من المعاملة السفهية، ومجرد وجدان شيء منه لا يخرج بيع البقية عن السفه، كما سيأتي إن شاء الله.

وعليه فيمكن أن يقال: إن الرواية باطلاقه غير معمول به، كما أنّ الظاهر أيضاً من البقية أيضاً باطلاقها يشمل صورة كون ما هو المعلوم من الضميمة مجهول القدر، فهو أيضاً خارج عن محط كلماتهم، إذ الظاهر منها كون الضميمة خارجة عن مصداق الغرر.

* * *

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٥٩ حديث ٢ باب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦١ حديث ١ باب ١٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٤ حديث ٤ باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وحينئذٍ يدور أمر هذه النصوص بين طرح إسنادها، أو تقييدها بصورة العلم. بخصوصيات الضميمة قدرأً ووصفاً، ولا ترجيح للآخر. لولا دعوى إقتضاء أصالة السند الأخذ بمضمونها بمقدار الإمكان، ولكن ذلك بعد الفراغ عن عدم الوهن في سندها بمصير المشهور على خلافها.

وفي الجواهر: ^(١) إن طرح هذه النصوص المعمول بها يحتاج إلى جرأة، وهو كذلك لولا إعراض المشهور عن إطلاقها، ولعلّه من ذلك التزام بعض بجواز بيعها إذا جعلت تبعاً لبيع الضميمة، وربّما أوماً إليه ما في بعض النصوص من وقوع الثمن بأزاء الضميمة، مع عدم وجود غيرها، وإلاّ في فرض الجزئية وبسط الثمن عليها لا معنى لذلك، لعدم تأثير البيع على خلاف القصد، كما هو ظاهر. والظاهر أن غرضه من التبعية جعل المقصود بالأصالة نقل الضميمة، وأن نقل غيره إنما قصد تبعاً لابنحو الشرطية في متن المعاملة، كي يدعى عدم الفرق في كلماتهم في الغرر الحاصل من الشرط أو الجزء، ولا بنحو التبعية العرفية كي لا يحتاج في نقلها إلى قصد أصلاً، كأشّ الجدار حتى مع الغفلة عن مقدارها أو عن وجودها.

وحينئذٍ لا قصور في شمول العمومات لمثله، بعد إنصراف أدلة الغرر عن مثله قطعاً. وعليه فلا بأس بالتعدي عن مورد النصوص إلى غيره، ولكن الإنصاف إبقاء النصوص عن هذا الحمل، بل ظاهر النصوص إيقاع البيع على المعلوم من الضميمة والمجهول في عرض واحد، فلا مجال للتعدي عن موردها على فرض الأخذ بها، خصوصاً مع ما في ذيل بعضها من وقوع الثمن قبال الضميمة، الذي هو خلاف قاعدة أخرى، كما هو الشأن في بيع العبد الآبق مع الضميمة، فإنّ مثل هذا البياني جارٍ فيها أيضاً. بمقتضى نصوصها.

وتوهم الأخذ بهذا البيان، وحمل جواز النقل في أمثال المقام على جوازه تبعاً، ليس بأولى من الأخذ بظاهرها، والالتزام بتخصيص القواعد بمقدار النص.

وحينئذٍ فهو في العبد الآبق مع للضميمة ثابت نصاً^(١) وفتوى، كما سيأتي إن شاء الله.

وأما في غيره فلا مجال للمصير إليها؛ لعدم مساعدة عمل المشهور على مضمون نصوصها، مع الغض عن إطلاقها الممكن دعوى الإجماع على خلافها. والإنصاف أنّ المسألة في غاية الإشكال، وأشكل منه التعدي من المنصوصات إلى كلّ مورد يكون الفرر من حيث الوجود محضاً، كما يؤول إلى ذلك كلمات الجواهر^(٢)، فضلاً عن التعدي منها إلى كل غرري ولو من غير جهة الوجود، إذ لم يلتزم به أحد حتّى باعتراف الجواهر^(٣) أيضاً.

* * *

ومن ذلك كلّ يظهر النظر فيما أفاده المصنف بقوله: (ويجوز لو ضمّ معها غيرها)، وإطلاقه يشمل غير صورة قصد غير المعلوم، تبعاً لنقل الضميمة، ولقد عرفت وجه الأشكال فيه، وفي تكملة استاذنا العلامة إطلاق المنع عن بيعها ولو مع الضميمة، وفي شموله لصورة قصد النقل تبعاً للضميمة مع جعل الثمن بأزائها فقط إشكال، ولقد عرفت التحقيق فيه فراجع.

* * *

(ولا) يجوز أيضاً بيع (مما يلحق الفحل)، ولا بيع المضامين، وفسر الأول بما

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٢ حديث ١ - ٢ باب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) الجواهر ٢٢: ٤٤٥.

(٣) الجواهر ٢٢: ٤٤٥.

في بطون الاثمهات وهي الأجنّة، والثاني بما في أصلاّب الفحول. ولا إشكال ظاهراً في فساد هذين البيهين حتى مع الضميمة فتوى ونصاً، بل في الجواهر: ما أجد خلافاً بين العلماء في فساد بيع الملاقيح^(١). والظاهر أن المضامين أيضاً مثله.

وفي النص أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الملاقيح والمضامين^(٢)، وفي جملة أخرى ما هو بمضمونه بلا إشكال فيه^(٣)، خصوصاً المضامين الغير المعلوم وجوده، بل وعدم إعتبار العقلاء ماليته في هذه الحالة، فلولا كبرى الغرر أمكن إدخال مثل هذه المعاملة في السفهية؛ لعدم القدرة على التسليم وتسلمه، وهو ظاهر.

* * *

هذا (ويجوز بيع المسك في فأره) على المشهور، وفي مرسلّة التذكرة أيضاً جواز بيعه^(٤).

وتوقم المانع عن الجواز تارة بنجاسته، وأخرى بكونه جزافاً بعد خروج الفأرة عن محط العقد مع الجهل بوزنه، مدفوع بمنع التجاسة للسيرة، كما تقدّم في محله، ومنع الاضرار في هذا المقدار من الجهل بعد كونه من المتعارف ببيعته كذلك، فكان المجموع بنظر العرف شيئاً واحداً، بعد كونه من قبيل القشر واللب، ولقد تقدّم هنا أيضاً الاغتفار بالجهالة في مورد يعد الظرف من تبعات المظروف عرفاً، ومن شؤونه كما فيما نحن فيه.

ولا يحتاج في صحّة بيعه إلى قبضه ومشاهدته، ولو بادخال الأبرة فيه وشتمه،

(١) الجواهر ٢٢ : ٤٤١.

(٢) وسائل الشيعة ١٢ : ٧٧ حديث ٣ باب ١٢ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) انظر وسائل الشيعة ١٢ : ٧٧ باب ١٢ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) التذكرة ١ : ٤٩٤.

كما لا يحتاج إلى توصيفه فيما كان منضبطاً بعد فرض إقتضاء أصالة السلامة وجدان وصفه المنضبط، وما في النص من النهي عن بيع ما لم يُر^(١) أو يوصف، محمول على غير صورة إقتضاء الأصل وجدان وصفه، إذ حينئذٍ يحتاج في رفع غرره إلى توصيفه، كما أنه لو لم يكن وصفه حينئذٍ بمراتبه غير منضبط يحتاج إلى الاختبار بادخال الإبرة كما لا يخفى.

ومن هذه البيانات، ظهر مدرك إختلاف الكلمات في المقام. ثم في فرض الفتق لو حدث به عيب كان المشتري الفاتق ضامناً، ولو قلنا بعدم مضمونية الشيء في يد السائم، إذ هو إنما يقتضي نفي ضمان يده، لا إتلافه، كما هو ظاهر.

* * *

وعلى أي حال من التأمل فيما ذكرنا ظهر وجه ما أفاده المصنف بقوله: (وإن لم يفتق)، وفي تكملة استاذنا العلامة احتاط بفتقه، ولعله من جهة التشكيك في إقتضاء أصالة السلامة تعيين مراتب وصفه المرغوبة في مالهته، كما أنه بملاحظة عدم إنضباطه لا يقع تحت التوصيف أيضاً، فلا طريق لتعيينه حينئذٍ إلا الإختبار الحاصل بفتقه كما لا يخفى.

* * *

(و) يجوز عند المصنف (بيع الصوف على ظهور الغنم) خلافاً للمحقق في شرائعه^(٢)، ويظهر ذلك أيضاً عن تكملة العلامة الاستاذ، حيث أسقطه وجعله تحت الكلية المشار إليها في كلامه من عدم جواز أن يكون المبيع مجهولاً جنساً وقدرًا، وفي جامع المقاصد منع صدق الغرر عليه، فقوى جوازه مطلقاً قبال من

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٩: حديث ٢- ٣ باب ٢٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) الشرائع ٢: ١٩.

ذهب إلى جوازه مع شرط جزه في الحال أو إبقائه إلى أوان جزه^(١)، ولعلّه من جهة عدم كون الصوف في حالة كونه على ظهور الأغنام من المكيل والموزون كي يعدّ بيعه بلاكيل جزافاً، بل هو حينئذٍ أشبه بالزرع قبل حصاده الكافي فيه المشاهدة مع تعيين الجزّة أو الجزّتين، كما لا يخفى.

ولأقل من الشك، فأصالة العموم في الصّحة محكمة، ولكن حكى شيخنا العلامة الشهرة على عدم جوازيه، وإنّما في رواية الكرخي: «(من ضمّ ما في البطون إلى العيون)» لم يقل به أحد، فكانت الرواية من تلك الجهة غير معمول بها. أقول: يمكن أنّ يقال: إنّ الاستفادة من ذيل الرواية كون الصوف ضميّة لبيع ما في البطون، وأن ذلك مصتحح ذاك لا العكس، وذلك لا ينافي بناءهم على عدم إحتياج بيع الصوف إلى الضميّة.

وحيثئذٍ لا بأس بالعمل بالرواية من تلك الجهة، غاية الأمر يطرح جهة مصححية بيع الصوف المزبور لنقل ما في البطون لكونه نظير سائر النصوص على خلاف المشهور، وإن إلّتمز بمضمونها في الجواهر^(٢) تبعاً لجمع آخر. وحيثئذٍ العمدة في التشكيك في رواية الكرخي^(٣) كونه بجهتيه على خلاف المشهور، ولعل فهمهم أيضاً قرينة شمول الجزاف لمثله أيضاً. ولكن في مقاومته للعمومات نظر، فالصّحة لا تخلو عن قوة، والله العالم.

* * *

(ولا بدّ أن يكون الثمن) مثل المبيع أيضاً (معلوماً قدرّاً ووصفاً بالمشاهدة أو بالتوصيف)، لعموم الغرر الشّامل للعوضين كما أشرنا سابقاً، وذلك أيضاً

(١) جامع المقاصد ٤ : ١١.

(٢) الجواهر ٢٢ : ٤٤١.

(٣) وسائل الشيعة ١٢ : ٢٦١ حديث ١ باب ١٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

فيما كان الوصف تحت ضبط، وإلا فلا محيص إلا من الاختبار. كما أن المشاهدة أيضاً إنما ترفع الغرر في مورد يكتفي العرف في رفع الغرر بمثله، كما لو لم يكن المهم من الخصوصيات المرغوبة من العين مخفية مع المشاهدة، وإلا فلا بد من إختباره بأزيد من ذلك من مثل مسحه بيده أو شمه بأنفه وأمثاله، كما هو ظاهر.

* * *

(ولا يجوز أن يبيع بدينار غير درهم نسيئة، ولا نقداً مع جهل نسبته إليه) فيما كان ماله دينار الذي هو تمام القوام في الجهة المرغوبة منه، فلا يقاس ذلك بسائر الأجناس الغير المضرب بصحة بيعه الجهل بماليته بعد العلم بسائر خصوصياته، إذ الخصوصيات الأخرى هي المقصودة بالأصالة في سائر الأجناس على وجه يكون تفاوت ماليته بلحاظها، فإذا فرض العلم بمثل هذه الخصوصيات لا يضرب فيه الجهل بمقدار ماليته الملحوظ بيعاً محضاً، وهذا بخلاف الدينار والدهرم، فإن المقصود بالأصالة فيها هي المالية محضاً، فيكون الجهل بها من قبيل الجهل بالخصوصيات المقصودة من الشيء أصالة فيجيء فيه الغرر، وعليه فلا محيص من المصير إلى ما أشرنا إليه من التفصيل، كما لا يخفى.

* * *

هذا (ويشترط) في البيع أيضاً (أن يكون مقدوراً على تسليمه)، بلا إشكال لا لكبرى الغرر - كي يمنع صدقه مع اليأس عن القدرة والعلم بعدمها، كما أنه مع الشك به لا تتم كبرى اشتراط القدرة للشك في صدقها - بل هو مجرى كبرى الغرر.

وحينئذ كبرى الغرر في طول الكبرى الأخرى، فلا يصح الإستناد بهما في مورد واحد، وإن أمكن تطبيقها على محل واحد بملاحظة الجمع بين الواقع وشكه في المورد، مع إختلافهما رتبة، ولاضير في الحكم بالفساد واقعاً حينئذ من

الجهتين كما هو ظاهر.

وحينئذٍ فعمدة الدليل على شرطية القدرة كون المعاملة حينئذٍ سفهية مع بقاء العجز للتالي، وإلاّ فع إرتفاعه في أمد معيّن أو غير معيّن فلاسفه. نعم يجيء في الأخير كبرى الغرر. وربّما يوصى إليه أيضاً عموم قوله: «لا تبع ما ليس عندك»^(١) بجعله كناية عن عدم قدرته، وإنّ تعليق الفساد على العنوان القابل للبقاء في لسان الدليل ظاهر في دخل بقاءه في بقاءه. ومثل هذا المعنى يقتضي إرتفاع الفساد بعود القدرة جديداً بعد البيع.

وتوهم أنّ ما هو متعلّق للنهي إحداث البيع، وهو أمر غير قابل للبقاء، فتعليقه بالعنوان القابل للبقاء لا يقتضي دورانه مدار العنوان بقاءً أو حدوثاً، لعدم تصور بقاء في إحداث البيع فلا يكون إطلاقه حينئذٍ إلّا مقتضياً للفساد على الإطلاق.

مدفوع بأنّ بعد كون النهي المزبور إرشادياً إلى الفساد، فهذا المعنى المرشد إليه قابل للبقاء، فلا بأس بأخذ ظهور تعليقه على العنوان المزبور، فيستفاد كون بقاءه حداً بقاءه أيضاً، كما هو ظاهر فتدبر وافهم.



وعليه (فلا يصحّ بيع الآبق منفرداً) مع اليأس عن الظفر به لعدم القدرة، وفي النص أيضاً التصريح بعدم صلاحية بيع الجارية الآبقة إلّا أن يشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا^(٢).

وفي آخر مثله، وفي ذيله: «فإن لم يقدر على العبد كان الذي بيده في ما

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٧٤ حديث ٢ - ٥ باب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٢٦٢ حديث ١ باب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

اشترى منه».

ولا يخفى أن المراد من نفي الصلاحية في النصين نفي الصحة، ولو بقرينة فهم الأصحاب، بل وظاهر الأخير صورة احتمال الظفر به، وعدم اليأس منه، فشمله حينئذ كبرى الغرر، كما أنه مع يأسه كان مشمول كبرى القدرة على التسليم، وظاهر الاستثناء صورة إنشاء البيع عليهما.

وحينئذ فلا بد وأن يحمل ذيل الرواية على التعبد محضاً، وإلا فلا يتم بمقتضى القواعد، والحمل على نقل الآبق تبعاً للبيع الوارد على الضميمة مستقلاً خلاف الظاهر، ولا بأس بالالتزام بجعل مفاد الذيل لبيان التقريب في جعل الثمن قبال الضميمة صورة، لا قبالة بحسب قصد المبادلة والمتعاملين كما لا يخفى.

ثم إن المنصرف من التواهي صورة عدم قدرة المشتري أيضاً على التسلم، وإلا فهو خارج عن منساق النصوص، بل دليل القدرة على التسليم أيضاً غير شاملة، نعم مع جهل البائع بذلك أيضاً تشمله كبرى الغرر، وإن علم المشتري بقدرته عليه.

وحينئذ فمع علمهما بقدرة المشتري عليه، مقتضى القواعد صحة بيعه بلاضميمة، وعموم نهى عما ليس عندك أيضاً منصرف عن هذه الصورة كما هو ظاهر.

* * *

(و) على أي حال ظهر من التصوص السابقة أنه (لوضم إليه غيره صح)، ومقتضى التصوص كون الثمن في فرض تلف الآبق بتمامه قبال الضميمة، ولازمة رجوع تمامه إليه في فرض اليأس عن الضميمة أيضاً. ولكن لا يخفى أن ذلك إنما يتم في صورة البناء على حمل الذيل على التعبد المحض. وإلا فبناء على ما أسلفناه أخيراً لا محيص من الإلتزام برجوع ما يقابله بعد فرض صحة البيع بالنسبة إلى الآبق مع الضميمة.

اللهم [إلا] أن يقال: إن النص منساق لبيان صحّة المعاملة مع فرض بقاء الضميمة بحاله، وإلاّ فع فرض تلفه قبل القبض وانفساخ المعاملة في قبالتها لا يبقى مجال صحتها بالنسبة إلى خصوص الآبق، فلا جرم يرجع المشتري حينئذٍ بتمام الثمن.

نعم مع حصول الآبق بيده من باب الإتفاق لابتدأ وأن يتبعض الثمن في قبال التالف، وغيره، كما لا يخفى.

* * *

(و) لا يجوز بيع (الطير في الهواء)، ولا السمك في الماء مع اليأس عن الظفر بهما؛ لكبرى شرطية القدرة على التسليم أو التسلم، بلا إشكال فيه أيضاً نصاً^(١) وفتوى.

* * *

(وكل بيع فاسد فهو مضمون على قابضه)، لعموم اليد الوارد على العين، لا بعنوان الأمانة حتى مع علم البائع بالفساد فضلاً عن جهله، ولا يوجب رضاه في التسلم بعنوان الوفاء بالمعاملة الفاسدة موجباً لرفع ضمانه، بل ولا مقتضياً لحلّية تصرفه فيه؛ لما عرفت من أنّ الرضى المحلل للتصرف هو الرضى بالتصرف في العين بعنوان كونه ماله، لا بعنوان كونه مال نفسه، فمثل هذا الرضى في المعاملات الفاسدة لا يجدي شيئاً كما هو ظاهر.

* * *

(و) حينئذٍ (لو علمه) القابض صنعة أو صبغه فزادت قيمته، (رجع) القابض (بالزيادة) مع جهله بالغصب، بلا إشكال؛ لاحترام صنعته وصبغه. وأمّا مع علمه به ففيه إشكال.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٣ باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وفي الجواهر: إن زاد بفعل المشتري زيادة غير عينية مع علمه بالفساد عدم رجوعه بخلاف صورة الجهل^(١)، ثم أحال حكم المسألة إلى باب الغصب، وهناك أيضاً إلّٰزم بعدم رجوع الغاصب إلى المالك في ذلك، خلافاً للمحقق في شرائعه في المقام^(٢)، وهو أيضاً ظاهر إطلاق التذكرة في المقبوض بالبيع الفاسد^(٣)، فراجع.

وفي الغصب المنسوب إلى بحث شيخنا العلامة من تقرير بعض الأعظم من الأساطين من تلامذته -نور الله مضجعه- أيضاً تقوية عدم الرجوع في الفرض المزبور، وعمدة نظره إلى أنّ مثل هذه التصرفات في مال الغير بعد ما كان حراماً، فلا حرمة لعمل الغاصب المستتبع، لالقاء المالّة عن نتيجته. كيف ومالية هذه الأعمال بواسطة النتائج المترتبة عليها من إحداث الهيئة في العين بصنّعه أو لون فيه بصبغه، فإذا فرض إلقاء الشارع إحترام مثل هذا العمل ولو بعموم قوله: «إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»، لازمه قهراً إلقاء مالّة الهيئة الحاصلة من الصّنع، وغيرها، فتكون مثل هذه الخصوصيات كالسمن محسوبة من مراتب وجود العين فتصير ملكاً لمالكها تبعاً لها.

وحينئذٍ لا وجه لإطلاق المصنف من الحكم بالرجوع على وجه يشمل صورة العلم بالفساد الذي يكون من يده المال بمنزلة الغاصب، كما أن إطلاق ما في التكملة أيضاً منظور فيه، بل لا وجه للالتزام بالقيمة على فرض الاستحقاق كما هو ظاهر عباراتهم.

ولعله لذا صرح سيد الأعظم في حاشيته على التبصرة إستحقاق القابض

(١) الجواهر ١٢: ٤١٤.

(٢) الشرائع ٢: ٣٠.

(٣) التذكرة ١: ٤٩٥.

نفس الصنعة، كما هو الشأن في صورة الجهل الذي لا يكون العمل خارجاً عن الإحترام، فإن مقتضى القاعدة شركة العامل باحترام عمله في البين بنسبة ما أحدث فيه من الهيئة.

ولذا قال شيخنا العلامة في ذيل خيار الغبن إنه مع إحداث هذه الزيادة يصير المشتري شريكاً مع البائع بنسبة ما أحدث فيه من الصفة^(١). ولعل الفرض من الشركة كون المشتري مالكاً لمقدار من مالية العين، لكي يكون نظير حق الزوجة في العقار، وإلا ففي الحكم بالشركة الحقيقية، ولو بنسبة مالية الصفة أيضاً إشكال، بل التحقيق أن العامل المحترم عمله في مال الغير، لا يستحق إلا ما هو نتيجة عمله، وهو ليس إلا نفس الصفة، وذلك لا يقتضي الشركة مع المالك في ذات العين، كما هو ظاهر.

* * *

(ولو نقص) من العين المقبوضة شيء، (لضمن النقصان كالأصل) بمقتضى ضمان يده، كما أشرنا إليه سابقاً، فراجع. (وإذا اختلف المتبائع في قدر الثمن، فالقول قول البائع إن كان) المبيع (باقياً) على المشهور بين الأصحاب، والأصل فيه ما في مرسل البنزطي الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري: هو بكذا وكذا بأقل مما قاله البائع، قال: «القول قول البائع إذا كان العين قائماً بعينه مع يمينه»^(٢) المنجبر بما سمعت، بل حكي مقبولة الرواية عند أهل الحديث، وعن الكفاية أنها مشهورة.

(١) المكاسب: ٢٤٤.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٣٨٣ حديث ١ باب ١١ من أبواب أحكام العقود، وفيه تقديم وتأخير في عبارات الحديث.

وهذا المقدار يكفي في جبر إرساله وحجته على المطلوب، من دون إحتياج إلى جعله على طبق القاعدة، وإن أمكن تطبيقه على قاعدة: (من ملك) الجاري في البيع بخصوصياته ما دام وجود العين، لا في صورة تلفه حيث إنه في فرض التلف لم يكن المالك فعلاً مالكاً لبيعه كي يصير به مالكاً لإقراره، والقاعدة ناظرة إلى الملكية الفعلية.

وحينئذ تجري فيه أصالة عدم إستحقاق البائع على المشتري أزيد مما يدعيه المشتري، وعليه يحمل مفهوم الرواية أيضاً على فرض إجماله. وتوهم أن إقراره لوقوع البيع يخرج البيع عن مملوكيته الفعلية، فلا تنطبق عليه القاعدة، مدفوع بأن الغرض من مالكيته للبيع ملكيته له لولا إقراره بوقوعه، وإلا فلا يبقى مجال سماع إقرار الوكيل بوقوع البيع على موكله، مع أنهم جعلوه من صغريات هذه القاعدة، وهكذا إقرار الولي بوقوع المعاملة في المال المولى عليه، كما هو ظاهر.

وعلى أي حال مقتضى النص والفتوى شمول الحكم لصورة كون المال في يد البائع أو عدمه.

وقيل - والقائل الإسكافي^(١)، وأبو الصلاح^(٢) - يقدم قول البائع إن كان المال في يده، ولعلّه من جهة تضعيف النص السابق بالإرسال، وإن الأصل عدم إستحقاق المشتري لإلتزام البائع بالإقباض مع أداء الثمن بمقدار ما ادّعاه.

ولكن لا يخفى ما في الجهة الأولى، وعدم مشروطة وجوب الأقباض الذي هو من شؤون وجوب الوفاء بالمعاملة بإقباض الغير جميع الثمن، لولا دعوى أن

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٩٥ مسألة ١ الفصل السابع عشر: في الاختلاف.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٥٥.

له الامتناع في طرف إمتناع الغير، تنظيراً للمقام بباب الإجارة بمنأى كونه من لوازم طبع المعاوضة عرفاً.

وعليه فنقول أيضاً: إنّ الأصل المزبور مسبب عن عدم جريان أصالة عدم إستحقاق البائع أزيد ممّا ادّعاه المشتري، فلا يكون الحاكم على هذا الأصل إلّا قاعدة: (مَنْ ملك) بالتقريب المتقدّم، ومعها لا يكاد فرق بين كون البائع زاد على المال أم لا، كما هو مقتضى إطلاق الفتاوى كما تقدم، والله العالم.

* * *

ومن التأمّل فيما بيّنا ظهر وجه ما أفاده المصنّف بقوله: (ويقدّم قول المشتري مع يمينه إن كان تالفاً، وقيل: إن كان المال في يده) كما حكيناه عن الاسكافي^(١)، وأبي الصّلاح^(٢). والله العالم.

* * *

بقي في المقام أمور لم يتعرض لها المصنّف فنجعلها خاتمة للمرام، فنقول: منها: أنّ المعروف إستحباب التفقه في المسائل المتعلّقة بالتجارة مقدّمة لمعرفة صحيحها من فاسدها، وفي النصّ: «(من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الرّبا، ثمّ ارتطم)»^(٣).

وفي آخر: «(من أراد التجارة فليتفقه في دينه، ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه، ومن لم يتفقه في دينه ثمّ أتجر تورط في الشّبهات)»^(٤) وظاهر الأخير كون حكمة التفقه الخلاص عن الإبتلاء بالشّبهة. ومثل هذا اللّسان يناسب الأمر بالاجتناب عن الشبهات المحمولة على الإستحباب، كما

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٩٥ مسألة ١ الفصل السابع عشر: في الاختلاف.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٥٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٣ حديث ٢ باب ١ من أبواب آداب التجارة.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٤ حديث ٤ باب ١ من أبواب آداب التجارة.

أنَّ الأول ظاهر في كون الحكمة الفرار عن الربا الذي ورد في النصِّ بأنَّه: «أخفى من ديبب النمل».

وحينئذٍ فمن الممكن دعوى عدم وجوب الفرار عن هذه المرتبة من الربا واقعاً، ولولا: (فرار من الشبهات) المتعلقة بحقوق الناس بأزيد مما يجب في حقوق الله، غاية الأمر يستحب الإجتنب عنها بأزيد مما يستحب عن الشبهات في سائر التكاليف، فصار ذلك منشأً لإستحباب التفقه فيه بأزيد من التفقه في سائر الأحكام، والفحص عن الحلال والحرام.

وحينئذٍ لا يبقى مجال للاشكال بأنَّ الفحص في الأحكام الكلّية مع القدرة عليه واجب لامستحب.

ثمَّ إعلم أنَّ النصوص متكاثرة على ترغيب الناس بالكسب^(١)، حتى أنَّ داوود عليه السلام اشتغل بصنعة الدرع، وتعيّش بثمره.

وفي قبالها نصوص أخرى واردة في الترغيب على تحصيل العلم، وفي بعض المضامين: «إِنَّ الله قد تكفّل لطالب العلم ما يروونه حاجته عمّا ضمنه لغيره»^(٢) وفي آخر: «يا أَيُّها الناس إِنَّ إكمال الدين طلب العلم والعمل به، ألا وإن طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، إِنَّ المال مقسوم مضمون لكم قد قسّمه عادل بينكم - إلى قوله -: والعلم مخزون عند أهله، وقد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه»^(٣).

ولا يخفى أن مثل هذه النصوص ظاهرة في أهمية تحصيل العلم عن الكسب عند المزاخمة، كما أنَّ النسبة بين إختيار الطرفين من باب التزاحم لا التعارض، كي يجيء في البين شبهة التوقف، والتساقط.

(١) انظر وسائل الشيعة ١٢: ٢ باب مقدمات التجارة، وباب كراهة ترك التجارة.

(٢) انظر: الجامع الصغير ٢: ١٧٥، كنز العمال ١٠: ١٣٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٢ حديث ١٢ باب ٤ من أبواب صفات القاضي.

ثم في فرض دوران الأمر بين الصنعة الخاصّة الموجبة لانتفاع الغير، القائم بها نظم معاش العباد، وبين تحصيل التفقّه، ومرجعيتّه للغير في التعلّم في الأحكام، فمع عدم مَن به الكفاية من الطرفين لا يبعد دعوى التخيير بعد احتمال الأهمية في كل واحد، وذلك أيضاً لولا إمكان تبعض الإحتياط في الناس، أو الرجوع إلى نتيجة الإنسداد، ولأقل من تقليد الموق، فإنه لا يبعد حينئذٍ دعوى تقديم الصنعة حفظاً للنظام، والله العالم.

ومنها: أنّ المشهور كراهة تلقي الركبان، وقيل بجرمته. والأصل فيه ما في جملة من النصوص المشتملة على المنهي عنه، وفي بعضها التعليل بعدم منع المسلمين في المبادرة برزقهم^(١). ومثل هذه العلة تصلح للقريئة المانعة عن الأخذ بظهور النهي في الحرمة، بل المنساق من البقية أيضاً ذلك، ولو من جهة شدّة المناسبة الموجبة لارتكاز الذهن في وجه النهي بمثابة يصير من الخصوصيات الحافّة بالكلام.

ولازمه كسر صولة ظهورها في الحرمة، ولأقل من فهم المشهور - أيضاً - خلافها منها، فمن المجموع أمكن التشكيك في حجّية مثل هذه النواهي في الحرمة تكليفاً.

ومن الممكن إعراضهم عنها سنداً، ومصيرهم إلى المرجوحية بمناط التسامح في أدلة السنن، ولكن الإنصاف عدم خلوّ المسألة عن الإشكال، فلا ينبغي في مثلها ترك الإحتياط.

ثم إنّ الظاهر من النصوص السابقة خروج أربعة فرائخ عن حد التلقي، وهو يشرح ما في صدر بعضها، والمنساق منها أيضاً هو التلقي للمعاوضة، وأما التلقي للاستيهاب فلا يستفاد منها، فهو باق تحت أصالة الجواز.

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٣٢٦ باب ٣٦ من أبواب آداب التجارة.

ومنها: أنه إذا دفع إنسان مالا ليصرف في قبيل، فلا بد من ملاحظة عبارته، فإن كان منصرفاً عن نفسه فهو، وإلا إطلاقه يشمل نفسه، وذلك أيضاً مع علم الدافع بالمصدقية، ومع جهله بالمسألة أيضاً تابع أخذ المنصرف عنواناً أو مرآة إلى ما يرى الدافع مصداقه. ولا يبعد ظهور الكلام في الأول، فلا بأس بصرفه على نفسه بعد ما يراها مصداقاً للعنوان، كما لا يخفى.

هذا كله بمقتضى القواعد، ولكن النصوص بعضها مشتملة على النهي عن الأخذ، وبعضها على الجواز، وبعد عدم كونها على خلاف القاعدة جداً فلا بد وأن ينزل على وجه يناسبها، ويمكن الحمل على الكراهة في مورد استفاد من كلامه جواز الأخذ، كما لا يخفى.

ومنها: أنه لا إشكال في مرجوحية الاحتكار في الجملة، وإنما الإشكال في حرمته أو كراهته مطلقاً، أو بشرط عدم وجود الطعام في البلد بمقدار الكفاية. ومنشأ اختلاف الأقوال اختلاف نصوص الباب: فمنها ما روّد بأن المحتكر ملعون، وأخرى بأن التصدق بجميع ثمن ما باع من المحتكر لا يصير كفارة لاحتكاره، وثالثة، بأنه إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس، وإن كان قليلاً فإنه يكره، وفي رابع مثله، ونظيرهما أيضاً ما في نص آخر من حيث إستفادة التفصيل منه^(١)، وفي نهج البلاغة الأمر بعقاب المحتكر بعد النهي، وفي آخر إياك أن تحتكر^(٢).

أقول: لا يخفى عليك أن مطلقات النهي عنه قابلة للتقييد بالأخبار المفصلة، كما أن عقوبة المحتكر يمكن أن يكون محمولاً على حفظ سياسة البلد، لا من جهة كونه منكراً شرعياً، وأيضاً يمكن حمل التحذير المزبور أيضاً على ذلك، كما أن

(١) انظر وسائل الشيعة ١٢: ٣١٢ - ٣٢١ باب ٢٧ - ٣٢ من أبواب آداب التجارة.

(٢) نهج البلاغة: ٤٣٨.

اللعن على المحتكر أيضاً لا يلزم الحرمة، وكذلك عدم جبران التصديق للاحتكار لو ورد أضعاف ذلك في المكروهات. وعليه فيشكل إستفادة الحرمة من النصوص المزبورة، فضلاً من مقاومتها مع الأخبار المفصلة، كما لا يخفى.

ثم إن مقتضى بعض النصوص حصر مورد الإحتكار بالأجناس الستة من الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت^(١)، وفي بعض آخر خلوة عن الزيت^(٢)، ويحمل على مراتب الكراهة.

وربما يستفاد من الأخبار منطاط التعدي منها إلى الملح وإن لم يكن منصوباً، ولازم ذلك التعدي إلى مثل الأرز الذي هو مورد نوع كثير من البلاد مع أن ظاهرهم عدم التعدي، فمثل ذلك ربما يوهن تنقيح مناط التعدي إلى الملح أيضاً.

ومقتضى الاطلاقات مرجوحية الإحتكار في الأجناس المزبورة عند تملكها بأي سبب، لما أنه لا إشكال حتى على الكراهة إلزام المحتكر بالبيع، وفي النص أمر النبي صلى الله عليه وآله ببيعه^(٣)، نعم ليس لهم تقويمه بسعر مخصوص؛ لاستنكار النبي ذلك، فراجع الوسائل حيث أنه عقد باباً لذلك^(٤)، والله العالم بأحكامه.

(١) الفقيه ٣: ١٦٨ حديث ٧٤٤.

(٢) الكافي ٥: ١٦٤ حديث ١ باب الحكرة.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣١٧ حديث ١ باب ٢٩ من أبواب آداب التجارة.

(٤) انظر: وسائل الشيعة ١٢: ٣١٧ باب ٣٠ من أبواب التجارة.

(الفصل الرابع)

(في الخيارات)

وقد يعرف الخيار بملك فسخ العقد، وعن آخر بالسلطنة على حلّه وإبرامه. ومرجع الأوّل أيضاً إلى الأخير، إذ المراد بالملك هو السلطنة، نظراً لاطلاق: «إلاّ في ملك»^(١).

وحينئذٍ ليس ذلك قابلاً للاسقاط؛ لأن مثل السلطنة ليس من الحقوق الاسقاطيّة، بل هو من سنخ الأحكام.

وحينئذٍ فما هو حق قابل للاسقاط ليس إلاّ من سنخ الاضافة القائمة بالعقد، التي من شؤونها السلطنة المزبورة.

وحينئذٍ فالخيار الذي هو من الحقوق القابلة للاسقاط ليس إلاّ الحق المزبور، لا السلطنة المستورة.

ثم إنّ مقتضى بناءهم على أن الفسخ هو الحل من حين كون العقد باقياً إلى حين الفسخ، ولازمه كون العقد أيضاً نظير مضمونه من الاعتباريات القابلة حقيقة، وإلاّ فلو قلنا بأن حقيقته منتزع عن الربط بين العقدين فلا يتصور له بقاء إلاّ ببقاء العهد، وحيث أنّ منشأ الأثر أيضاً هو العهد بحدوثه بلا دخل للبقاء فيه أبداً، فالربط القائم بالحدوثين لا يتصور له البقاء أيضاً، فلا جرم يكون العقد بحقيقته من الحقائق الحدوثية الغير القابلة للبقاء ممّا هو قابل للبقاء ليس إلاّ مضمونه.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٤٩ باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وحينئذٍ فما هو متعلق للحلّ والإبرام هو في الحقيقة ليس إلّا المضمون، ولعلّه إلى ذلك أيضاً يومئ قوله: «فإذا اُفترقا وجب البيع»^(١)، حيث نسب الوجوب الذي هو ضمة الخيار إلى البيع، الذي هو مضمون العقد لانفسه، فنسبة الخيار إلى العقد في كلماتهم. حينئذٍ ليس إلّا بالعرض والمجاز.

ولئن أُبيت عن ذلك والتزمت بكون النسبة إلى ما هو له؛ لأنّ المناسب للحلّ والابرام هو نفس العقد لامضمونه، وأن نسبة الوجوب إلى المضمون لمحض تبعية لإبرام العقد إعمالاً للخيار أو سقوطاً، نقول:

إنه لا بد حينئذٍ من إعتبار بقاءه بعناية إعتبار حلّه من الحين تبعاً لانعدام مضمونه، فيكون العقد حينئذٍ من الحقائق القابلة للبقاء إعتباراً، لا من الإعتبارات القابلة للبقاء حقيقة.

فكم فرق حينئذٍ بين مضمون العقد ونفسه من هذه الجهة، وأن مصحح هذا الاعتبار في العقد سرّ كون نتيجة الفسخ إنعدام المضمون من حينه، فيعتبر في حينه بقاء العقد المعتبر انحلاله من حين فسخه، كما هو ظاهر.

* * *

وبمثل هذا البيان ظهر وجه إستفادة لزوم من عموم وجوب الوفاء بالعقد، حيث أنّ الموضوع لما لا يكون قابلاً للبقاء حقيقة، فلا يدور وجوبه مدار بقاء العقد أيضاً، بل الوجوب متعلق بالأمر الحادث، وهو غير مغلّ أبداً وإنما يخل مضمونه، وهو مناف لاطلاق وجوبه حتى بعد فسخه، فمثل هذا الأمر يكشف لنا عن لزوم المضمون المعبر عنه بلزوم العقد.

وبعد ذلك لا يبقى مجال توهم أنّ وجوب الوفاء بالعقد مادام بقاء العقد، وكونه باقياً بعد إنشاء فسخت، أول الكلام، فيكون المقام من باب الشبهة المصدقية للعام، إذ هو فرع كون موضوع الوجوب أمراً بقائياً، وإلا فعلى ما

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٤٦ حديث ٤ باب ١ من أبواب الخيار.

عرفت من حدوثيته لايحتمل فيه إرتفاع الموضوع، فلا يكون في البين شبهة في مصداق العام، كما هو ظاهر.

* * *

فإن قلت: بأنّ الوفاء بالعقد عبارة عن الأخذ بمضمونه، ومن المعلوم أنّ مضمون العقد بعد ما كان هو الملكية، فإطلاق الوفاء بهذا المضمون إنّها تضاد تأثير الفسخ لو كان المراد الملكية الفعلية الأبدية، ولازمه تخصيص وجوب الوفاء بجميع أدلة النوافل. وهو كما ترى لم يلتزم به أحد، فتعيّن المراد بالمضمون الملكية الباقية باقتضائها لولا الرافع. وحينئذٍ الفسخ يحتمل كونه من أحد الروافع، فلا تبقى دلالة لإطلاق وجوب الوفاء على عدم تأثير الفسخ. قلتُ: ما ذكرت كذلك لو كان المضمون هو التملك والتملك، وإلاّ فلو كان المضمون معنًى يلزم ذلك من علقه البديلة الأبدية غير منافٍ للنوافل، وإنما المنافي له قلب هذه البديلة الذي هو مضمون فسخه، فالإطلاق حينئذٍ يرفع هذا الاحتمال، وهو المدعى.

لا يقال: إنّ الظاهر من وجوب الوفاء بمضمون العقد الحكم بترتب مضمونه على نفسه ترتّب المتأثر على المؤثر، ومن المعلوم أن النظر في المؤثرات الخارجية إلى ترتب حدوث الأثر إلى وجود العلة، وأما بقاءه فستند إلى إستعداد ذاته بلامنافاة إقتضاء العلة إياها مع الروافع الخارجية. وحينئذٍ لا يكاد يترتب على وجوب الوفاء المزبور عدم مؤثرية الفسخ الذي هو من الروافع لعلقة البديلة. لأنّه يقال: إنّ ذلك لولا عناية الفسخ رفع أصل الإستعداد بعناية عدم وجود السبب من حينه، وأنّه كأن لم يكن، فوجوب ترتّب الأثر على العقد بإطلاقه تضاد تأثير الفسخ بهذه العناية جزماً.

وحينئذٍ لا قصور في تمامية دلالة الآية^(١) على لزوم العقد، وبه يمتاز عن

عموم حلية البيع^(١) أو (تجارة عن تراض)^(٢)، إذ مثل هذه العناوين بلحاظ قابليتها للبقاء حقيقة يقتضي كون الحكم بالحلية دائراً مداره بقاءً وحدوثاً، ومع احتمال تأثير الفسخ يصير المقام من الشبهة المصدقية. وذلك هو النكته الفارقة بين الاثنين، كما لا يخفى.

بل ولئن دقت النظر ترى أيضاً عدم جواز التمسك بعموم السلطنة لاثبات اللزوم؛ لأنّ عناية الفسخ هو قلب مضمون العقد بنحو يرجع كل عوض إلى ما كان باقتضائه الأوليّة، بلا إستناد في ذلك إلى تصرف في مال الغير كي تنافيه السلطنة المزبورة، كما لا يخفى.

* * *

وقد يتمسك لأصالة لزوم العقد أيضاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(٣)، الشامل لبعد إنشاء «فسخت»، بتقريب أن الملازمة الثابتة بين وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقد ولزومه يقتضي الحكم بلزوم كل عقد إشتراط في ضمنه شرطاً، ويتعدّى إلى ما لم يشترط أيضاً بعدم القول بالفصل. وتوهم أن ملازمة كل عقد جائز لعدم وجوب الوفاء بالشرط في ضمنه أيضاً يقتضي تخصيص العام المزبور، ومع الشك في اللزوم والجواز يكون المورد من الشبهة المصدقية للعموم السابق، فلا يبقى مجال التمسك به.

مدفوع بأنّ المخصّص لما كان لبيّاً لا يمنع عن التمسك بالعام في المورد، وحينئذٍ لا يبقى مجال رد التمسك بمثل هذا العام بعدم شموله الالتزامات البدويّة، نعم الأولى منع ثبوت الملازمة السابقة، كما عن بعض الأعاضم أيضاً منعه، بل غاية الأمر قضيته ضمنية الشرط يقتضي وجوب الوفاء به مادام العقد موجوداً، وذلك لا ينافي مع جواز العقد المستتبع لرفع صرف وجوب الوفاء بالشرط، كما لا يخفى.

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١ حديث ٦٦.

هذا ثمَّ في خصوص البيع يكفي لإثبات لزوم عموم قوله: «إذا افترقا وجب البيع»، ومع الغض عن إقتضاء العمومات شيئاً يكفي للزوم كل عقد أصالة بقاء مضمونه بعد إنشاء «فسخت».

ولاجمال لتوهم إستصحاب بقاء علقه أخرى موجبة للخيار، إذ هو حق حادث متعلق بمضمون العقد أو بنفسه بلا تعلقه بالعين، وعلى فرضه أيضاً أمكن دعوى حدوثه جديداً، وعلى فرض كونها في ضمن العلقه السابقة كان ضعفه بمثابة لا يرى العرف ذلك بقاء لما ثبت سابقاً، فلاجمال لاستصحابه.

ثمَّ إنّ المرجع في إثبات اللزوم لو كان هو الأصل المزبور، فلاشبهة في أن مجراه الشك في أصل الخيار. وأما لو كان الشك في أمد الخيار بعد ثبوته، فأصالة بقاء الخيار محكمة.

ولو كان المرجع قاعدة وجوب الوفاء بالعقد، ففقتضى عموم ثبوت الوجوب قبل إنشاء «فسخت» حتى في العقود الخيارية، إذ غاية دليل الخيار منع الوجوب المزبور بعد الفسخ لاقبله، فقبل الفسخ لاقصور في عموم وجوب الوفاء به. ولازمه عدم إقتضاء ثبوت الخيار محضاً تقطيع الوجوب ولو في الوسط فضلاً عن آخره أو أوله، فلاقصور في التمسك بالعام المزبور حتى في الخيار الوسط، فضلاً عن الأول والآخر، كما لا يخفى هذا.

نعم لو كان المدرك عموم «وجب البيع»^(١)، يشكل أمر التمسك به في الخيار الوسط، إذ دليل الخيار بنفسه تضاده، فبناءً على كونه متكفلاً لحكم شخصي مستمر لا يبق مجال الرجوع إليه بعد الجزم بتقطيعه في الوسط، نعم لا بأس بمرجعيته في الأول والآخر؛ لإمكان تقييد الوفاء الشخصي بأمد خاص، بلا تخصيص لعموم العقود بمثله، كي يشكل التمسك باطلاقه بعده؛ لعدم استلزامه تقييداً زائداً بعد التخصيص، كما هو ظاهر.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٦ حديث ٤ باب ١ من أبواب الخيار.

ولكن عمدة الكلام في المقام أيضاً في اقتضاء الإطلاق كون القضية لبيان حكم شخصي، لا مكان حمل القضية لبيان الطبيعة السارية في قطعات كل شخص بلا إلزام لعموم زماني في البين، فلا قصور في مثله لا ثبات التقطع، وأن طبع الإطلاق يقتضي سراية طبيعة الوجوب في كل قطعة إلا ما ثبت فيه الخيار بدليل خارجي، كما لا يخفى.

ومثل هذه البيانات لأبأس بإثبات فورية الخيار عند الشك في كيفيته، بعد ثبوته حتى في الخيار الوسط فضلاً عن الأول والآخر، والله العالم.

* * *

(و) كيف كان نقول: إن (أقسامه) أي أقسام الخيار أسبابه (سبعة)، وفي الشرائع خمسة^(١)، وعن آخر ثمانية، وعن رابع أربعة عشر^(٢)، والأمر فيه سهل بعدما لم يكن بينهم اختلاف في المبنى، وإنما الاختلاف في كيفية الجمع والاستقصاء كما في الجواهر^(٣).

* * *

(الأول: خيار المجلس، فمن باع شيئاً ثبت له) خيار، (وللمشتري الخيار) المزبور بلا إشكال فتوى ونصاً، ويكفي له من النص عموم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٤)، وظاهر كون الافتراق غاية لمثل هذا الخيار كون المدار في ثبوته على صدق إجتماعهما في مكان واحد، كيف ومع عدم الاجتماع المزبور لا يبق مجال لشمول الحكم المعني بالافتراق، نعم لا يعتبر فيه وحدة المكان في بقاء الخيار، إذ يكفي في بقاءه عدم تفرقهما. وفي هذا المعنى لا تعتبر وحدة المكان شخصاً، بل يكفي فيه مجرد وحدته

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١. (٢) ذهب إليه الشهيد الأول في اللمعة: ١٢٧.

(٣) الجواهر ٢٣: ٣.

(٤) وسائل الشريعة ١٢: ٣٤٥ حديث ١ باب ١ من أبواب الخيار.

نوعاً، الصادق على الأمر، إذ المبادلة ولو بتوسط حركتهما من محل إلى محل، فما داما مجتمعين في المحال المتبادلة كان الخيار باقياً؛ لعدم حصول الغاية من افتراقها كما هو ظاهر.

ومن هذا البيان أيضاً ظهر المراد من المجلس المضاف إليه هذا الخيار. وأيضاً مقتضى الانصراف في الإطلاق أو القدر المتيقن منه، كون مركز الاجتماع حال حدوث البيع هو مكان البيع لا مكان البيعين محضاً. وما في بعض النصوص: «إذا حقق فقد وجب»، فهو مطروح، أو مأول.

كما أنه لا إشكال في ثبوت الخيار لمن يصدق عليه أنه بيع، ولو كان وكيلاً مستقلاً في نقل المال، وأما الوكيل في صرف اجراء صيغة العقد في ثبوت الخيار المزبور له نظر، قيل: لانصراف الدليل عنه، مضافاً إلى أن المنساق من دليل الخيار إثبات السلطنة على حل العقد لمن له السلطنة على رد المال، ومثل الوكيل المزبور لما لا يكون سلطاناً على المعنى المزبور فلا يكاد يشمل دليل الخيار هذا.

أقول: لا يخفى أن الغرض من الوكيل في اجراء الصيغة إن كان وكيلاً في مجرد إنشائه بلا قصده التوصل به إلى البيع، بل كان القاصد هو المالك، فهو على فرض تصويره كان منصرف الإطلاقات جزماً، ولكن مثل هذا العقد من الأسباب الغير المعهودة في أبواب المعاملات، فعموم الوفاء بالعقد أيضاً غير ظاهر الشمول لمثله.

وإن كان الغرض مجرد اجراء الصيغة مع قصد التوصل به إلى البيع، فهو وإن كان غير مسلط على المال من غير جهة بيعه، لكن لا تصور في شمول عنوان البيع لمثله.

وأما ما أفيد في الوجه الثاني من عدم السلطنة، ففيه أن اعتبار مثل هذه السلطنة في من له الخيار أول الدعوى، إذ الخيار بعد ما كان عبارة عن السلطنة

على حل العقد، فهو غير مرتبط بالسلطنة على المال.

نعم هنا إشكال آخر في صدق البيع على الوكيل ولو كان مستقلاً كالعامل المضارب، مبني على كون البيع عبارة عن التملك والتملك، إذ مثل هذا المعنى في حياة البيع مستلزم لارادة المملك والمتملك، ومن المعلوم أن عنوان المملك - على فرض صدقه على البائع - لا يكاد صدق عنوان المتملك على المشتري، فالبيعان بهذا المعنى منصرف عن المشتري جزماً، وحيث أن المبني فاسد عندنا، لا يبقى مجال الإشكال في إجازة المشتري في الفضولي لنفسه على ماتقدم تفصيله على مبنانا أيضاً كما لا يخفى.

* * *

هذا ولو اجتمع المالكان والوكيلان في محل البيع، فالخيار للأربعة، بمعنى أنه لكل من الطرفين ووكيله خيار مستقل واحد ثابت لجامعهما لا مجموعهما. وتظهر الثمرة في اجتماع الفاسخ والمجيز كما لا يخفى.

وعلى أي حال لا يثبت الخيار المزبور للفضولي، وإنما هو من شؤون المجيز لكونه البيع. وإنما الكلام في طرف اجتماعهما، بأن المدار على زمان الإجازة ومكانه، أو زمان البيع ومكانه، فعلى النقل لابد من المصير إلى الأول، كما أنه على كشف الفضول لابد من المصير إلى الثاني، وعلى كشف المشهور وجهان: من كفاية الاجتماع حين الإجازة إذ هو حين إضافة العقد إليها يتلبسان بالبيعية، ومن أن نتيجة الكشف المزبور صيرورتها بيعاً من حين العقد، فدار الاجتماع عليه. ومع التشكيك في الجهتين لابد من حفظهما لأصالة عدم الخيار مع الشك في موضوعه، وظروفه كما لا يخفى.

ولو كان البيع واحداً كالوكيل من الطرفين مثلاً، ففي ثبوت الخيار للتالي لعدم حدوث الغاية وهو الإفتراق، أو عدم ثبوت الخيار رأساً لظهور الغاية في كون الاجتماع شرطاً، أو أن الأفتراق ممن له شأنية مانع، ومثل هذا المانع غير

موجود في المقام الكاشف عن عدم تحقق طرف أصل الخيار- وجهان، والأقرب هو الأول، والأصل يقتضي الثاني، ولا يخلو عن قوة، فتدبر.

ومن نتائج شرطيه الاجتماع أيضاً كفاية بقاء الطبيعة عند اجتماع المالكين والوكيلين، الصادق ببقاء الاثنين منها، ولا يضرب به حينئذٍ إفتراق الاثنين الأخيرين. وهذا بخلاف ما لو كان المانع هو الافتراق، إذ تصدق حصول الطبيعة بحصول فرد واحد.

* * *

ثم إنه قد يستثنى^١ عن ثبوت هذا الخيار صور:

منها: فرض بيع العبد على من ينعتق عليه، فإن المشهور فيه سقوط الخيار. وعمدة النظر فيه إلى عدم صلاحية المبدل للرجوع إلى البائع، كي ببركة إستحقاق العين عند تعذر الوصول إليه ينتقل الأمر إلى المبدل، مضافاً إلى أن إقدام البائع على مثل هذا البيع -الذي هو من مسقطات الخيار كما سيجيء إن شاء الله- بمنزلة الاقدام باتلاف ماله بعد البيع، فيكون من قبيل التصرف في العين بعد البيع.

أقول: لا يخفى ما في الوجهين، أما الأخير فلأن مسقطية التصرف بمنط الدلالة على الرضى بإبرام البيع لا بحدوثه، وهذا المعنى غير موجود في المقام. وأما الأول فلأن ما أُفيد فرع كون الخيار حقاً متعلقاً بالعين، وإلا فلو كان متعلقاً بالعقد فحلّه منشأ لاعتبار رجوع العين إن أمكن، وإلا فبدله، كما هو الشأن في التصرفات الناقلة خصوصاً اللازمة منها.

والنكته الفارقة بين الجهتين: وهو أنه على الأول لا يكون مقتضى الضمان الموجب لاعتبار وجود العين، ولو في الذمة موجوداً، إذ لا يكون في البين إلا الحق القائم بالعين الساقط بعدم قابليته للتملك، كما لا يخفى. وهذا بخلاف الثاني، فإن مقتضيه نفس جعل العقد الموجب لاعتبار رجوع العين، المستتبع لاعتبار

وجوده الملازم لضمانه ببدله، كما هو ظاهر.

ومنها: ما لوبيع عبد مسلم من كافر، فإن الرجوع بالعين سبيل، فلا يجوز، والرجوع إلى بدله فرع إعتبار ضمان فيه؛ ونفس الحق لا يقتضي الضمان. وفيه ما عرفت في الوجه الأول من الفرع السابق من جوابه حرفاً بحرف، وذلك أيضاً على فرض إقتضاء آية نفي السبيل^(١)، ولو بقرينة «بيعه» باطلاقه الشامل لصورة عدم شرط سقوط الخيار، إن مثل هذا المال لا يصلح للرجوع بعد بيعه، وإلا فأمكن دعوى أن غاية دلالة آية نفي السبيل عدم سلطة الكافر على المسلم، ولو بتملكه إختياراً، ولا يقتضي نفي رجوعه إليه بالأسباب السابقة بعد حل عقده، غاية الأمر لا يكون سلطاناً على إمساكه، فيباع عليه قهراً، كما لا يخفى.

ومنها: ما لو اشترى العبد نفسه، ولا يخفى أن وجه سقوط الخيار هو الذي تقدم بجوابه، ومرجه أن غاية المانع عن الرجوع ثبوته في نفس العين لا في بدله، فلا موجب لسقوط الخيار في أمثال المقام.

هذا ثم إن الظاهر إختصاص مثل هذا الخيار المغتبی بالافتراق بالبيع فلا يجري في غيره، فأصالة اللزوم من جهتها محكمة، كما أن الظاهر من النص والفتوى كون مبدأ هذا الخيار من حين البيع، وفيما يعتبر فيه القبض كالصرف والسلم كان المبدأ حين القبض، كما أن في الفضولي مبدؤه حين الاجازة على الثقل، وعلى الكشف بمعنييه حين عقده. ويتفرع على ذلك إعتبار إجتماعهما في ظرف حدوث الخيار، كما لا يخفى.

* * *

وكيف كان نقول: إن مسقط هذا الخيار إما التفرق على ما تقدم (أو) بأن

(يشترطاً سقوطه قبل العقد)، يعني قبل تمامه بمعنى شرطه في ضمنه (أو) باسقاطه (بعده)، وإلا فلا يكاد يسقط باسقاط السقوط قبل حدوث الإيجاب رأساً؛ لأنه إسقاط مالم يجب، وهو خلاف الاجماع، ولو بنحو التعليق، فضلاً عن أن يكون بنحو التنجيز، فإنه غير معقول أيضاً.

وتوهم أن العقد بتمامه موجب للخيار، فقبل تمامه أيضاً من باب إسقاط مالم يجب، فلا يصح شرط السقوط في ضمنه أيضاً. مدفوع بأنه يكفي في إعتبار ثبوت الشيء كونه في خلال وجود مقتضيه، فالعقد بعد ما كان مقتضياً للخيار، فالشرط الحاصل في ضمن مثله كان في خلال وجود المقتضي، وهذا المقدار يكفي في صحة إعتبار السقوط وصحة شرطه.



وهذا البيان ظهر أن مرجع هذا الشرط في الحقيقة إلى شرط عدم الحدوث، وغاية الأمر لا مطلق عدمه المنافي لعنوان سقوطه ولو إعتباراً.

فإن قلت: إن لازم رجوعه لبأى إلى شرط عدم الحدوث، وكون الشرط في الحقيقة مانعاً عن تأثير العقد المقتضي بحكم السنة، مع أن الظاهر من عدم مخالفة الشرط للسنة عدم كون مضمون الشرط شيئاً في قبال مضمون السنة. ومرجع ذلك إلى عدم اقتضاء الشرط شيئاً في قبال إقتضاء السنة، وحيث فرضنا دلالة السنة على إقتضاء العقد ثبوت الخيار، فكيف يقتضي الشرط الزبور عدمه.

قلت: بعد فرض إعتبار العرف وجود الشيء في ظرف وجود مقتضيه، فإعتبار سقوطه حينئذٍ بمنزلة إعدامه بعد إنوجاده، ومن المعلوم أن هذا المعنى لا ينافي السنة مضموناً، إذ نظره إلى مجرد إقتضاء وجوده حدوثه بلا نظرفيه إلى بقائه، وإنما البقاء من تبعات عدم إسقاطه بمسقط خارجي، فكأن المقام من باب إعمال عناية تنزيل في إعتبار السقوط بعد الثبوت.

غاية الأمر المصحح لهذا الإعتبار هو العقد المقتضي له، وإن كان في

الحقيقة من باب عدم الثبوت رأساً، المنافي لإقتضاء الشرط لأصل الثبوت. ولازمه إستفادة تنزيل ماهو مخالف للسنة حقيقة بغير المخالف، وهذا المقدار كافٍ في صحة الشرط بلاإحتياج حينئذٍ إلى إرجاع هذا الشرط حقيقة إلى شرط السقوط الحقيقي، ولو بنحو التعليق.

كيف ولازمه كون مثل هذا العقد المشروط بهذا الشرط مؤثراً في الخيار الفعلي، ولو في عالم الرتبة، ولاأظن إلتزامهم به فضلاً عما لو ادعى ترتب أن خياره من قبل العقد المزبور، إذ هو كما ترى خلاف المنساق من كلماتهم باطلاقها، كما لا يخفى.

* * *

ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر دفع إشكال آخر، وهو أن ثبوت هذا الخيار بعد ما كان من قبل الشرع، فليس أمروضعه ورفعه إلاً بيد الشارع، وما هو بيد المكلف هي الخيارات الجعلية الناشئة من قبل جعل المتبائعين، لأمثل هذه الخيارات الثابتة بأصل الشرع.

وحينئذٍ لا مجال لجعل المكلف في متن العقد سقوط هذا الخيار الراجع إلى عدم ثبوته، إذ بعد ما كان ثبوته بيد الشرع وخارجاً عن حيز إختيار المكلف، فكيف يصح شرطه؟

وتوضيح الجواب بأن يقال: إن ما لا يكون باختياره ما كان راجعاً إلى عدم ثبوته ولو بإعدام مقتضيه، وأما عدم ثبوته بابتداء المانع فلا قصور في ناحية المكلف من تلك الجهة، إذ الثبوت بهذه المثابة ليس بيد الشارع.

نعم ربّما يشكل أمر الشرط في مانعيته عما يقتضي خلافه غيره؛ لصدق كونه مخالفاً للسنة الموجبة لاقتضاء العقد إياه بحكم الشارع، ولقد عرفت رفع الشبهة من هذه الجهة أيضاً.

ومحصله أن مثل هذا المانع المتحقق في خلال المقتضي بمنزلة المسقط للخيار

بنظر العرف، فلذا يشترط عنوان سقوط الخيار في ضمن عقده، وبعد هذا الاعتبار لا يكون المقام بنظر العرف من مصاديق الشروط المخالفة ولو تنزيلاً، فيكون إعتبارهم السقوط في المقام حاكماً على عنوان مخالفة هذا الشرط للسته كما هو ظاهر، فتدبر، فإنه مبدأ دقيق نافع وسارٍ في جميع الخيارات الشرعية، كما لا يخفى.

* * *

ثم إن من جملة مسقطات الخيار شرط عدم الفسخ بعد تمام العقد، فإن مقتضى الشرط المزبور في السلطنة على إعماله، وما هو شأنه ذلك لا يكون قابلاً لبقائه؛ لأن السلطنة على التأخير من مقومات الحق المزبور، فع عدمه ولو بالشرط لإعتبار عند العرف لبقاء الحق، نظير مالو شرط مباشرة أحدهما للتأخير، فإنه أيضاً مانع عن الانتقال بالارث؛ لعدم سلطنة غيرهما أيضاً على الاعمال، فلا يبق معه مجال انتقال الحق حينئذ بالارث لعين ما ذكرنا. نعم لو شرط عدم سلطنة أحدهما على الاعمال المزبورة يبطل الشرط؛ لكونه مخالفاً للشرع.

والفرق بين المقامين أن مضمون الشرط في الأول لا يكون مخالفاً، وإنما جاء نفي السلطنة من قبل وجوب الوفاء به، وهذا بخلاف الآخر كما لا يخفى.

* * *

ومن مسقطاته إسقاطه بعد العقد بانشائه مستقلاً فعلاً أم قولاً، وفي قابليته للتسبب بفعل الغير إشكال، وفي صلاحيته للفضولية أشكل؛ لأنه من الإيقاعات الغير الجاري فيها الفضولي على ماسياً في شرحه في الطلاق إن شاء الله، خلافاً للجواهر^(١) وشيخنا العلامة^(٢) في المقام، وتوضيحه موكول إلى محله

إن شاء الله.

* * *

وأما شرط إسقاطه فلا يكون بنفسه مسقطاً، وإنما هو مستتبع لإلزام الطرف بالإسقاط، وإلاّ يرفع إلى الحاكم فهو ولي الممتنع فينشئ الإسقاط ولاية، كما هو الشأن في سائر المقامات الممتنع عن أداء حق الغير، كما لا يخفى.

ثم إنه مع حصول التخلف في زمان المجلس، ففي إقتضاء هذا الشرط خياراً للشارط بعد الإفتراق وجهان: من أنّ غرضه منه خروج العقد عن التزلزل رأساً، فيكون بمنزلة المقدّم على لزوم العقد، فلا يشملهم عموم نفي ضرر التخلف. ومن إمكان تعلق غرضه بخروج العقد عن التزلزل من ناحية المشروط عليه، أو التزلزل من ناحية خيار المجلس، بلانظر إلى لزومه من سائر الجهات لنفسه، فالأقوى ثبوت خيار جديد، لولا دعوى كفاية إحتمال الغرض الأول في سقوط عموم نفي الضرر؛ لعدم إحراز الامتنان الذي هو من القرائن المتصلة الحافّة به، كما لا يخفى فتدبر.

* * *

ثمّ إن من جملة ما لا يبقى معه الخيار إفتراقهما الحاصل بحركة أحدهما وسكون الآخر، ويؤيده قوله: «مشيت خطأ»^(١)، وفي دخل تعدد الخطوات في حصول الإفتراق كما هو ظاهر النص إشكال، بل الظاهر كونه في بيان حصول الافتراق بخطاه، لا في مقام دخل تعدد الخطوة فيه، فمع حكم العرف بحصوله بأقلّ من ذلك لا يحيص عنه؛ للاطلاق.

* * *

ثم إنّ الظاهر كون الإفتراق غاية للخيار، لا مانعاً ورافعاً في عرض سائر

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٨ حديث ٣ - ٤ باب ٢ من أبواب الخيار.

المسقطات، فجعله في زمرتها لا يخلو عن تسامح. كما أنّ الظاهر منه كون افتراقهما برضاها به. ويؤيده ما في النص أيضاً من قوله: «فلا خيار لهما بعد الرضى منها»^(١)، بناء على حمله على الرضى بالافتراق لا الرضى بالبيع، يجعل الافتراق كاشفاً عنه تعبداً. ولعل نظر من جعله من المسقطات إلى هذا الاحتمال في النص

وعلى أي حال لا يكون الافتراق عن كره مسقطاً، إذ مثل هذا الإفتراق لا يكون كاشفاً عن الرضى بالبيع، فضلاً عن أن يكون الرضى متعلقاً بنفس الافتراق، كما لا يخفى.

نعم لو أغمض عن هذا النص بحمله على الغالب وكان المدار على المطلقات، يكفي في إقتضاء حديث الإكراه رفع غاية الافتراق أيضاً، لحكومته على المطلقات، كما هو ظاهر.

نعم قد يشكل في مسقطيّة الإكراه للغاية عند التمكن من التخيير حين الإفتراق؛ لا مكان منع صدق الامتنان في المورد، لأنه كالمقدم على عدم الخيار، فلا يكون وضعه على خلاف امتنانه.

ولو أكره أحدهما على الحركة وترك التخيير ولم يمنع الآخر، ففي ثبوت خيار المختار أو سقوطه وجهان، الأقوى هو الأخير؛ لصدق إفتراقه برضاه.

وأما المكروه على الحركة فالأقوى فيه أيضاً عدم سقوط خياره؛ لعدم كون إفتراقه برضاه. فتوهم سقوطه أيضاً بخيار أن الإفتراق القائم بالاثنتين لا يكون عن إكراه إلّا باكراه كليهما، نظير توهم ثبوته لهما بخيار أن المسقط هو الافتراق برضى منهما، وهو غير حاصل، مدفوع بأن الغرض من الافتراق برضاها كونه غاية لخيارهما لا لخيار كل منهما فخير كل واحد منوط بعدم إفتراق من قبله عن

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٨ حديث ٣ باب ١ من أبواب الخيار.

رضاه، وهذا المعنى لا يكون إلاّ بمحركة أحدهما برضاه وسكون الآخر كذلك، فحصول كل واحد من أيّ طرف وإفٍ لا ثبات الغاية من طرفه فيكفي فيه رضاه كذلك، كما أنّ في إكراهه فيه يلاحظ كراهه كذلك.

ولوزال الإكراه بعد إفتراقه، فإن لم يبق جهة اجتماع بينهما مكاناً عرفياً، فلا إشكال في بقاء الخيار بلاغائية الافتراق؛ لعدم تصويره بعد ذلك. وإن بقي له جهة اجتماعية، فإن كان الخيار مشروطاً ببقاء شخص الاجتماع الحاصل حين العقد فالخيار ساقط، كما أنه كذلك لو كان الافتراق بطبيعته الصرفة غاية. وأما إن كان الشرط طبيعة الاجتماع فهو مادام باقياً بنوعه فالخيار باقٍ كما هو الظاهر.

* * *

ثم إنّه قد تقدّم منا أيضاً تبعاً للمصنّف (و) غيره أنّ هذا الخيار كخيار الحيوان أيضاً (لا يثبت في غير البيع)؛ لقصور دليله، فراجع وتدبّر في وجهه.

* * *

(الثاني: خيار الحيوان)

فاعلم أنّ (كل من اشترى حيواناً يثبت له الخيار خاصة ثلاثة أيام من حين العقد)، بلا إشكال في أصل ثبوت الخيار المزبور فتوى ونصاً، ويكفي من النص قوله: ما الشرط في الحيوان؟ قال: «ثلاثة أيام للمشتري»^(١)، ونظيره ما في نص علي بن اسباط^(٢)، وصحيحة الحلبي^(٣)، ومرسلة الفقيه^(٤)، وصحيحة ابن رثاب^(٥). وأصرح من الجميع ما في قرب الاسناد^(٦)، وفي

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٩ حديث ٥ باب ٣ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٠ حديث ٨ باب ٣ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٩ حديث ١ باب ٣ من أبواب الخيار. (٤) الفقيه ٣: ١٢٦ حديث ٥٥١.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٠ حديث ٩ باب ٣ من أبواب الخيار. (٦) قرب الاسناد: ٧٨.

صحيحة ابن مسلم: «المتبائع بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان»^(١)، وفي آخر: «صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(٢).

ولا يخفى أن مقتضى الجمع بين النصوص حمل القيد في الأولى على الغالب من كون المبيع حيواناً، وإن كان لازمه حمل إطلاق الأخير أيضاً على الغالب من كون صاحب الحيوان هو المشتري، فلا يبقى مجال لترجيح التقييد المزبور على الإطلاق الأخير، ولا العكس فيها بالنسبة إلى البائع المنتقل إليه الحيوان بحكم الحمل.

نعم كلاهما ظاهران في عدم ثبوت الخيار للبائع المنتقل عنه الحيوان، وكذا المشتري المنتقل عنه الحيوان، فيتعارضان مع إطلاق المتبائع في نص ابن مسلم المقدمة، فيدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور القيد في المفهوم، أو ظهور إطلاق المتبائعين في المنتقل عنه وإليه. ولا يبعد ترجيح الأخير لولا قوة التقييد من تلك الجهة في السابقة، ولأقل من التكافؤ، فتبقى أصالة اللزوم في غير ماتيقن ثبوته باقياً.

ولازمه الأخذ باطلاق المتبائع من حيث كونه ممّا انتقل إليه الحيوان. وفي مثله لا يبقى مجال الإشكال في صاحب الحيوان الشامل للبائع، كما ذكرنا، فلازمه ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان بائعاً أم مشترياً، كما لا يخفى.

وحينئذٍ فما عن المصنف وفاقاً للمشهور من تخصيص الخيار بالمشتري منظور فيه، لولا شبهة إعراض المشهور عن نص ابن مسلم المتقدم، فإن تمّ به الوهن في سند الصحيحة فهو، وإلاّ فلا محيص من المصير إلى ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان بائعاً أم مشترياً، دون من انتقل عنه حيوانه كذلك.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٩ حديث ٣ باب ٣ من أبواب الخيار.

(٢) التهذيب ٧: ٢٤ حديث ١٧ باب ٢ من أبواب الخيارات.

وعلى أي حال ظاهر النصوص المزبورة كون بدء الثلاثة حين البيع، وربما يومئ إليه ما في بعض النصوص من قوله: «وفي سوى ذلك حتى يفترقا» أن الظاهر منه كون الخيارين مشتركين في البدء، وإنما اختلافهما في طرف المنتهى. وتوهم عدم إمكان اجتماع إضافات متعددة لشخص واحد ممنوع، إذ يكفي لاختلاف الإضافات إختلاف حدود الشيء بلحاظ ما فيه من الجهات، فلا تقاس الحقوق حينئذٍ بالملكية، التي عبارة عن إضافة الشيء إلى الشخص بجميع جهاته.

وحينئذٍ لا يبقى^١ مجال توهم كون بدئه زمان الافتراق لهذه الشبهة أولاً دلّ عل أن التلف في زمن خيار الحيوان من البائع، مع أنه في الخيار المشترك من المشتري؛ لإمكان حمله على صورة إقترانه بخيار آخر، وأنه بصدد حكم خيار الحيوان بما هو حيوان، بلانظر منه إلى صورة تقارنه بخيار آخر، مع أن في التمسك بمثل هذا الإطلاق للمدعي إشكال آخر، كما أشرنا^(١) إلى نظيره كراراً في باب المعاطاة وغيره، فتدبر.

وعلى أي حال لا يتم إطلاق بدئه من حين العقد إلا إذا ترك على الغالب من كونه حين البيع، كما لا يخفى^١.

* * *

وأيضاً الظاهر من بيع الحيوان ما كان الغرض من بذل المال تحصيل هذا العنوان ولو يعلم بعدم تعيشه أزيد من يوم أو يومين، وأما ما كان المقصود من بذل المال في متن المعاملة حيث لحمه، كالسمك المخرج من المال حال حياته أو المذبوح كذلك، فلا يكون داخلاً في النصوص والكلمات.

(١) في النسخة الحجرية: من كونه من باب التمسك بالاطلاقات لاخراج مشكوك المصادقية عن المصدق، أو ادخاله فيه، وهو ممنوع كما أشرنا.

نعم ظاهر الإطلاق في النصوص والكلمات مطلق ما يكون حيواناً ولو مثل دود القَر، بل والإنسان حتى الأمة.

وما يتوهم بأن أمد الخيار فيها زمان استبرائه بخيال اقتضاء حكمة الخيار فيها ذلك ؛ لعدم الاطلاع بخصوصياتها في أقل من ذلك ، منظور فيه بمنع صلاحية الحكمة المزبورة لتقييد الاطلاقات كما لا يخفى.

* * *

ثم إن المراد من ثلاثة أيام في المقام ما هو المراد من الثلاثة في أقل الحيض ، أو العشر في أكثره ، أو الإقامة وأمثالها ، والظاهر من الجميع الثلاثة من بياض اليوم على وجه مجديه التلفيق ، ولازم استمراره المنصرف منه دخول الليلتين الوسطين فيه دون الأول والآخر ، كما هو ظاهر.

وعلى أي حال ما لم يمض هذا المقدار (إن شاء الفسخ فيها) من له الخيار على الخلاف السابق (فسخ ما لم يشترط سقوطه) على التفصيل السابق في خيار المجلس إشكالاً وحلاً ، (أو ينصرف المشتري فيه) بخلاف في مسقطيته أيضاً في الجملة فتوى ونصاً.

وفي نص ابن رثاب قوله : «إن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة فذلك رضى منه ولا شرط له» . قيل له : وما الحدث ؟ قال : «إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١).

وفي صحيحة الصفار التمثيل بأخذ الحافر وركوب ظهرها فراسخ^(٢).

ولا يخفى أن ظاهر الأخير عدم مسقطية مطلق الركوب ، بل ويدل على عدم مسقطية سائر التصرفات الجزئية السيرة المعلومة على بقاء الخيار مع أمثال هذه

(١) وسائل الشيعة ١٢ : ٣٥٠ حديث ١ باب ٤ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٢ : ٣٥١ حديث ٢ باب ٤ من أبواب الخيار.

التصرفات، خصوصاً مع عدم معرفة حال المبيع بدونها، الذي هو حكمة جعل الخيار المزبور في ثلاثة.

وحينئذٍ لا يستفاد من الرواية إلا ما كان من التصرفات المنصوصة، التي لا يكون صدورها غالباً إلا ممن كان بصدد ابقاء المبيع على ملكه، لا مثل التصرفات الامتحانية التي هي بعد على تنزل في إمساكه أو رده. ولازمه الالتزام بأن المدار على التصرفات الحاكية نوعاً عن الرضى بالبيع كالعرضية وأمثالها، وحيث أن الحاكي عن الشيء بنظر حكائي كأنه عين الشيء، عبر في النص بأن ذلك التصرف رضى بالبيع.

وربما يستفاد منه أيضاً أن تمام المدار في لزوم البيع أيضاً على الرضى به باطناً وأن التصرف المزبور من طرفها بلاموضوعية فيها، فلو انكشف الحال من الخارج بلا تصرف منه كاف حينئذٍ في لزومه، وذلك أيضاً لا يقتضي طريقة الفسخ في حله، إذ من الممكن أن حل العقد كانعقاده من الأول يحتاج إلى مظهر خارجي، بخلاف إبرامه الحاصل بعد انعقاده، فإن فيه خفة مؤنة ليس في غيره ذلك كما هو واضح.

* * *

وكيف كان (فإن تلف) المبيع (في هذه المدة قبل القبض أو بعده فن البائع)، أما حكم قبل القبض فواضح؛ لعموم « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »^(١).

وأما بعده فبناء على تخصيص الخيار في المقام بالمشتري، كما هو مذهب المصنف بل المشهور، فكذلك فإن البائع حينئذٍ ممن لا خيار له، فيشمله العموم المعروف بأن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، وهو في المقام مخصوص

(١) انظر: وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٨ باب ١٠ من أبواب الخيار.

بالبائع، كما أن القاعدة المزبورة مختصة إجماعاً ببعد القبض.
وأما بناء على المختار في الجمع بين الأخبار، بأن مقتضاه كون الخيار لمن انتقل إليه الحيوان بائعاً أم مشترياً، فقد ينتهي التلف في المقام إلى كونه من مال المشتري بمقتضى هذه القاعدة.

وعلى أي حال ظاهر القاعدتين كون التالف من مال البائع، ولازمه الالتزام بانفساخ المعاملة آنأ ما قبل التلف، كما هو المعروف. ويمكن أن ينزل قوله بأن التلف من مال كذا على بيان ورود النقص الحاصل في شخص المعاملة بالآخرة إلى كسبه، الذي يرجع إلى كون قرار الضمان المعاملي عليه، ولازمه تحديد الضمان المزبور بضمان المسمى^١ إذ الخسارة الحاصلة من قبل المعاملة المزبورة ليس إلا بالنقص الحاصل من قبيل المسمى، فليس عليه إلا المسمى لا العرض واقعاً، ولعل ذلك أيضاً وجه إطباقهم بمضمونية التالف قبل القبض بالمسمى كما لا يخفى.

ثم إن الضمان فيمن لا خيار له بظاهر كلماتهم مختصة بالخيارات الزمانية، ولازمه شمول القاعدة لخيار المجلس أيضاً. ولكن المستفاد من نصوص الباب ليس بأزيد من خيار الحيوان والشرط حسب قوله: «ينقضي شرطه ثلاثة أيام»^(١)، وقوله في آخر: «إن كان بينها شرط أيام معدودة»^(٢) الخ. ولازمه الاقتصار في خلاف القاعدة على المتيقن، لولا ظهور قوله في نص آخر: «حتى يضي شرطه»^(٣)، الشامل باطلاقه لخيار المجلس أيضاً بقرينة إطلاقه عليه في النص، وذلك أيضاً لولا دعوى معهودية الشرط المنصرفة إلى ما اشترط في متن المعاملة،

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٢ حديث ٢ باب ٥ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٥ حديث ٢ باب ٨ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥١ حديث ١ باب ٥ من أبواب الخيار.

إذ هو المناسب لاضافة الشرط إليه، ولأقل من التشكيك في إطلاقه، لولا فهمهم الاطلاق بقرينة إطلاق كلماتهم لمطلق الخيارات الزمانية الثابتة بعد القبض.

وعلى أي حال لاوجه للتعدي منها إلى مطلق الخيار، حتى مثل الغبن وغيره من الخيارات الغير الزمانية كما لا يخفى^١.

وأيضاً مورد نصوص الباب وقاعدة التلف قبل القبض تلف خصوص المبيع، ولكن التزم شيخنا الأعظم^(١) تبعاً لجمع من الأعظم بجريانه في الثمن أيضاً، ولعله من جهة إستفادة المناط من قوله: «ويصير المبيع للمشتري»، وأن مدار الضمان على لزوم المعاملة، وفيه نظر.

نعم لو بنينا على أن مدرك أصالة اللزوم في العقود هو الاستصحاب، أمكن دعوى حكومة استصحاب ضمان التلف قبل القبض إلى بعده، بناء على قيام الإجماع على التيسرية في هذه القاعدة. ولكن الإنصاف تمامية بعض العمومات على اللزوم، ومعه لا يبقى مجال لهذا الإستصحاب كما هو ظاهر.

ثم إن ظاهر القاعدتين صورة التلف، ولا يشمل صورة إتلاف البائع أو المشتري. نعم ظاهر كلماتهم إلحاق الاتلاف بأمر الشارع بالتلف، ولعله من جهة أن أمر الشارع أخرجه عن تحت اختياره، فكأنه تلف عليه قهراً.

ولكن الإنصاف منع تمامية هذا الوجه، إذ الإتلاف القهري أيضاً موجب لاستقرار المال في عهده، ومعه لا معنى لقرار الضمان على غيره، فلولا قيام إجماع على إلحاق المزبور لكان للنظر فيه مجال، والله العالم.

ثم إن هذا الضمان ثابت (ما لم يحدث المشتري فيه حدثاً) مسقطاً لخياره، وإلا فلا خيار له كي يصدق التلف في زمن الخيار، كما أن بالنسبة إلى الضمان

قبل القبض أيضاً، فإحداث المشتري فيه وإتلافه كان بمنزلة قبضه، فلا يبقى موضوع للتلف قبل القبض، مع أن القاعدة مختصة بالتلف لا الإتلاف كما عرفت.

وإتلاف وصف الصحة أيضاً موجب لصيرورة عهده عليه، فلا يصلح لأن يكون قراره على غيره ولو بالمسمى المقابل للصحيح كما هو ظاهر، فمثل قاعدة التلف قبل القبض أيضاً منصرفة عن هذه الصورة لما عرفت.

* * *

(والعيب الحادث من غير تفريط) في يد المشتري (لا يمنع الردّ بالعيب السابق)، بل ربما يقتضي ذلك خياراً مستقلاً لرده، نظراً إلى عموم التلف في زمن الخيار لتلف وصف الصحة أيضاً. وهذه الملاحظة ربما يشمله أيضاً عموم قاعدة التلف قبل القبض أيضاً، المستلزم لكون خسارته على البائع بنسبته إلى الثمن المسمى.

وربما تظهر الثمرة بين ما ذكرنا وبين كلام المصنف في صورة التبيري عن العيب السابق، فإنه على ظاهر كلام المصنف يسقط الردّ رأساً، بخلافه على ممثانا، ولا بأس بالالتزام بما ذكرنا بعد مساعدة الدليل، خصوصاً مع إمكان إرجاع أمثال عبارة المصنف أيضاً إلى ما ذكرنا، فتأمل.

* * *

(الثالث: من أقسام الخيار: خيار الشرط)

(وهو ثبت في كل مبيع اشترط الخيار فيه)، بلا إشكال فيه نصاً وفتوى. والأصل فيه عموم: «المؤمنون عند شروطهم»^(١)، بعد الجزم بعدم كون الوفاء بمضمون العقد منافياً لثبوت حق الخيار، إذ مرجعه إلى عدم إقتضاء العقد

لسلطنة أحد الطرفين على حلّه، ومثل ذلك لاينافي لإقتضاء الشرط مثل هذه السلطنة، فرجع الوفاء بمضمون العقد بهذا المعنى إلى ترتيب الأثر على طبق مضمونه في طرف عدم مقتضي للسلطنة المزبورة، وهذا المعنى مساوق الحكم بحليّة الغنم في طرف عدم إقتضاء الغنيمة لرجحان أحد الطرفين، فلاينافي إقتضاء الشرط أو غيره رجحان تركه أو فعله، بل لولا عموم الوفاء بالشرط يكفي لنفوذ الشرط المذكور عموم الوفاء بالعقد الخاص المتضمن لثبوت مثل هذا الحق على وجهه.

وعلى أي حال مقتضى العموم المزبور عدم الفرق بين إتصال زمان الشرط بالعقد أو انفصاله، ومع الإطلاق ربما ينصرف إلى الإتصال بالعقد، ومع التعيين بيوم الخميس مثلاً ينصرف إلى أول طلوع فجره. وإلى ما ذكرنا أشار المصنف بقوله: (ولايقدر بمدة معينة بل لهما أن يشترطاً بما شاءا بشرط أن تكون المدة مضبوطة)، لعموم نفي الغرر الساري من الشرط إلى البيع، ولذا نقول بمفسدية الشرط المجهول وإن لم نقل به في غيره.

(ويجوز اشتراط لأحدهما أو لهما أو للثالث) الأجنبي، للعموم، بعد قابلية المحلّ لتعلق حق الخيار للخارج عن المتعاقدين أيضاً كما لا يخفى.

ثم إن مقتضى ما ذكرنا في وجه تحكيم عموم (المؤمنون) مع عموم الوفاء بمضمون العقد، من كون نظر العموم التالي كعموم حليّة الغنم إلى عدم إقتضاء العقد أو الغنم شيئاً صحة شرط الخيار في ضمن عقد آخر أجنبي عن هذا العقد، كما أنه على مسلك إثبات اللزوم بالإستصحاب أيضاً هو ذلك.

نعم على مسلك دفع التنافي بعدم إطلاق العقد لفرض طروء الطارئ أمكن إثبات إطلاقه بالنسبة إلى مثل هذا الطارئ، الذي يعدّ عند العرف أجنبياً عن هذا العقد، كما أنه لو بنينا على إطلاق وجوب الوفاء على وجه يقتضي نفي إقتضاء خارجي أيضاً عند إطلاق مضمون العقد وإن فرض إشتراط في متنه من

جهة كونه محسوباً من خصوصيات مضمونه الواجب الوفاء بمضمونه بخصوصياته، كان لفساد مثل هذا الشرط أيضاً مجال، والمسألة من هذه الجهة لا تخلو عن إشكال.

ثم إنه لو شرط إستثمارها بأمر الأجنبي في التخاير، ففي رجوعه إلى تضيق دائرة الحق وجهان، وتظهر الثمرة في إسقاط الحق قبل الأمر، ولا يبعد الأخير؛ للأصل، لولا دعوى فهم العرف الأول.

وعليه أيضاً لا ترد شبهة مخالفة الكتاب، بخيال أن قضية الحق السلطنة على طرفي التخاير، فتصير السلطنة في ظرف كذا تنافي مقتضى الحق المزبور؛ لأنه يقال: إنه كذلك لو كان مفاد الشرط نفي السلطنة، وإلا فلو كان المفاد نفي الاعمال فلا قصور للشرط في نفوذه، إذ السلطنة بنفسه لا تقتضي عملاً خاصاً، فلا يكون مفاد شرطه مخالفاً للسنة، وإنها المخالفة جاءت من الأمر بالوفاء به، وهو غير مضر بعالم الشرط، كشرط عدم التصرف الكذائي في الأملاك كما هو ظاهر.

* * *

ثم إن من أفراد هذا الخيار ما يضاف البيع إليه، (و) هو (إشتراط مدّة يردّ فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع، فإن خرجت المدّة ولم يأتي) البائع (بالثمن كاملاً) مع شرط رده كذلك - وإلاّ فبمقدار ما لم يرد بالنسبة إلى ما يقابل المبيع بالثمن - (لزم البيع) بلا إشكال فيه في الجملة، فتوى ونصاً^(١).

وينبغي أولاً شرح فروض المسألة وبيان تطبيقها على القواعد، ثم التعرض لاستفادة أي منها من النصوص الخاصة، فنقول:

إنّ مفاد الشرط تارة الخيار في المدّة المعيّنة، وإن رد الثمن شرط أعماله

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٥٤ حديث ١-٢ باب ٧ من أبواب الخيار.

بانشاء فسخ، أو شرط كون رده الثمن فسخاً فعلياً، أو كان رد الثمن شرط أصل الخيار، أو شرط انفساخ المعاملة، أو شرط الاقالة من الطرفين. والظاهر أنه لا قصور في إتمام الجميع على القواعد، لولا تعليق المشروط به على أمر مجهول يوجب الغرر في المعاملة، وذلك أيضاً لولا إرجاعه إلى شرط أمر تعلقي في المدة المعينة فإنه يخرج به عن الغررية، ولكن لازمه تعليق الخيار أو الأعمال. بمجيء زيد وأمثاله. ولو في المدة المعينة، مع أن الظاهر بناءهم على غررية المعاملة بذلك.

اللهم [إلا] أن يفرّق بين المقامين بأن المعلق عليه في المقام هو الرد الكلي القابل للاستيلاء في أيّ زمان، فبعد تعيينه في زمان مخصوص لا يبقى جهة جهل فيه، بخلاف مجيء زيد وأمثاله، فإنه من الأمور الخارجية الشخصية التي لا إيهام فيه، بل كان معلوماً عند الله ومجهولاً عند المتباعين، فلا تخرج المعاملة في مثله عن الغررية، بخلاف الأول.

نعم لو أغمض عن هذه الجهة لا يبقى مجال دعوى أن التعليق بأمر خارج عن الاختيار يجعل الشرط خطرياً، بخلاف تعليقه على أمر إختياري، فإن العرف لا يرونه خطرياً، كما هو ظاهر. وإلى ذلك يرجع ما أفاده شيخنا العلامة في مكاسبه^(١) أيضاً؛ لا مكان دفعه بأن ذلك كذلك بالنسبة إلى المختار، وأما بالنسبة إلى طرفه فهو خارج عن الاختيار، فيصدق بالنسبة إلى المشروط عليه جعل شرط منوط بأمر خارج عن إختياره، فتكون المعاملة بالنسبة إليه خطرياً. هذا مع أن شرط الإنفساخ بنحو النتيجة فرع صلاحية الشرط للسببية، وإلا فمع احتمال دخل سبب خاص فيه، مرجع المورد إلى شبهة عدم قابلية المشروط للوجود بالشرط، ودليل وجوب الوفاء قاصر عن إثبات قابلية المحل،

وعليه فنحصر ما يكون خالصاً عن الإشكاليين صورة كون شرط رد الثمن فسخاً فعلاً، وهو المناسب للنصوص الخاصة التي من جملتها موثقة إسحاق المشتملة على قوله: «أبيعك داري - إلى قوله - على أن تشتري لي أني إذا جئتك بثلثيها إلى سنة تردّها عليّ قال: «لا بأس بهذا إذا جاء بثلثيها ردّها عليه»^(١). ونظيره ما في نص معاوية بن ميسر^(٢).

وفي بعض النصوص: «إن أتاك بمالك وإلا فالبيع لك»^(٣)، وذلك لأنّ الظاهر من تعليق الردّ بمجيء الثمن ملازم لكون مجيئه به فسخاً فعلياً، وإلا فلا بدّ من حمل ردّه على ردّه في الملكية بسببه من إنشاء فسخ لا الردّ الخارجي المترتب على تملكه.

والأول أظهر، لولا تأييد الثاني بالنص من قوله: «فالبيع لك»، بمعنى أن زمام أمره بقاء وحلاً بيدك. ولازمه كون الرد شرط أعمال الخيار أو أصل الحق، بلا كون الرد فسخاً فعلياً.

ولكن الانصاف إمكان حمل قوله: «البيع لك» بمعنى أن نتيجته من تملك المبيع لك، فيرجع مفاده إلى المعنى الأول، الملازم لكون الردّ فسخاً فعلياً، ولا أقل من الشك، ففقتضى القواعد - لولا ما أشرنا - بطلان شرط الخيار، أو الأعمال المشروط بالردّ المجهول، لولا دعوى مخالفة ذلك للسيرة، وظهور الكلمات في شرطية الردّ للخيار. ولعلّه يكفي للقرينة على ظهور النص الأخير في ثبوت الخيار منوطاً بالردّ، بل ويمكن جعله قرينة على جعل الردّ في قوله: «يردّها» في الفسخ الملازم للردّ الاعتباري لا الخارجي، خصوصاً مع قابلية حمله على صورة كون

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥ حديث ١ باب ٨ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥ حديث ٣ باب ٨ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٤ حديث ٢ باب ٧ من أبواب الخيار.

المبيع بعد بيد البائع، فإنه يلزم مع الرد بهذا المعنى فتأمل.

* * *

(و) على أي حال نقول: إنّ (التلف) في مثل هذا الخيار وفي زمانه بعد القبض (من المشتري في المدة)، لأنه ممن لا خيار له، فيدخل في الكبرى السابقة، (والنماء له) أيضاً؛ لأنه ملكه، وذلك ظاهر.

ثم إنّ الردّ الذي هو شرط الخيار أو الفسخ الفعلي هو الردّ خارجاً، وربّما يكفي فيه مجرد التسليط به كذلك، لولا إنصراف الشرط إلى التسليم والقبض. كما أنّ الظاهر هو ردّ مثل الثمن لانفسه، خصوصاً مع كون الثمن غالباً كلياً وأن تعيينه يقبضه، فيصدق على مثله أيضاً أنه فرد كلي الثمن المجعول، كما أنّ هذا الخيار يسقط باسقاطه في المدة بعد الرد بلا إشكال، وقبله على شرطيته لاعماله، وأمّا على شرطيته لنفسه ففيه إشكال، لولا دعوى كفاية الشرط في اقتضائه وأنّ الردّ بمنزلة المعدلة وكفاية الإسقاط أيضاً في ظرف مقتضيه، فتدبر.

ويكفي للإسقاط أيضاً رضاه بالمعاملة بعد الردّ؛ لعموم النصّ الجاري في غير خيار الحيوان أيضاً. وأمّا قبل الردّ فلا يكون تصرفه في الثمن كاشفاً عن رضاه التخائري، إلّا على كون الردّ فسخاً فعلياً، وذلك أيضاً في صورة شرط ردّ العين، وإلّا فيمكن أن يدعى أن وضع هذا البيع لذلك، بل يمكن دعوى أنّ المرتكز في الأذهان الملازم للشرط الضمني في المعاملة في خصوص هذا البيع عدم تصرف المشتري في العين نقلاً أم إتلافاً، وبذلك يمتاز عن سائر الخيارات الغير الممنوع فيها التصرف، غاية الأمر بنتيجة خيار الطرف بعد فسخه إنتقال الأمر إلى قيمة العين جمعاً بين الأدلة، كما لا يخفى.

* * *

(الرابع: خيار الغبن)

(وهو أن يبيع بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه)، (و) خياره

مشروط بأن (لا يعرف القيمة)، وأن يكون (مما لا يتغابن الناس فيه، فيختار المغبون) حينئذٍ (الفسخ) بلا إشكال في أصل الحكم، وإنما الكلام في وجهه، وقد يظهر عن بعض الكلمات إرجاع ذلك إلى خيار الشرط بتوهم أن المغروس في الذهن عدم إقدامها على المعاملة إلا في ظرف التساوي، وبدونه لارضى لهما في المعاملة.

وإلى ذلك مال كلام العلامة في توجيهه وجه الخيار المزبور، وفيه أن المقام أقرب إلى الداعي، فيكون المقام من باب تخلف الداعي، مع أن الإنغراس المزبور يقتضي كون القيد بنحو وحدة المطلوب المستتبع لفساد المعاملة، لاصحتها مع الخيار، فالأولى التشبث بعموم نفي الضرر المالي، المستتبع لنفي وجوب الوفاء بالمعاملة الملازم مع ثبوت الحق المزبور إجماعاً، أو لأصل إثبات السلطنة على الفسخ الملازم للحق المزبور جزماً في أمثال المقام.

وعلى أي حال لا مجال لإثبات التخيير من الفسخ وأخذ الأرض كما أُفيد، إذ ليس شأن عموم نفي الضرر- الذي هو من الإرفاقيات- إثبات السلطنة على الغير الذي هو خلاف إرفاق في حق الغير، ولذا استقر رأي المشهور أيضاً على تخيير المغبون بين الفسخ والإمضاء فقط، بلا سلطنة على إلزام الغير بإعطاء الأرض وما به التفاوت، كما هو ظاهر.

هذا، نعم للغابن إعطاء التفاوت، فلا يبقى معه ضرر مالي موجب لخياره، فلا أقل من التشكيك في عموم نفي الضرر، وحينئذٍ عموم وجوب الوفاء بالعقد محكم.

نعم قد يستشكل في وجه الإعطاء بأنه إن كانت هيئة مستقلة فالضرر باقٍ بلا جبر، فلا قصور في شمول العموم. وإن كان بعنوان جبر الفأنت، ففيه أنه إنما يصح في ظرف الفراغ عن لزومه، وكيف يحیی من قبله اللزوم.

وحل الإشكال بالالتزام بأنه من باب الجبر الفأنت الفعلي الغير المنوط

بلزومه، غاية الأمر قضية نفي الضرر رافع للفوت بجلّ المعاملة، لا أنّه موجب لعدم صدق الفوت من الأول، كما هو ظاهر.

ثمّ إن قضية امتنانيّة العموم المزبور عدم شموله للمقدم؛ لعدم كون وضع اللزوم عليه خلاف إمتنان في حقه، وليس مقتضى العموم المزبور أيضاً أزيد من ذلك.

* * *

وتوهم أن إقدامه على الضرر فرع لزوم المعاملة، فكيف يجيئ اللزوم من قبله، مدفوع بأنّه يكفي في صدقه صدق ضرريّة المعاملة في رتبة سابقاً على حكمه، فيصدق الإقدام عليه. وما نحن فيه غير إقدامه على الفعل الضرري؛ لعدم صدقه إلاّ بنفي شمول العموم لمثله، فكيف يرفع الاقدام حينئذٍ عموم نفي الضرر عنه.

ثمّ إن أظهر أفراد الإقدام صورة إلتفاته بغرريّة المعاملة فيقدم عليها، ويتلوه صورة جهله مع بنائه عليه كيف ما اتفق أو برجاء الضرر. وأخفى أفراد إقدامه في مورد يقطع بعدم الضرر، ولكن يبيّن عليه على فرضه محالاً.

ولكن لا يخفى أن إطلاق كلماتهم في تخصيص الخيار بصورة عدم العلم، أو الإمارة العقلانيّة على الغبنية عدم اللزوم في فرض الجهل مطلقاً، مع أنه لا قصور في شمول عنوان الإقدام لبعض فروضها، بل أمكن عدم شمول لحكم الإرفاق في حقه، وعليه فاطباق الكلمات على الدليل مشكل.

ولو أقدم بخيال مرتبة فبان مرتبة أخرى، ففي ثبوت الخيار وجه؛ لشمول العموم.

* * *

ثمّ إن المدار في الغبنية على الغبن حين الإنتقال ولو كان متأخراً عن العقد، وفي الإجازة على المشهور إشكال، لا يبعد فيه أيضاً من الإلتزام بكفاية الضرر

حين الأجازة بقرينة كفاية صدق الإقدام بعلمه، بالضرر حينها، بل هو ظرف توجه الخطاب الضرري نحوه. والأولى منه الإكتفاء بضررية المعاملة في أحد الزمانين؛ للعموم النافي للزومه على أي تقدير. نعم لا اعتبار بالضرر الناشيء من قبل غير المعاملة بعد الانتقال إليه؛ لعدم جبر نفي الضرر في غير الناشيء عن الوفاء بالمعاملة، فتأمل.

ولو زال النقص قبل إطلاع المغبون، ففي كونه إقداماً منه على وجه لا يكون وضع اللزوم عليه خلاف إمتنان في حقه وجه، نعم مع عدم تمكنه من نهي وكيله لا قصور في شمول نفي الضرر، فيكون تمام المدار حينئذٍ على علم الوكيل وجهه، كما لا يخفى.

نعم لو لم يكن الوكيل مستقلاً لا اعتبار بعلمه وجهه في ثبوت الخيار ونفيه، بل تمام المدار على علم الموكل وجهه، ووجهه ظاهر.

* * *

ثم إن جهل المغبون يثبت بأمور: من إعراف الغابن، أو البيّنة العادلة، أو دعوى المغبون بمناط أنّه لا يعلم إلّا من قبله إلّا مع قيام ظهور حال على خلافه. وفي كفاية هذه الدعوى في تقديم قول المغبون في المرافعة وجه، كما أنّه مع الظهور المزبور يكفي لتقديم قول طرفه إن بلغت إلى حدّ الحجة، وإلّا يقدّم قوله أيضاً؛ للأصل، كما لا يخفى.

ثم إن ميزان الغبن بلوغ التفاوت إلى حدّ يكون مورد إعتناء العقلاء، وهو ربما يختلف باختلاف مراتب المالمية قلة وكثرة، وليس له ميزان منضبط إلّا بتحديدده بالكسور من مثل العشر ونصف العشر وربعه المضاف إلى مالمية العوضين، وإلّا فالدرهم والدينار وأمثالهما لا يكون من الموازين المنضبطة، كما لا يخفى.

ولئن شكّ في تحديدده في مراتب الكسور فالمرجع أصالة اللزوم بعد

التشكيك في شمول عموم نفي الضرر المنصرف إلى ما هو مورد إعتنائهم.

* * *

بقي في المقام إشكال مشهور على المسالك في تصويره الغبن في الطرفين، وملخص الإشكال أنّ عنوان الغبن منتزع عن زيادة أحد العوضين على الآخر بحسب المالّية، ومثل هذا المعنى^١ كيف يتصور بالنسبة إلى الجانبين.

أقول: لا يخفى^١ أن هذا الاشكال مبني على ملاحظة مجموع مالّية أحد العوضين بماله من الخصوصيّة الحافّة به، وإلّا فتصوير التفكيك بين أجزاء المبيع في صفقة واحدة، أو التفكيك بين نفس العوضين وشرطهما في ضمن عقده، أو بين العوضين بلحاظ غير الشرط، من سائر الخصوصيات الزمانية أو المكانية، مع قطع النظر عن قياس المجموع إلى المجموع بمكان من الإمكان، وإلى كل واحد من الجهات المزبورة نظر من تصدى لجواب الإشكال، كما أن نظر المستشكل إلى مقايضة مجموع الجهات بمجموعها.

وحينئذٍ الأمر في المقام إشكالاً وجواباً في غاية الوضوح، فلا يهّمنا التعرض لمثله بأزيد من ذلك، فراجع كلماتهم.

* * *

ثم إنه قد يرى إختلاف كلمتهم في أنّ ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار، أو كاشف عن ثبوته من حين العقد، فعن شيخنا العلامة التفكيك بين نفس الحق فالتزم بثبوته واقعاً من حين الانتقال، وبين السلطنة الفعلية على إعماله فيثبت من حين علمه به، ثم جعل السقوط بالتصرف من آثار السلطنة، والإسقاط بإنشائه من آثار الحق واقعاً، وتردد في التصرفات الناقلة^(١).

أقول: بعد كون مدرك هذا الخيار عموم نفي الضرر، فلا شبهة في أنه إنما يرفع حكماً في وضعه خلاف إمتنان على الأمة، ومن المعلوم أن ما كان شأنه ذلك هو السلطنة على التخاذل لانفس الحق.

وحينئذٍ فلا مجال للتفكيك بين الحق والسلطنة المزبورة بمقتضى العموم المذكور، وبعد ذلك لا غرو بدعوى ثبوت السلطنة المزبورة حال الجهل خصوصاً في الجهل البسيط، نعم في المركب قد لا يتصور رضاء تخائرياً من قبل المغبون وإن أمكن رضاه بالبيع، لكن ليس كل رضاه به منه إعمالاً لخياره.

ولذا نقول: بأن التصرف في حال الجهل المزبور لا يكشف عن الرضى بالمعاملة، خصوصاً مع احتمال وجود أصل أو إمارة عنده على عدم الغبن، ولكن ذلك لا ينافي مع كونه سلطاناً عليه واقعاً. غاية الأمر ينتج مثله صحة إنشاء فسخه ولو بقصد التسبب إليه من قبل إنشائه الغير المنافي لجزمه لعدم ترتب أثره من سائر الجهات، فلا ينافي جزمه بالعدم مع جده بانشائه، كما هو الشأن في سائر المعاملات. ومن هذا الباب إنشاء البعث في حق من علم بعصيان، وإنشاء الفضولي مع الجزم بعدم إجازة المالك، وهكذا.

ومرجع الجميع إلى قصد التوصل إلى الشيء من حيث دون حيث، وسد باب عدمه من جهة دون جهة. وبمثل هذا البيان صححنا كثيراً من المقامات، وعليك بالتأمل في الأساس، فإنه باب يفتح منه ألف باب. ومنه الترتيب والجمع بين الأحكام الظاهرية والواقعية بالنسبة إلى إرادته الإعلامية، لا المضمونية، وإلا فبالنسبة إليها لا بد من المشي على وفق ماحققناه، بل قبح التجري مع بقاء الواقع على ما هو عليه.

* * *

ثم إن من مسقطات هذا الخيار شرط سقوطه في متن العقد بالتقريب المتقدم، وتوهم لزوم الغررية من جهة المالية، مدفوع بما تقدم من منع صدق

الغرر من قبل الجهل بالمالية، وعلى فرضه فيستحيل أن يكون الخيار المزبور رافعاً له، إذ هو إنما يثبت فيما كان صحيحاً من سائر الجهات، كما هو ظاهر.

ومنها: إسقاطه بعد العقد ولو قبل العلم به على المختار، بل وعلى شرطية ظهور الغبن لكفاية وجود المقتضي في اعتبار الإسقاط بملاحظة اعتبار العرف نحو وجود له، الكافي ذلك في اعتبار الاسقاط، كما أشرنا إلى كفاية ذلك أيضاً في شرط السقوط.

نعم لو قيل بأن الظهور المزبور مقتضياً له أشكل أمر الإسقاط؛ لأنه بنحو التعليق غير مؤثر في كلية الإيقاعات والعقود إجماعاً، وبنحو التخيير يرجع إلى إسقاط ما لم يجب.

نعم في شرط السقوط بنحو التعليق لا بأس به؛ لعدم إضرار التعليق في الشروط، فلولا قيام إجماع على إلحاقه بالاسقاط في خصوص المقام لأشكل أمر بطلانه.

وعلى أيّ لو أسقط خياره بخيار مرتبة من الغبن فبان أزيد من ذلك، ففي سقوط خياره وجهان مبيان على أن المرتبة الخاصة مأخوذة في موضوع الإسقاط بنحو العنوان أو الداعي. ولا يبعد الأخير، فلا يبقى بعده خيار. ومن هنا ظهر صلحه أيضاً لولا طروء خيار غبن آخر فيه، فيما يكون مبناه على المكايسة كالمعاوضي منه، وإلا فلا يجيئ فيه خيار غبن أصلاً.

ومنها: تصرف المغبون بعد العلم بالغبن بنحو من التصرفات المسقطة لخيار الحيوان، على التفصيل السابق؛ لا مكان التعدي من نصوصها إلى مطلق الخيارات، عدى البيع الخياري قبل رد الثمن. وأما قبل العلم به فلا مجال لكشفها عن الرضى التخيري؛ لا مكان استناده إلى أصالة عدم الغبن. وهذه الملاحظة نقول بعدم المسقطية بمناء الرضى المزبور في العيب أيضاً، وإنما المنشأ فيه عدم قيام الغبن بعينه، وهو مانع أخر عن بقاء الخيار الغير الجاري في المقام.

وفي إلحاق خيار التدليس بالعيب أو بالمقام من هذه الجهة وجهان: من إقتضاء الأصل. والقاعدة هو الثاني، ومقتضى جمع من الكلمات هو الأول، والمسألة لا تخلو من تأمل وإشكال.

وقيل: من المسقطات تصرف المغبون قبل العلم بالغبن بالتصرفات المتلفة أو الناقلة التي هي بحكم الإ تلاف، فإنه على فرض بقاء الخيار يلزم على المغبون ردّ بدله، وهو ضرر على الغابن في القيميات؛ لتعلق الأغراض بالعين غالباً، فيلحق المثلي بها بعدم الفصل، ومثله معارض مع ضرر المغبون فيتساقطان، فيرجع إلى أصالة اللزوم، هذا ملخص ما قيل.

أقول: ذلك صحيح لو كان بقاء خيار المغبون تابع بقاء ضرره، كي يحتاج إلى تطبيق العموم في طرف المغبون في كل آن، وإلا فلو كان الخيار بحدوثه تابع حدوث الضرر من قبل المعاملة، وأن بقاءه مستند إلى استعداد ذاته، فلا مجال لمعارضته ضرر الغابن بالنسبة إلى ضرر المغبون، إذ حين حدوث المعاملة الضرورية لا ضرر على الغابن، وبعد حدوثه فليس بقاءه مستنداً إلى عموم نفي الضرر، بل هو مستند إلى استعداد ذاته.

ومع ذلك كيف يصلح نفي الضرر في طرف الغابن لرفع حقّ المغبون؛ لأنه خلاف إمتنان في حق الغير، فلا محيص حينئذٍ إلا من الحكم ببقاء الخيار والانتقال إلى رد البدل من المثل أو القيمة، كما هو الشأن في صورة تلفه سماوياً، إذ لا أظن إلتزامهم بسقوط خيار المغبون بتلفه، مع أن المعارضة المزبورة جارية هنا أيضاً. وعليه فلامصحح لكلام المشهور من مسقطية التصرف المزبور للرد، إلا بالنسبة إلى رد نفس العين لا بدله، فتدبر.

* * *

ثم على المسقطية مطلقاً فلا شبهة في السقوط مادام نقل العين ولو جائزاً، أو مع العود فهل يعود الخيار؟ وجهان: من إقتضاء نفي الضرر في طرف المغبون

ذلك بلامعارضة تضرر الغابن، ومن أن نفي ضرر الغابن بحدوثه ومعارضته أسقط الحق، فعوده يحتاج إلى دليل. اللهم [إلا] أن يقال: إنه يكفي دلالة عموم نفي الضرر الشامل في المورد بعد سقوط المعارضة، فتدبر. وفي إلحاق الإجازة بالبيع وجه بعين ماتقدم في القيمي.

* * *

ولو تصرف في العين بما يوجب الشركة، ففي سقوط الردّ بمناط نفي ضرر الشركة على الغابن وجه، مبني على تقريب تعارض الضررين. ولقد عرفت مافيه، خصوصاً مع عدم لزوم ضرر على الغابن في رد البديل إلاّ ضرر نقض غرضه القائم بشخص العين، ومثل ذلك إنما يتم دخوله في عموم نفي الضرر مع تسليم بنائهم على العمل به، وإلاّ فلوقيل بعدم جبر نفي الضرر الغرضي بالعمل إلاّ في مورد تخلف القصد في العقود، لا يبقى مجال توهّم المعارضة أصلاً، كما لا يخفى.

ولو تصرف الغابن تصرفاً مغيّراً للعين: فإنّما أن يكون بالنقيصة، أو بالزيادة، أو بالامتزاج.

فعلى الأول: فإن كان النقص مالياً، فلا شبهة في عدم سقوط الخيار به، بل بفسخه يرجع إلى أرشه؛ لأنّ التالف من العين بأجزائه وصفاته مضمون على القابض، فبالفسخ يرجع إليه في أخذ بدله، كما هو الشأن في فرض تلفه نفس العين في زمن الخيار.

وإن لم يكن النقص المزبور موجباً لنقص في المالّية، كخصي العبد مثلاً، فلا أرش له بفسخه، وضرر نقص غرضه أيضاً غير مجبور، بل على فرض الجبر لا يكاد يشت في حق المقدم عليه كما هو ظاهر.

ثم أنّه قد يلحق بهذه الصورة فرض كون العين مستأجرة، فالزم بالصبر إلى زمان الاجاره.

أقول: وذلك صحيح لولم يقتضِ سلب المنفعة في المدة نقصاً مالياً في العين، وإلاّ فأمكن في المقام من الرجوع إلى الأرض لولم نقل بعموم نفي الضرر العرضي أيضاً، وإلاّ فالجمع بين نفي الضررين سلطنة على حل الإجارة. وتوهم صدق الإقدام على الضرر العرضي أول الكلام، بل هو عين المصادرة.

* * *

وعلى الثاني: فإن كانت الزيادة عينيّة كالغرض، ففي سلطنة المغبون على قلعه بلا أرض، أو مع أرضه مطلقاً، أو مع كون أمده قريباً، أو عدم سلطنة عليه وكونه ملزماً بابقائه مع الأجرة، أو بلا أجرة مطلقاً، أو إعطائه قيمة الأرض فتملكه، وجوه، بل أقوال.

والتحقيق المختار هوثاني الاحتمالات، إذ قضيته عموم السلطنة على المال لا يقتضي اشتغال مال الغير، بل صاحب المال له السلطنة على تفريغ ماله. غاية الأمر ليس له السلطنة على إضرار غيره بتقيص ماله المحترم باعدام بعض خصوصياته. ومثل هذه الجهة مضمون عليه بإعطاء أرضه، فله قلع الغرس وإعطاء ما به التفاوت بين كونه مغروساً وغير مغروس؛ لغرض كون غرسه عن حق. وذلك بخلاف ما لو كان الغارس ظالماً، فإنّه ليس لعرفه حق، فلمالك الأرض قلعه بلا أرض أيضاً.

وعمدة النكتة فيما ذكرنا هو أنّ عموم سلطنة الإنسان على ماله قاصر الشمول عن التصرف المستتبع للتصرف في مال الغير؛ لأنّه خلاف الإرفاق في حق غيره المنافي لارفاقية نفسه، فليس للانسان تحريك ما بيده من الآلة المستتبع لتخريب مال غيره، فللغير منع هذا المالك عن التحريك المزبور. وبعد ذلك نقول: إبقاء الانسان ماله في ملك غيره لمّا كان علّة لإشتغال مال غيره، فليس له مثل هذا التصرف المستتبع للتصرف في ملك الغير.

وحينئذٍ لا قصور في تصرف المالك الآخر بتفريغ ماله عن ملك الغير، ولو بتحريك مال الغير باخراجه، إذ بعد فرض عدم سلطنة الغير على الإبقاء المزبور، لا يكون سلطنة مالك الأرض على تحريك الغرس وقلعه خلاف إمتنان في حق الغير لفرض؛ لعدم سلطنة على الإبقاء.

* * *

وتوهم جريان عكس ذلك في طرف صاحب الأرض؛ لأن تفريغه بعد ما كان مستتبعاً للتصرف في الغرس، يكون على خلاف الإمتنان في حق صاحب الغرس، فلا يكون سلطاناً على التخلية، فيستتبعه عدم سلطنة على القلع، فتبقى سلطنة صاحب الغرس على إبقائه بحاله؛ لعدم كونه خلاف إمتنان في حق صاحب الأرض، لفرض عدم سلطنة على التخلية فحينئذٍ تسجيل أحد السلطنتين على الآخر بمناط الارفاق دوري، أو ترجيح بلامرجح.

مدفوع بأن سلطنة صاحب الأرض على التخلية لا يستتبع تصرفاً في ملك الغير، بل هو معلول التصرف في ملك غيره، فلا قصور في شمول عموم السلطنة له من هذه الجهة. بخلاف سلطنة صاحب الغرس على إبقاء الغرس، فإنه عليه التصرف في مال الغير من إشغال ماله، فيكون مستتبعاً للتصرف في مال الغير، وهو الذي يكون عموم السلطنة قاصر الشمول مثله.

فكم فرق بين نسبة التفريغ إلى القلع، وبين نسبة إبقاء الغرس إلى الاشغال إذ الثاني مستتبع لما هو خلاف إمتنان في حق الغير، بخلاف الأول فإنه غير مستتبع بخلاف إمتنان، بل تبع للتصرف في مال لا يكون صاحب هذا المال بملاحظة استتباعه إشغال مال الغير سلطاناً على هذا التصرف، فلا قصور في سلطنة صاحب الأرض على مثل هذا التصرف المقدمة لتفريغ ماله عن مال الغير، كما لا يخفى.

وبعبارة أخرى نقول: إنَّ التخليص متفرع على الإبقاء من الغير، كتفرع

الدفاع على الهجوم بحسب الرتبة متأخر عن الثاني.

وحينئذٍ فقصور السلطنة على التخليص متفرع على سلطنة الغير في الرتبة السابقة، ومع عدم السلطنة السابقة - كما ذكرنا - لا قصور في سلطنة غيره عن التخليص.

وحينئذٍ يستحيل أن تحيئ سلطنة الغير على الاشغال من قبل عدم سلطنة صاحب المال على التخليص لفرض تأخر رتبته وجوداً، كما هو ظاهر. ومن هذا البيان ظهر أن عمدة وجه المسألة وإتمامها إنما هو بطولية السلطتين وقصور دليل السلطنة لاثبات السلطنة الأولى، وإلا فعموم نفي الضرر قاصر الشمول لأمثال المورد؛ لعدم صلاحية حكومتها لمثل السلطنة التي هي من الأحكام الارقاقية، فتدبر، فإنه من مزال الأقدام.

* * *

نعم هنا مطلب آخر وهو أن قضية السلطنة على التفرغ يستتبع السلطنة على القلع محضاً، ولا يستتبع إتلاف ماليته الحاصلة من صفة المغروسة، فهذه المالية بخصوصيته حينئذٍ في عهده حفظاً لاحترام حقه، نظير السلطنة على إتلاف مال الغير في المحمصة، مع لزوم حفظ إحترامه بجعله في عهده مادام كان للخصوصية التالفة إحترام، وإلا فلو أن ذلك من الغاصب الذي (ليس لعرقه حق) فلا أرش لتالفة أيضاً، كما أشرنا.

وتوضيح المقام بأزيد من ذلك موكول إلى محله في بحث تراحم الحقوق، وسيتضح هناك أيضاً أن تقديم أحد الحقين في أمثال المقام ليس بمناط عموم نفي الضرر وترجيح أحد الضررين على الآخر، كي يستشكل بأن قاعدة نفي الضرر قاصرة عن الشمول لمثل هذه الأحكام إرقاقية.

* * *

وأيضاً نقول: إن صاحب المال في مقام تخليص ماله لا يكون مسلطاً بأزيد

مما هو خارج عن سلطنة غيره، وهو إبقاء مال الغير محبوساً ومشغولاً بماله لأزيد، فبالنسبة إلى الزائد من هذه الجهة يبقى الغير مسلطاً على ماله، فله منع الأجنبي عن التصرف في ماله، بل ومنعه عن التصرف في سائر أمواله، نعم كلما أنيط به التولية لابد أن يبيأ له.

وفي كونه مسلطاً على هذه التصرفات مباشرة حتى مع إقدام صاحب المال عليها لا يخلو عن تأمل، بل ربما يظهر من إطلاق قوله في من أخذ أرضاً بغير حقها أو بنى فيها، قال «يرفع بناءها ويسلم التراب إلى صاحبها»^(١) سلطنة مالك البناء على التصرف مباشرة بلا احتياج إلى إلزام الغير في تفريغ ماله.

ومن هذا النص يتعدى إلى الغرس وأمثاله، لولا بعض النصوص الواردة في الزرع، حكيمناه في بيع الثمار، الظاهرة في سلطنة الزارع على إبقاء زرعه وعليه طسقتها. وعمل بها جملة من الأعظم.

وفي التعدي منها إلى الغرس وجه، لولا الإشكال فيه بأنه ليس له أمد ينتظر بخلافه، فينتظر في خلاف القاعدة على خصوص الزرع لنص مخصوص، وتجري القاعدة في غيره، فتدبر.

نعم في بعض نصوص الغرس أن لصاحب الأرض تقوم غرس الغير في فرض غصب الغارس^(٢)، وهو غير معمول به للجزم بأن الغرس كالزرع للزراع، كما هو المنصوص أيضاً، فلا مجال لمعارضة النصوص المزبورة لبقية النصوص منطوقاً وفحوى.

* * *

وحينئذٍ لافرق بين الغاصب وغيره في هذه الجهات، وإنما الفرق بينها في

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٢٨٣ حديث ٣ باب ٣٣ من أبواب الاجارة.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ٢٨٢ حديث ١ باب ٣٣ من أبواب الاجارة

مسألة الأرض الثابت بالنقص في مال الغير بعد إفراغ ماله عنه، فإن الخصوصية الحاصلة من ناحية غصبه وظلمه لا تكون محترمة فلا ضمان فيه، بخلاف غير الغاصب، كما في المقام، فتدبر.

ثم لو كان تغيير المبيع الخياري بالإنزاع، فتارة يكون مزجه بغيره بحكم استهلاكه عرفاً، فيدخل في صفريات إتلاف عينه. وأخرى لا تكون بهذه المثابة، وحينئذ لا يقتضي في مثله النسخ إلا الحكم بالشركة، وضرره الغرضي الحاصل بالشركة غير مجبور، لا يمنع مثله عن الخيار.

ولافرق في هذه الجهة أيضاً بين المزج بالمثل أو بغيره، كما هو ظاهر، نعم لو اختلط بالأردأ، ففي إستحقاق المالك بعد الفسخ من سنخ الموجود بنسبة مالية ماله، أو استحقاقه الأرض وجهان، لا يبعد الثاني؛ لأن إتلاف صفة الجيادة من القيمات فيضمن بالقيمة. اللهم [إلا] أن يدعي حكم العرف في أمثال المقام بالشركة في العين بنسبة المالية، فلا ينتهي أمره إلى الأرض، كما في فرض الامتزاج بالأجود، فتدبر.

* * *

ولو تلف العين في زمان، فقد يتوهم سقوط الخيار، نظير باب المعاوضة. ولكن لا يخفى من الفرق بين المقامين، بأن الثابت هناك سلطنة كل واحد على تراد العينين بشخصها، فع التلف فلا تراد، بخلاف المقام فإن السلطنة قائمه. بحل العقد وإعتباره لا قصور فيه، كما أن مثل هذا الاعتبار يستتبع إعتباراً آخرأ، وهو رجوع العينين، فع قيامهما بعينهما فيرتجعان عيناً، وإلا فرجوعهما باعتبار وجودهما في عهدة الغير. فلازمه الحكم بالتضمنين بمثله أو بقيمته، وذلك هو النكتة في إلزامهم باقتضاء الفسخ رجوع العين مع وجودها، ورجوع بدلهما مع تلفها.

ومن هذا البيان ظهر حكم إتلاف الظرف، فإنه أيضاً لا يسقط خياره.

وأما إتلافه بنفسه فعدم مسقطيته فرع عدم دلالة على الرضى بالبيع، وإلا فعمومات مسقطية التصرف يشملها. وأما لو أتلفه أجنبي فنتيجة الفسخ رجوع ما في عهدة الأجنبي إليه، إذ هو مرتبة من وجود المال بحسب الاعتبار. ثم إنه من التأمل فيما ذكرنا ظهر حكم صورة الإبراء قبل الفسخ، فإنه بحكم الإتلاف المستتبع لرجوع بدله بفسخه.

* * *

وعلى أي حال مقتضى القاعدة فورية هذا الخيار وأمثاله؛ لعمومات اللزوم، بعد كون المقام من باب ترجيح التقييد على التخصيص. ولئن أغمض عن هذه العمومات فالمرجع أصالة بقاء الخيار الحاكم على أصالة اللزوم. وتوهم الشك في بقاء الموضوع أو الجزم بتغييره؛ لأنه غير المتمكن عن جبر ضرره المتقلب بالتمكن، منظور فيه، كيف وخصوصيات الحكم غير مأخوذ في موضوعه، فعدم التمكن من غير ناحية الخيار باقياً إلى الأبد، كما لا يخفى. ثم إن مدار الفورية بمقدار لا يلزم من التعجيل حرج، فع الجهل قصوراً بالحكم أو موضوعه لا يهدم الخيار؛ لثبوت الامتنان الموجب لشمول حديث نفي الضرر لمثله، نعم مع تقصيره في الجهل بالحكم إشكال؛ لأنه كالمقدم به، فلا خيار، والله العالم.

* * *

(الخامس: من باع شيئاً ولم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ولم يشترط التأخير، لزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري فهو أحق بالسلعة، وإن مضت كان للبائع الفسخ).

والأصل في ذلك - بعد عدم وفاء عموم نفي الضرر لمثل هذه الخصوصيات، بل وعدم كون هذا الضرر ناشئاً من قبل حدوث العقد، فكان من المضار الجائئة عن قبل خارج العقد الغير المجبور عند الأصحاب - النصوص الخاصة،

منها صحيحة ابن يقطين: عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن قال: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض ببعه، وإلا فلا بيع بينهما»^(١).

وفي نص آخر: «من اشترى يبعاً فضت له ثلاثة أيام ولم يحسب فلا بيع له»^(٢). ونظيره نص المحمل وقضاء أبي بكر بن عياش^(٣).

وتقريب الاستدلال بهذه النصوص على المدعى مبني على حل نفي البيع فيها على نفي لزومه، لأنني حقيقته، ولو بمناط حل هذه الهيئة على نفي توهم اللزوم، لا للصحة كحمل بعض الأوامر على نفي توهم الخطر أو النواهي على نفي توهم الإيجاب.

ويؤيده فهم الأصحاب ذلك منها من الصدر الأول.

وظاهر قوله في نص ابن يقطين: «فإن قبض ببعه»^(٤) كون مرجع الضمير هو الصاحب الذي كناية عن المشتري في صدر الرواية، ولازمه قراءتها بالتخفيف، وأن المراد من البيع هو المبيع بقرينة رواية أخرى^(٥) بل وصدر هذه الرواية. ولازمه إستفادة شرطية عدم قبض المبيع.

وظاهر قوله أيضاً: «ولا يقبض الثمن» شرطية عدم قبض الثمن من المشتري، وهو المطابق لما أفاده المصنف أيضاً.

وظاهر قوله: «لا يقبضه ولا يقبض الثمن» كون المدار على عدم حصول القبض من الطرفين حتى مع إقدام غيره على مقدمات الاقباض. وتوهم أن الخيار في هذه الصورة كخيار المقدم على الضرر لا يكون إرفاقياً،

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٧ حديث ٣ باب ٩ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٧ حديث ٤ باب ٩ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٦ حديث ٢ باب ٩ من أبواب الخيار.

(٤) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٧ حديث ٣ باب ٩ من أبواب الخيار.

(٥) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٧ حديث ٤ باب ٩ من أبواب الخيار.

مدفوع بمنع كون الحكمة في هذا الخيار الارفاق على البائع، بل هو حكم تعبدي تابع شمول نصوص الباب، لولا دعوى انصراف النصوص، ولو بمناسبة حكمة الارفاق للخيار المزبور أيضاً عن صورة تقصيره في تفويت قبضه مع إقدام الطرف على الاقباض. والمسألة لا تخلو عن تأمل، فتدبر.

وأيضاً مقتضى إطلاق النصوص كفاية القبض من أحد الطرفين، ولو بلا إقباض من صاحبه، وقد يستثنى ذلك على كفاية مثل هذا القبض في رفع ضمان المبيع وعدمه. وفيه من عدم ارتباط أحد المسألتين بالأخرى، إذ من الممكن الإلتزام بعدم كفاية هذا القبض في رفع الضمان. ومع ذلك لا يثبت مثل هذا الخيار؛ لقصور النصوص عن الشمول بعد عدم ظهورها في كون حكمة ثبوته نفي الضرر عن البائع.

كما أنه يمكن الإلتزام بالعكس، ومع ذلك نلتزم بثبوت الخيار من جهة إنصراف النصوص إلى صورة إقباض الطرف. فالعمدة ملاحظة هذه الجهة في النصوص بلاربطه بباب مسقطية هذا القبض لضمان البائع وعدمه، فتدبر.

* * *

ثم إن المنصرف من أخبار الباب ^(١) كون التأخير لاحق لطرفه، ولو باشرطه في متن عقده، فلا يشمل دليله صورة إشرطه في متن العقد. ويساعده مثل هذه الجهة كلماتهم.

كما أن الظاهر من النصوص والكلمات كون مورد هذا الخيار صورة كون المبيع عيناً خارجية ولو كلياً في معنيين لادمي، وعمدة الوجه فيه دعوى إنصراف النصوص إلى الأعيان الخارجية لا الموجودات الاعتبارية في الذمم. ثم في إعتبار عدم ثبوت الخيار من جهة أخرى كلام آخر، مبني على عدم

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٦ باب ٩ من أبواب الخيار.

لزوم الإقباض في زمان الخيار، فيكون تأخيرها من حق، فيصير مورد انصراف النصوص عن مثله. ولكن فيه تأمل، إذ مقتضى وجوب الوفاء بالعقد الإقدام بمقتضاه مادام وجوده، وذلك لا ينافي خياره المستتبع للقدرة على إعدام موضوعه. فتوهم إقتضاء الجواز الخياري في العقود عدم لزوم القبض والإقباض في زمانه، كلام ظاهري، بل وقيل: إنّ النصوص الواردة في الباب منصرفة إلى صورة تعدد المتعاقدين، وفيه نظر.

* * *

ثم إنّ المحكي عن الصدوق إشتراط عدم كون المبيع جارية أو مطلق الحيوان^(١)؛ لما في رواية ابن يقطين: عن رجل أشتري جارية فقال: أجيئك بالثمن، فقال: «إن جاء بالثمن فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له»^(٢). وهذه الرواية من حيث دلالتها على الخيار كلسان بقية الأخبار، نعم إطلاقه يشمل حال قبض المبيع، وربما لا يكون بهذا الإطلاق معمولاً به حتى عند الصدوق. اللهم [إلا] أن تجعل بقية الروايات بملاحظة وحدة السياق قرينة على تقيدها، أو يدعى بمنع سوقها للإطلاق من هذه الجهات، فيؤخذ بالمتيقن من صورة عدم قبض المبيع. نعم الذي يوهنها إعراض المشهور عن هذا التفصيل الكاشف عن طرحهم هذا النص وأخذهم بقية الإطلاقات.

ثم إن هذا الخيار أيضاً يسقط بالإسقاط بعد الثلاثة جزماً، وفي السقوط بالإسقاط قبلها مبني على كون المقتضي له هو العقد ومضي الثلاثة شرط، أو المضي المزبور مقتضي. فعلى الأول لا يبعد الإسقاط بالتقريبات السابقة، بخلافه على الثاني؛ لأنه بنحو التخيير داخل في إسقاط ما لم يجب، وبنحو

(١) المقتنع: ١٢٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٧ حديث ٦ باب ٩ من أبواب الخيار.

التعليق فيكون من باب التعليق المضرباً بالإيقاعات كالعقود إجماعاً.
نعم لا بأس باشتراط سقوطه حينئذٍ تعليقاً - بناءً على عدم مضربة التعليق
في الشروط الضمنية - لولا دعوى ملازمة نفوذ شرط السقوط مع صحة الإسقاط
مورداً، وفيه تأمل.



قيل: ومنها بذل المشتري الثمن بعد الثلاثة، نظراً إلى كونه رافعاً للضرر
الموجب لثبوت الخيار.

وفيه: أولاً كون مبنى هذا الخيار الضرر الناشيء من التأخير أول الكلام،
بل لمحض التعبد بالنصوص، وتوهم إنصرافها عن هذه الصورة توجب عدم
الحدوث للخيار من الأول. اللهم [إلا] أن يدعى بأن ظاهر قوله: «ولم يقبض البيع»
كون الحكم دائراً مداره بقاء وحدوثاً، وهو أيضاً محل تأمل. ثم على فرض كون
الضرر حكمة، فكون بقاء الخيار تابع بقاءه أيضاً أول الكلام.

وحينئذٍ فاستصحب حكم الثبوت محكم، نعم لو كشف أخذ البائع إياه
عن رضاه بالبيع، كان من المسقطات بالتصرف على التفصيل المتقدم بعد
التعدي عن موردها إلى مطلق الخيارات، ولكن في الكشف المزبور - ولولا
القرينة الخارجية - نظر.



ثم في كون مثل هذا الخيار على الفور كلام وإشكال، ولو قلنا بالفورية في
سائر الخيارات، بناءً على كون العمومات في مقام لزوم الوفاء شخصاً، فإنه إذا
إنقطع الحكم المزبور فلا يصلح المورد للدخول تحت العموم ثانياً، فليس المقام
حينئذٍ من موارد ترجيح التقييد في الحكم الشخصي على التخصيص، إذ هو
مختص بالخيار المتصل بالعقد، وإلا ففي المنفصل عنها فحكم التقييد غير جار.
ولكن يمكن دفع الإشكال - بعد الغض عن كون عموم الوفاء مساقاً لبيان

حكم شخصي، بل هو من باب القضية الطبيعية السارية في جميع قطعات شخص بلانظر إلى عمومه زماناً، نظير باب وجوب القصر على المسافر، وفي مثله يقتصر في التقييد بمقدار دليله، ويرجع إلى الإطلاق في الزائد. أن ذلك فرع إنقطاع الحكم بلزوم الوفاء قبل الفسخ في زمان الخيار، وإلاّ فبناء على عدم إنقطاعه غاية الأمر قام الدليل على عدم لزوم الوفاء بدليل الخيار. فيمكن أن يقال: إنّ شخص وجوب الوفاء في ظرف عدم الفسخ باقي، وبعد ذلك مثل هذا العام غير قاصر الشمول لمورد الشك ولا تضرّ بشخصية الحكم وبقائه حينئذٍ القضية التعليقية بأنه لو فسخ قبله لانقطع شخص الحكم، إذ لا أثر له بعد عدم حصول المعلق عليه. كما أنّ الاستصحاب التعليقي أيضاً غير جاري في المقام بعد فرض شمول العموم بالتقريب المزبور، كما لا يخفى.

ثم إن ذلك كله بمقتضى القواعد، وأمّا النصوص الخاصة فقد يتوهم أنّ مقتضاها بإطلاقها جواز التراخي، وهو كذلك لو كان لها إطلاق من هذه الجهة، وإلاّ فعمومات اللزوم محكمة كما هو ظاهر.

* * *

(ولوتلفت السلعة) في الثلاثة أو بعدها قبل إنقضاء زمان الخيار، أم بعده بناء على فوريته، (كانت من مال البائع على كل حال)، لأنّ التلف المزبور تلف قبل القبض، فيشملة عموم: «كل مبيع تلف قبل قبضه»، ولا يدخل في قاعدة التلف في زمن الخيار؛ لإختصاصه ببعد القبض الخارج عنه المورد.

(و) على أي حال (ما لا بقاء له يثبت الخيار فيه يوماً)، والأصل فيه ما في مرسل محمد بن أبي حمزة الواردة بمضمون ما يفسد من يومه^(١). ولا بدّ أن يوحه «من يومه» بليلتته، وإلاّ يلزم كون زمان الخيار أول زمان فسادته، وهو كما ترى.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٨ حديث ١ باب ١١ من أبواب الخيار.

ولا يخفى جريان شرائط خيار التأخير في المقام؛ لاتحاد سوق النصوص من غير جهة تحديد زمان الخيار، فتكون شرائط الخيار في الثلاثة جارية فيما يفسده المبيت، كما أن عموم اللزوم أيضاً يقتضي فوريته، وعموم التلف قبل القبض أيضاً يقتضي كون المبيع في ضمان البائع.

والمراد من الفساد مجرد تغيير صورته على وجه لا يكون باعثاً على مرغوبة الأوليّة، لافساده على وجه لا ينتفع به؛ لعدم إرادة هذا المعنى من الفساد جزماً؛ لعدم حصول هذا المعنى في شيء من البقول والرياحين اللطيفة في مبيت ليلة كما لا يخفى.

* * *

(السادس: خيار الرؤية).

(فن اشترى موصوفاً غير مشاهد كان للمشتري خيار الفسخ إذا وجده دون الوصف).

والأصل فيه -بعد الإجماعات في الجملة، وعموم نفي الضرر الغرضي الناشيء من قبل لزوم العقد المجبور بالعمل- صحيحة جميل المشتملة على قوله في ذيلها: «لو قلب منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة ثم بقي قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية»^(١).

وتقريب الاستدلال أن يقال: إن المراد من قوله: قلبها ونظر، نظرة بعد الشراء، بقرينة قوله سابقاً: وصار إلى الضيعة فقلبها. وإن المراد من قوله: «وبقي قطعة لم يرها» كما رآه سابقاً، وأنه كناية عن كونها على خلاف المرئي سابقاً. وحينئذٍ لا تحتاج هذه الفقرة إلى توجيه بوجه مخرج له عن الغرر، كما أفيد، إذ هو إنما يلزم على فرض كون المراد من الرؤية السابقة ما كان حين صيرورته

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٦١ حديث باب ١٥ من أبواب الخيار.

إلى الضيعة.

نعم هنا إشكال آخر، وهو أن النص المزبور بقرينة ترك إستفصال الإمام، يشمل صورة كون الرؤية السابقة داعياً على بيعه، لا مأخوذاً في المبيع بنحو الشرطية، ومن المعلوم أن تخلف الداعي في باب العقود غير موجب لخيار، فالأخذ باطلاق النص حينئذٍ موهون بلاقيام قرينة على التصرف في دلالة؛ لإمكان حل إطباق كلمة الأصحاب في المقام بمقتضى المشي على وفق القواعد.

وقد يتثبت أيضاً برواية الشحام المشتملة على قوله عليه السلام: «لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار»^(١)، بتقريب حل النص على سهم القصابين المذكور سابقاً، وأن المراد من قوله: «حتى يخرج السهم» حتى يظهر محل خروجه على وفق مرئية، وأن الغرض من النهي قبل الخروج للارشاد بعدم ابتلائه بخيار التخلف.

ولكن التقريب المزبور في غاية البعد، إذ الظاهر من خروج سهمه إقراره، فالنهي المتعلق به قبله من باب النهي عن شراء مالا يملك، وأن المراد من الخيار في المقام ما هو مساوق قوله: «إن شاء أخذ وإن شاء ترك» الوارد بهذا المضمون في شراء مالا يملك، كما لا يخفى.

* * *

ثم إنه قيل: إن مورد هذا الخيار هو العين الخارجية، كليتة كانت أم شخصية، وإلا ففي الكليات الذميمة فع التمكن عن أداء الموصوف لا يكون الفاقدة مصداقه، فلا يبطل البيع ولا خياره، فيجب التبديل بالواجد. وكذلك عدم التمكن من الواجد، إذ الموصوف يبقى في الذمة، فله الإنتظار إلى زمان الوجدان، أو

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٥ حديث ٩ باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

الإكتفاء بالوفاء بمرتبة من الكلّي، وهو الذمّ الفائدة بلا ثبوت خيار فيه أبداً. أقول: ذلك كذلك لو لم يلزم من قبل إنظاره ضرر، وإلاّ فيمكن دعوى اقتضاء هموم نفي الضرر بمناسط تعدد المطلوب في الكلّي أيضاً هو الخيار في هذه المعاملة، فلا قصور حينئذٍ في شمول عموم نفي الضرر في الكليات الذمّية بمقتضى القواعد. نعم بناء على النصوص الخاصة أمكن دعوى إختصاصها بالعين الشخصية، بل وفي التعدي منها إلى الكلّي الخارجي تأمل، فتدبر.



ثم إنّ المدار في ذكر الوصف على مقدار يرتفع به الغرر، وربّما يختلف في رفع الغرر بين رفعه ببركه الرؤية أو التوصيف، إذ ربما في الثاني يحتاج إلى مبالغه أزيد من الأوّل.

وعلى أيّ حال ليس منشأ نفي الغرر في التوصيف أيضاً جهة نفوذ شرطه، إذ هو من أحكام العقد الصحيح، فلا يصح به العقد.

ثم إنّ مدار الغرر بعد ما كان على خطرهم في المعاملة من طرف المشكوك وتزلزلهم فيه، فيكفي في رفعه قيام الأصول والامارات العقلانية على بقاء الوصف، فإنّ بناءهم على العمل عليها مساوق عدم تزلزلهم من طرف المشكوك في شيء. ومن هذه الجهة يكتفي في صحّة البيع على صرف الإنكال على الرؤية السابقة مع شكها في بقائها في الموصوف إلى حين البيع، كما لا يخفى.

ثم إنّ الخيار في المقام نصّاً وفتوى عبارة عن طرفي الفسخ والإمضاء بلاأرش، إلاّ إذا كان وصفه ملاكاً لصحته، بحيث يكون فقدّه موجباً لعيبه، كالرائحة في الجلاب^(١)، فإنه حينئذٍ من مصاديق خيار العيب الجاري فيه

(١) الجلاب: ماء الورد، مُعَرَّب. القاموس المحيط ٤٧: ١ «جلب».

نصوص إختيار الأرش، وإلا ففي غيرها مقتضى القواعد - كما أشرنا في خيار الغبن - عدم ثبوت التخايير إلا بين الفسخ والإمساك بالأرش، وذلك ظاهر لمن تدبر.

ثم إن حكم فورية هذا الخيار أيضاً كالخيارات السابقة مبني على تمامية العمومات على اللزوم، وإلا فاستصحاب الخيار محكم. وقد يتوهم التراخي في الخيار المزبور بإطلاق النصوص الخاصة، وفيه منع إطلاقها من هذه الجهة فتدبر.



ثم لا إشكال في سقوطه باسقاطه بعد الرؤية، وأما قبلها فبني على شرطية الرؤية أو كاشفيته، وإلا فيشكل أمره على اقتضائه وإن كان بعيداً. وعلى أي حال فـد يستشكل في صورة شرط السقوط في متن عقده، بأن مرجع هذا الشرط إلى الإلتزام بالبيع على تقديري الوجود لوصفه والعدم، وهو ينافي الإلتزام بالوجود النافي للغرر. ولا يقاس المقام بشرط التبري عن العيوب، إذ النافي لغرره أصالة الصحة الغير المنافي لهذا الإلتزام، بخلاف المقام. وفيه أن النافي للغرر في المقام أيضاً هو الوثوق بإخبار البائع حين توصيفه، أو إستصحاب بقائها على الصفة المرئية ولو لم يكن في اليبين إلتزام، مع أن مرجع شرط السقوط، إلى عدم الثبوت في طرف وجود مقتضيه، فكيف يضاد الإلتزام المزبور الإلتزام بوجوده المقتضي لثبوت الخيار.

ثم في كون منشأ الخيار الغرر الناشيء من تخلف غرضه بعين الوصف، أو الضرر المالي الحاصل بفوت حقه الثابت في الوصف بشرطه له وجهان، ولا يبعد الأول منها. ولازمه عدم جبر ضرره ببذل التفاوت، بخلافه على الثاني، ومع فرض أول الأمر إلى الشك يرجع إلى استصحاب اللزوم؛ لأن الشك في الخيار سار مع البذل المزبور، ومع فرض البناء على التراخي وشك في ملزمة البذل

كان إستصحاب الخيار حكماً، كما لا يخفى.



وعلى أي حال لا يستحق المشروط له للتبديل مع خروج شخص المبيع فاقداً، بخلافه في الكليات الذمّية مع قدرة البائع على الموصوف.

وحينئذٍ فلو شرط التبديل على تقدير التخلف، في صحة الشرط من قبل التعليق المزبور قياساً بباب إشتراط الخيار على تقدير ردة الثمن تأمل، لما تقدّم بأن مرجع هذا الشرط إلى أمر مجهول، وأن صحة شرط الخيار إنما هو بمقتضى النصوص الغير الجارية في المقام. نعم لو رجع المشروط إلى قضية تعليلية لاجهل فيه، لكن لازمه التوصل بمثل هذه الحيلة. إلى كل شرط مربوط بأمر مجهول، ولا أظنّ إلزامهم بمثله، كشرط الإنشاع من الدار على تقدير مجيء زيد المجهول ولو في مدة معينة، فضلاً عما لو لم تكن المدة المعينة فتأمل.

ثم لو أغمض عن هذا الإشكال، لأقصور في صحة الشرط المزبور من سائر الجهات، إذ مرجعه إلى الإلتزام بمعاوضة جديدة بنحو النتيجة أو السبب. وليس المقام أيضاً من صغريات شرط البيع بنحو النتيجة، كي يرد عليه عدم مشروعيته لاحتياجه إلى سبب جديد، إذ ليس حقيقة البيع عين التملك بالعوض، فلا أقصور في شرط الملكية بعوض أم بلا عوض، كما لا يخفى.



هذا ثم إنه لا إشكال في أن منشأ الخيار في أمثال المقام إنما هو ملاحظة كون العقد بالنسبة إلى الواحد والفاقد من باب تعدد المطلوب، بضّم عموم نفي الضرر الشامل للمرتبة الدانية، وإلا فلو بنينا على وحدته لا يحصى من الإلتزام بالفساد.

ودعوى أن تغيير الأوصاف الغير المقومة في أنظار العرف لا يوجب إلّا فوت حق، بمعنى أن تقييد المبيع بمثلها ولو بنحو وحدة المطلوب لا يوجب إلّا الملكية في

الذات والحقّ في وصفه، ففقده لا يوجب فوت الملكية، بل يوجب فوات الحقّ المستتبع للخيار، مدفوع بأنّ نتيجة وحدة المطلوب عدم تعلّق القصد الإنشائي بالطلق المنطبق على الفاقد، ومع ذلك كيف تسري الملكية المقصودة إليه، فلا يحيص حينئذٍ من جعل صحّة هذا العقد بالنسبة إلى الفاقد من الأحكام العرفيّة الثابتة لهذا العقد الفاسد، والإلتزام به دونه خرق القتاد؛ لانتهاؤه إلى عدم تبعيّة العقود في تأثيرها للقصد.

ثم لا تحفّض النتيجة بين التقرّيين، حيث أنّه على الأوّل كان اللزوم من آثار العقد الوارد على الموصوف، فمع الشكّ فيه كان الأصل عدمه، فيقدّم قول مدعي الخيار عند إختلافها في تغيير الوصف وعدمه.

وعلى الثاني كان اللزوم من لوازم مطلق مراتب العقد الشامل للفاقد، غاية الأمر عموم نفي الضرر مخصّص للعام المزبور ويثبت الخيار، ولازمه في ظرف الشكّ كون الخيار من آثار ضروريّة العقد، ومع الشكّ فيه أصالة عدم إتصافه بالضروريّة، كعدم قرشيّة المرأة وعدم المخالفة للكتاب والسنة تثبت اللزوم وإدخال المورد في عموم وجوب الوفاء بالمورد، ولا مجال لجريان أصالة عدم ورود العقد على الواجد أو الفاقد وأمثالها؛ لعدم ترتب الأثر على مثل هذه العناوين كليتة، كما لا يخفى.

وإلى ما ذكرنا من المسلك الأوّل نظر شيخنا العلامة في مكاسبه، ومن المسلك الثاني نظر العلامة الأستاذ في تعليقه على المكاسب، فراجع وتدبّر.



(ولولم يشاهده) أي المبيع (البائع وباعه بالوصف) المرئي سابقاً (وظهر أجود، كان الخيار للبائع)، وإطلاق المصنّف يشمل صورة عدم رؤيته سابقاً أيضاً، وذلك إنّما يتمّ بناءً على كون دفع الضرر بنفس الإلتزام الإنشائي بوجود الوصف في متن عقده.

وفيه إشكال؛ إذ لا يتحقق بمثله وثوق بوجودها له من قبيل مجرد هذا الالتزام الشرطي، مع فرض جهل البائع بوجوده، وعدم قيام أمانة خارجية أيضاً على ثبوته.

وتوهم أن الالتزام يوجب حقاً مستتباً للخيار عند فوته، وبمثله يرفع الخطر من حيث فقده، مدفوع بأن الخيار المزبور إنما يثبت في عقد صحيح بلاصلاحية لأن يصح العقد.

وحينئذٍ فلا محيص من رفع الغرر من جهة أخرى غير الالتزام المزبور بآثاره، ولذا قيدناه بما مزجنا المتن به، فراجع وتأمل.

وعلى أي تقدير لا إشكال في ثبوت الخيار المزبور؛ لعموم نفي الضرر المذكور، بل وبفحوى النصوص السابقة الشاملة للمقام أيضاً.

* * *

(السابع) من أقسام الخيار (خيار العيب

وسياًقي شرحه) في ذيل الفصل الخامس إن شاء الله.

(و) كيف كان (الخيار) بجميع أقسامه من الحقوق القابلة للإسقاط كما

أشرنا، والقابلة للانتقال بالارث كما أفاد المصنف بأنه (موروث).

وعنده الوجه فيه الإجماعات بل السيرة القطعية، وإلا فآدلة مسقطية

الرضى لا يقتضي حقيقته كما توهم؛ لا مكان كونها في بيان وجه أعمال الخيار

لإسقاطه، كما أن عموم: «ماترك» أيضاً لا يصلح لاثبات قابلية المحل

لانتقال.

كما أن ظاهر كلماتهم أيضاً عدم الإرث في الخيار المجعول للأجنبي، ولولم

يشترط فيه مباشرة التخايير، وإلا فلا ينتقل بالإرث مطلقاً؛ لعدم سلطنة الوارث

حينئذٍ على التخايير، فلا اعتبار عند العقلاء حينئذٍ لثبوت خيارهم، بل

وظاهرهم أيضاً عدم قابليته للنقل إلى الغير بعوض أم بغيره، وهذا المقدار يكفي

في التشكيك في قابليته للانتقال إلى الأجنبي.

وعموم الوفاء بالعقود أو الشروط لا يصلح لإحراز قابلية المحل أيضاً، اللهم [إلا] أن يقال بكفاية عموم حلية البيع والتجارة عند جعله ثمن مبيع أو عوض مال المصالح به؛ لأنه بعد صدق البيع في مورده عرفاً أو التجارة كذلك يستكشف أن قابلية المحل للانتقال المزبور عرفاً، فيترتب عليه إمضاء الشرع.

وحينئذ فكم فرق بين عموم الوفاء بالعقد وأحل البيع، إذ الأول لا يصلح لإحراز قابلية المحل. دون الثاني، إذ عنوان العام الثاني مترتب على القابلية دون الأول، فلا بد من إحرازه من الخارج.

ولكن الذي يسهل الخطب. التشكيك في صدق العنوان في الفرض المزبور، ومرجعته إلى الشك في صلاحية الخيار للشمينة عرفاً، ومع هذا الشك لا يبق مجال لإثبات صحة نقله ولو بجعله عوض مصالحة، كما لا يخفى.



ثم إنه لإشكال في انتقال الخيار بالارث في صورة تعلق حق الديان بالتركة، ولو قلنا بعدم الانتقال في المستوعب، بناء على إنصراف التركة المتعلق بها حق الديان عن مثله، إذ مجرد ذلك حينئذ لا ينافي مع ثبوت الحق المتعلق بالعقد.

وتوهم أن ذلك من تبعات سلطنته على العين، ولو من جهة إنصراف قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» إلى من له السلطنة على بيع العين، مدفوع بمنع حكم العرف بهذه الملازمة، ومنع إقتضاء التبعية السلطنة على إرجاعه، بل غايته كونه سلطاناً على بيعه، مع أن ثبوت الخيار في المقام بدليل الإرث لا بمنأى التبعية، كما هو الشأن في جعل الخيار للأجنبي.

ومن هنا ظهر حال خيار الزوجة بالنسبة إلى العقار، وهكذا في غير الولد الأكبر بالنسبة إلى الحبوة. نعم لو كان في الوارث أحد موانع الإرث كان ممنوعاً

من إرثه كسائر التركة، وهو ظاهر.

ثم إن مع تعدد الورثة فهل المنتقل اليهم حق واحد، أو إلى كل واحد حق مستقل بمقدار حصته، أو على الإطلاق، أو الحق قائم بالجامع بينهم؟ أقول: لا مجال للأخير، إذ الوارث المأخوذ في الموضوع إنما هو بنحو الطبيعة السارية، فلازمه كون ماترك منتقلاً إلى الجميع لالجامع. وحينئذ يبق الكلام في أن ماترك في المقام أمر واحد غير قابل للتبعض، كي يلزمه إنتقاله إلى الورثة بنحو المجموعية، أو قابل للتبعض بمقدار الحصة كي ينتقل إلى كل واحد بمقدار حصة من المعقودة عليه؟ لا يبعد الأخير؛ نظراً إلى ظاهر كلماتهم في باب الإجارة من قابلية تبعض الخيار يتبع إنحلال العقد إلى العقود. ولازمه في المقام أيضاً الإلتزام بانتقال الخيار إلى كل واحد بمقدار حصته.

وأما احتمال إنتقال الحق إلى كل واحد مستقلاً بالإضافة إلى العقد، فهو مستتب لكون المنتقل إلى الوارث أزيد مما كان للميت، إذ ليس للميت إلّا حق واحد، فكيف يثبت للوارثين حقان لكل واحد حق مستقل. كما أن احتمال عدم تبعض الحق الخياري يتبع إنحلال عقده - على ما فرض من حصته أيضاً - منافع لبنائهم في باب الإجارة، كما هو ظاهر. وحينئذ التحقيق هو الأخير، خلافاً لشيخنا العلامة حيث ذهب إلى أول الاحتمالات^(١)، فتدبر.

* * *

ثم إنه قد يشكل في بعض الحقوق من حيث قابليته للتحليل بمقدار السهم وعدمه، مثل حق الشفعة أو حق القصاص. وظاهر الأصحاب فيها إعمال

حكم التبعض بمقدار السهم، بل وفي الوسط نصّ مخصوص بأنّ عفو بعض الورثة لا يسقط حق الباقيين.

ويمكن أن يقال في الشفعة: إن ذلك ليس من باب تبعض الحقّ في مرحلة الانتقال الارثي، بل الحقوق المزبورة من الأوّل ثابت للشركاء بعد قيام شركة الوارث مقام شركة مورثه، فمع تعدد الشركة في طرف الوارث فكل شركة تحدث حقاً مستقلاً له بمقدار حصّته. كما أنّ في القصاص أيضاً كان الحقّ من الأوّل ثابتاً لكل من كان ولي الدم، ولازمه سلطنة كل واحد على إعماله ولومع عفو غيره.

وأما في القذف فهو وإن كان من باب الإنتقال بالارث، ولازم عدم تبعضه كون ذلك حقاً واحداً منتقلاً إلى مجموعهم، المستتبع لعدم سلطنة بعضهم على المطالبة أو العفو مستقلاً، إلّا أنّ النصّ الخاص كما أشرنا إليه كافٍ في إثبات مثل هذا الحكم على خلاف القاعدة.

بل يمكن دعوى كون تعلق الحق الواحد بالمجموع بنظر العرف بمشابة كان لكل واحد إخراج نفسه عن حيّز إضافته إليه بعفوه، بحيث لازمه قصر الإضافة المزبورة بالبقية، نظير تصورنا في الملكية المشاعة الراجعة إلى إضافة واحدة قائمة بالاثنين على نحو يكون لكل واحد إخراج نفسه عن تحته وقصر الإضافة المزبورة بغيره.

وعليه فلا يكون أيضاً مثل موثقة الساباطي^(١) الصريحة في إستقلال كل واحد بالعفو مع عدم سقوط حق الباقيين، على خلاف القاعدة، كما لا يخفى.



فرع: إذا اجتمعت الورثة على الفسخ لبيع مورثهم، فإن كان عين الثمن

(١) وسائل الشريعة ١٩: ٨٤ حديث ٢ باب ٥٢ من أبواب القصاص.

موجوداً يدفع إليهم، وإلا يخرج بدله من مال الميت، ولا يمنع من ذلك حق الديان حتى في المستوعب.

وعمدة الوجه فيه أن حق الديان متعلق بعنوان التركة، والفسخ يخرج الموجود عن عنوانه.

وقد يقال: بأن إقتضاء الفسخ قلب عنوان التركة عن الموجود فرع إقتضائه خروج المال عن ملك الميت، وهو فرع إقتضاء الفسخ حل العقد من حيث حدوثه، وإلا فبناءً على التحقيق من كون مفاده الحل من حين الفسخ، فلا شبهة في أن حل العقد من هذا الحين لا يقتضي إلا قلب المالكين في الملكية من هذا الحين، والمفروض أن هذا الحين حين ملكية الوارث، فلازمه حينئذٍ خروج المال حين الفسخ من ملك الوارث ودخوله في طرفه في ملكه وحينئذٍ كيف يقتضي الفسخ قلب عنوان التركة عن المال الموجود.

هذا ولكن يمكن أن يقال: إن مفاد العقد لو كان مجرد إحداث علة بدلية بين المالكين، ما أفيد في غاية المتانة، إذ حل العقد في كل زمان يقتضي قلب علة البدلية بين المالكين، من دون ملاحظة إضافتها إلى المورث أو الوارث، بل في زمان المورث يقتضي قلب العلة المزبورة خروج المال عن ملكه، وفي زمان الوارث يقتضي خروج عن ملك الوارث.

وأما لوقلنا بأن مفاد عقد البيع علاوة عن علة البدلية بين المالكين كان له نحو إضافة إلى طرفي العقد، لما أشرب فيه جهة الدفع إلى الغير وجذب منه، فلا شبهة في أن حل هذا المضمون قلب عنوان دافعية البائع إلى الجاذبية، وبالعكس في طرف المشتري. ولازمه في الفسخ من الحين إعتبار جذب البائع الثمن ودفعه المثل. ومثل هذا الإعتبار مساوق إعتبار خروج المال عن ملك المورث المساوق لقلب عنوان التركة عن مثله.

وعلى هذا المبني أيضاً إتضح حكم أرث الزوجة من العقار المبعة بفسخها

وعدمه، إذ على الأخير لا ترث منها؛ لأنه بحكم مال الميت الذي مثلها لا ينتقل إلى الزوجة، بخلافه على الأول. والمسألة بحيث المدرك في غاية الدقة، فتدبر تعرف.

* * *

ومثل هذا البيان أيضاً ظهر أنه لو لم يكن للميت تركة لا يقتضي ذلك سقوط حق الخيار، بل الفسخ في مثله يوجب إشتغال ذمة الميت ببذله، ووجهه ظاهر.

ولا يقاس المقام بباب إرث حق الشفعة، المقتضي لأخذ الوارث ببذله من كيسه، ولا بخيار الشرط المعبر رد الوارث من كيسه في ثبوت خياره، إذ مثل هذه الجهات أجنبية عن مفاد الخيار ومقتضياته، إذ مرجع خيار الشرط إلى الخيار المشروط برد ثمن من مريد التملك بفسخه، وصرح إرث الشفعة إلى استحقاق الوارث مثل المورث تملك المبيع بثمن من كيسه، وأين هذا بارت حق خيار الفسخ القائم بالعقد المتعلق بمال الغير محضاً، وذلك ظاهر. وحينئذ لا يبقى مجال لتشكيك شيخنا العلامة في المقام من هذه الجهة^(١)، فراجع.

* * *

ولو كان الخيار لأجنبي فوات، ففي إنتقاله إلى وارثه، أو المتعاقدين، أو سقوطه وجوه، إختار الأخير شيخنا العلامة في مكاسبه، واستدل بأن الظاهر من جعل الخيار لشخص دخل خصوصية فيه، فلا ينتقل إلى غيره^(٢). وفيه أن ظاهر دليل جعل كل خيار ولو من قبل الشرع ذلك، ومع ذلك يدخل فيما ترك، فما لم يشترط مباشرته في الفسخ أو الإمضاء لا وجه لعدم

الانتقال بعنوان ماترك . نعم الأولى التشبث له بأن المنصرف من جعله للأجنبي كونه بخصوصه عاملاً به إمضاءً وفسخاً. ومثل هذا الإنصراف بمنزلة الشرط للأعمال المزبور، الموجب لعدم قابليته الحق المزبور للانتقال. ولأقل من الشك فيه، فلا يصلح عموم: «ماترك» لا ثبات قابلية إنتقاله، فهذه لابد وأن تحرز من الخارج، ويمكن إرجاع كلامه -رفع في الخلد مقامه- إلى ذلك .

نعم لو أغمض عن ذلك قد يتشبث لعدم الإنتقال بعدم صلاحية المورد للانتقال من جهة قصور سلطنة من له الخيار عن السلطنة في المال، وشأن من له الخيار ذلك . ولا يقاس المقام بنفس الأجنبي، إذ المجهول من قبل المالك له بمنزلة تفويض الأمر إليه في ظرف سلطنته على المال . فسلطنة الجاعل كاف فيه، بخلافه في الوارث.

وفيه ما عرفت، وعدم تمامية الفارق المزبور كما أشرنا إليه سابقاً فتدبر.

* * *

ثم إن من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف الكاشف عن الرضى بالفسخ فعلياً وقولياً، أما القولي فواضح، وأما الفعلي فقد يقال بمحصول الفسخ بالتصرف المنافي ببقاء العقد على حاله.

أقول: بعد الجزم بكون الفسخ من الأمور الايقاعية كنفس إيقاع العقد، وليس كاعمال الخيار الكافي فيها مجرد الكشف عن الرضى باطناً، فلا شبهة في أن التصرف الموجب لابد وأن يكون بقصد التسبب به إلى الفسخ، ومن المعلوم أن لازمه ترتب الفسخ عليه.

وحينئذٍ فلو كان الفعل المتسبب به إلى الفسخ ممّا ينوط بالملكية يستحيل تمشي القصد المزبور بمثله، بل لابد وأن يكون كاشفاً آنأً عن فسخ سابق، نعم لو لم يكن منوطاً بالملكية أمكن التشبث به إلى الفسخ، فتحصل به الملكية. غاية الأمر إن كانت حلّيته منوطة بها فيقع حراماً مؤثراً في فسخه لو طئ الجارية

بلا تحليل، وإلا فلا قصور في حليته أيضاً.

وعلى أي حال لا مجال لتوهم كشف مثل هذه التصرفات عن فسخ سابق، وإنما يكشف عنه ما لم يقصد به التوصل إلى الفسخ، بل قامت القرينة على قصد إنشاء سابقاً له. نعم في أصل إنشاء المعاملة أمكن دعوى قصد التوصل به إلى الفسخ، والمعاملة بنحو الترتب والتعاقب، بناء على عدم إحتياج إنشاء الفسخ إلى إنشائه بلفظ مخصوص به.

وحينئذ يتحقق الأمران بإنشائه متعاقباً، وذلك أيضاً إنما يتم لو لم يكن في البين شبهة تعليق في منشئه، وإلا فبطل المعاملة للتعليق المزبور إجماعاً، لولا منع تمامية الإجماع المزبور في مثل هذا التعليق بعد إتصاله بسببه زماناً، وإن تأخر عنه بتوسيط أمر آخر وبرتبتين. والمسألة من هذه الجهة لا تخلو عن تأمل، فتدبر.

* * *

ثم إن من الجهات المتفرعة على إنشائية الفسخ وعدم إنشائية أعمال الخيار وكفاية الرضى باطناً فيه، تقديم الإمضاء على الفسخ فيما لو اشترى العبد بجارة مع الخيار، فقال المشتري: لدي الخيار اعتقهما، فإن عتقه العبد أعمال الخياره وعتقه الجارية فسخ لعقده، ومن المعلوم أن مرتبة الأعمال مقدم على الفسخ، فلا يبقى مجال للفسخ، فلا يصح عتق الجارية فيعتق العبد، خلافاً لشيخنا العلامة حيث إلتزم بعدم وقوع واحد منها للتزاحم بين الفسخ والإجازة؛ لصدورهما من طرف واحد^(١).

ووجه النظر فيه على مبنانا واضح كما لا يخفى، ولا خير في قصدهما تضاد الفسخ مع الإجازة؛ لامكانه مع الغفلة عن الخصوصية، كما لا يخفى. ومن أحكام الخيار عند جماعة عدم جواز التصرفات الناقلة من غير ذي

الخيار، بعد بنائهم على عدم مسقطية التلف أو الإلّاف للخيار، بل بالفسخ حينئذٍ يرجع إلى البدل.

وعمدة النظر في ذلك إلى كون الخيار حقاً متعلقاً بالعين بماله من المالّة، فع التلف يتعلق بماليته المحفوظة في ضمن إبداله، ومع عدمه يتعلق بنفس العين المانع عن نفوذ تصرفاته.

وفيه أولاً: أنّ الخيار في أمثال المقام من الحقوق المتعلّقة بنفس العقد، ومن المعلوم أنّ التصرفات المزبورة كالتلف غير مانعة عن حلّه، ومن تبعات حلّه من الحين قلب المبادلة. وحيث أنّ دليل نفوذ التصرف يمنع عن ردّ العين بخصوصه، فلا جرم يقتضي الحل المزبور مثل صورة التلف ردّ مرتبة مالية في ضمن بدله، فيصير حكم التصرفات الناقلة ولو جائزة حكم التلف، جمعاً بين الجهتين وعملاً بالدليلين.

وثانياً: لو سلّم تعلّق الخيار بنفس العين، ولكن إقتضائه بطلان التصرف فرع كونه من قبيل حق الرهانة قائمة بالعين بما هو ملك الغير، وإلاّ فلو كان من قبيل حق الجناية متعلقاً بذات العين أينما صار، فلا يقتضي مثله بطلان التصرفات فعلاً، بل غاية إقتضائه سلطنة ذي الخيار على ردّ العين من أيّ مكان يبذله. غاية الأمر للطرف الآخر مع جهله بالحقّ المزبور خيار فسخه، ومع عدمه كان البائع الأوّل يتلقّى الملك من المشتري الثاني ببذله بلاسلطنة أيضاً على فسخ المعاملة الثانية كما هو.

كيف كان مقتضى التحقيق هو الجواب الأوّل، فلا تنتهي النوبة إلى هذه المرحلة.

نعم في خصوص الخيار المشروط برّد الثمن، أمكن دعوى إرتكاز ذهن عاقبة الناس بقاء المال على حاله إلى رأس المدة، وهو بمنزلة شرط خارجي في ضمن العقد، وأن عدم نفوذ التصرفات الناقلة للعين أو المنفعة بأزيد من المدة مستند

إلى إقتضاء هذا الشرط الضمني، لإِلى خياره، كما هو ظاهر.
ثم إنَّ المانع عن التصرف على القول به هو نفس الخيار في زمان ثبوته،
فلا يمنع الخيار في الثلاثة في الرؤية عن نفوذ التصرف قبل الثلاثة، إلاَّ على
القول بكاشفية الرؤية عن ثبوته من الأول.

وأيضاً على هذا القول في كون الخيار مانعاً عن مثل الوطاء المورث للانعقاد
أحياناً إشكال؛ لعدم إقتضاء الوطاء فعلاً شيئاً قبل إنعقاد العلوق، فكيف يمنع
الخيار الفعلي عن مثله. ومجرد استتباعه الانعقاد لا يزاحم الحق الفعلي المتعلق
بالعين، وحيث أن المانع عن التصرف هو الحق المزبور فلا بأس بنفوذه مع
إسقاط الخيار، ومع عدمه ففي كفاية اذنه فيه. أيضاً وجه لو كان وجه المنع
إقتضاء النقل سقوط الحق، وإلاَّ فلو كان الوجه مانعية نفس الحق مع بقاءه من
النقل تعبداً، فلا يقتضي مجرد الإذن المزبور صحة التصرف؛ لعدم كونه مشرعاً.
ثم مع كفاية الإذن في إسقاط حق خيار لا كاشف عن سقوطه حينه،
فلا بأس حينئذٍ من رجوعه عن إذنه قبل التصرف، بخلافه على الإحتمال
الثاني، كما لا يخفى.

* * *

ثم إنه نسب إلى الشيخ إشتراط إنتقال العوضين بانقضاء زمان الخيار^(١)،
ولعله من جهة ملازمة إقتضاء الخيار منع الطرف عن التصرف، أو المنع عن
وجوب القبض والاقباض؛ لعدم الملكية، وإلاَّ يلزم تخصيص عموم دليل
السلطنة، مضافاً إلى ملازمة كون التلف في زمن الخيار من لا خيار له كون
خراجه ومنافعه له بملاحظة الخراج بالضمان، وذلك يقتضي كون المال للبائع
في ظرف ثبوت الخيار للمشتري.

وفيه مضافاً إلى ما في أصل القاعدة المزبورة أن ذلك معاوض بصورة كون الخيار للبائع، مع أن التمسك بعموم السلطنة لإثبات عدم الملكية من قبيل التمسك بالعام لإثبات مشكوك الفردية، مع أنه لا يصلح للمقاومة مع عموم الوفاء بالعقد؛ للجزم بتخصيصه، فيبقى عموم الوفاء باقياً بلا معارض، مع أن إطلاق دليله الثاني يشمل الخيارات المنفصلة. وفي مثله يلزم الخروج عن ملك المشتري بعد دخوله فيه، ولا أظنّ إلزامه به، ولذا خص بعضهم كلامه بالخيارات المتصلة، ومثله لا يناسب إطلاق دليله، كما لا يخفى^١.



(و) أيضاً من أحكام الخيار أن (المبيع إذا تلف قبل القبض كان من مال البائع)، والأصل فيه عموم: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^(١)، ولقد تقدّم شرح هذه القاعدة في ذيل بيان قاعدة التلف في ذيل زمان الخيار، وأن الغرض من التلف الموضوع للقاعدتين أعم من تلف العين أو الوصف خصوصاً وصف الصحة، ولذا نقول بأنّه إن تعيّب قبل القبض تخير المشتري بين الرد والإمساك بالأرث على إشكال في خياره؛ لأنّ كون تلف وصف الصحة من البائع يقتضي ضمان الأرث عليه، فلا وجه لسلطنته على فسخ المعاملة.

اللهم [إلا] أن يحمل كون التالف من مال البائع كونه بحكم التلف قبل البيع، فإنّ مثل هذا التلف إن ورد على العين يوجب البيع الواقع سابقاً بمنزلة البيع الوارد على الوصف التالف، فنتيجة الخيار بين الإمساك والأرث. ولكن الإنصاف منع إستفادة مثل هذه العناية من عبارة النص، بل غاية

(١) انظر وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٨ باب ١٠ من أبواب الخيار.

الأمر كون التالف حين تلفه من كيس البائع، ومرجعه إلى كون خسارته بما هو مبيع من كيسه، وهو ليس بضمانه ببذله الجعلي، إذ هو المستفاد من ضمان المبيع بما هو مبيع، لا بما هو عين خاص من الأموال السوقية. ولازمه ليس إلا ضمان البائع في تلف وصف الصحة الأرض، كما لا يخفى، والمسألة بعد محتاجة إلى النظر.

ثم إن التلف الموضوع للقاعدة منصرف إلى تلف لا يقتضي ضماناً من غير جهة التضمنين الثابت في النص، وذلك منحصر بالتلف السماوي، وما هو بحكمه من الإتلاف بأمر الشارع على وجه لا يقتضي ضمانه، وإلا فمع اقتضائه الضمان لا يكون مثل ذلك مشمول القاعدة؛ لأن مثل هذا التالف بعد كونه في عهدة الغير فيكون بمنزلة الموجود، فلا يشمل به مثل هذا العنوان المأخوذ في موضوع تضمين البائع، إذ التلف المأخوذ في موضوع التضمنين لابد وأن يكون عارياً عن إعتبار الوجود، كي ببركة التضمنين يعتبر له الوجود في ذمة البائع. ومن أحكام الخيار - أيضاً - ما حكي عن التذكرة من عدم وجوب القبض والإقباض^(١)، ولعلّه من جهة أن وجوبها إنما جاء من قبل وجوب الوفاء بالعقد، وهو مساوق لزومه، فمع الخيار لا يجب.

وفيه أنّ ما هو مساوق للزوم هو الوجوب المطلق الملازم للإرشاد بمحفوظية العقد حتى مع إنشاء فسخه، وأمّا مطلق لزومه ووجوبه، ولو في ظرف بقاء العقد بحاله بنحو الوجوب المشروط الغير الحافظ لوجود شرطه، فلا ينافي في مثله دليل الخيار، ولا يكون ذلك أيضاً مساوق لزوم العقد، كما هو ظاهر.

(الفصل الخامس)

(في العيوب)

(وهو كل ما زاد أو نقص عن مجرى الطبيعي)، والأصل فيه - مضافاً إلى مساعدة العرف عليه في الجملة - ما في رواية محمد بن مسلم من أن: «كلما زاد أو نقص عن الخلقة الأصلية فهو عيب»^(١)، والمراد من الزيادة ما تقتضي الطبيعة عدمها، لا ما تقتضيه الطبيعة، كما هو الشأن في جملة من الأمور الموجبة لكمال الشيء وحسنه.

كما أن المراد من الإقتضاء أيضاً أعم من اقتضائه الحقيقي أو العادي، فلا استحاضة في النساء من مقتضيات الطبيعة عادة وإن اقتضت عدمها حقيقة، فلذا كان من الأمراض كالبواسير، ولذا لا يكون فقدتها أيضاً نقصاً بالنسبة إلى الطبيعة. غاية الأمر بمقتضى العادة لا يكون وجوده عيباً، لأن عدمه أيضاً نقص وعيب.

نعم لو لم يبلغ الإقتضاء المزبور إلى حد العادة على وجه يصير من الطبيعة الثانوية، بل كان في البين مجرد علة وجوده خارجاً من باب الاتفاق كثيوبة الإماء، لا يخرج ذلك عن العيبية، ولا يقاس ذلك بمثل الاستحاضة التي هي من مقتضات الطبيعة ثانوياً.

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٤١٠ حديث ١ باب ١ من أبواب أحكام العيوب.

نعم ربّما يقتضي العليّة المزبورة؛ لعدم جريان أصالة السلامة، فلا يجري في حقه خيار العيب؛ لعدم إبتناء العقد على صحة العين، كما هو منصرف دليل خيار العيب، وذلك المقدار لا يمنع كونه عيباً. ولعل نظر من أنكر عيبه إلى مثل هذه الجهة، وهو سهل.

وأيضاً نقول: إن الظاهر من النقص والزيادة ما كان كذلك بنظر العرف، وإلاّ فمع عدم إحسابهم هذه من أجزاء البدن أو من مقتضياته، فلاضير بنقصه أو زيادته حينئذٍ، بعد الجزم بأن الإطلاق مسوق، ولو بمقدمات الإطلاق المقامي إلى ما هو مصداق العنوانين عرفاً لادقة، كما لا يخفى.

* * *

وحيث اتضح ذلك فنقول: إنّه قد يستشكل في بعض الأمور بأنّها عيب أم ليس بعيب:

فمنها: الحمل، فإنّ الظاهر من بعضهم كونه عيباً؛ لكونه في معرض الخطر. وفيه أنّ مجرد المعرضيّة المزبورة لا يكون عيباً كالمعرضيّة للقصاص أو المعرفة لأخذ اللصّ والجائر، وإنما عيبه جاء من قبل ضعف خارج عن العادة في الحامل أو كبر في الولد لا يتحمل عادة لوضعه، فيصير بذلك خطرياً. ومثل هاتين الجهتين غالباً غير معلوم حين المعاملة والحمل، ويظهر بعد إشرافه للوضع. ومنها: الأغلفة في الكبار، فإنه أيضاً في معرض الخطر بمجنايته، وفي كونه أيضاً من العيوب نظر، خصوصاً مع اقتضاء عموم نفي الضرر والخرج تخصيص وجوب خطابه بصورة الأمان من الضرر والخطر، كما هو ظاهر.

ومنها: الإباق في العبد، ولعل وجهه من جهة كشف هذه الصفة عن مرتبة من خسة النفس والردالة على وجه لا يستقر حاله في أمر، بل ربّما يحسب مثله من تبعات نقص العقل ويكون من فنون الجنون.

نعم لو كان إباقه لشدة أوامر مولاه وتحميلا ته، يحسب من الجهات

العقلانية، فهو ليس بعيب جزماً. بل لو كان الإباق من جهة شدة غيرته في توطين نفسه على العبودية، أمكن التشكيك في عيبه؛ لعدم كشف مثله عن نقص في خلقته.

وما في صحيحة هشام من عدّ الإباق من العيوب^(١) يمكن تنزيهه كتنزيل الكلمات على الصورة الأولى، وإلا فلا بدّ وأن يحمل على ضرب من العناية والتنزيل، كما في نص آخر من عدم العهدة في الإباق^(٢) أيضاً محمول على عدم عهدة العبد، كما هو الشأن في عيوبها.

ومنها: الثقل الخارج عن العادة في الزيت، وفي النص الأمر بالردّ مع وجود الدرد فيه^(٣)، بضّمّ هل ما في نص آخر من إعطاء السمن بكيل الزيت^(٤)، على بيان إعطائه بعنوان الأرش تخييراً، جمعاً بينه وبين مطلقات الرد، كما هو الشأن في استفادة التخيير المزبور في سائر المقامات بالتقريب المذكور، والله العالم.

* * *

وكيف كان بعد ما اتضح شرح موضوع العيب، (فإن أطلق المتبائع البيع، أو اشترطوا الصحة، اقتضى سلامة المبيع)، أما الأخير فواضح، وأما الأوّل فهو مبني على إنصراف الإطلاق إلى الصحيح منه، وهو كذلك لو لم يكن المنشأ في إقدامهم غالباً أصالة الصحة، وإلا فلم يكن مقتضى للانصراف المزبور على وجه يقتضي شرطاً ضمناً في متن العقد.

وبعد ذلك نقول: إنه لا مقتضى للخيار في المقام كالأرش على القواعد، إلاّ في مورد يكون لوصف الصحة دخلاً في المالية كي يجري فيه مناط خيار الغبن،

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٤١١ حديث ٢ باب ٢ من أبواب أحكام العيوب. وفيه عن أبي همام.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٤٢٢ حديث ١ باب ١٠ من أبواب أحكام العيوب.

(٣) وسائل الشريعة ١٢: ٤١٩ حديث ١ باب ٧ من أبواب أحكام العيوب.

(٤) وسائل الشريعة ١٢: ٤١٩ حديث ٣ باب ٧ من أبواب أحكام العيوب.

وإلا ففي مثل الخصي الذي لا يكون عيبه منقصاً لمالتيه لا موجب لخيار ولا أرض، كما أن رفع الغرر الوصفي في المعاملة أيضاً لا يكون بهذا الإشتراط كي يجعل ذلك قرينة عليه، إذ صحة مثل هذا الشرط في طرف صحة معاملة من غير جهة، فكيف يصير ذلك منشأ صحتها.



(و) كيف كان (إن تبرأ من العيوب فلا ضمان)، والمراد من التبري تارة التبري عن الإلتزام بالسلامة، وأخرى التبري من ضمان العيب، وثالثة التبري من الخيار تبعاً به. والأنسب بحسب الأغراض النوعية في التبري هو الأخير، وإلا فالثاني منه لا يقتضي إلا سقوط الأرض، والأول أيضاً لا يقتضي إلا نفي الخيار الناشيء من قبل إشتراط الصحة، وأمّا الخيار الناشيء عن الضرر المالي الحاصل باقدامه على المعاملة بداعي أصالة الصحة فلا يوجب التبري المزبور سقوطه.

وتوهم صدق الإقدام منع التبري المزبور، ممنوع مع فرض قيام الأصل الداعي على الإقدام، كيف ومع عدم وجود هذا الأصل أيضاً في ظرف التبري المزبور يلزم كون المعاملة غررياً باطلاً.

وحينئذٍ مرجع التبري بالمعنى الأخير إلى شرط سقوط الخيار والأرض، ويكفي في صحته حينئذٍ عموم: «المؤمنون عند شروطهم».

ويؤيد ما ذكرنا ما في النص الآتي المشتغل على تقييد ثبوت الخيار بعدم التبري، والظاهر منه تقييد الخيار بتبعاته، لا خصوص رده دون أرضه. ومقتضى إطلاقه أيضاً عدم الفرق بين العيوب الظاهرة والباطنة، بل إطلاقه يشمل التبري عن العيوب المتجددة قبل القبض أو في زمان الخيار، ولولاه ففي شمول عموم الوفاء بالشرط إشكال؛ لأنه من باب إسقاط ما لم يجب.

ولكن يمكن دعوى أن كون تلف وصف الصحة قبل القبض أو في زمان

خيار المشتري على البائع، إن اقتضى كون التالف بعد العقد بمنزلة التالف قبله - كما هو مقتضى كلام من التزم بموجبة التلف المزبور للخيار كما أشرنا إليه سابقاً - يقتضي أيضاً صحة اشتراط تبريه في متن العقد أيضاً؛ لأنّ التنزيل المزبور يجعل ما لم يجب بمنزلة الواجب، فشمله عموم دليل الشرط.

وإن قلنا بأنّ مقتضى الخيار في المقام هو العين لا العقد، فاشكال شيخنا العلامة^(١) لا يكاد يرد على هذا المسلك، وإنّما يتم بناء على عدم اقتضاء كون التلف من مال البائع مثل هذا التنزيل، بل كان غاية مفاده كون التالف في عهدة البائع وحسابه من كيسه، كما أشرنا، وعليه فقد إستشكلنا حينئذٍ في ثبوت الخيار أيضاً.

وبالجملة من التزم بثبوت الخيار في العيوب المزبورة لابد وأن يلتزم بمسقطية تبرئه أيضاً بعموم الوفاء بالشرط، حتى على كون العيب مقتضياً للخيار لا البيع، كما لا يخفى.



(و) كيف كان لو وقع العقد على الميعب (بدون) التبري يلزمه أنّه (إذا ظهر عيب تخيير المشتري بين الرد والامساك بالأرث) كما هو المشهور، وعن الحدائق جعل ظرف التخير ثلاثة^(٢)، وهو الظاهر من الفقه الرضوي^(٣)، بعد أصالة عدم زيادة الهمزة في قوله: (أورد عليه بالقيمة) إلى آخره، ولكنه خلاف كلمات الأصحاب، خصوصاً بعد عدم حجية الفقه المزبور. نعم قد يبقى الإشكال في مدرك المشهور، مع أنّ مقتضى الجمع بين الأخبار بين مطلقات الرد، وأخبار الأرث المخصوص بعدم التمكن من الرد المترتب بين الرد

(١) المكاسب: ٢٥٣.

(٢) الحدائق ١٩: ٦٤.

(٣) نقله عنه المحدث النوري في المستدرک ٢: ٤٧٤.

والأرض لا التخيير، وحكي هذا الاحتمال عن المبسوط، وردّه شيخنا العلامة بأنّه خلاف إطلاق أخبار الأرض^(١).

وفيه أنّه مناف لإعترافه بعدم الإطلاق فيها، ولذا أمر بالتأمل في المقام، والتزم بأنّ مدرك التخيير إجماع الأصحاب.

أقول: يمكن استفادة الإطلاق من بعض نصوص الأرض، مثل ماورد في حكمه عليه السلام بأن المشتري عكّة فيها سمن فوجد فيها ربّاً بكيل الرب سمن^(٢)، إذ حكمه يأخذ السمن بدل الرب لا يتم إلّا بمناط إجراء حكم العيب على السمن المغشوش بربه، وإنّ إستحقاقه السمن بدل الرب من باب الأرض وتضمن عيبه بما هو أقرب إلى غرضه من خصوصيّة السمن، فتأمل. هذا مع إمكان دعوى الملازمة بين الإمساك والأرض من نصوص الأرض بلا خصوصية؛ لعدم التمكن من الردّ فيها.

ويمكن إستفادة التخيير أيضاً من بعض نصوص أخرى هو قوله: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب»^(٣)، إذ الظاهر منها كون المقابل للردّ هو الامساك بالأرض. غاية الأمر هنا ظهور آخر في إختصاص كلّ بحال، وذلك صحيح لولا دفع توهم الخطر في الأمر برده قبال الفقرة الثانية.

اللهم [إلّا] أن يقال: إنّ هذه الجهة توجب عدم ظهوره في التعيين، لا أنّه يقتضي ظهوره في التخيير، فغاية الأمر يصير مجملاً بلا ثمرة للمدعي.

* * *

ثم إنّ ظاهر كلام المصنّف كون الخيار مترتباً على ظهور العيب، ولكن في

(١) المكاسب: ٢٥٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤١٨ حديث ٣ باب ٧ من أبواب أحكام العيوب.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٦٣ حديث ٣ باب ١٦ من أبواب الخيار.

النص: «لا تردّ الجارية بعيب إذا وطئت»^(١)، وظاهره كون الخيار من آثار نفس العيب، وأن ظهوره دخيل في إعماله، على إشكال فيه أيضاً؛ لإمكان رضاه بالمعاملة برجاء إعمال خيار أو فسخه بهذا النحو، فإنّه لا دليل على عدم نفوذهما قبل ظهور العيب، كما لا يخفى.

ويؤيّده أن ذلك أيضاً مقتضى القاعدة، بناء على إقتضائه خيار العيب، إمّا لنفي الضرر المالي كخيار الغبن، أو الغرضي كخيار تخلف الشرط.

ثم إنّ في ثبوت هذا الخيار للبائع لعيب في الثمن وجه وجيه لو قلنا بثبوتها بمقتضى القواعد، وإلاّ فالنصوص الخاصة طرّاً مختصة بصورة كون العيب في المبيع.

اللهم [إلاّ] أن يدعى سياقها لبيان ملازمة العيب لخيار من انتقل إليه العيب بلا خصوصية للبائع أو المشتري فيه أبداً، مع إمكان الأخذ باطلاق ردّ الجارية لصورة جعلها ثمناً، فيتعدى الى غيرها بعدم القول بالفصل، وفي اطلاقه إنصافاً تاملاً.

* * *

ثم إنّ ثبوت الخيار المزبور (مالم يتصرف، فإن كان قد تصرف أو حدث فيه عيب عنده) وفي غير زمان خيار المشتري بأخذ الثلاثة (يثبت الأرض خاصة)، بلا إشكال في كلا الحكمين:

أمّا الأوّل فلعموم مسقطية التصرف الجاري بعلته لمثل المقام أيضاً، وتفصيل مسقطيتها من حيث كشفه عن الرضى بالبيع قد تقدم مستقصى، وفي ذلك دلالتها على الرضى قبل العلم بالعيب إشكال، خصوصاً مع الغفلة عن عيبه، إذ حينئذٍ لا يعقل صدور رضاء التخائري منه، ولا يكون مطلقاً الرضى

(١) وسائل الشيعه ١٢: ٤١٦ حديث ٢ باب ٥ من أبواب أحكام العيوب.

بالبيع إعمالاً لخياره ومسقطاً وهو ظاهر.

ثم إن ذلك أيضاً في مسقطيّة التصرف بمنّاط الكشف عن الرضى، وإلاّ فقد يسقط بالتصرف المغيّر للعين ولولم يكن دالاً على الرضى أصلاً، وبذلك يمتاز هذا الخيار عن سائر الخيارات.

والأصل فيه ما في بعض الأخبار من قوله: «إن كان العين قائماً بعينه ردّه وإن كان قد قطع»^(١) إلى آخره.

وفي نص آخر: «وأحدث فيه»^(٢)، وإطلاقه محمول على المغيّر للعين بقرينة الأولى، وفي شمول عدم قيام العين لصورة تغيير أوصافها الإعتبارية كالملكيّة والحرية وأمثالها الموجبة لعدم البقاء على القدرة لردّها وجه. نعم ما لا يكون منشأ لذلك فالظاهر إنصراف العنوان عن مثله، مضافاً إلى إستصحاب بقاء العين على ما كان عليه حكماً لا موضوعاً؛ لعدم جريان الاستصحاب في المشتبهات مفهوماً، كما لا يخفى.

وعلى أيّ حال لا إشكال في مسقطيّة تلف العين في هذا الخيار؛ لعدم كون العين قائماً بعينه، ويلحق به ما هو بحكمه عرفاً مثل وقوعه في البحر. وفي رجوع الخيار برجوعه إشكال، والاستصحاب يمينه كالرجوع في المنقولات.

* * *

ثم إنّ وطء الجارية مانع عن الردّ، أما في الباكّة فلا إشكال؛ لأنّه من التصرفات المغيرة للعين. وأمّا في الثيب ففي كونها منها إشكال، لولا دعوى أنّ زوال إعتبارها به وهتك عرضها بمثله من الاعتباريات التي يعتني العقلاء بعدمها، بحيث يعدّ عندهم من مصاديق تغيير العين، مضافاً إلى النصّ المشتمل

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٦٣ حديث ٣ باب ١٦ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٦٢ حديث ٢ باب ١٦ من أبواب الخيار.

على عدم ردّها به، بل يرد إليه بقيمة مانقصها العيب^(١)، والمسألة بملاحظة تطابق الفتاوى والنصوص خالية عن الإشكال.

نعم قد يستثنى عن هذه الكلية صورة حل الجارية للأخبار المستفيضة، المشتملة تارة على عدم ردّ الجارية التي ليست بجبلى^(٢)، وفي ذيله: «وترد الحبلى ويرد معها نصف عشر القيمة»^(٣)، وفي آخر: «يردّها ويكسوها»^(٤)، وفي النصوص ردّ عشر القيمة معها وربما يكون ذلك محمولاً على الفضيلة بعد إعراض المشهور عن الرواية المفصلة بين البكر بالعشر والثيب بنصفه^(٥).

وعلى أي حال ظاهر قوله: «لا يرد فيها ليس بجبلى ويرد في الحبلى» كمال ظهور في الردّ من حيث الملكية، ولازمه صحّة المعاملة ولو بفرض الحمل لغير المولى، أو بفرض كون المورد من موارد جواز بيع أم الولد، وبمثله تختص الإطلاقات الدالة على مانعيّة الوطء للردّ.

ثم في جواز الردّ بالحمل حتى مع أنّ الوطء في الدبر إشكال؛ للتشكيك في شمول إطلاقات الباب لمثله، فيبقى تحت كليّة التصرفات المغيرة للعين. وفي شمول الإطلاقات لصورة الوطء في حال العلم بالحمل وجه، لولا قرينة على أماريته على الرضى^١ التخايرى، وإلا فيكون تحت تلك القاعدة.

* * *

وأما الحكم الثاني من مسقطيّة حدوث العيب الحديد في يد المشتري، بل وفي غير زمان الخيارات الثلاثة التي كان العين مضموناً على من لا خيار له من البائع، فالظاهر من كلماتهم سقوط الردّ به؛ لصدق عدم بقاء العين قائماً بعينه.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ١٤٤ حديث ٣ باب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

(٢) و(٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٦٦ حديث ٣ باب ٥ من أبواب أحكام العيوب.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٧٤ حديث ٦ باب ٥ من أبواب أحكام العيوب.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ١٦٦ حديث ٤ باب ٥ من أبواب أحكام العيوب.

وهذا المقدار في الجملة مما لا إشكال فيه، وما عن المقنعة من عدم المسقطية بالاستصحاب^(١) محكوم باطلاق المرسلّة المجبورة بالعمل، وإنّا الكلام في معيار عدم قيام العين بعينه، من أنّه على طرف نقص مالي للعين أو طروء نقص في خصوصياته الخارجيّة، وإن لم ينقص جهة ماليته مع فرض كون الخصوصيّة مورد غرض العقلاء لا يبعد الإلتزام بالأخير بقريته الأمثلة الواردة في المرسلّة من خياطة الثوب وصبغه.

وحينئذٍ لا يبعد شمولها لمثل نسيان الكتابة أو الطحن وأمثالها، وفي شمولها لمثل السمن الخارج عن العادة الغير المرغوبة عند العقلاء وجه، كشموله لنقص الاختلاط الموجب رده للشركة، إذ فيه أيضاً تعتبر الخصوصيّة الخارجيّة المورد لاعتناء العقلاء بمثله.

ثم إنّ الاستفادة من المرسلّة كون المدار في الخيار على كون العين حين رده تام العيار بلانقص فيه، إذ الاستفادة منه أنّ المدار على بقاء العين على ما هو عليه، كي يحدوّه - ولو مع زواله بعد حين - يسقط الخيار، ويستصحب عدمه بعده، بعد فرض عدم قيام الدليل باطلاقه لإثبات خيار جديد يمكن المصير إلى الأول، ولأقل من الشك فيستصحب عدم سقوط الخيار من الأول.

ثم إن ذلك كله في صورة حدوث العيب بعد القبض، وبعد إنقضاء زمان الخيارات الثلاثة الموجبة لكون التلف من مال البائع. وأما قبلهما فالظاهر أن بناءهم على عدم مسقطية العيب الجديد للردّ بالعيب القديم. ويمكن أن يتشبث له باستصحاب بقاء الخيار بعد منع الإطلاق في دليل عدم قيام العين لمثل هذه الصورة، وقد يتشبث له بعموم كون التالف من مال البائع أو من لا خيار له، بتقريب أن مقتضاه كون التالف بعد البيع بمنزلة التالف قبل. ولازمه حينئذٍ

كون العيب الجديد أيضاً مقتضياً مستقلاً للرد، وتظهر الثمرة في صورة التبري في متن العقد عن العيب القديم.

ولكن قد أشرنا سابقاً أن إستفادة مثل هذا المعنى من مفاد القاعدة إشكال، بل غاية الأمر كون خسارة التالف من مال البائع بما هو بائع المنصرف إلى الخسارة بالمسمى لا المثل.

وحينئذٍ لا وجه لاقتضاء العيب الجديد خياراً مستقلاً، بل غاية الأمر عدم إقتضائه سقوط الخيار بالعيب القديم بمثله ولولمنع إطلاق الرسالة لمثله، كما هو ظاهر.

* * *

هذا كله في بيان مسقطيّة الرد دون الأرض، وأمّا عكسه فقد يتصور في العيوب الموجبة لنقص في العين بلانقص في مالهته كالخصي في العبيد، وقد يتصور في المتجانسين من الربويات إذ الأرض فيه مستتبع للتفاضل بينهما. وفيه محذور الربا؛ وبعبارة أخرى إن الشارع بعد إعتباره الصحيح والمعيب جنساً واحداً يكشف ذلك عن إلقاء الماليّة لوصف الصّحة، ومع إلقاءها كيف يتصور فيه الأرض الملحوظ فيه جبر المالية.

وفيه أن الغرض من الإلقاء إن كان إلقاء ماليّة وصف الصّحة مطلقاً ففيه خلاف البداهة؛ للجزم بضمان صحته عند إتلافها، وإن أريد إلقاءه في مقام المعاوضة بمعنى عدم بذل مال في المعاملات المزبورة في قبالتها فهو مسلّم، ولكته لا يقتضي نفي الأرض إذ الأرض ليس من باب التعويض، بل هو نحو تضمين شرعي في خصوص وصف الصحة بلا إعتبارها في مقام العوضيّة، وأدلة الربا في المعاوضات منصرفه عن ذلك.

* * *

(ولوعلم بالعيب ثم اشتراه فلا أرض أيضاً) بلا خلاف؛ لإنصراف

أخباره عن مثله، وعدم شمول نفي الضرر المقدم على فرضه به ولو شرط المتعاقدان حينئذ ثبوت شخص هذا الخيار فيفسد الشرط لعدم مشروعية الشرط، وفي إقتضائه بطلان العقد نظر، بل أقصاه خيار تخلّف الشرط بين الرد والإمساك بلاأرّش، كما لا يخفى^١ في نظائره.

ثم إن من جملة ما يوجب سقوطها أيضاً التبري على تفصيل تقدّم، ومنها: التصرف الكاشف عن الرضى، ونظيرهما ما لو حصل بعض موانع الردّ في مورد لأرّش فيه لربا أو غيره، ولقد تقدّم تفصيل الجميع.

وكيف كان لو ترك التأخير بناء على فورية الخيار، لا يقتضي ذلك إلّا سقوط الردّ، وأما الأرّش فلا وجه لسقوطه بعد الجزم بأنّه من تبعات إمساكه بقرينة ثبوته في فرض تغيير العين. اللهم [إلّا] أن يدعى أن دليل الأرّش مختص بصورة تغيير العين المانع عن الردّ، غاية الأمر يتعدى عنه إلى صورة إمساكه التأخيري إجماعاً، ولا يتعدى إلى غيره.

وحينئذ لا مقتضى لثبوت الأرّش عند سقوط الخيار من غير ناحية تغيير العين، نعم عمدة الكلام في المقام الإشكال في فورية الخيار في أمثال المقام، ولقد تقدّم منا تحقيقه فراجع.

تنبيه: ذكر بعض الأعاضل حرمة كتمان العيب جلياً أم خفياً؛ لأنّه غش. وعمدة السند فيه ماورد في الغش بلفظ: «لا يحل»^(١)، وإلّا فما في بقية نصوصه^(٢) لا يصلح لاثبات الحرمة، كما لا يخفى^١ على من راجع إليها، حيث يرى إشتمالها على ما يصلح للقرينة المانع عن إنعقاد ظهورها فيها.

* * *

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٨ حديث ٣ باب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٨ باب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به.

(ولو باع شيئين صفقه وظهر العيب في أحدهما)، قيل (كان . للمشتري الأرض أورد الجميع لا الميب وحده)، ولعله من جهة إستبـاع رده فقط ضرر التبعض على البائع، وهو ينافي إرفاقية مثل هذا الخيار؛ لأن الأحكام الإرفاقية إنما تشمل مورداً لا يستتبع ضرراً على الغير. ولكن ذلك لولا جبر ضرره بخيار جديد من قبيل تبعض الصفقة، فلا يكون مثل هذا الحكم حينئذٍ خلاف إمتنان في حق الغير.

الهم [إلا] أن يقال: إن مثل هذا الضرر الغرضي ما جاء من قبل العقد أولاً، وإنما نشأ ذلك من قبل فسخ الغير بخياره، ومثل هذا الضرر لا يدخل تحت عموم نفي الضرر؛ لعدم الجبر لعمومه، فتبقى شبهة عدم شمول دليل الخيار للمورد لمنافاته مع الإرفاقية فتدبر.

* * *

(و) من هنا ظهر حكم فرع آخر، وهو أنه (لو اشترى إثنان صفقة لم يكن لأحدهما رد حصته بالعيب إلا إذا وافقه الآخر).

(و) كيف كان لا إشكال ظاهراً في أن (التصرف يبطل رد الميب إلا في وطء الحامل فيردها مع نصف عشر القيمة)، ولقد تقدم شرح ذلك كله في طي الكلمات السابقة فراجع بلا تكرار وإعادة في مثل المختصر المقتصر على مهام الأمور.

* * *

ثم إن (الحلب في الشاة المصرة) لا يمنع الرد بخيار التدليس والتصرية، إذ ليس ذلك من التصرف الكاشف عن الرضى بالبيع في مقام التخاير، فتبقى قاعدة الضرر الموجب للخيار بلا مزاحم (فيردها) حينئذٍ مع (قيمة اللبن) الموجود حين العقد (إن فقد المثل)، وإلا فيرد مثله نظراً إلى كونه من أجزاء المبيع حين العقد، فتجري عليه قواعد الضمان بعد الفسخ.

ولكن يمكن الاشكال فيه بمقتضى القواعد بمنع كون الموجود في ضربه حال البيع من أجزاء المبيع، بل هو محسوب من تبعاته ونمائه المتصل الخارج عن المبيع المحكومة بالملكية تبعاً للعين.

وحينئذٍ فقضية الفسخ لا تقتضي إلا رجوع نفس العين لاهي بتبعاته الموجودة حين العقد، ولا أقل من التشكيك فيه، ويستصحب ملكيته للمشتري نظير اللبن الحاصل في ضربه بعد العقد، فإن المشهور كونه من ملك المشتري بلا ضمانه له حين رده العين بخياره.

وحينئذٍ فلولا إطباق الكلمة على رده أو رد قيمته من صاع من التمر أو البر مع وجود الكاشف إجمالاً عن ضمان المشتري للبنه عيناً أو قيمة لكان للتشكيك فيه مجال.

اللهم [إلا] أن يقال: إن النماءات المتصلة الموجودة حين العقد وإن لم تحسب عرفاً من أجزاء المبيع، لكن كانت بنظرهم محسوبة من مراتب وجود العين، وقضية حل العقد رد العين بماله من مراتب وجوده حين العقد، ولازمه رد نفس اللبن الموجود حين عقده لاغيره. ولا مجال لرد قيمته مع وجوده، فما في بعض النصوص من رد صاع من التمر الشامل باطلاقها حال وجود اللبن فلا عراض المشهور عنها مطروح، كما أنّ في صورة التلف مقتضى القواعد أيضاً إنتقال الأمر إلى المثل، ومع فقدته إلى القيمة كما اختاره المصنف، وهو المشهور أيضاً.

ولكن في حسن الحلبي: «إن كان في تلك الأيام يشرب لبنها رد معها ثلاثة أمداد»^(١) الخ...، وهذه الرواية أيضاً لمخالفة المشهور موهونه، فلا يعتنى بها خصوصاً مع ما في الجواهر من عدم الظفر بعامل به، واحتمل كون القائل به

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٦٠ حديث ١ باب ١٣ من أبواب الخيار.

من العامة^(١).

ثم إنه لو امتزج اللبن الموجود حال العقد مع الحاصل بعده اشترك المشتري مع البائع بالسوية، كما إنه لو تعيب اللبن المردود من قبل غير المشتري أيضاً -فضلاً عنه- كان ضمان أرشه عليه، إلا إذا كان البائع متلفاً فإنه لا ضمان على المشتري؛ لأنّ البائع كان متلفاً على نفسه، وذلك أيضاً لو كان العيب حادثاً قبل العقد فإن اللبن على أي حال محسوب من المبيع إمّا جزءاً أو مرتبة.

نعم بناء على التبعية المحضة بلا احتسابه من مراتب المبيع، ففي إجراء حكم المبيع عليه حتى في لزوم الأرض مع الامساك إشكال. وهكذا لو حدث بعد العقد أو بعد القبض أيضاً، فإنّ ضمان وصف صحته فرع احتسابه مبيعاً، وإلاّ فعلى التبعية المحضة ففي جريان مثل هذا الحكم عليه لا يخلو عن تأمل والله العالم.

ثم إنّ في النص: «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام»^(٢) الخ... ولا يضر إشتمال ذيله برّد صاع من تمر أو برّ معه بدل اللبن الذي قدّمنا إعراض المشهور عنه، إذ الظاهر أنّ الفقرة الأولى من النص معمول به وإن اختلفت كلماتهم في أنّ الثلاثة هي التي كان ظرفاً لمكلف خيار الحيوان أو هو ظرف الإختبار لخصوص الخيار الثابت للمصراة، وأنه تحديد شرعي له أو عادي أو تقريبي محض.

وعليه فيمكن تقوية الأوّل؛ لظهور النص في كون الثلاثة ظرف الخيار لا ظرف الاختبار الحاصل بعده الخيار، وعليه فيمكن توكيل هذا المعنى^١ إلى العرف والعادة بلا استفادة تحديد شرعي لزمان الاختبار.

(١) الجواهر ٢٣: ٢٦٤.

(٢) عوالي اللآلي ١: ٢١٩ حديث ٨٧.

وحينئذٍ فخير التصرية هو الحاصل بعد الاختبار، فربما يتحقق بعد مضي ثلاثة أيام خيار الحيوان، كما هو ظاهر.

ثم إنَّ التصرف الحَلِّي في المصرة غير مسقط للخيار الثابت في المصرة وإن كان مسقطاً لخيار العيب من غير هذه الجهة؛ لعدم قيام العين بعينه، وفي مسقطية سائر الخيارات بمناط الكشف عن الرضى فيه إشكال.

وحينئذٍ فأمكن دعوى عدم خصيصة لخيار التصرية من هذه الجهة، ولا من جهة تحديد إختباره بالثلاثة؛ لما عرفت مافيه، فلا يكون في خيار التصرية حينئذٍ خلاف قاعدة.

وحينئذٍ فلا بأس بالتعدي إلى الناقة والبعر بل وإلى الأمة؛ لثبوت التدليس في الجميع الموجب للضرر المالي، فيجىء فيه مناط خيار العيب أو الغبن. نعم لو بنينا على الالتزام بخلاف القواعد في خصوص التصرية لابد وأن يقتصر على مورد النص، وحينئذٍ فيقتصر على الشاة، ويلحق بها إجماعاً منقولاً البقرة والإبل، بل وفي الإبل أيضاً نص عامي، ويلحق غيره به بعدم الفصل. وأمّا الأمة المصرة فلا دليل على الإلحاق، فلا يجري فيها ما يخالف القواعد، ولازمه سقوط خياره بالتصرف المزبور على فرض مسقطيته بالقواعد، وإلاّ فيجري فيه خيار التدليس لقاعدة الضرر بلا التزام بأحكام المصرة فيه، فتأمل والله العالم.

* * *

(ولو ادعى البائع التبري من العيوب ولا يئنه فالقول قول المشتري مع يمينه)؛ لإصالة عدم تبري البائع، فيصدق عليه عقد على معيب لم يبرأ من عيبه، ففيه خيار العيب.

(ولو ادعى المشتري تقدّم العيب على العقد فالقول قول البائع)؛ لإصالة صحّة ما وقع عليه، فلا يضمن البائع مع إعراف المشتري أيضاً؛ لعدم

حدوثه في زمان كان ضمانه على بائعه، وحينئذٍ يقدم قول البائع (مع يمينه). ولو وقع النزاع في السلعة المرددة، فتارة من جهة إنكاره الخيار بإنكاره وقوع البيع على المعيب، وأخرى من جهة إنكاره وقوع البيع على هذا العيب مع اعترافه بثبوت أصل الخيار. فعلى الأول فالقول قول البائع؛ لأصالة لزوم عقده الموجب لعدم التزام البائع بأخذ السلعة المعيبة.

وعلى الثاني ففي تقديم قول البائع تأمل؛ لمعارضة أصله بأصل آخر مع العلم الإجمالي بورود العقد على معيب كان للمشتري إلزامه بأخذه، لولا دعوى أصالة سلطنته على الإمتناع عن قبول هذه السلعة بعد عدم معارضته بالأصل في غيره، لكونه معلقاً على أمر غير حاصل، بل ولا يحصل أخذاً باقرار المشتري بأن سلعتك هذه، فتدبر.

* * *

خاتمة في الأرض

فنقول: أولاً: إنَّ وصف الصحة كسائر الأوصاف مما به قوام مالية الشيء، على وجه لا يكون المال المبذول في قبالتها، بل يبذل قبال العين الموصوفة، فلا يكون واقعاً في قبال مثل هذه الأوصاف، ولذا لا تقتضي القاعدة في فرض تخلف الوصف إلاّ الخيار بين الرد والإمساك، نعم بملاحظة كون هذه الأوصاف من مقومات مالية الشيء فتحسب من مراتب وجود العين، فلو ألتفها أحد ربّما تجيء فيه قواعد ضمان المال؛ لصدق إتلاف العين ببعض مراتبه. ولذا تضمن مثل هذه الأوصاف كضمان الهيئة المقومة لمالية العين.

ولكن هذا لا يقتضي في مقام المعارضة بذل الثمن في قبالتها ولو ضمناً، بل تمام الثمن يقع في قبال نفس العين، وبذلك يجمع بين تضمين هذه الأوصاف

باليد والإتلاف وعدم تضمينها بالضمان الجعلي، فلا يكون الخيار فيها إلّا الخيار بين الردّ والإمساك محضاً.

وحيث كان كذلك فنقول: إنّ الشارع في خصوص وصف الصّحة عند إمساكه جعل بإزائها شيئاً، وهذا المعنى نحو تضمين جعلي للبائع في مقام المعاوضة عند إمساكه بخياره خارج عن دائرة الثمن، بل من الممكن كونه من باب حق الأب في تميم معاشه من مال الولد، وهو نحو حق غير مرتبط بباب التضمين بالإتلاف أو اليد، إذ ليس يد البائع يد ضمان لماله، ولا إتلافه إياها منشأ لضمّانه.

وهذه الملاحظة أمكن دعوى عدم إستحقاق المشتري أزيد من الضمان الجعلي لا الضمان الواقعي، بل وأمكن دعوى عدم تعلق حق المشتري بذمة الضامن شيئاً ولا بخصوص الثمن، بل إنّما تعلق حق جبر ضرره بعين ماله، لولا دعوى عدم خصومية لذلك أيضاً بشهادة عدم إختياره على خصوصه، فيكون المقام بحكم التضمين بالذمة وإن لم يكن منه، كما عرفت نظيره في حق الوالد على الولد.

ثم إن قضية جبران ضرر المعاملي ملازم قهراً مع صّحة المعاملة، ولازمه بقاء مرتبة من المالية للعين قبال العوض، كيف وبدونه لا تصحّ المعاملة، فأين ضرر من قبل هذه المعاملة كي يحتاج إلى الجبر.

وحينئذٍ لا يتصور الأرش المستوعب إلّا في فرض التلف بعد العقد قبل القبض أو في زمان خيار المشتري، فإن المعاملة باقية على صحته، ولأن ضمان البائع للأرش إعطاء ما يستوعب قيمة على الفرض، ولعلّه إلى ذلك يحمل ما عن العلامة من تصويره الأرش المستوعب، فراجع كلماته وتدبر فيها.

* * *

ثم اعلم أن كيفية الأرش لا بد في تحديده من معرفة قيمتي الصحيح

والمعيب واقعاً، كي يصير ميزاناً لأخذ التفاوت بينهما من الثمن الجعلي. وحينئذٍ يرجع فيه إلى أهل الخبرة من باب الشهادة، ومن الممكن حجية خصوص قوله من باب رجوع الجاهل إلى العالم، خصوصاً فيما كانت معرفته مستندة إلى مقدمات حدسية ناشئة عن كثرة الممارسة في أشباهه ونظائره، إذ دخول مثل ذلك في مصاديق الشهادة المستندة إلى الحس أو القرينة إليه في غاية الإشكال، فلاوجه لحجيته إلا ما ذكرنا.

وحينئذٍ لاوجه لاعتبار تعدده، وإن كان إعتبار العدالة لا يخلو عن وجه، كما هو الشأن في كلّ عالم يرجع إليه الجاهل.

ومع عدم وجود أهل الخبرة في كفاية الظن أو الرجوع إلى الأكثر أو الأقل وجوه أقربه الأخير؛ للأصل و(إن الظن لا يغني من الحق شيئاً)^(١).

ولو تعارض المقومون فهل المرجع قاعدة الجمع بين الدليلين، أو التساقط والأصل، أو القرعة؟ وجوه قديظهر عن شيخنا العلامة في مكاسبه الرجوع إلى الجمع، حاكياً عمل المعظم على وفقه^(٢). وعمدة تقريره بأن كل منها حجة شرعية فيجب الإعمال مهما أمكن، وحيث لا يمكن العمل بتمام مضمونها يجب العمل ببعضه جمعاً بين الحقيين، وبه يمتاز المقام عن باب تعارض النصين؛ لأنّ الحق فيها لواحد.

هذا وأقول: لا يخفى^١ أنه بعد شمول دليل الإعتبار كلياً منها بتمام مضمونها، ولا يمكن ذلك، فالأمر يدور بين الأخذ ببعض المضمون من كلّ منها، أو تمام أحدهما دون الآخر. وحيث لا ترجيح ينتهي الأمر إلى التساقط، ولا مجال حينئذٍ لترجيح أحد الجمعين بقاعدة الجمع بين الحقيين، بعد كون

(١) يونس: ٣٦.

(٢) المكاسب: ٢٥٥.

مصبتها صورة عدم وصول اليد إلى الواقع، إذ يكون مفادها من الأصول العملية النازلة عن مرتبة الأدلة الاجتهادية، فكيف يصلح مثلها للمرجحية المعينة لمفاد الدليل الاجتهادي، فلا تكون مثل هذه القاعدة إلّا مرجعاً بعد تساقط الدليلين، لامعياً لدليّة القولين في نصفها، كما هو ظاهر.

وحينئذٍ حكم الباب وباب تعارض النصين من واد واحد، كما لا يخفى.
وحينئذٍ فالمرجع عموم قاعدة عدم سلطنة أحد على الرجوع إلى الغير بأزيد من المقدار المعلوم، وبذلك ترفع اليد عن قاعدة التنصيف؛ لوجود الدليل من عموم سلطنة الإنسان على نفسه في دفع إلزام غيره بأزيد من المقدار الثابت، كما أنه لا مجال للقرعة التي هي لكل أمر مشكل، وحينئذٍ فلولا دعوى الإجماع على التنصيف لكان للنظر فيه مجال.

* * *

ثم إنه بناء على التنصيف مقتضى القاعدة الرجوع إلى التنصيف في مورد التعارض، وإلا ففي غيره لا وجه لطرح واحد منها؛ لعموم دليل التنصيف حسب الفرض، فحينئذٍ نقول:

إنّ في المقدار الأقل من القيمتين كان الطريقتان متوافقتين فيؤخذ بهما في هذا المقدار، وإنما يقع التعارض بينهما في الزائد من الأقل. بين النفي والاثبات، ففي مثله قاعدة الجمع المزبور إنّما تقتضي طرح نصف مدلول كل واحد منهما، فيؤخذ بنصف النافي ونصف المثبت. ولازمه حينئذٍ إجراء التنصيف في هذا المقدار الزائد لافي تمام مدلولهما، كما أن مفاد قاعدة الجمع بين الحقيقتين أيضاً ليس أزيد من ذلك.

ثم إنّ المقصود من قيام البينة على القيم الواقعية إذا كان مقدمة لأخذ النسبة في الثمن الجعلي، فلا شبهة في أنّ تعارض البينتين في نفس القيمة الواقعية، مع فرض وحدة النسبة المأخوذة منها، مقدّمة لأخذ هذه النسبة في الثمن

الجلعي مستدرك ، إذ التعارض إنما هو في مورد إبتلاء المكلف ، كي يصير المورد مورد شمول دليلي الحجية فيتعارضان ، فما هو مورد الإبتلاء هو الكسر الذي يكون مابه التفاوت بين القيمتين ، وذلك لابلحاظ نفسه بل بملاحظة كونه مقياساً للثمن الجلعي .

وحينئذٍ فورد تعارضهما هو هذا الكسر ، ولازمه اختصاص مورد به بصورة إختلاف البينتين في الكسر الذي هو مابه التفاوت بين الصحيح والفساد ، وتخرج صورة إتحداهما في الكسر المزبور عن مورد التعارض وإن كانا متخالفين في أصل التقويم بالقيمة الواقعية .

وحينئذٍ فينحصر مورد تعارضهما في فرض إختلافهما في نفس مابه الإختلاف ، فما عن شيخنا العلامة من جعل مورد التعارض فرض تساويها نسبة أيضاً^(١) منظور فيه .

ثم لا يخفى^١ أن في فرض إختلافهما من حيث نسبة التفاوت الذي هو مورد تعارضهما طريق تنصيفنا يتحد مع طريقة الشهيد دائماً ، ولا يكاد يتحد مع طريقة المشهور . ولقد نبّه إلى ذلك بعض الأعظم من سادة المحشين لمكاسب شيخنا العلامة ، فما عنه رحمة الله عليه بأنه مع إختلاف النسبة فقد يتحد الطريقان وقد يختلف ، منظور فيه أيضاً ، وأعجب من ذلك أنه أفاد بأنه قد تقدّم مقالاتهما في أول المسألة ، مع أنه لم يقدّم مثالاً مختلفي النسبة على وجه يتحد الطريقتان ، ولعله سهو من قلم الناسخ .

(الفصل السادس)

(في النقد والنسيئة والمراجحة)

فنقول: أولاً: إن (إطلاق العقد يقتضي حلول الثمن)، سواء في معارضة الأعيان أو الكليات الذمّية، مع أن طبع المعاوضة يقتضي إنتقال كل طرف إلى صاحبه، ولازمه سلطنة مالكه على مطالبة ماله، وليس للآخر ملامتناع عن أدائه. نعم بناءً على اقتضاء الاطلاق المزبور انصرافه إلى التعجيل كان ذلك بمنزلة شرط تعجيله، ويترتب عليه حينئذٍ خياره عند فوته.

وليس المقام مقام إلزامه على الوفاء بالشرط، إذ هو إنما يتم في صورة سعة زمان المشروط عن وقت عمله، وإلاّ فمع ضيقه لا يتصور الإلزام؛ لأنه قبل الوقت فلا إلزام، وحينه مقارن مع فوته فلا يبقى مجال إلزامه، فلا جرم يكون المقام من مصاديق فوات الشرط الموجب للخيار. وهذا بخلاف ما لو لم نقل بهذا الإنصراف فإنّه لا خيار، كما لا يخفى.

* * *

(فإن شرطاً تأجيله مدة معيّنة صح) وفاء لمضمون الشرط، ومرجع

ذلك إلى شرط عدم المطالبة له في المدة المعيّنة، لا عدم سلطنته عليها، ولا إلى إسقاط حقها، إذ المطالبة من شؤون السلطنة على المال، نظير دعواه في مقام المرافعة، وليس مثله من الحقوق الإسقاطيّة كي يقبل للسقوط بالشرط.

كما أن نفي السلطنة على المطالبة أيضاً من المخالف للسنة، فلا يصح،

بخلاف شرط ترك المطالبة كشرط عدم تصرف كذا لاعدم السلطنة عليه، وإن كان نتيجة وجوب الوفاء بمضمون الشرط قصور سلطنته على ضد الشرط ونقيضه، كما هو الشأن في باب النذر، بملاحظة إفادتها بمقتضى اللام إختصاص المشروط به بالطرف والمنذور بالله تعالى على وجه ينافي ذلك سلطنة الغير على خلافه.

وفي اقتضاء مثل هذا الشرط حقاً للمشروط عليه على وجه له الإمتناع عن الأخذ قبل الأجل كلام ربما يختلف مفاد الشرط من هذه الجهة، وليس له كلفة على وجه يقتضي طبع الشرط ذلك على الإطلاق، فالمدار التام على الإستظهار من عبارة الشرط ولو بتوسط دخول (اللام) و(على) في أي طرف أو كليهما. وحينئذٍ فما عن شيخنا العلامة من اقتضاء طبع الشرط المزبور كون الحق للطرفين منظور فيه.

وحينئذٍ مع إجمال العبارة فقد يتوهم قيام العلم الإجمالي بتخصيص عموم السلطنة في أحد الجانبين، فيرجع إلى أصالة عدم ملزمة أحدهما بالزام غيره، ولا يضرب بذلك العلم المزبور لكونه بين الشخصين، فلا يمنع عن جريان الأصول العملية وإن قيل بمنع مثله عن الأصول اللفظية.

هذا وفيه - مضافاً إلى منع تمامية التفصيل بين الأصول من هذه الجهة - أن عموم السلطنة إذا اقتضى^١ جعل الحق للطرف الموجب لقصور الجاهل، فلا شبهة في أن هذا القصور من تبعات سلطنته على المال، ومثل ذلك لا يصح لأن يكون مخصصاً للعام؛ لأن مرجع عموم السلطنة على هذا السلب إلى كونه لبيان القدرة على سائر الجهات من غير جهة السلب الناشيء من قبله، وإلا فيستحيل شمول العام لهذين الفردين.

وبعد ذا نقول: إن العلم الاجمالي بسلب أحد القدرتين بالنسبة إلى الطرفين بعدما كان بعموم سلطنته، لا يكون ذلك موجباً لتخصيص العام بالاضافة إلى

الطرفين، فلا يكون شأن أصالة العموم نفيه. ولو كانت الشبهة بدوية فلا يجري حينئذٍ إلا لأصالة عدم ملزمة كل منها بالزام غيره. ومثل هذا الأصل يجري في الطرفين بلا معارض، كما لا يخفى.

* * *

وكيف كان يعتبر في شرط التأجيل أن يكون في زمن معين، (ويبطل) الشرط المزبور (في الزمان المجهول)؛ للغرر الساري في البيع أيضاً فيبطل، ولذا نقول بمبطلية فساد الشرط المزبور للمشروط أيضاً وإن لم نقل به في غيره.

(وكذا) تبطل المعاملة (لو باعه بثمن حالاً، وبأزيد مؤجلاً) عند أكثر المتأخرين وحكي عن بعض أنه بالخيار في أخذه بأي واحد من الشرطين. وليس عليه حينئذٍ إلا أقل الثمنين وأبعد الأجلين، ولازمه نفوذ العقد على خلاف ما قصد. ولعله نظرفيه إلى بعض النصوص الصريحة بأن: «عليه أقل الثمنين وأبعد الأجلين»^(١)، ومثل هذه النصوص مع كونها خلاف المشهور لا تصلح لإثبات الحكم على خلاف القواعد، خصوصاً قاعدة تبعية العقود للقصد، فهي بالطرح أولى.

ثم إنه قد يتوهم في وجه بطلان المعاملة المزبورة بكون مثل هذه المعاملة غريباً، إذ البائع لا يدري ما يملك من أحد الثمنين.

اللهم [إلا] أن يقال: إن الجهل بالثمن من قبل جهله بقبول القابل، مع تعيين الثمن في كل واحد من إنشائية غير مضر بالمعاملة، إنما المضربه الجهل بالثمن في شخص إنشائه من غير جهة الجهل بقبول القابل، ولذا لو قال: بعتك سيفي بكذا وكتابي بكذا، ولا يدري القابل أيهما يقبل، لا يصح جهله بمالكية

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٦٧ حديث ٢ باب ٢ من أبواب أحكام العقود.

لأحد الثمنين مضراً ببيعه، كما هو ظاهر.

وأضعف من ذلك مايتوهم من إستفادة بطلانها من بعض النصوص المشتمة على النهي عن الشرطين في بيع وعن بيعين في بيع^(١). وحكي عن الكافي أنه عليه السلام قال: «من ساوم بثمانين أحدهما عاجل والآخر نظرة، فليسم أحدهما قبل الصفقة كي يرد الصفقة على الثمن المعين الواحد عاجلاً أم نظرة»^(٢).

وفي رسالة أخرى شرح النهي عن الصفقتين في واحد بمورد كلام منا^(٣). ووجه الضعف إمكان حمل النهي في النص المسند والمرسل الأولتين بصورة تردد الثمن بين العاجل والآجل في إنشاء واحد، وذلك غير ما نحن فيه، وهو الذي مصداق الغرر في الثمن والجهل من غير ناحية الجهل في القابل. وأما المرسل الأخير وإن كان في شرحه صريحاً فيما نحن فيه، ولكن من الممكن قريباً بأنه من باب نقل مضمون الروايات الأخرى على حسب نظره وفهمه، كما هو المحتمل في كثير من المرسلات، فلا يصلح دليلاً على المدعى.

وعليه فلاوجه لبطلان مثل هذه المعاملة إلاّ توهم دعوى الاجماع المركب في المقام، وذلك أيضاً لولا احتمال قصر نظر الطائفتين إلى الأخبار الخاصة من الجانبين، فبعد منع تماميتها سنداً أم دلالة لايبقى مجال إستكشاف إجماع في البين، فالمرجع حينئذٍ ليس إلاّ القواعد من عمومات صحة البيع والتجارة والعقود.

* * *

(وإذا باع نسيئة ثم اشتراه قبل الأجل بزيادة أم نقصان من جنس

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٦٧ حديث ٣ باب ٢ من أبواب أحكام العقود.

(٢) الكافي ٥: ٣٠٦ حديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٦٨ حديث ٤ باب ٢ من أبواب أحكام العقود.

الثلث وغيره حالاً ومؤجلاً صح مع عدم الشرط) ، وأما لو اشترط في المعاملة الأولى أحد المبتاعين على صاحبه قبوله منه بمعاملة ثانية ففيه إشكال .

أما الصورة الأولى، وهو فرض عدم الشرط المزبور، فالظاهر أنه لا مانع عن صحته بحسب القواعد، وربما يؤيده جملة من النصوص الواردة بهذا المضمون، مثل صحيحة بشار بن يسار^(١)، وصحيحة منصور بن حازم^(٢)، ورواية حسين بن منذر^(٣)، وهذه النصوص بترك إستفصالها يوافق المدعي .

وقد يعارضها ما في بعض النصوص المشتملة على النهي عن شرائه بعد الأجل، وقال بأنه: «لاخير فيه»^(٤) وفي آخر النهي عن أخذه منه حتى يبيعه ويعطيك ثمنه^(٥).

ولكن الأمر بين هذه والسابقة دائرين تخصيص الأولى بقبل الأجل، أو حمل الثانية بقرينة قوله: «لاخير فيه» على الكراهة، ولا يبعد ترجيح الأخير. وعلى أي حال لا مجال للمصير إلى مذهب الشيخ من التحريم بعد الأجل مع عدم تساوي الثمنين؛ لعدم استفادة القيد الأخير من النصوص المانعة، علاوة على ما ذكرنا من ترجيح التصرف في النهي عن إرتكاب التخصيص ببعد الأجل. ثم إن مورد النصوص المانعة صورة شراء الطعام المباع أولاً، فلا يشمل فرض شراء طعام آخر، فالقواعد تقتضي صحتها أيضاً مساوياً مع الطعام الأول أم لا.

ولكن يستفاد من رواية علي بن جعفر في عكس المسألة تعليلاً في المنع

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٧٠ حديث ٣ باب ٥ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٧٠ حديث ١ باب ٥ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٧٠ حديث ٤ باب ٥ من أبواب أحكام العقود.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٧٤ حديث ٣ باب ١٢ من أبواب السلف.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٧٤ حديث ٥ باب ١٢ من أبواب السلف.

الجاري في المقام أيضاً بالفحوى، وذلك حيث قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: «إذا قومها بدراهم فسد، لأن الأصل الذي يشتريه به دراهم فلا يصح دراهم بدراهم»^(١)، إذ الاستفادة منه أن عوض العوض من المتجانسين في عدم جواز التفاضل بمناط الربوي. أقول: بناء على تعميم هذه العلة يستلزم البطلان حتى في فرض شخصية العوضين، ولا أظن إلزامهم به يكشف ذلك عن كونه على خلاف القاعدة فيقتصر على مورده، وإن إجراء حكم الربا فيه لخصوصية فيه، وإلا فحقيقته فرضاً خارجة عن مسألة الربا، مع أن إطلاق النص المزبور يشمل صورة تساوي الثمنين، وفي مثله لا يكون المانع حيث الربا، ولا أظن الالتزام ببطلانه أيضاً من أحد، ولا زمه عدم كونه باطلاً معمولاً به، فلا وثوق حينئذٍ بسنده.

* * *

وأما الفرع الثاني فقد يتوهم فيه لزوم الدور، وفيه مافيه، نعم قد يشعر ببطلانه بعض النصوص^(٢) المشتمة على نفي البأس فيما كان بالخيار في شرائه الاستفادة منه البأس في صورة كونه ملزماً بالشرط فيقتصر حينئذٍ على مورده. هذا، ولكن يمكن أن يقال: إن لازم التعليل بعدم الاختيار في فساد البيع الثاني فساد شرطه في البيع الأول، كيف ويلزم من صحة الشرط بمقتضى التعليل عدمه، ومن المعلوم أن الشرط الفاسد في أمثال المقام لا يقتضي فساد الشرط؛ لارتكاز الذهن في كلفة أمثال هذه القيود بتعدد المطلوب لا وحدته، مع أن فساد أصل البيع الأول يوجب عدم مقتضي للبيع الثاني، فالتعليل بعدم مقتضي في البيع الثاني أولى من التعليل بالمانع وهو خروجه عن الاختيار، مع

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٧١ حديث ١٢ باب ١١ من أبواب السلف.

(٢) انظر وسائل الشريعة ١٢: ٣٧٤ باب ٧ من أبواب أحكام العقود.

أنّ هذا الجبر بحق غير مانع عن صحة البيع رأساً، فلا مجال لتطبيق مضمون النص على القواعد.

وحينئذ لا يصلح مثل هذا النص لإثبات فساد البيع الأوّل، نعم غايته يدلّ على فساد الثاني، وهو كذلك لو أريد من الاختيار على حسب بناءه العقدي، وإلاّ فلو أريد منه الاختيار الشرعي فعدمه مستتبع لعدم صحّة الشرط المستتبع لوجود إختياره وهو فاسد جداً. وعليه فكيف يمكن الأخذ بمضمون هذا النص على خلاف القواعد، ولا يبقى حينئذ لبطلان البيع الأوّل مع الشرط المزبور إلاّ الشهرة، والإ تكال عليه في مثل هذه المسألة في غاية الإشكال.

* * *

(و) من التأمّل فيما ذكرنا ظهر أنه (لو اشتراه بعد حلوله) يعني الأجل (جاز بغير الجنس مطلقاً، وبه) أي بالجنس (قيل) والقائل هو الشيخ كما أشرنا إليه سابقاً حيث إختار بأنه (لا يجوز مع التفاوت) في الثمن^(١)، (والأقرب خلافه)؛ لما أشرنا.

(ولا يجب دفع الثمن قبل الأجل ولا قبضه قبله)، بناء على إستفادة الحق في الإمتناع للطرفين، وإلاّ فن له حق إلزام صاحبه على إستيفاء حقه كما هو ظاهر.

(ولو حلّ الأجل ودفع) المديون (وجب القبض) على مالكة؛ لسلطنة الإنسان على تفرّغ ذمته، وعدم سلطنة صاحبه على إبقاء إشتغال ذمة غيره، ولقد تقدّم شرح ذلك في ذيل مسألة خيار الغبن فراجع.

وحينئذ (فلو امتنع) من يجب عليه أخذ حقه باعطاء الغير (وهلك كان هلاكه من صاحب الحق) الممتنع، وذلك في العين واضح؛ لأنّ المال

في يده أمانة شرعية. نعم لو كان مسبوقاً بالضمان، ففي كفاية مجرد امتناع صاحب المال عن الأخذ منه في دفع الضمان إشكال، إذ هو معنيّ بالأداء الغير الحاصل إلاّ بأخذه أو أخذ وكيله ونائبه. وعليه فلا يحيص من دفع الأمر إلى الحاكم في صدق أدائه، ومع التعذر لا يبعد وصول النوبة إلى العدول، ولو هو بنفسه إذا كان عدلاً، فينوي الأخذ من المالك فيصير بيده بعد أمانة شرعية لا يضمن إلا بالتفريط.

وأما لو كان ديناً فظاهر المتن وجماعة أخرى تعين المدين في العين بقصده مع إمتناع صاحب الدين، فيصير بيده أمانة شرعية لا يضمن إلا بالتفريط. وعمدة نظرهم إلى عموم نفي الضرر في إبقاء دينه.

وفيه أنّه لا يكون ضرر عليه مع تمكنه من الحاكم، فن المحتمل دخل أخذه نيابة في تعيين الدين فيتعين للأصل، بل من المحتمل ترتب نيابة على عدم تمكن الحاكم على إلزامه فيلزمه أولاً، ومع عدم التمكن يحتمل دخل العدول على الترتيب السابق.

* * *

(ولو اشترى نسيئة وجب أن يخبر بالأجل إذا باعه مراجعة)، أي بالزيادة على رأس المال، كما أن الوضيعة بالأنقص، والتولية البيع بما يساويه، والمساومة بما يقع الرضى بينهما من غير إعتبار رأس المال. والواجب في الأول الإخبار بقدر الثمن وجنسه ووصفه، فمع فرض أنّه مؤجل فليذكر الأجل حذراً عن التدليس؛ لأنّ له قسط من الثمن.

ثمّ إنّّه لما انجر الكلام الى هنا لأبأس بيسط الكلام في شرح أقسام البيع وأحكامها فنقول:

أمّا القسم الأول فلا إشكال في مشروعيته، بل الإخبار برأس المال بعد ما كان توطئة لتعين ما على المشتري من الثمن لا يأتى عن شمول القواعد لمثله،

وهذه الملاحظة نقول بوجوب الإخبار برأس ماله دفعا للغرر، نظير إخباره بوصفه، فع الجهل به تبطل، كما أنه لاختصاصية في هذا المقدار لنسبة الربح إلى رأس ماله، بل يصح بنسبة إلى الغرامة الواردة على ماله هذا فإنه أيضاً نحو تعيين للثمن الموجب للخروج به عن الغرر، ولكن في تسميته مراجعة إشكال.

وحينئذ ربما لا تترتب عليه الأحكام الخاصة القائمة بعنوان المراجعة، مثل عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه مراجعة، أو كراهة نسبة الربح إلى أبعاض رأس المال بنحو التقسيط كما في النص: «إني أكره بيع ده يازده وبيع ده دوازده»^(١)، فإن الظاهر من كلماتهم تخصيص الحكم المزبور بالمراجعة المعهودة.

وعليه فتختص المراجعة الموضوعة لمثل هذه الآثار بخصوص نسبة الربح إلى رأس المال، وفي دخول بعض الغرامات فيه إشكال، نعم لا بأس بدخول كل ما له دخل في حفظ استرباحه في مقام المعاملة، فيجب الإخبار به في ترتب مثل هذه الآثار، لافي مجرد تعيين الثمن لرفع الغرر، كما هو ظاهر.

ثم مع ظهور كذب المخبر كان للمشتري الخيار؛ للضرر في فرض نقص قيمته السوقية أيضاً، وأما مع عدمه في ثبوت الخيار كلام، مبني على كون إقدام المشتري على إخباره من باب الإشتراط والتوصيف، فيكون المقام من قبيل تخلف الشرط الموجب لنقض غرضه المنفي بعموم نفي الضرر وإن لم يكن مالياً، وإن كان من باب دعوة إخباره عليه فلاموجب لثبوت الخيار بعد عدم الضرر لامالياً ولاغرضياً. وإطلاق كلماتهم بثبوت الخيار بكذب المخبر منزل على صورة ورود ضرر عليه، ولو من جهة إلحاقهم باب الإخبار برأس المال بباب التوصيف، بل هو أيضاً نحو توصيف مرتبة مالية.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٨٥ حديث ٢ باب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

ثم إنه بعد ثبوت الخيار ليس للمشتري إلزام البائع بالتخطيط، كعدم إلزام المغبون باعطاء الغابن مابه التفاوت، ولأن عموم نفي الضرر ليس شأنه تحميل مال على الطرف؛ لأنه خلاف إمتنان في حق الغير، ولذا لا يكون له إلا الخيار بين الرد والإمساك، نعم لهما التراضي في جبر الضرر بالتخطيط، كما لا يخفى.

* * *

وأما القسم الثاني: وهو البيع بالمواضعة، أيضاً من المعاملات المشروعة، ويعتبر فيه أيضاً الإخبار برأس المال مقدمة لتعين الثمن ورفع غره، كما هو الشأن في المراجعة، وفي دخول بعض الغرامات الراجعة إلى حفظ المال في مقام المعاملة وجهه، كما أن عنوان رأس المال ربّما ينصرف عن بعض الغرامات الخارجة عن مرحلة المعاملة، من مثل أجرة الخان والدكان وأمثالها.

وحينئذٍ فرما ينصرف عنوان المواضعة كالمراجعة إلى مانسب الوضع فيه إلى رأس ماله، لاساثر الغرامات الراجعة إليه. وعليه فلا بد وأن يقتصر عليه في ترتب الأحكام المخصوصة، من مثل عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه، بناء على عموم الحكم لغير التولية بقرينة استثناء التولية عنه، بل وكراهة نسبة النقص والوضع إلى أبعاض رأس ماله بنحو التقسيط، بناء على التعدي بالمناط من باب المراجعة إلى المقام. كما أن حكم الخيار بكذب إخبار البائع أيضاً جارٍ في المقام بحسب الكلمات، حتى على فرض تخصيص الحكم بالمقام على خلاف القاعدة، فضلاً عن أن يكون الحكم على وفقها لنفي الضرر غرضاً أو مآلاً.

ثم إن الوضيعة المذكورة ظاهرة في كونه من عين المال، وأما الربح ففي فرض ظهوره في كونه من سنخ رأس ماله إشكال، فتدبر.

*

وأما القسم الثالث فلا إشكال أيضاً في مشروعيته، وفي تخصيصه بجواز بيع الطعام قبل قبضه فيه، بل العمومات مساعدة على مشروعيته كالقسم الرابع

المتداول بين الأنعام. ثم في كون مثل هذه الخصوصيات من الأمور القصديّة المحتاج في ترتبها على إنشائها إلى قصدها، بحيث لا يجدي فيه مجرد قصد البيع بانشائه مع الإخبار برأس المال وغيره مثلاً إشكال؛ لعدم دليل يساعده بعد كون البيع من الحقيقة الواحدة المتفقة أفرادها في الحقيقة، وإنما اختلافها بخصوصيات عارضة خارجية، وربما يساعده العرف على ذلك أيضاً.

نعم مع التشكيك فيه الأصل يقتضي القيدية، لكن الكلام فيه بعد عدم مساعدة العرف عليه.

* * *

وكيف كان قد تقدّم بآته مع كون المبيع نسيئة يجب الإخبار في مراجعته بالأجل؛ حذراً عن التدليس، لأن له قسط من الثمن. (وإذا أخفى) الأجل ولم يخبر به (تخيير المشتري بين الرد والإمساك بالثمن حالاً)؛ للضرر الناشئ عن التدليس، وهو المشهور أيضاً لدى المتأخرين، خلافاً لجماعة أخرى حيث ذهبوا إلى أنّ للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع، لبعض النصوص الواردة في المقام مثل صحيحة هشام عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري المتاع إلى أجل فقال: «ليس له أن يبيعه مراجعة إلاّ إلى الأجل الذي اشتراه، فإن باعه مراجعة ولم يخبره كان للذي اشتراه من الأجل مثل ذلك»^(١).

وفي آخر عن رجل اشترى من رجل متاعاً بتأخير إلى سنة، ثم باعه من رجل آخر مراجعة، أله أن يأخذ ثمنه حالاً والربح؟ قال: «ليس عليه إلاّ الذي اشتراه»^(٢) الخ.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٠٠ حديث ٢ باب ٢٥ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٠١ حديث ٣ باب ٢٥ من أبواب أحكام العقود.

ونظيره نص ثالث^(١)، وقوّاه في الجواهر^(٢) لقوّة سندها، وخروجه عن الوهن بعمل الجم المزبور.

ولكن لا يخفى أن ظاهر مضمون هذه النصوص أن المشتري نسيئة لا يجوز بيعه مراجعة حالاً حتى مع ذكر الأجل ومثل هذا المعنى غير معمول به؛ لأن كلمة الأصحاب مطبقة على جوازه كذلك مع ذكر الأجل، وإنما خلافهم في صورة عدم ذكر الأجل، وصريح النص الأول عدم الجواز حتى مع ذكر أجله، بل هو ظاهر الأخيرين بلاوجه لحملها على صورة عدم ذكر أجله، خصوصاً مع صراحة الأول فيه.

وحينئذٍ لا يبقى وثوق بسند مثل هذه النصوص، فيقوى العمل على وفق المشهور، والله العالم.

ثم إن ظاهر النصوص ثبوت مقدار أجل البائع للمشتري لا مابقي من الأجل، إذ قد يبيعه بعد حلول الأجل، كما إنه أمكن دعوى تعدي الحكم إلى التولية والمواضعة، وعليه فيكون مثل ذلك أيضاً من الأحكام الخاصة مثل هذه البيوع المنصرفة إلى المعاني المعهودة، كما لا يخفى.

* * *

(و) كيف كان (إذا باع مراجعة نسب الربح الى السلعة لاإلى الثمن)، بنحو التقسيط على أجزائه، بأن يقول: اشتريت هذه السلعة بمائة وبعتكها بمائة وبيع كل عشرة درهم، ولكن ذلك على كراهية لما في النص: «بأنني أكرهه دوازه وده يازده»^(٣)، ولقد تقدمت الإشارة إلى هذا الحكم في المراجعة.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٠٠ حديث ١ باب ٢٥ من أبواب أحكام العقود.

(٢) الجواهر ٢٣: ١٦٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٨٥ حديث ٢ باب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

وتزول الكراهة بنسبة الريح إلى مجموع السلعة، ويقال هذه السلعة عليّ عشرة وبعثتها باحد عشر أو اثني عشر؛ لخروج مثل هذه الصورة عن نصّ الكراهة، كما هو ظاهر.

* * *

(ولو اشترى أمتعة صفقة بثمن لم يجز له بيع أفرادها مراجعة بالتقويم إلا بعد الإعلام) على المشهور، وفي الجواهر^(١) كاد أن يكون إجماعاً، خلافاً للاسكافي والقاضي، وفحواه في المساوي قيمته، ولكن ينعى إطلاق النص المعمول به من قوله: عن الرجل يشتري المتاع جميعاً بالثمن ثم يتقوّم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس المال جميعاً أبيعه مراجعة؟ فقال: «لا حتى يبيّن له أنه إنّما قومه»^(٢)، ونحوه صحيح ابن مسلم^(٣). وظاهر النصين جوازه مع الإعلام بالتقويم.

وتوهم خروجه عن حقيقته المراجعة لأنّ وظيفته أن يخبر بالثمن الذي اشتراه في المقام، ليس كذلك، بل نحو تقوّم ربّما يكون بخرص وتخمين، مدفوع بأنّه إجتهد في قبال النصّ المشتمل على إستثناء هذه الصورة المعلوم دخولها في المراجعة، كما هو ظاهر. ولذلك قال في التذكرة بجواز المراجعة مع الإعلام المزبور إجماعاً^(٤).

(١) الجواهر ٢٣ : ٩١.

(٢) وسائل الشيعة ١٢ : ٣٩٦ حديث ١ باب ٢١ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة ١٢ : ٣٩٧ حديث ٥ باب ٢١ من أبواب أحكام العقود.

(٤) التذكرة ١ : ٥٤١.

(الفصل السابع)

(فيما يدخل في المبيع)

(مَنْ باع أرضاً دخل النخل فيها والشجر مع الشرط، وإلا فلا)؛ لعدم شمول عنوان المبيع له عرفاً، وتمام المدار على صدق هذا العنوان المعلوم عندهم كون المدار في فهم معناه على التبادر عند المتعاملين. نعم لا بأس بدخولهما مع الشرط، كما أنه قد تدخل بعض الأمور تبعاً بحكم العرف أو الشرع وإن لم يدخلها تحت العنوان، وذلك أيضاً لأن من جهة وقوعها في حيز إنشاء البيع، كيف وهو لا يكون متعلقاً إلا بما دار عليه اللفظ، فما هو خارج عنه خارج عن دائرة إنشاء البيع، بل هي منقولات إلى المشتري تبعاً لنقل متبوعه، نظير تبعية النماء في الملكية للملكية المبيع مع أنه خارج عنها وربما يترتب على هذه الجهة عدم إضرار الجهل بوجودها أو مقدارها في صحة البيع.

ثم إن اللفظ الواقع في حيز البيع قد يكون معناه معلوماً للمتبايعين بجميع حدودها بحيث لا يبقى لهما جهة شك في صدقة، وقد لا يكون معلوماً كذلك، كما هو الشأن في غالب المفاهيم الكلية، إذ مامن مفهوم كلي إلا وفيه جهة جهل في حد من حدوده على وجه يشته فيه نفس الواضع فضلاً عن غيره.

وحينئذٍ في مقام بيع الكلي ربما يقع الجهل في صدق المبيع على بعض المصاديق، ولكن هذا القدار من الجهل غير مضر بصحة المعاملة جزماً، نعم لو اتفق الجهل في بعض خصوصيات المفهوم الغير الملازم ذلك لمثله في غير المقام،

ربما يوجب الإشكال في صحة البيع للغرر. وعليه فلا بد من تعيين مثل هذه الخصوصيات ولو بلفظ آخر، وذلك واضح.

* * *

(و) كيف كان نقول: إنه (يدخل) في بيع الأرض المزبورة (لو قال: بعتكها وما أغلق عليه بابها)؛ لصلاحيّة ماذكر للقرينية. وفي النص أيضاً: «إذا إبتاع الأرض بمحدودها وأغلق عليه بابها فله جميع ما فيها»^(١)، إذ في تعليق الحكم على الاغلاق دلالة على شطري المسألة، كما لا يخفى.

(ويدخل في الدار الأعلى) من الأبنية (والأسفل)؛ لكون اللفظ شاملاً لهما، (إلا أن يستقل الأعلى بالسكنى عادة) على وجه يحسب عند العرف خارجاً عنه أو مورد انصراف لفظه عنه، بل ربما يكون الأمر كذلك في سراديبه.

(ولو باع نخلاً مؤبرة فالثمرة للبائع)، والأصل فيه ما عن الصادق عليه السلام: «من باع نخلاً قد لقح فالثمرة للبائع، إلا أن يشترط ذلك، قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك»^(٢).

وفي آخر: «الثمرة لمن الذي أبرها»^(٣). وربما يكون ذلك أيضاً بمقتضى القاعدة المستفادة من كون الزرع للزارع، وكأن اللقاح بحكم الزرع، لولا دعوى عدم تمامية الكلية، إذ لا يلتزم بمثله في الحيوان، بل يكون الولد نماء ملكه وإن كان من لقاح غيره، فالحكم في المقام وفي باب الزرع على خلاف القاعدة، وإلا فالقاعدة تقتضي كون الثمرة بحكم نمائه محكوماً بملكية المشتري تبعاً وإن لم يشملته اسم المبيع، وأن البذر الواقع كالتأثير كانا بحكم التالف عند العرف

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٠٥ حديث ١ باب ٢٩ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٠٧ حديث ٢ باب ٣٢ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٠٧ حديث ١ باب ٣٢ من أبواب أحكام العقود.

لا الموجود البالغ إلى المراتب العالية كي يحكم بملكيتته لما لك البذور واللقاح. ويكفي في المسألة النص المخصوص المختصر على مورده، ولا يتعدى عنه إلى غير ما ينتقل بالبيع، كما لو انتقل بعقد معاوضة أخرى وغيرها. ولقد ادعى الإجماع عليه في التذكرة^(١)، ونفى الخلاف عنه في الجواهر^(٢)، لما ذكرنا من القاعدة فتدبر.

(و) مقتضى مفهومها بل وقاعدة التبعية أنه (لو لم يؤبر فالثمرة للمشتري)، كما هو ظاهر.

* * *

(ولا يدخل الحمل في الابتاع من غير شرط) على الأشهر، بل المشهور عن السرائر^(٣) والاجماع عليه، وقد يوجه بعدم كونه جزء المبيع ولا تبعاً له؛ لعدم حدوثه في ملك المشتري، فيبقى على ملك المالك .

أقول: ذلك كذلك لو كان مدار تبعية النماء للعين على حال حدوثه، وإلا فلو كان مثل هذه التبعية جارية في ظرف بقائه، بمعنى أن القاعدة كانت مقتضية تبعية النماء في كل آن لملكية العين في هذا، فلا يبقى مجال حال الحدوث، وربما تشهد به السيرة في الصوف على الشاة، ونماء الأراضي وغيرها من كونها تبعاً للعين في كل آن بحسب ملكية ذلك الآن. وتوهم الجزئية في الصوف للشيء ممنوع، فمثل هذه شواهد ما ذكرنا في تبعية النماءات.

وعليه فمقتضى القاعدة الحكم بالانتقال تبعاً، كما هو الشأن فيما لو حدث النماء المزبور في ملك المشتري، نعم ربما يشهد في المقام بعض النصوص الواردة

(١) التذكرة ١ : ٥٤١.

(٢) الجواهر ٢٣ : ٩١.

(٣) السرائر: ١٨١.

في تدبير الحامل، حيث فصل في النص بين حصول الحمل قبل التدبير أو بعده، بل وفي الرسالة التعليل بأن الحمل حدث بعد التدبير^(١)، إذ مثل هذا التعليل جار بالمناط في البيع أيضاً، مؤيداً ذلك بالنص الوارد في بن المصراة الموجود حال العقد^(٢)، بل وفي التمر في النخل المؤبر قبل العقد^(٣)، فإنه أمكن إستفادة قاعدة كلية من هذه النصوص المتفرقة في مثل هذه التماءات الأجنبية عن العين بلا تبعية لوجودها لها خارجاً، بأن المدار في بيعها في الملكية على حال حدوثها. وفرق بينها وبين نماء الأراضي وصوف الشياه حال إتصالها بها، فإن تبعية وجودها للعين خارجاً يوجب خصيصة لها في تبعيتها لها في الملكية، ليس مثل هذه في غيرها.

ولكن الانصاف أن الكلمات غير مساعدة على مثل هذه التفرقة بين أنحاء التماءات، كيف وكلماتهم صريحة في تخصيص هذا الحكم في الثمرة بخصوص المعاوضة البيعي؛ لاختصاص النص به، ولا يلتزمون بمثله في المعاوضة بغير البيع أو التملكيات المجانية، بل يلتزمون فيها بانتقال الثمرة حتى المؤبرة قبل التملك، فذلك أيضاً شاهد ما ذكرنا من كيفية التبعية في النماء مطلقاً، سواء كان من التوابع الخارجية أيضاً أم لا.

نعم ظاهر تعليلاتهم في باب الحمل تعميم الحكم لغير البيع، ولعلّه لفهم المناط المستفاد من دليل التدبير الجاري من غيره أيضاً.

* * *

وعليه فلو شك في أن الحمل قبل البيع أو بعده، أصالة عدم الحمل إلى حين

(١) وسائل الشيعة ١٦: ٨٩ حديث ١ - ٢ باب ٥ من أبواب التدبير.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٦٠ حديث ١ - ٣ باب ١٣ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٠٧ باب ٣٢ من أبواب أحكام العقود.

البيع لا تجدي في الحكم بملكيتيه للمشتري، كما أنّ العكس أيضاً لا يجدي في الحكم بملكيتيه للبائع، لولا صدق اليد عليه كاليد على ما في الصندوق مع جهله به. ولازمه الحكم بكونه للمشتري.

اللهم [إلا] أن يدعى أن اليد المزبورة إنما تجدى في احراز ملكية الشيء الثابت بعنوان ذاته، وأما الملكية الثابتة للشيء بعنوان تبعيته للعين، فما لم يجرز مثل هذا العنوان لاجمال للحكم بملكيتيه، ومن المعلوم إن شأن اليد أيضاً ليس إحراز عنوان التبعية.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ ما أفيد كذلك لو كان عنوان التبعية مأخوذاً في معروض الملكية بنحو التقييد، وإلاّ فلو كان بنحو التعليل فالمعروض هو الذات بسببه كسائر الأسباب، فلا قصور في اليد حينئذٍ في إثبات مثل هذه الملكية، كما هو ظاهر.

ولكن الإنصاف يقتضي القول بأنّ منشأ حكم العرف بتبعية النماء في الملكية، بملاحظة أنهم يرون النماء من مراتب وجود العين، ومثل هذا المعنى معنى مغروساً في الأذهان على وجه يجري عليه حكم العنوان، ومن البديهي أنّ شأن اليد ليس إثبات مثل هذه الجهة.

وحينئذٍ فما في الجواهر^(١) من تقريب اليد المزبورة في الحكم بالملكية قياساً للمقام بباب الصندوق ومافيه منظور فيه، كما لا يخفى.

وحينئذٍ التحقيق أن يقال: إن قضية التبعية كما أسلفناه هو الحكم بالملكية للمشتري مطلقاً، غاية الأمر ورد الردع عن هذه القاعدة في صورة حدوثة في ملك البائع، وثبوت هذا الردع في المقام غير معلوم، فالمرجع هي القاعدة المغروسة في الأذهان فتأمل.

نعم لئن أغمض عن هذه الجهة ولو بجريان مناط عدم التمسك بالعامر في الشبهة المصداقية في العرفيات الردوعة، كان المقام من المال المردد بين الشخصين، والمرجع فيه القرعة أو التنصيف، والله العالم به.

وعلى أي حال لا شبهة في دخول الحمل مع الشرط؛ لعموم الوفاء بشرطه. وتوهم كونه شرطاً مجهولاً ولو من حيث الخصوصية، مدفوع بأن الخصوصية الزائدة عن وجوده غير ملحوظة في باب الحمل. نعم مع الجهل بوجوده ربما يشكل الأمر فيه لكونه غريباً سارياً إلى البيع.

وتوهم اختصاص اضرار الجهل في الشرط بصورة رجوعه إلى الثمن، مدفوع بأن لازمه عدم اعتبار معلومية الشروط، وهو كما ترى.

ولئن قيل بأن للشرط قسط من الثمن فنقول به في المقام.

والأولى أن يقال بأن الشرط في المقام ليس نافذاً بمناط نفوذ انشائه شرعاً، كي يشكل في غرريته كسائر الشرائط، بل إنما هو موجب لخروج مورده عن نص بقاءه على ملك البائع؛ لأنه منصرف إلى غير صورة الشرط، ومع الشرط يبقى النماء المزبور تحت قاعدة التبعية. ومن المعلوم أن في مثله لاضرر في جهله كما هو ظاهر. ولعل تسلمهم للانتقال بالشرط حتى مع الجهل بوجوده أو بخصوصه شاهد مدعانا في تقرير قاعدة التبعية، كما لا يخفى هذا فافهم واغتم.

* * *

(و) كيف كان (لو استثنى نخلة كان له المدخل إليها والمخرج منها ومدى جرائدها من الأرض) بلا اشكال؛ لظاهر النص من قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل باع نخلاً واستثنى نخلة بالمدخول إليها والمخرج منها ومدى جرائدها. هذا مضافاً إلى استفادة الحق المزبور تبعاً للاستثناء المسطور عرفاً، فلا يستحق من الأرض حينئذ إلا بمقدار يتوقف انتفاعه من النخلة، لا أنه يملك هذا المقدار من الأرض كما لا يخفى.

(الفصل الثامن)

(في التسليم)

وهو في باب المعاوضات - الذي هو موضوع وجوبه - مجرد التخلية، كما هو الشأن في باب الغصب من حيث التكليف؛ لأنّ المحرم عليه استيلاؤه على مال الغير، ورفع هذا الاستيلاء بالتخلية محضاً، من دون فرق في ذلك بين المكيل والموزون وغيرهما، ولا بين المنقول وغيره، كما أنّ وجوب الوفاء بالمعاملة أيضاً لا يقتضي إلّا ترتيب آثار ملك الغير على ما في يده، وهو يحصل برفع اليد عن العين وإخراجه عن تحت استيلائه بلالزوم إيصاله إلى مالكه، اللهم [إلّا] أن يقال: إنّ مبنى المعاوضات بحسب الانغراس في الأذهان على التقابض يداً بيد. وحينئذٍ فوجوب الوفاء بالمعاملة أيضاً ينصرف إلى هذه الجهة كما لا يخفى^١.

وعلى أيّ حال وما يشعر به بعض النصوص بأنّ الواجب في المكيل والموزون نفس كيّله ووزنه^(١)، ربّما ينزّل على الغالب من ملازمة كيّلها ووزنها مع تخلّيته عنه، بل ربّما يلزم مع قبض غيره ووصوله إليه بصيرورته تحت إستيلائه.

نعم في الخروج عن الضمان في الغصب يحتاج إلى الأداء الغير الحاصل إلّا بكون المال تحت إستيلاء غيره بلا إحتياج إلى وضع الخارجة المخصوصة. فالمدار التام فيه هو الاستيلاء المسطور من غير فرق فيه أيضاً بين المكيل والموزون أو

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٥٢ حديث ١٢ باب ١٧ من أبواب الربا.

المنقول وغيره.

نعم في الخروج عن ضمان البيع بالتلف قبل قبضه محمول لفظ القبض يقتضي اعتبار الاستيلاء، إذ حقيقته ليس إلا ذلك .

نعم ربّما يظهر من قوله عليه السلام: «حتى يخرج من بيته»^(١) كون المدار فيه أيضاً على التخلية باخراجه عن تحت إستيلائه لولا حمل الاطلاق المزبور على الغالب من حصول القبض فالمدار حينئذٍ على ظهور عنوان القبض في نصّه، وليس ذلك من باب الاطلاق القابل لتنزيله على مورد ملازمته للتخلية، بل لازم حفظ العنوان حفظ خصوصيته، نعم على فرض الاجمال مقتضى القاعدة عدم ضمان الغير إلا مع الجزم بكونه منه وهو صورة عدم التخلية أيضاً، وإلاّ فيحكم بعدم الضمان إلى حين القبض.

ومن هذه البيانات ظهر أنّ اختلاف هذه المقامات من حيث كفاية التخلية أو القبض ليس من جهة اختلاف في ماهية القبض، فضلاً عن دخل اختلاف موارد فيه، بل إنّها الاختلاف المزبور نشأ من اختلاف موضوع الحكم ففي كل مقام معنى خاص يكون موضوعاً، وهو غير مرتبط باختلاف حقيقة القبض حسب اختلاف المقامات.

وحينئذٍ فما عن المصنّف وجماعة من كون التسليم (هو التخلية فيما لا ينقل ولا يحوّل، والكيل والوزن فيما يكال أو يوزن، والقبض باليد في الأمتعة، والنقل في الحيوان) منظوفيه.

وعلى أي حال (هو واجب على البائع في المبيع وعلى المشتري في الثمن) بلا إشكال فيهما، كعدم الاشكال في إطلاق وجوبه من الطرفين؛ بالاطلاق وجوب الوفاء بمضمون العقد، ولازمه حرمة إمتناع كل طرف بدوّاً

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٨ حديث ١ باب ١٠ من أبواب الخيار.

ووجوب إقدامه على الوفاء المزبور.

نعم لو امتنع أحدهما كان لغيره الامتناع مشروطاً بامتناعه، وعمدة الوجه فيه كون ذلك من الاحكام العرفية المترتبة على كلية المعاوضات، ولعله إلى ذلك نظر من قال: بأن بناء العقد المعاوضي على القبض والاقباض المعاوضي، لأنه من الشروط الضمنية، كي يلزمه عند الامتناع تخلف الشرط فيجبيء له الخيار في المعاملة، إذ ذلك خلاف ظاهرهم في حصر أمر الآخر في استحقاق امتناعه عن أداء ما بيده.

ثم إن مثل هذه الجهات مشتركة بين الموجب والقابل، ومجرد تبعية القبول للإيجاب لا يقتضي تبعية أداء العوض من طرف القابل بالنسبة إلى الموجب، كي يكون أدائه مشروطاً بدوياً بأداء الموجب؛ إذ لاملزمة بين المقامين في التبعية المزبورة، بل نسبة إطلاق وجوب الوفاء إليهما على السوية كما لا يخفى.

* * *

وعلى أي حال (يجبران معاً لو امتنعا) بدوياً؛ لعدم كونه حقاً لواحد منهما، بخلاف ما لو امتنع أحدهما منوطاً بامتناع الآخر فإنه إمتناع عن حق، وذلك أيضاً لا يتصور إلا من واحد منها لا كليهما؛ لأنه دور كما هو واضح.

وعلى أي حال لا شبهة عندهم أيضاً في أن التلف قبل القبض بمنزلة التلف قبل العقد، من دون فرق بين تلف العين أو تلف ماليته بجميع مراتبه أو ببعض مراتبه بمثل تلف وصفه الدخيل فيها، غاية الأمر يختلف أثر هذا التلف باختلاف أنحائه: ففي الأولين يوجب انفساخ المعاملة، وفي الأخير يوجب الخيار. ويمكن استفادة هذه الأحكام من عموم التنزيل المستفاد من قوله: «التلف قبل قبض المبيع من مال البائع»^(١) إذ مرجعه إلى كون التالف بعد

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٨ باب ١٠ من أبواب الخيار.

البيع وقبل قبضه بمنزلة التالف قبله.

ومن المعلوم أنّ لكلّ نحو من التلف قبل البيع نحواً من الحكم الجاري بعينه بعد البيع وقبل القبض كما هو ظاهر، ولقد أشرنا إلى مثل هذا المعنى في بعض المقامات وإن استشكلنا فيه، وأشرنا أيضاً إلى مفاد قاعدة أخرى في فرض التلف في زمن الخيار بعد القبض أيضاً كما هو ظاهر، كما أنه أشرنا أيضاً بجريان مثل هذا المعنى في تلف الثمن من طرف المشتري بالمناط، والله العالم.

* * *

ثم إن من أحكام التسليم ما أفاده المصنف رحمه الله بقوله: (ويجب التسليم مفرغاً) للمال عن ملكه حين قبضه.

قيل في وجهه بأن إطلاق العقد يقتضيه، وفيه منع، بل قضية سلطنة الانسان على ماله يوجب إلزامه على التفرغ، كما أنّ صاحب المال له السلطنة على تفرغ ماله عن مال الغير، وليس للغير سلطنة إبقائه على إشتغاله بماله، كما هو الشأن في تفرغ الذمم أيضاً.

ولقد تقدّم شطر من ذلك في ذيل خيار الغبن، فراجع وتدبر فيه.

* * *

وكيف كان (يجوز بيع ما لم يقبض قبله، إلا أن يكون طعاماً فلا يبيعه إلاّ تولية):

وعمدة الوجه في ذلك الجمع بين ما ورد بالجواز مطلقاً، مثل ما ورد تارة في مطلق المتاع، معللاً بأن البيع بعد ما اشتراه^(١)، وأخرى في مطلق الطعام كرواية الكرخي^(٢) وأمثاله. وبين ما ورد بالتفصيل في الطعام بين التولية

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٧٥ حديث ٦ باب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٣٩١ حديث ١٩ باب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

وغيره، بلفظ «لا يصلح»^(١) تارة، و«لا يعجني»^(٢) أخرى.

وفي بعض النصوص ورود هذا التفصيل في المكيل والموزون بلا خصوصية فيه بالطعام^(٣)، فيجمع بين المطلقات والأخبار المفصلة في الطعام بين التولية وغيرها، بعد حمل مطلق المكيل فيها أيضاً على خصوص الطعام ولو من جهة تنزيل إطلاقها على الغالب المبتلى بها.

ولكن الانصاف منع تمامية الانصراف المزبور وبدونه لاجمال للتخصيص بالطعام، بل لا بد من الأخذ بما هو أوسع دائرة، فلا يستفاد منها التفصيل في خصوص الطعام كما أفاده، مع أن الأمر دائرين التقييد وبين حمل «لا يصلح» وغيره على الكراهة، ولا يخفى أقرية الجمع الأخير فيستفاد من النصوص على اختلاف مضامينها مراتب المرجوحية، كما هو في منزوحات البئر كما لا يخفى. وهو الذي صار إليه في الجواهر^(٤) وأجاد فيما أفاد.

ثم إن ظاهر النصوص اختصاص النهي بالمبيع^(٥)، وفي التعدي عنه الى الثمن إشكال كما هو ظاهر جماعة، ولازمه عدم التعدي إلى غير البيع من الصلح وغيره من المعاوزات أيضاً. ولقد اعترف شيخنا العلامة أيضاً باضطراب الكلمات من هذه الجهة^(٦).

وفي التعدي من المبيع الى تشخيص كلي المبيع به إشكال: من أن مقتضى التعليل في بعض نصوص البيع بالأبرئية^(٧) شدة الاهتمام في الأبرئية الجارية

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٠ حديث ١٣ باب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٠ حديث ١٥ باب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٠ حديث ١٢ باب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٤) جواهر الكلام ٢٣: ١٦٨.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٣٨٧ باب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٦) المكاسب: ٣٠٩.

(٧) وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٠ حديث ١٨ باب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

في تشخيص الكلي، ومن احتمال إختصاص الاهتمام المزبور بالبيع، وإلاّ فلا بدّ وأن يتعدّى إلى غيره من سائر المعاوضات، والحال أن ذلك مورد إضطراب كلماتهم، مع أنّ مقتضى بعض النصوص التصريح بجواز وفاء ما في الذمة بالطعام المشتري قبل قبض صاحب الذمة له^(١) ولا يعارضه ما في صحيحة الحلبي^(٢) وموثقة عبدالرحمن^(٣)؛ لا مكان الجمع بينهما بكراهة مباشرة الدائن للشراء من جهة التهمة، أو جهة أخرى كما لا يخفى.

فرض: لو كان على غيره طعام بعقد في مكان فهل له المطالبة في غير مكانه؟ قيل: إنّ مقتضى إنصراف العقد الى بلدهما عدم التعدي عنه، فلا يستحق لأزيد ممّا في ذمته من الطعام المتشخص بخصوص الزمان أو المكان. ولا يُقاس المقام بباب الضمان باليد أو الإلتاف، إذ لا يجيء في الذمة إلاّ نفس التالف، فلصاحبه في كل زمان ومكان السلطنة على المطالبة. وأين ذلك بمقامنا!! الذي لا يجيء في الذمة إلاّ خصوص الشيء من التشخص الزماني والمكاني بانصراف عقده كما لا يخفى.

* * *

وكيف كان (القول قول البائع في عدم النقض مع حضور المشتري الكيل والوزن مع يمينه وعدم البيّنه، وقول المشتري مع عدم حضوره) بلا إشكال في الأخير؛ للأصل بعد عدم مساعدة ظاهره على خلافه. وأمّا الأول فالمشهور على ما أفاده المصنف؛ لظهور الحال في التفاته بعدم النقض مع حضوره، فدعواه النقض حينئذٍ يرجع إلى دعوى غفلته عن كيفية الكيل، وهو خلاف ظاهره، وتوهم التفصيل بين القليل والكثير في الفرضين

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٨٧ حديث ٧، ١٣، ١٦، باب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٠ حديث ١٣ باب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٠ حديث ١٤ باب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

ممنوع جداً كما لا يخفى^١.

وفي الجواهر أيضاً تقديم قول المشتري^(١) في دعوى عدم وصول حقه ولو كان حاضراً في كيله، ولعله من جهة أن محط هذه الدعوى أوسع دائرة من عنوان نقص الكيل، وفي مثله لا يقتضي ظهور خلافه، كما لا يخفى^٢.

* * *

بقي الكلام في الشرط من بيان حقيقته وشرط صحته:

أما حقيقته فهو بمعناه المصدري عبارة عن جعل الشيء مرتبطاً بغيره، ومنه سائر اشتقاقاته. وبمعناه الاسمي يُطلق على الشيء المرتبط بغيره، وربّما يُطلق على الجمل الواقعة تلو أدوات الشرط، ولعله بعناية كون الحاكي عين محكيه فيكون من الثاني لإطلاق آخر. ولعلّ من هذا الباب الشروط في ضمن العقود؛ نظراً إلى ارتباطها بضمون عقده، وحينئذٍ فالشروط الابتدائية الغير مرتبطة بشيء خارجة عن هذه الحقيقة، وإنّ إطلاق الشرط عليه ربّما يكون بنحو من العناية بلاقتضاء أصل يقتضي دخوله في الحقيقة. فمثل (شرط الله قبل شرطكم) وأمثاله لا يوجب حينئذٍ أو سعيّة دائرة الشرط عما ذكرنا كما لا يخفى^٣.

نعم لو صحّ ما حكى من استدلال الامام بـ «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) في مورد النذر والعهد، لدلّ على أن إطلاق الشرط على الشروط البدوية بنحو الاقتضاء لا ظاهر الاستدلال ذلك ولكن لو كان الأمر كذلك يلزم. أمّا التخصيص المستحسن، أو وهن السند بإعراض الأصحاب عن هذا التطبيق، وحينئذٍ يخرج مثل هذا التطبيق عن الحجية أيضاً كما لا يخفى^٤.

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١٧٧.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٣٥٣ حديث ١ - ٢ باب ٦ من أبواب الخيار.

ثم إن ربط مضمون العقد مشروط تارة باناطة قصده العقدي بوجوده، وأخرى بارتباط مضمون عقده مما يلتزم به بمثله. فعلى الأول فلا يقتضي وجوب الوفاء بعقده وجوب الوفاء بشرطه؛ لأنّ الوفاء بهذا العقد مرجعه إلى الالتزام في طرف الالتزام بشيء، فوجوب الوفاء به ليس إلّا الحركة نحوه في ظرف كذا، وهذا المقدار لا يقتضي تحصيل ظرفه نظير جمعي الواجبات المشروطة حيث لا يقتضي حفظ شرطها.

وعمدّة النكتة فيه أنّ مرجع وجوب الوفاء بالعقد إلى إمضاء الشارع التزامه على نفسه، ومعناه كون إرادته تبع لإتزامه مطلقاً أم منوطاً. فعلى إناطة التزامه بشيء لا جرم يعتبر وجوب وفائه به منوطاً فينتج مثله واجباً مشروطاً غير حافظ لشرطه.

وحينئذٍ فلولاً دليل وجوب إنفاذ نفس الشرط لا مقتضي لوجوب الوفاء بمثله. وهذا بخلاف الفرض الثاني، فإنّ الشرط حينئذٍ مأخوذ في متعلق الالتزام، فيكون من قبيل القيود الراجعة إلى الواجب، وفي مثله يكفي عموم الوفاء بالعقد بلا احتياج إلى دليل نفوذ الشرط كما لا يخفى^١.

ثم إنّ الربط المزبور بنحوه تارة بتصرّيح الشرط في متن العقد، وأخرى بربط العقد به معنوياً، وعلى الأخير فإن كان من قبيل شرط الملزم به، فوجوب الوفاء بالعقد أيضاً كافٍ في نفوذه. وأما إن كان قيد الالتزام بلا إبراز الشرط بصورة انشائه ففي وجوب الوفاء به إشكال، إذ وجوب الوفاء بالعقود قاصر عن إثباته، ووجوب الوفاء بالشروط فرع كونها في حيز انشاء؛ لانصراف «المؤمنون عند شروطهم»^(١) عن صرف الالتزامات المعنوية بلا إبرازها بصورة إنشاء. فما لم يتلبس الشرط حينئذٍ بلباس الانشاء لا يكاد يجب وفاؤه. ولعلّ من إستشكل في

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٣ حديث ١ - ٢ باب ٦ من أبواب الخيار.

وجوب الوفاء بالشروط الضمنية نظره إلى ذلك كما لا يخفى^١.

ثم إنَّ الضمنية المأخوذة في الشرط على كلام القاموس^(١) في الحقيقة راجعة إلى الارتباط المزبور، وحينئذٍ في كفاية مجرد الارتباط بين الانشائين معنوياً، أو الاحتياج إلى الارتباط بينهما أيضاً في مرحلة الابرار إشكال يحتمل الأخير، والأصل يقتضي عدم إعتبار غيره.

وعليه فربما يستنتج منه عدم صحة الانشاء الفعلي في ضمن العقد اللفظي، وكذلك العكس، إذ الارتباط بين الشئيين في مقام الابرار لا بد وأن يكون بجهة حاكية عن الارتباط المزبور، وذلك في الروابط الكلامية محفوظة بملاحظة اشتمالها على هيئة حاكية عن روابطها، ومثل هذه الجهة غير موجودة بين الأفعال والأقوال، فلا جهة وحدة بينهما يستفاد منها ضمنية أحدهما للآخر، ولعلَّه إلى ذلك نظر من التزم بعدم وجوب الوفاء بالشرط القولي في ضمن العقود اللفظية كما لا يخفى.

نعم لو كان الشرط مأخوذاً في مضمون العقد يقصر وجوب الوفاء بالعقد عن صورة فقده بلا احتياج فيه إلى إثبات وجوب الوفاء بالشرط كي يجيء فيه الكلام المزبور، وذلك ظاهر.

* * *

وحيث ظهر ذلك فنقول: إنَّ حقيقة الالتزام بشيء فرع صلاحية الشيء للزوم والوجود، وإلا فلا مجال لاعتباره فيه. وحينئذٍ في الالتزام بالنتائج لا بد من صلاحية الشرط للسببية، وإلا فلا معنى للجدّة بالتوصل بوجودها بالالتزام الشرطي.

وهذه النكته نقول: بأنَّ في الالتزام بالأوصاف مرجعها إلى الالتزام بأداء

(١) القاموس المحيط ٢: ٣٦٨ «شرط».

العين موصوفاً، فهي في الحقيقة من قبيل شرط الفعل لا النتيجة، وإلا مرجع شرط النتيجة إلى الالتزام باتصاف العين بوصفه لا لالتزام باداء الموصوف فارغاً عن الأتصاف.

وحينئذٍ فقابلية المحل دخيل في اعتبار العلقه اللزومية الذي هو ملزوم صحة انشائه لا في نفسه، كيف وفيه لامدخلية له إلا العلم بالقابلية أو احتمالها؛ لأن قوام الحد بالانشاء هما لا يواقع القابلية، كما هو ظاهر.

وحينئذٍ فهما شك في قابلية المحل للعلقة المزبورة لا يبقى مجال التمسك بدليل الشرط؛ لعدم وفائه لاحراز قابلية المحل.

وحينئذٍ يرجع إلى - ماذكرنا - التزامهم بشرطية القدرة في المشروط به بل ومشروعيته في شرط النتيجة.

وأما شرط عدم كونه محرماً للحلال أو العكس في شرائط الأفعال، فهو داخل في كبرى عدم مخالفة الشرط للكتاب والسنّة كما في النص من استثنائه من عموم نفوذ الشرط^(١)، وعليه فصحّ ارجاع جميع شرائط صحة الشرط إلى هاتين الكبيرتين.

* * *

وإلى ذلك أيضاً أشار المصنّف بقوله: (ويصح في حال العقد اشتراط مایسوغ شرعاً ويدخل تحت القدرة) عملاً (ولا يجوز اشتراط مایس بمقدور، کصیرورة الزرع سنبلأ) بل وما ليس بمشروع شرعاً، كشرط مخالف للكتاب والسنّة. ومنه أيضاً شرط النتائج المنحصر سبيلها بغير الشرط كالبيع وأمثاله، ويمكن إدخاله تحت كبرى عدم القدرة، كما هو الشأن في الشروط المخالفة لمقتضى العقد.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٣ حديث ٢ باب ٦ من أبواب الخيار.

وأما عدم مجهولية الشرط فليس هو من شرائط صحة الشرط مستقلاً وإنّما هو بملاحظة إستتباعه غررية المشروط به، ولذا لا يضّر جهله فيما لا يضّر به غرريته كالصالح مثلاً، وعلى أي حال ظهر وجه شرطية المقدور به.

* * *

وأما وجه عدم كونه مخالفاً للكتاب والستة؛ فلما في النص تارةً بقوله: «إلاّ شرطاً خالف كتاب الله»^(١)، وفي بعض النصوص تعليل بطلان الشرط بمخالفة الستة^(٢)، وفي آخر: «فما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٣).

وظاهره كون البطلان مترتباً على أمر سلبى، كما هو الشأن بمقتضى بعض النصوص من تعليق الصحة على عنوان الموافقة، ولكن ظاهر الأولين عكس ذلك، فلو بنينا على شرطية كليهما فلاخلف بين النصوص.

ولكن الانصاف أنّ النص المشتمل على عنوان الموافقة مصدر بالنهي عن عنوان المخالف، وبناء الأصحاب في مثله على الأخذ بصدر النص وحمل ذيله على بيان اللزوم نظير نص ابن بكير فيما لا يؤكل^(٤).

وأما النص الآخر المشتمل على سلبية الموضوع فهو عامي لا يعلم اتكاهم عليه، كما يشهد بناؤهم على الحكم بصحة الشرط عند الشك في مخالفته، وحينئذٍ فلايستفاد من النصوص إلاّ مانعية عنوان المخالفة لاشروطية الموافقة، وربّما يشمر ذلك في مجاري الأصل عند الشكّ بهما كما لا يخفى^١.

* * *

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥ حديث ٢ باب ٦ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥ حديث ١ باب ٦ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥ حديث ٣ باب ٦ من أبواب الخيار.

(٤) وسائل الشيعة ٣: ٢٥٠ حديث ١ باب ٢ من أبواب لباس المصلي.

وبعد ما اتضح ذلك فنقول: إنَّ معنى مخالفة الشرط للسنة كون مضمون نفس الشرط معنى مخالفاً لابتوسط دليل اعتباره، كما أنَّ مرجع مخالفتها إلى كونها بمضمونها راجعين إلى النفي والاثبات بلانظر إلى مرحلة العمل بكل منهما.

وعليه فنقول: إن كان مضمون الشرط حرمة ما كان حلالاً فعلاً، أو تركاً بنحو النتيجة، أو حلية ما كان واجباً أيضاً فعلاً أو تركاً، فلا إشكال في صدق المخالفة من دون فرق فيه بين الحلية الاقتضائية وغيرها، بل يمكن ادراج ذلك فيما لا يقدر عليه عقلاً لو أريد منه الحرمة أو الحلية الشرعيتين.

وإن كان مضمون الشرط فعل ما كان حراماً، أو ترك ما كان واجباً، فهو أيضاً داخل في الشرط المخالف، إذ المضمون معنى خلاف ما تقتضيه السنة، أو ما كان مضمون الشرط فعل ما كان مباحاً، فلا يتصور لمثل هذا المعنى مخالفة للسنة، إذ اباحة الشيء - بل واستحبابه وكرامته - لا يكون خلاف ما اشترط لا مضموناً ولا اقتضاء، فلا قصور في صحة الشرط في مثله.

وبمثل هذا البيان ترتفع العويصة من الاشكال المعروف، المبني أولاً على جعل شرط فعل المباح داخلاً في المحرّم للحلال، فلازمه بطلانه، مع أنه ليس كذلك.

ثم على تقدير صحة مثل هذه الشرائط أين مصداق الشرط المحرّم للحلال، كي به يبطل الشرط بمقتضى النص؟ وحل الشبهة من الجهتين بأنَّ شرط فعل المباح لا يكون الشرط بنفسه محرّم حلال، وإنما مضمونه الالتزام بفعل المباح. وهذا المعنى لا ينافي حلية ولا مخالفة، وإنما المخالف له الالتزام بحرمته، ولذا نقول بالفرق بين شرط نفي السلطنة على التصرف، وبين شرط عدم الفعل: بأنَّ الأول شرط خلاف الكتاب، بخلاف الأخير.

وبمثل هذا البيان ترفع مادة الشبهة بحذافيرها بلا إحتياج إلى الالتزام بمحاذير

في دفع الشبهة المزبورة، بارتكاب الاختلاف بين لسان دليل الواجبات والمحرمات وغيرهما، من حيث الاطلاق بلحاظ الطوارئ في الأولين دون غيرهما. مع أن الانصاف أن دليل المباحات خصوصاً المستحبات والمكروهات مع غيرها من تلك الجهة بمساق واحد، مع أن نفي الاطلاق في دليل المباح بلحاظ عنوان آخر يقتضي عدم شموله لصورة طروء عنوان الشرط وإن لم يكن نافذاً أو صحيحاً، والالتزام به خلاف المرتكز في الأذهان، كما هو ظاهر.

* * *

ثم لو اغمض عما ذكرنا وقلنا بشمول الشرط المحرم للحلال ما كان بلسان إرتكاب المباح المستلزم لكون المراد من مخالفة الشرط للسنة مخالفته لها ولو بتوسط دليل اعتباره. نقول أيضاً: إن مرجع عدم مخالفة الشرط للسنة حينئذٍ إلى عدم كون مفاد السنة حكماً فعلياً في قبال إقتضاء الشرط، ولازمه تعليق إقتضاء الشرط على عدم فعلية مفاد السنة، وهو لا يكون إلا في ظرف سقوط مقتضى الحكم في السنة عن التأثير.

ومثل هذا المعنى يوجب دائماً تقديم دليل الواجب على دليل الشرط، بخلافه في طرف المباح، إذ عدم إقتضاء الذات له لا يزاحم مع إقتضاء الشرط، بل يستحيل حينئذٍ أن يكون عدم تأثير الشرط من قبيل فعلية الاباحة المزبورة، كيف وفعلية الاباحة اللاقتضائية فرع عدم المقتضي من جميع الجهات حتى من ناحية شرطه! وكيف يكون عدم إقتضاء الشرط حينئذٍ من ناحية فعلية الاباحة المزبورة؟ وذلك واضح ظاهر. ولكن لازم هذا المسلك أيضاً عدم الفرق بين دليل الواجبات والمباحات من حيث الاطلاق بحسب الطوارئ وعدمه، وإنما الفارق ما ذكرنا.

نعم بناء على ذلك لا بد من الفرق بين الاباحة اللاقتضائية والاقضائية، بل وحينئذٍ يدخل شرط ترك المستحبات أو فعل المكروهات في الثاني، ولا أظن

إلتزامهم بهذا الفرق كما لا يخفى. بل ولازم هذا المعنى كون عدم التصرف في الملك بنحو خاص من الشرائط المخالفة للسلطنة، وهو أيضاً كما ترى خلاف التحقيق وإن ذهب إليه جمع كما سنشير إليه في ذيل كلام المصنف. فتل هذا المعنى حينئذٍ علاوة على استلزامه المحذورات المزبورة، خلاف ظاهر نصوص الباب كما لا يخفى^١ على من راجع ما ذكرنا.

ثم أنه بعدما اتضح ما ذكرنا قد يقع بينها التشاجر في بعض المقامات مع أنه من مصاديق الشروط المخالفة للسنة، وذلك مثل شرط عدم رقية الولد الذي أحد أبويه حر، ومثل شرط أرث المتمتع بها، وشرط الضمان في العين المستأجرة، وشرط اختيار المكان للزوجة، إذ في جميع ذلك ربما يوهم مخالفتها للسنة مثل عموم تبعية الولد لأشرف الأبوين، وعموم عدم ارث المتمتع بها، وعموم عدم الضمان في الأيادي الأمانية، وعموم قوامية الرجال على النساء.

ولا يخفى^١ أن مرجع الاشكال في هذه المقامات في الحقيقة إلى أن مرجع مثل هذه الأحكام إلى عدم إقتضاء العناوين المزبورة لمثلها، كي لا ينافي ذلك إشتراط ثبوتها، أو إلى كونها لإقتضاء فيها كي يكون مفاد الشرط ما يقتضي السنة خلافها.

وعلى فرض انتهاء الأمر فيها إلى الشك فيرجع إلى الشك في إتصاف مثل هذه الشروط بعنوان المخالفة، فبإصالة عدم الاتصاف بنحو السلب المحصل يثبت صحتها، كما هو الشأن في أصالة عدم القرشية لولا الاشكال فيها من جهة أخرى، كما أشرنا إليه في محله فراجع.

* * *

وعلى أي حال (يصح اشتراط العتق) في المبيع على المشتري (ولو شرط ما لا يسوغ، أو عدم العتق، أو عدم وطء الأمة بطل الشرط) عند المصنف وجماعة، وحكي عن التذكرة خلافه.

والتحقيق أن يقال: إنّ المسألة مثبتية على المسلكين في معنى^١ المخالفة للسنة، بأن كان الفرض كون الشرط مقتضياً لمعنى على خلاف السنة ولو بتوسط دليل اعتباره، فلازمه كون هذه الشرائط، بل وشرط عدم البيع والوقف على خلاف عموم السلطنة، بل ولازمه عدم الفرق بين شرط عدم العتق من المشتري عن نفسه أو عن غيره، أو عتق البائع عن المشتري أو عن نفسه. فإنّ جميع ذلك خلاف سلطنة المالك على طرفيّ الوجود والعدم، وتوهم الفرق بين شرط العتق وعدمه، وحينئذٍ يكون العتق على التغليب كلام ظاهري؛ إذ مثل ذلك لا يشرع سبب العتق أو لزومه.

وإن كان المراد من المخالفة مخالفة مضمون الشرط للسنة مع قطع النظر عن دليل إعتباره، فلاوجه لبطلان واحد من هذه الشرائط من هذه الجهة وإن استشكل في العتق عن غير المالك من جهة عموم: «لاعتق إلا في ملك»، وذلك أيضاً لولا الالتزام بتسليمك ضمني كما لا يخفى^١، وعمدة النكته في عدم البطلان من الجهة السابقة هو أنّ مجرد فعل التصرف أو عدمه لا ينافي السلطنة على كليهما.

نعم ما هو شرط خلاف السنة حينئذٍ هو شرط عدم سلطنة المالك على مثل هذه التصرفات كما أشرنا، وحيث أنّ التحقيق هو المعنى^١ الأخير فلا يبقى مجال المصير إلى ما أفاده المصنّف في المقام خلافاً للمحكي عن تذكرته، والله العالم.

* * *

ثم على فرض بطلان الشرط (في ابطال البيع وجه قوي) عند المصنّف، وإن كان التحقيق خلافه؛ نظراً إلى أنّ مرتكز الذهن في أمثال هذه الشرائط كون أخذها في البيع بنحو تعدد المطلوب كما لا يخفى^١، وبه يثبت الخيار لولا التمكن عن الاجبار، فيجبر حينئذٍ على إيجاد الشرط؛ لأنه من قبيل إجبار الأجير الخاص على العمل بلامقتضى^١ لثبوت الخيار؛ لا مكان تحصيل الغرض الأقصى

به، فلا يصدق عليه فوته المستتبع للضرر الغرضي المجبور نفيه في باب العقود، والله العالم.

* * *

(ولو شرط مقداراً فنقص تحيّر المشتري بين الرد والامساك بالقسط من الثمن) عند المصنف؛ نظراً إلى جعل الشرط المزبور توطئة لتقسيط الثمن على تمام المقدار، فيكون المقام من باب تبعض الصفقة المستتعبة لما أفيد، وإلا فلو أُريد من الشرط ماهو ظاهر من كون المقدار قيداً خارجاً عما بإزائه الثمن، وأنّ المبذول في قبالة هو العين الخارجي بخصوصياته الخارجية، فتخلفه لا يوجب إلاّ الخيار بين الرد والامساك بتمام الثمن لا بقسط منه.

ومن هذا الباب ماهو المعروف من بيع الأرض على أنها جربان معيّنة، وأمثاله كثيرة جداً.

والتحقيق فيه حفظ ظاهر الشرطية بلا إعتبار تقسيط من الثمن على المقدار، ولكنّ الذي يوهنه قيام النص^(١) على التقسيط وإن كان ذيله مشتملاً على ماهو خلاف المشهور، ولكن طرح ذيله لا ينافي الأخذ بصورة المعمول به، حيث أنّ النص على خلاف القاعدة يقتصر فيه على مورد النقيصة. ولا يبعد التعدي عن موردّه من الأرض إلى غيرها، فتدبر.

* * *

وعلى أي حال (سواء) فيما ذكرنا بين ما (كانت أجزاؤه متساوية أو مختلفة، فإن أخذ) المشتري (القسط) على مذهب المصنف (تحيّر البائع)؛ لتبعض الصفقة عليه، (ولو أخذ بالجميع فلا خيار) لبائعه، كما هو ظاهر. (ولو زاد متساوي الأجزاء) عن المقدار المشروط (أخذ البائع

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٦١ حديث ١ باب ١٤ من أبواب الخيار.

الزائد)؛ لعدم وقوع الثمن إلا في قبال المقدار المشروط، فالزائد ملك البائع فيستحقه (فيتخير المشتري حينئذٍ) على اشكال فيه؛ لعدم ضرره فيه لامالاً ولاغرضاً؛ لأن المفروض وقوع الثمن في المعاملة قبال المقدار الحاصل عند المشتري.

نعم على المختار كان المورد مورد خيار تخلف الشرط فليس للبائع حينئذٍ أخذ الزائد بل هو مختار بين الرد والامساك بالثمن الجعلي، كما هو ظاهر. (ولو زاد المختلف) أجزاءه قال: المصنف (فالوجه عندي. البطلان)؛ لجهالة المبيع، ولكون الزيادة غير معينة. وفيه أنه يكفي في معلومية المبيع العلم بمجموعه بخصوصياته، وهو حاصل في المقام.

وعليه فقتضى مختار المصنف في المقام الحكم بشركة البائع، وربما يترتب على ذلك خيار المشتري؛ لضرر الشركة. وأما على المختار فالحكم فيه ثبوت الخيار للبائع بين الرد والأمسك كما لا يخفى.

(ويجوز أن يجمع بين بيع وسلف، وبين المختلفين) حقيقة (صفقة) وفي عقد واحد، كالبيع والأجارة وامتثالهما، بالايجابين الوارد عليهما قبول واحد وعوض واحد، على المشهور خلافاً للمحكي عن الأردبيلي؛ للشك في معهودية مثل هذا العقد، وقابليته للتأثير في المعاني المختلفة، وفيه أن قيام الشهرة عليه يكفي في معهوديته، ولقابليته يكفي عموم حل التجارة ولو استشكلنا في عموم الوفاء بالعقد.

نعم ربما يشكل فيه صدق الغرر في بيعه مثلاً، وإن علم الثمن في مجموع العقد فيصدق عليه البيع الغرري، فلا يقاس بجهل الثمن في أجزاء المبيع عند تبعض الصفقة، إذ يصدق العلم بثمان مجموع المبيع، فلا يكون جهل في البيع الصادر منه خارجاً؛ لأنه متعلق بالمجموع وإن انحل إلى البيوع، ولكن تعدده تحليلي لا ينافي وحدته خارجاً، وفي هذا البيع الخارجي لاجل بثمانه أبداً.

وهذا بخلاف المقام، فإنَّ في العقد الواحد وإن لم يكن غرر، ولكن في بيعه يصدق الغرر، فيختصَّ بيعه به كاختصاصه بسائر أحكامه من خيار المجلس وأمثاله.

وتوهم كفاية العلم بالثمن في مجموع العقد في أمثال المقام أيضاً مدفوع بأنَّ موضوع النهي في الغرر إن كان عقدهُ فما أُفيد في غاية المتانة، وأمّا إن كان موضوعه عنوان البيع بخصوصه فالجهل فيه حاصل قهراً، ولا يجدي حينئذٍ في صحته العلم بالثمن في مجموع العقد، إذ هو أجني حينئذٍ عن موضوع النهي. اللهم [إلا] أن يقال: إنَّ النهي عن بيع الغرر^(١) منصرف إلى ما كان بانشاء مختص به، لا بانشاء تحليلي حاصل في ضمن عقد المجموع، وفيه تأمل، والمسألة من هذه الجهة لا تخلو عن تأمل، والله العالم.

خاتمة

في الإشارة إلى بعض أحكام الشرط
فنعقول: لا يخفى أنَّ مفاد الشرط تارة مجرد حصول نتيجة، وأخرى فعل شيء أو تركه.
وعلى الأول فلا بد وأن تكون النتيجة المزبورة مما أمكن حصوله بانشاء الشرط، وإلا فلو علم انحصار سببه بغيره فيدخل الشرط فيما يتعيّن، نعم لو لم يعلم الانحصار ربّما يشكل التمسك بعموم الشرط؛ لعدم احراز قابليّة الحل به، اللهم [إلا] أن يدخل في صغريات الشك في مشروعيته، فأصالة عدم المخالفة جارية لولا دعوى خروج مورد عدم القابليّة عن مخالفة الشرع، فدخل تحت

احتمال عدم المقدور به، والمسألة حينئذٍ لا تخلو عن اشكال. وعلى الثاني فبعد مقدوريته عقلاً وشرعاً، تارة يكون الفعل بحيث الزمان متسعاً، وأخرى مضيقاً. فعلى أي حال لا شبهة في أن قضية الشرطية توجب نحو اختصاص للطرف المشروط له على الفعل؛ لأن اعتبار العلة للزمنية الانشائية لا يناسب التكليف، كما أن بدونه لا يناسب كونه بمجرد مقهور غيره، فلا يحيص من اعتبار نحو عهده على المشروط عليه من مثله. ومرجع ذلك إلى جعل اختصاص للغيرية، إذ لا تعتبر العهدة الوضعية بدونه كما لا يخفى^١، فتدبر غايته.

نعم مثل هذه العلة موجب لصيرورته في حيلة سلطنته وضعاً، المستتبع لاستحقاقه الزام المشروط في أداء حقه، ولازمه خروج ضد العمل أو نقيضه عن حيلة سلطنة المشروط عليه.

نعم ربما يفرق بين الموسع والمضيق، بأن في الموسع يبقى مجال السلطنة على الالتزام، فلا ينتهي تخلفه إلى الخيار. بخلاف المضيق فإنه قبل حصول وقته فلا الزام، وبمضيه يسقط الحق المزبور، فلا يبقى له حينئذٍ موقع الاجبار من جهة تفويت الحق، بل وتعدد المطلوب يوجب خياره كما هو ظاهر.

(الفصل التاسع)

(في الربا)

(وهو معلوم التحريم بالضرورة في الشرع)، على وجه يدخل منكروه في زمرة المرتدين لولا العلم باشتباهه على وجه لا ينتهي أمره إلى تكذيب أحد من أهل العصمة. ثم في كون الربوي عبارة عن نفس الزيادة، أو عن المعاملة المشتملة عليها كلام.

وظاهر المصنف في قوله: (وهو بيع أحد المثليين بآخر مع زيادة عينيّة كبيع قفيز بقفيزين، أو حكمة كبيع قفيز) نقداً (بقفيز نسيئة) هو الأخير وإن اقتضى كل منهما بطلان المعاملة في تمام العوضين؛ لأن بطلان الزائد في الجزء يوجب احداث زيادة أخرى، وهكذا.

وفي النص: «لعن الله آكل الزيادة وبائعها»^(١)، وظاهره كون الموضوع الحرمة نفس الزيادة، ولكن في آخر التذكرة عن بيع وسق بوسقين^(٢)، وظاهره تعلق الكراهة بتمام المعاملة المشتملة على الزيادة، كما أن المراد من الكراهة في المقام خصوص الحرمة بقريئة ذيله بأنّ علياً لا يكره الحلال فتأمل. مع أن قوله

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٠ حديث ٢ باب ٤ من أبواب الربا.

(٢) التذكرة ١: ٤٧٨.

«لعن الله بائع الزيادة»^(١) توجه اللعن إليه من حيث بيعها، وهو شامل لتعام المعاملة؛ لأن كل جزء منه مشتمل على الزيادة، كما لا يخفى^١.

ويؤيد ما ذكرنا أيضاً جعل المعاملة المشتملة على الزيادة من الخبائث، وخبث المعاملة كناية على الزيادة من الخبائث، وخبث المعاملة كناية عن فسادها، بل وحرمة ايقاعها أيضاً.

وحينئذ يمكن من مثل هذه استفادة تعميم الحرمة للمعاملة المشتملة على الزيادة الحكيمة أيضاً، إمّا بنحو الشرط، أو من جهة بيع نقد بنسيئة، وتوهم الانصراف عن مثله ممنوع.

نعم على تسليم هذا التوهم لا يبقى مجال استفادة حرمة المعاملة ممّا اشتمل على النهي عن الزيادة، إذ الزيادة الغير الجزئية لا يوجب سריّة النهي إلى بقيّة المعاملة، وإنّما ذلك شأن الجزء فقط، كما لا يخفى^١.

نعم في بعض النصوص اثبات البأس عما لم يكن يدأ بيد، بأن يكون أحدهما نسيئة^(٢)، ومعلوم أن البأس في باب المعاملات منصرف إلى ما هو مرتكز ذهن السائل من حيث الصحة والفساد، فبعدم الفصل تثبت الحرمة، بل ويتعدى من هذه الزيادة الحكيمة إلى الزيادة الشرطية أيضاً كما لا يخفى.

* * *

وكيف كان (شرطه)، أي شرط الربوي في المعاملة (أمران) :
أحدهما : (الاتحاد في الجنس) .

وثانيهما : (الكيل أو الوزن)، بلا اشكال في اعتبار القيدين؛ للنصوص المستفيضة فيها^(٣)، وإنّما الكلام في بيان معيار وحدتها جنساً تارة، وفي المناط

(١) وسائل الشيعة ١٢ : ٤٣٠ حديث ٢ باب ٤ من أبواب الربا .

(٢) وسائل الشيعة ١٢ : ٤٤٢ - ٤٤٣ باب ١٣ من أبواب الربا .

(٣) وسائل الشيعة ١٢ : ٤٢٤ - ٤٤٧ باب ٦ - ١٥ من أبواب الربا .

في المكيكية والموزونية من حيث أي زمان أو أي مكان أخرى.

أما المقام الأول: فقد يظهر بأن المدار على اشتراكهما في الاسم، ولا يخفى مافيه طرداً وعكساً، إذ الفروع المأخوذة من كل أصل مختلفات في الأسماء، كما أن لحم الغنم والبقر ولبنهما من جنسين مع أنها مشتركان في الاسم. فالتحقيق أن يقال: إن المراد من وحدتهما جنساً انتهائهما إلى حقيقة واحدة وإن كانا مختلفين فعلاً اسماً، وهذه الملاحظة يدخل فروع شيء واحد في جنس واحد، ويخرج لحم البقر والغنم عن الوحدة الجنسية؛ لأختلاف أصلهما من حيث البقرية والغنمية.

وعمدة الشاهد على هذا المعنى ماورد في الحنطة والشعير من انتهائهما إلى أصل واحد، وجعل ذلك علة لجريان الربوي فيه. ومن العلة المزبورة يتعدى إلى كل فرع ينتهي مع غيره إلى أصل واحد، كما أن بفهوم العلة يحكم بعدم جريان الربوي فيما لا يكون كذلك، كلحم البقر والغنم ولبنهما؛ لأنها من فروع البقر والغنم وهما جنسان مختلفان كما هو ظاهر.

فإن قلت: مقتضى العلة المذكورة في باب الحنطة التعدي إلى كل استحالة جنس إلى جنس، كاستحالة اللحم ملحاً، وليس كذلك.

قلت: منع اقتضاء العلة هذا المقدار، كيف والحنطة والشعير في غالب الخصوصيات مشتركان، وإنما اختلافهما في جهات خاصة خفية. وكيف ذلك مع اللحم والملح فإنهما في غالب الجهات متباينين، لا يرى جهه مشتركة بينهما. ولئن شئت قلت: إن المدار في الفرعية والأصلية تحقق جهة محفوظة مشتركة بينهما عرفاً بنحو يصدق كونها من نسخ واحد وإن اختلفا في بعض الخصوصيات والخواص، ومثل هذا المعنى ربما يكون محفوظاً في الحنطة والشعير، ولا يكون محفوظاً في اللحم والملح، وحينئذ كيف يمكن التعدي من العلة إلى كل استحالة جنس إلى جنس، كما هو ظاهر.

ثم أنه قد يظهر من كلماتهم التشكيك في وحدة الجنس في بعض أصناف الحيوانات، كالسمك بأصنافه، والحمامة بأصنافها، مع عدم تشكيكهم في وحدة الجنس بين المعز والضأن من الغنم، واشتراكهما في تسمية الغنمية ليس بأزيد من اشتراك السمك في السمكية، والحمامة في الحمامية. وحينئذ ليس الفارق بينهما إلا قيام الاجتماع على الوحدة المزبورة في الغنم، وعدم قيامه في غيره. وحينئذ فع التّشكيك في صدق الوحدة مفهوماً يكون المرجع عموم الوفاء بالعقد، ومصدّقاً أصالة عدم التصاف بيعه بالربوية، وهذا المقدار كاف في الحكم بالصحة، كأصالة عدم اتصاف الشرط بالمخالفة على ما أشرنا، فتدبر.

* * *

وأما المقام الثاني: فقد يظهر عن المشهور كون المدارفيهما على المكيالية والموزونية في زمن الشارع، ومع الشكّ فيه فالمدار على العرف العام، ومع الشكّ فيه يكون المدار على العرف الخاص.

وقد يستشكل في تطبيق مثل هذا التفصيل على القواعد، من جهة أنّ المراد من مثل هذا العنوان الواقع موضوعاً للحكم في لسان الدليل إن كان ماسمياً كذلك على الإطلاق الساري في جميع الأزمنة والأمكنة، فلازمه عدم مدارية عرف الشارع فقط، ولا العرف العام في زمان خاص أو العرف الخاص. وإن كان المراد مطلق ماسمياً كذلك ولو في زمان من الأزمنة أو مكان كذلك، فلا محيص من المصير إلى كفاية صدق هذا المقدار، ولو في غير زمن الشارع وغير زمن المتبائعين وفي غير بلدهما.

وإن كان المراد منه المعنى المنصرف إلى زمان خاص، فيتبع هذا الزمان بالنسبة إلى جميع الناس. وحينئذ لا تبقى نوبة لمثل التفصيل مما وجه نظر المشهور في مصيرهم إلى ما ذكر من التفصيل المشار إليه.

وقد يتوهم في وجه كلامهم بأن مبناه ماهو المعروف في كلية المفاهيم، بأن المدار أولاً على الحقيقة الشرعية لو كان، وإلا فعلى العرف العام، وإلا فعلى العرف الخاص.

وقد يستشكل على البيان المزبور، بأن التفصيل المزبور إنما يجري في صورة الشك في المراد من اللفظ من جهة الشبهة المفهومية، بملاحظة ما جرى عليه من الأوضاع المتعددة، نظراً إلى أن المستعمل لو كان له اصطلاح لحمل لفظه عليه، وإلا فظاهره التكلم على اصطلاح القوم الذي كان الشارع منهم. وعلى فرض عدم مصطلح للقوم لابتد وأن يكون خطابه على مصطلح المخاطب بخصوصه، ولكن مانحاً فيه ليس من هذا القبيل، إذ مفهوم المكيل والموزون في غاية الوضوح، وإنما الاشكال في تعيين مصداقهما.

ومثل هذا النزاع في الحقيقة راجع إلى تعيين حقيقة ماهو موضوع عند الشرع باصطلاح الحكيم، لا في حقيقة لفظهما باصطلاح المعاني والبيان، وفي هذا المقام لا موجب للتفصيل السابق.

ويمكن الجواب عنه بأن مناط تعيين مصطلح الشارع في باب المفاهيم جار في المقام، إذ ظهور حال التكلم في تعيين ماهو المجمعول من المفهوم ثابت في تعيين ماهو المجمعول مصداقاً لمفهوم بنحو الخصوصية، أو بنحو امضائه ماهو المجمعول عند العموم، ومع فقدته فيرجع إلى المجمعولات الخاصة على حسب خصوصيات البلدان، ومرجع هذا الكلام إلى دعوى المراتب للانصراف في مثل هذه العناوين بالاضافة إلى المصاديق المزبورة على مراتبها، ومع الشك في وجود مرتبة سابقة عن اللاحقة أصالة عدم جعل محكمة.

* * *

وكيف كان قد ظهر من مطاوي كلامنا أنه (يجوز بيع المثلين متساوياً نقداً) بلاشكال؛ للعمومات (ولا يجوز نسيئة) على المشهور، ونسب في

المسألة الخلاف الى الخلاف من كراهة بيع المتماثلين نسيئة^(١)، وعن المبسوط جعل الأحوط كونه يداً بيد^(٢).

ويمكن توجيه كلام الخلاف بحمل الكراهة في خصوص هذا الباب على الحرمة، كما هو لسان نصوصها. وفي الدروس أيضاً أول كلامه معللاً بأن المسألة اجماعية^(٣)، بل يؤيد فحوى منه عن بيع الثياب بالثياب نسيئة، ولقد تقدمت الإشارة إلى نصوص المسألة في أول الباب فراجع.

* * *

(وكل ربوي يجوز بيعه بمخالفه نقداً متفاضلاً بلاشكال) للعمومات، والنبوي المعروف: «إذا اختلفت الجنسان فبيعوا كيف شئتم»^(٤)، وفي صحيح آخر: «لابأس مثلين بمثل يداً بيد»^(٥)، ونظيره الموثقان^(٦).

وجوز أيضاً بيعهما كذلك (نسيئة على كراهية)؛ لإطلاق النبوي، وموثقة سماعة الغير الصالح لمعارضتها مفهوم الصحيح، وموثقة سماعة الأخرى بضعف مفهوم القيد. نعم مع الغض عنه وعن معارضة النبوي أمكن استفادة البطلان من البأس فيه؛ لأنه منصرف إلى مرتكز ذهن السائل، وهو في المعاملات عبارة عن فسادها. نعم ما في المضمّر من التعبير بـ«لا يصلح» لا يقتضي الفساد؛ لأنه أعم من الحزاة فيها الموجب لنفي صلاحها، وحينئذٍ

(١) الخلاف ٢: ٢١.

(٢) المبسوط ٢: ٨٩.

(٣) الدروس: ٣٦٨.

(٤) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٤١ حديث ٤ باب ١٢ من أبواب الربا.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٢ حديث ١ باب ١٣ من أبواب الربا.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٤ حديث ٥ باب ١٣ من أبواب الربا.

الأقوى مافي الجواهر^(١) بلامجال لتردد المحقق في شرائعه^(٢)، ولقد أجاد المصنف في مصيره إلى الكراهة، والله العالم.

* * *

(وكذا) يجوز بيع (غير ربوي)؛ لعدم كونه مكيلاً أو موزوناً على كراهية أيضاً، لامكان استفادة المدعى من اطلاق مفهوم الصحيح السابق بضميمة اطلاق النبوي المتقدم أيضاً، كما لا يخفى. وهذا الحكم ثابت في كل مقام، (إلا أن يكون أحد العوضين من الأثمان)؛ لأنه لا كراهية فيه بلا اشكال، فتوى لعموم الأدلة واطلاقها بعد اختصاص نصوص المرجوحية بغيره^(٣)، نعم لو كان كلاهما منها فيدخل في الصبرف المعتبر فيه شرائطه، وسيأتي الكلام فيه عن قريب إن شاء الله.

* * *

وعلى أي حال لا اشكال ظاهراً في أن (الشعير والحنطة جنس واحد هنا)، يعني في باب الربوي. والأصل في ذلك النصوص المستفيضة المشتملة على عدم ازدياد أحدهما على الآخر؛ معللاً في بعضها: «بأن أصلهما واحد»^(٤)، وفي آخر: «أن الشعير من الحنطة»^(٥)، وفي ثالث: «أن أصل الشعير من الحنطة»^(٦)، وفي رواية الصدوق بنقل زرع آدم وحواء^(٧).

(١) الجواهر ٢٣: ٣٤٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٤٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٨ باب ١٦ من أبواب الربا.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٨ حديث ٤ باب ٨ من أبواب الربا.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٨ حديث ٢ باب ٨ من أبواب الربا.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٨ حديث ١ باب ٨ من أبواب الربا.

(٧) علل الشرائع ج ٢، ص ٥٧٤ ح ٢.

ولقد أشرنا سابقاً أنّ مثل هذه العلل ربّما يتعدى إلى إلحاق كل فرع إلى أصل، بل الفروع المنتهية إلى أصل واحد حكمها حكم أصلها، وبه يستفاد معيار وحدة الجنس في باب الربوي. وإلى ذلك أيضاً أشار المصنف بقوله: (وكذا كل شيء مع أصله كالسمسم والشيرج، وكل فرعين من أصل واحد كالسمن والزبد، والجيد والرديء).

ولقد تقدّم أنّه المستفاد من المفهوم في التعليقات الواردة في باب الحنطة والشعير.

ومن المسلّم في الكلمات أيضاً أنّ (اللحوم تختلف باختلاف الحيوان)؛ لاختلاف الأصل (وكذا الأدهان).

(ولو كان الشيء جُزأ في بلد وموزوناً في آخر فلكلّ بلد حكم نفسه)، مع عدم ثبوت عادة من الشرع على المكيّلة أو الموزونية، ولا عرف عام على وجه يلحق البلد الواحد بالمعدوم عرفاً.

وعمدة الوجه فيه انصراف عنوان المكيّل إلى ما كان كذلك في البلد الخاص، ولا يشمل غيره المتعارف فيه جزافية الجنس أو معدوديته، وذلك أيضاً مع اتّحاد بلد البيع والجنس والتسليم، فالأمر واضح.

ومع اختلافهما في تقديم أي واحد منها وجعله مداراً للموضوع، وجوه، لا يبعد الأخير؛ لمناسبة العنوان مع مرحلة التسليم المنصرف إلى بلد يسلم فيه.

* * *

(ولا يباع الرطب بالتمر وإن تساوى) وقت البيع، والأصل في ذلك ما في المرسل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «أينقص إذا جفت؟» فقلّ له: نعم، فقال: «لا اذن»^(١).

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٤٢ حديث ٢ باب ١٣ من أبواب الربا.

وفي صحيح الحلبي: «لا يصلح التمر اليابس بالرطب، من أجل أن اليابس يابس والرطب رطب، فإذا يُيسَّ نقص»^(١).

ونظيره في نص داود بن سرحان^(٢)، وفي نص قيس كره أن يباع التمر بالرطب، وفي ذيله التعليل بما ذكر^(٣).

وفي قبالها موثقة سماعة عن العنب بالزبيب قال: «لا يصلح إلا مثلاً بمثل»، قلت: التمر بالرطب؟ قال: «مثلاً بمثل»^(٤).

وفي آخر: ماترى في التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل؟ قال: «لأبأس»^(٥) وإن الأمر يدور بين حمل الكراهة ونفي الصلاحية على الحرمة، أو النهي الوارد في المرسلة على الكراهة بقريئة الآخر، وحمل: «مثلاً بمثل» على الماثلة وقت البيع أو الحمل الماثلة في هذه النصوص على الماثلة وقت اليبوسة ولو بحمل الرطوبة به على مرتبة ضعيفة ملحق بالتساوي.

ولا يخفى ما في الآخر، إذ هو خلاف ظاهر لا يصار إليه إلا بدليل ولا يقاوم احتماله، مع حل النهي على الكراهة.

وأما احتمال كون المدار على الماثلة وقت الجفاف دون وقت البيع، فهو مما لم يلتزم به أحد، بل ظاهر تعليقات النصوص أيضاً خلاف ذلك، كما لا يخفى على من له دقة نظر، وعليه فالالتزام بالكراهة مطلقاً أولى لولا وهن النصوص الأخيرة بقيام الشهرة على خلافها، ولذا قواه في الجواهر^(٦)،

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٤٤٥ حديث ١ باب ١٤ من أبواب الربا.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٤٤٦ حديث ٦ باب ١٤ من أبواب الربا.

(٣) وسائل الشريعة ١٢: ٤٤٥ حديث ٢ باب ١٤ من أبواب الربا.

(٤) وسائل الشريعة ١٢: ٤٤٥ حديث ٣ باب ١٤ من أبواب الربا.

(٥) وسائل الشريعة ١٢: ٤٤٦ حديث ٥ باب ١٤ من أبواب الربا.

(٦) الجواهر ٢٣: ٣٦٧.

واستظهره المحقق في شرائعه^(١).

كما أنه لا مجال لتخصيص المنع على القول به بالنسبة باختصاص نصّ قيس به، إذ لا مفهوم له على وجه يصلح لتنفيذ بقية المطلقات. كما أنه لا مجال لتوهم تخصيص النهي بغير العرية بخيال اختصاصه به؛ لعموم العلة.

* * *

وعلى أي حال (يكره بيع اللحم بالحيوان)، والأصل فيه ما في النبوي المعمول به لدى المشهور الصالح لان يكون مجبوراً بنهي النبي عن بيع اللحم بالحيوان^(٢). نعم في موثق غياث: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام كره بيع اللحم بالحيوان»^(٣).

ونظر المصنف إلى الأخذ بظهور الكراهة في النصّ، وجعله قرينة على حل النهي في الأول عليه.

ولكن يمكن منع ظهور لفظ الكراهة في الكراهة المصطلحة، خصوصاً ماورد في الباب بقرينة بقية النصوص الواردة فيه على الخصوص في الكراهة المنسوبة إلى علي عليه السلام، مع ماورد بأنّ: «عليّاً عليه السلام لا يكره الحلال»^(٤). وحينئذٍ يبقى النهي الأوّل بلا معارض. ولعلّه إلى ذلك نظر المشهور في مصيرهم إلى عدم الجواز، كما عن الجواهر^(٥)، بل في الغنية دعوى الاجماع عليه^(٦).

ولكنّ الانصاف منع صلاحية الشهرة المزبورة لجبر سند النبويّ العامي؛

(١) الشرائع ٢: ٤٦.

(٢) مستدرک الوسائل ١٣: ٣٤٠ حديث ١ باب ١٠ من أبواب الربا.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٤١ حديث ١ باب ١١ من أبواب الربا.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٧ حديث ١ باب ١٥ من أبواب الربا.

(٥) الجواهر ٢٣: ٣٦٨.

(٦) الغنية (ضمن الجوامع الفقهية): ٥٢٧.

لإمكان استنادهم إلى رواية غياث لفهمهم الحرمة من الكراهة. وحينئذٍ لا يبقى مجال الاتكال بالنبوي؛ لعدم تمامية السند ولا برواية غياث؛ لعدم صلاحية فهم المشهور لجبر الدلالة عندنا، فيكون قاصراً عن إثبات الحرمة، فالتيقن منه الكراهة وهو أعم. فالأصل يقتضي حينئذٍ الكراهة المصطلحة كما لا يخفى. ولكن الانصاف أن للتأمل في المسألة كمال مجال، ولا مناص حينئذٍ إلا الاحتياط الذي هو سبيل النجاة.

* * *

(ولو باع درهماً ومد تمر بدرهمين أو مدين صح)، وكذا لو جعل بدل درهم ودينار درهمين ودينارين، أو جعل بدل الدينار أو الدرهم شيئاً من المتاع. وفي النص: أشتري ألف درهم ودينار بألفي درهم، فقال «لابأس بذلك»، وفي ذيله «إنما هذا الفرار» إلى أن قال: «نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال»^(١).

وفي آخر: «لابأس بألف درهم ودرهم بألف درهم ودينارين»^(٢).

وربما يتعدى من هذه النصوص إلى مبادلة المتفاضلين مع ضم غير الجنس بطرف الناقص، إذ لسانها لسان تعليم الفرار من الحرام إلى الحلال، المعلوم عدم اختصاص ذلك بخصوصية الدينار في الضميمة، ولا بخصوصية ضمه بطرف الناقص فقط، فيدخل ما نحن فيه في هذه الكلية.

ثم إن مورد النصوص صورة كون الضميمة في طرف الناقص، أو الزيادة في الطرف الآخر، مأخوذاً بنحو الجزئية، وفي التعدي إلى أخذهما بنحو الشرطية أو كونها حكمية نظر جداً.

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٤٦٦ حديث ١ باب ٦ من أبواب الصرف.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٤٦٨ حديث ٤ باب ٦ من أبواب الصرف.

ثم إنَّ في استفادة أنَّ الزيادة تقع في قبال الضميمة من النصوص المزبورة نظر، بل الظاهر أنَّ المجموع في قبال المجموع. ولازمه أنَّه لو تلفت الضميمة في طرف الناقص قبل القبض لا يرجع الباقي إلى المعاملة بالتساوي، بل لا يحصى من أول الأمر بعد الانفساخ إلى بقاء المبادلة بين الجنسين متفاضلاً.

ولذا استشكل في الجواهر بالتزامه بعدم استفادة المعنى المزبور من النصوص، ونسب بطلان المعاملة المزبورة بعد التلف، إلى بعض^(١)، ولكن التزم هو صحتها؛ نظراً إلى أنَّ مثل هذا التفاضل الحاصل بالتقسيط لا يقتضي فساد المعاملة الباقية، إذ المنصرف من أدلة الربا هو عدم التفاضل في جنس واحد في البيع الواقع بانشائه الأول لا البيوع الحاصلة جديداً بالانفساخ. وحينئذٍ فالباقي بعد الانفساخ من هذا الباب. ولا دليل على مبطلية التفاضل في مثله، وإلاَّ يلزم البطلان قبل التلف أيضاً، وهو خلاف المنساق من نصوص الفرار^(٢) أيضاً، كما لا يخفى.

بل يمكن منع شمول دليل الربا لمطلق البيوع التحليلية وإن كان الانشاء غير مؤثر من الأول فيه، كما لو ظهرت الضميمة مستحقاً للغير. وتردّد الجواهر من الفرق بين الصورتين^(٣) أيضاً في غير محله فتأمل.

* * *

وكيف كان (من ارتكب الربا بجهالة فلائثم عليه، ويعيد ما أخذ منه على مالكه إن وجده أو ورثته، ولو جهل تصدّق به عنه).
ووجه ظاهر بالنظر إلى القواعد، وعموم حرمة الربا خصوصاً بالنسبة إلى

(١) الجواهر ٢٣: ٣٩٣.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٤٦٦ باب ٦ من أبواب الصرف.

(٣) الجواهر ٢٣: ٣٩٤.

الجاهل بالحرمة؛ لأن إطلاقه ذاتي يستحيل تقييدها بالعالم بها؛ للدور المعروف، بل لازم ذلك اجراء حكم خمس المختلط فيما لا يعرف قدره وصاحبه في محصور لعموم دليله.

وإلى ذلك ذهب جل المتأخرين، حتى قيل إنه المعروف بينهم. وعمدة نظرهم طرح النصوص^(١) الخاصة الواردة في المقام خصوصاً مع قوله تعالى (فإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم)^(٢)، الظاهر في عدم تملك الزيادة من أصل المال حتى في حال الجهل، فضلاً عن غيره.

ولكن المحكي عن الراوندي في تفسير الآية الشريفة: وليس عليه ردّ ماسلف إذا لم يكن علم أنه حرام، مستدلاً بقول أبي جعفر عليه السلام: «من أدرك الاسلام وتاب عما كان عمله في الجاهلية وضع الله عنه ماسلف»^(٣)، وذكر في ذيله ماهونصّ في المطلوب، لكن يحتمل كالصدر كونه من كلام الراوندي^(٤).

وفي جملة أخرى ماهو قريب بهذا النص في التعبير: بأنّ له ماقد سلف. وفي نص آخر: «لو أن رجلاً ورث من أبيه مالاً وقد عرف أنّ في ذلك المال ربا، ولكن اختلط في التجارة بغير حلال كان حلالاً طيباً فليأكله، وإن عرف منه شيئاً معزولاً أنّه ربويّ فليأخذ رأس ماله ويردّ الربا»^(٥). ونظيره ما في نص آخر^(٦).

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣٠ باب ٥ من أبواب الربا.

(٢) البقرة: ٢٧٩.

(٣) مستدرک الوسائل ١٣: ٣٣٨ حديث ٥ باب ٥ من أبواب الربا.

(٤) فقه القرآن ٢: ٤٧.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣١ حديث ٢ باب ٥ من أبواب الربا.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ٤٣١ حديث ٣ باب ٥ من أبواب الربا.

وهذه النصوص الأخيرة مفصلة بين صورة الجهل بموضوع الربا، وعلمه به تفصيلاً، وصريح في صورة الجهل بالأمرين بأن المال المختلط حلال على من بيده، ولكن التفصيل المزبور خلاف جلّ كلماتهم، إذ هم بين القائلين بحلية المال في صورة ارتكاب المعاملة حال الجهل مطلقاً، وبين القائلين بحرمة وجوب ردّه بعد المعرفة بالحرمة مطلقاً. فالتفصيل المزبور موهون جداً وإن ذهب إليه ابن الجنيد على المحكى^(١).

وهذه الملاحظة أمكن توهين سندها؛ لمحض مخالفة مضمونها لمذهب الأصحاب، فلا يبقى^١ في البين إلا الطائفة الأولى، وفي دلالتها على حلية المال نظر، بل الظاهر فيما سلف ارتكاب المعاملة المحرمة، أو ارتكاب الحرام من التصرف في المال، ومعلوم أن كون هذا الارتكاب له كناية عن سقوط وزره، ويؤيده في النص الأول من قوله: «وضع الله عنه ماسلف»، ومثل هذا التعيير لا يقتضي أزيد من نفي الاثم، لاحلية المال.

وربما يؤيد ذلك شمول اطلاقها لصورة جهل أحد الطرفين بالحرمة، فإنّ لازم حلية المال حينئذٍ كون جهل أحد الطرفين موجباً لعذر العالم أيضاً بالحكم الوضعي، مع أنه ليس كذلك في التكليفي، والالتزام بذلك خلاف القاعدة على وجه يحتاج إلى دليل أقوى من ذلك، مع أنّ الالتزام بالحلية بمحض الجهل بجرمة الربا حين المعاملة - وإن علم بوجود الحرام في ماله اجمالاً، فضلاً عما لو علم به تفصيلاً كما هو ظاهر اطلاقهم - ينافي الحرمة الواقعية الناشئة عن فسادها واقعاً؛ لعدم صلاحية المقام لجعل حكم آخر على خلاف الواقع.

فلا يحيص إمّا من التصرف في اطلاقات الفساد بحمل الفساد على الفساد الاقتضائي، أو بجعل المقام من باب تحليل مال الغير من قبل أولياء النعم، أو

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٣٥٢.

حل الجهل بالحرمة على الجهل بجرمة المعاملة تكليفاً ويجعل ذلك موضوعاً للحكم بالصحة واقعاً.

والكل كما ترى خلاف المنساق من النصوص المزبورة، وإن كان الأخير على فرض اللابدية متعيناً جداً؛ لبعد الأولين في الغاية، وإن اختار الأول منها استاذنا العلامة في درسه مبنياً على مختاره من تأسيسه مراتباً للحكم والله العالم. ولعله لذلك كله التزم في الجواهر بأن الأحوط - إن لم يكن أقوى - الاجتناب من هذا المال، خصوصاً مع العلم بالرتوي منه تفصيلاً، بل في صدر كلامه قال: بأنه لا يصلح للفقهاء الجزء بمثل هذه النصوص^(١)، وللمسألة بُعد مجال التأمل، والله العالم.

* * *

وعلى أي حال (لاربا بين الوالد والولد)، والأصل في ذلك ما في صحيح زرارة ومحمد بن مسلم: «ليس بين الرجل وولده ولا بينه وبين عبده ولا بينه وبين أهله ربا...»^(٢)، والنص علاوة على صحته معمول به أيضاً بين الأصحاب.

وظاهر النص تخصيص النفي بالوالد فلا يشمل الام، وبالولد فلا يشمل ولد الولد ولا الاثنى. وإن قيل فيها بالتعدي - خصوصاً الأخير؛ لصدق الولد عليها - فحينئذٍ يشمل الخنثى أيضاً، نعم مع اختصاصه بالذكر يكون الخنثى على نفي الطبيعة الثالثة من الشبهة المصداقية، فتسقط عمومات الصحة عن الاعتبار، ولازمه الأول إلى العلم الاجمالي: إما بجرمة المعاملة في حقه، أو بجرمة لبس لباس الرجال مثلاً، فيجتنب عن كل منهما.

(١) الجواهر ٢٣: ٤٠١.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٤٣٦ حديث ٣ - ٤ باب ٧ من أبواب الربا.

وفي الجواهر في هذا الفرض يحتمل التحريم؛ للعسوم، والحلية؛ للأصل^(١)، ولا يخفى مافيه، خصوصاً لو أريد منها الحلية الوضعية أيضاً، فإن أصالة الفساد في المعاملة لولا العمومات محكمة.

ثم إن الولد منصرف إلى النسبي، وفي ثبوت الحكم للرضاعي بعموم المنزلة اشكال وإن كان ظاهر بنائهم على إلحاق الرضاع بالنسب في باب الملكية للعمودين التعدي عن حكم النكاح إلى غيره الشامل للمقام أيضاً. وفي شمول الولد لولد الزنا وجه، ودليل نفي الولد تنزيلاً غير ناظر إلى مثل هذا الأثر، والله العالم.

(ولا) رباً أيضاً (بين السيد وعبد)؛ لما في الصحيح السابق^(٢)، بناءً على الملكية في العبد في الجملة ولو في مملكته مولاه، وستأتي الإشارة إليه في محله أيضاً. وإلا فيكون نفي الربا في المقام من باب السالبة بانتفاء الموضوع من نفي المعاوضة بينها حقيقة، فيكون على خلاف سياق البقية الظاهرة في السالبة بانتفاء المحمول، وعليه فيمكن جعل الصحيحة المزبورة بظهور سياقها شاهد مالكية العبد في الجملة، ونوضحه إن شاء الله في محله.

ثم إن في انصراف النص إلى غير المبعوض اشكال، خصوصاً إذا كان مملوكاً لشخصين، بل الظاهر منه كون الحكم من تبعات جهة مملوكيته لمولاه، وحينئذ يجري عليه بمقدار ملكيته كما هو الشأن في زكاة الفطرة وغيرها، والله العالم.

* * *

(ولا) رباً أيضاً (بين الرجل والزوجة)؛ للصحيح السابق، مضافاً إلى المرسلة: «ليس بين المسلم وبين الذمي ربا، ولا بين المرأة وزوجها ربا»^(٣) وظاهر الصحيحة

(١) الجواهر ٢٣: ٣٨٠.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٤٣٦ حديث ٣ باب ٧ من أبواب الربا.

(٣) وسائل الشريعة ١٢: ٤٣٧ حديث ٥ باب ٧ من أبواب الربا.

دخل عنوان الأهلية فيها، وحينئذٍ في شمولها المطلقة رجعيًا نظر، كما أن في شموله لبعض المنقطعات اشكال نعم لاقصوري في شمول العنوانين لمنقطعة كانت محسوبة من أهله، وفي توهم الانصراف حتى عن مثلها نظر.

* * *

(ولا) ربا أيضاً (بين المسلم والحربي)، بجواز أخذ المسلم الزيادة منهم ولا عكس، كما هو ظاهر جماعة. وحكي القول بجواز التفاضل من الطرفين عن القاضي^(١)، وفي المرسلة المحكية مستنداً في الكافي^(٢) كما في الجواهر^(٣) قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ولا نعطيهم»، وبه يخص ما في نص آخر مشتمل على قوله: قلت فالمشركون بيني وبينهم ربا؟ قال: «نعم...»^(٤)، فيحمل على الذمي بناء على القول بثبوت الربا فيهم. ويمكن الحمل على ثبوته فيهم في الجملة ولو بعدم جواز أخذهم التفاضل من المسلمين، فتكون المرسلة أيضاً أخص من هذا النص ولو على القول بعدم الربا بين أهل الذمة أيضاً. ثم في شمول المرسلة المعاهد من الحربي نظر، وإطلاق كلمات الأصحاب يشمله، ولكن الاختصار في خلاف القاعدة على مورد النص أولى.

وحينئذٍ فربما أمكن بجعل ذلك أيضاً من باب كون ما لهم فيئاً للمسلمين، على وجه لا يشمله دليل حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد، فيكون الحكم على القاعدة.

اللهم [إلا] أن يقال: إن الحلية الثابتة بعنوان تملك ما لهم لا تقتضي

(١) حكاه الشيخ محمد حسن النجفي في الجواهر ٢٣: ٣٨٣.

(٢) الكافي ٥: ١٤٧ حديث ٢ باب أنه ليس بين الرجل وبين ولده وما يملكه ربا.

(٣) الجواهر ٢٣: ٣٨٢.

(٤) الكافي ٥: ١٤٧ حديث ٣ باب أنه ليس بين الرجل وبين ولده وما يملكه ربا.

الحَلْيَةِ فِي الْمَقْبُوضِ بِعَنْوَانِ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ، وَحِينَئِذٍ فَدَلِيلُ جَوَازِ أَخْذِ الْفَضْلِ بِهَذَا الْعَنْوَانِ يَكْشِفُ عَنْ صَحَّةِ الْمَعَامَلَةِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ، فَيَخْصُصُ بِمِثْلِهِ الْعُمُومَاتُ.

* * *

(وَيُثَبَّتُ) الرِّبَا (بَيْنَهُ) أَيُّ الْمُسْلِمِ (وَبَيْنَ الذَّمِّيِّ) قِطْعاً إِذَا كَانَ أَخْذُ الزِّيَادَةِ الذَّمِّيِّ وَبِالْعَكْسِ عَلَى الْأَشْهَرِ، بَلْ فِي الْجَوَاهِرِ^(١) عَلَى الْمَشْهُورِ خِلَافاً لِلسَّيِّدِ^(٢)، وَحَكَى عَنْهُ الْإِجْمَاعُ عَلَيْهِ وَإِنْ نَاقَشَ فِيهِ فِي الْجَوَاهِرِ. وَعَمْدَةُ سَنَدِهِمْ مَا فِي الْمَرْسَلِ السَّابِقِ مِنْ اشْتِمَالِهِ عَلَى نَفْيِ الرِّبَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ^(٣)، وَاطْلَاقِهِ يَقْتَضِي نَفْيَهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الطَّرْفَيْنِ، كَمَا هُوَ الشَّأْنُ فِي الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ.

وَحِينَئِذٍ لَا تَصْلُحُ فَتْوَى السَّيِّدِ أَيْضاً لَجَبْرِهِ، فَيَكُونُ بِاطْلَاقِهِ مَجْمَعاً عَلَى خِلَافِهِ، فَضْلاً عَنْ قِيَامِ الشَّهْرَةِ عَلَى خِلَافِ مَضْمُونِهِ مُطْلَقاً، فَيَصِيرُ سَنَدُهُ مُوَهَّوئاً لَا يَصِحُّ أَنْ يَتَّكِلَ بِمِثْلِهِ فِي قِبَالِ الْعُمُومَاتِ خُصُوصاً مَعَ اِطْلَاقِ ثُبُوتِ الرِّبَا بَيْنَ الْمُشْرِكِينَ، كَمَا فِي النَّصِّ السَّابِقِ، خَرَجَ عَنْهُ الْحَرِيُّ فِي الْجُمْلَةِ، بَقِيَ الْبَاقِي تَحْتَهُ. نَعَمْ لَوْ خَالَفُوا شُرَاطِئَ الذِّمَّةِ كَانُوا مِنَ الْحَرْبِيِّينَ فَتَشْمَلُهُ الْمَرْسَلَةُ السَّابِقَةُ، لَوْلَا كَوْنُهُمْ فِي أَمَانٍ مِنْ جِهَةِ عَقْدِ الذِّمَامِ مَعَهُمْ وَلَوْ مِنْ ذِي شَوْكَةٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فِي زَمَنِ الْغَيْبَةِ، فَضْلاً عَنْ سُلَاطِينِ الْجُورِ الْمُسْتَصْحَبِ حُكْمَ نَفُوذِ ذِمَامِهِمُ الثَّابِتِ فِي زَمَانِ الْحُضُورِ جُزْئاً، فَيُحْكَمُ بِبَقَاءِ هَذَا الْحُكْمِ لِلْعَنْوَانِ الْكَلِّيِّ إِلَى زَمَانِ الْغَيْبَةِ بِالِاسْتِصْحَابِ، وَتَقْدَمُ شَرْحُ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْجِهَادِ فَرَاغَ.

وَعَلَى أَيْ حَالٍ مَعَ فَرْضِ كَوْنِهِمْ تَحْتَ الْأَمَانِ رَبِّمَا يَشْكَلُ أَمْرُ شُمُولِ الْمَرْسَلَةِ

(١) الْجَوَاهِرُ ٢٣: ٣٨٣.

(٢) الْإِنْتِصَارُ ٢١٣.

(٣) وَسَائِلُ الشَّيْعَةِ ١٢: ٤٣٧ حَدِيثُ ٥ بَابُ ٧ مِنْ أَبْوَابِ الرِّبَا.

المشتملة على نفي الربا بين المسلم والحري لمثلهم، كما تقدم وجه الاشكال سابقاً فراجع.

هذا كله الكلام فيما يحتاج إليه من أحكام الربا.

* * *

(وأما الصرف) الذي عبارة عن بيع الأثمان من الذهب والفضة المسكوكين أولاً بالأثمان كذلك، وإنما سمي بيعها صرفاً؛ لمناسبة اشتماهما على الصوت عند التقابض، أو من جهة كثرة التصرف فيها في أي معاملة وفي قبال أي متاع.

ولأشكال في مشروعيته؛ للعمومات، ولاشبهة في أن مدار تمييز البائع عن المشتري بكيفية قصد التملك والتملك بالعوض. ومع الاشتباه يشكل اجراء أحكام الموجب على أي منهما، فالمرجع فيه أصالة العدم الجاري فيهما بالنسبة إلى نفسيهما، لكونهما من قبيل واجدي المني في ثوب مشترك، وبالنسبة إلى الثالث يتساقطان، فيرجع إلى ما يقتضيه العلم الاجمالي في المسألة، كما لا يخفى.

وعلى أي حال لا اشكال في جريان أحكام الصرف في المسكوك وغيره، فيجري فيها حكم الربا، وتوهم المعدودية في المسكوك منها منظور فيه إذ العدد في مثلها طريق إلى مقدار وزنها، لأنه تحديد مستقل في قبالة، كيف ولاشبهة في أن أصل المشكوك من الموزون كما أن حكم التقابض مترتب في النص على الذهب والفضة وكذا سائر الجهات، فلاوجه حينئذٍ لتخصيص مثل هذه الأحكام الخاصة بالمسكوك منها، كما لا يخفى.

* * *

وكيف كان (فشرطه) زائداً على الربويات (التقابض في المجلس) على المشهور، خلافاً لبعض القدماء، ومال إلى الخلاف بعض متأخر المتأخرين. وعمدة منشأ الاختلاف بعد أصالة عدم الاشتراك بمقتضى

العمومات اختلاف نصوص الباب، ففي صحيح منصور: «إذا اشتريت ذهباً بفضة أو فضة بذهب، فلا تفارقه حتى تأخذ منه، وإن ترى حائطاً فانز معه»^(١).

وفي آخر: «(لا بأس يدأ بيد)»^(٢) المنصرف إلى التقابض في المجلس. وفي خبر البجلي^(٣) أيضاً ما هو كالصریح في اعتبار التقابض في مجلس البيع. كما أنّ المراد من وحدة المجلس في المقام بقرينة الرواية السابقة ما هو بمعناه في خيار المجلس.

وفي قبال هذه النصوص تارة ما اشتمل على عدم البأس ببيع الدنانير بأكثر من صرف يوم نسيئة^(٤)، ونظيره ما في نص آخر: عن الرجل يحل له أن يشري دنانير بالنسيئة؟ «نعم إن الذهب وغيره في الشراء والبيع سواء»^(٥)، وإطلاقهما يشمل المثليين فضلاً عن المختلفين.

وفي جملة أخرى ما اشتمل على بيع الدرهم بالدينار نسيئة كروايات عمّار الأخرى^(٦).

ولعل نظر الصدوق إلى إطلاق الأول في انكاره شرطية التقابض في الصرف مطلقاً^(٧)، ونظر المفصل المحكي في الجواهر^(٨) إلى الأخيرة، ولكن

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٥٩ حديث ٨ باب ٢ من أبواب الصرف.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٥٩ حديث ٧ باب ٢ من أبواب الصرف.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٤٥٩ حديث ٩ باب ٢ من أبواب الصرف.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٤٦٠ حديث ١٠ باب ٢ من أبواب الصرف.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٤٦٠ حديث ١٤ باب ٢ من أبواب الصرف.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ٤٦٠ حديث ١١ - ١٢ باب ٢ من أبواب الصرف.

(٧) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٧.

(٨) الجواهر ٢٤: ٦.

لا يخفى^١ بأن أعراض الأصحاب أوجب وهناً لسندهما، خصوصاً في إطلاق الأول الظاهر في جواز التفاضل في الجنس الواحد أيضاً نسيئة، ولا أظن التزامه من أحد.

وفي الوسائل أيضاً ترجيح النصوص المزبورة بجعل النسيئة فيها قيداً للدينار للليع، أو الحمل على التقية، وحينئذٍ ربما لا يوثق بجهتها أيضاً ولو لإعراض المشهور، وإلا فالجمع الدلالي بعد الفراغ عن السند مقدّم على الترجيح بالتقية كما لا يخفى^١.

وكيف كان فالمدار على ما عليه الأصحاب.

وعليه فلو قبضَ البعض صحّ فيما قبض خاصة وبطل في غيره بخلاف؛ لوجود المقتضي، وإنقضاء المانع فيما قبض، ووجود المانع في غيره. وتوهم انصراف دليل الشرطية إلى تقابض الجمع فلا يصحّ في المقام مدفوع جداً كما لا يخفى في نظائره، والله العالم.

* * *

ويكفي في التقابض المزبور قبض وكيلها في البيع أو في القبض، وفي كفاية تفرّق الوكيلين في إيقاع العقد مع بقاء الموكّلين في المجلس قبل القبض في البطلان نظر جداً، نعم لا يبعد ذلك في الوكيل المستقل. لكن في بعض النصوص^(١) ما يؤول بكفاية اجتماع الوكيل وعدم تفرّقه قبل القبض، الشامل باطلاقة مجرد الوكيل في إجراء الصيغة.

ولكن للتأمل في اطلاقه مجال، بقرينة كونه دافع الورق وقابض الدينار، ومثل ذلك خارج عن الوكيل في صرف إجراء صيغة العقد كما لا يخفى^١. وكيف كان المدار على تفرّق من كان بيعاً وينسب إليه البيع ببقائه،

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٥٨ باب ٢ من أبواب الصرف.

وكيلاً كان كالعامل المضارب أو مالكاً، أو مختلفين.

وحينئذٍ فلو وكل البيعان أحداً لقبض الثمن فقبض بعد تفرقهما بطل، وفي رفع حديث الاكراه غاية الافتراق للقبض وجه، فيكون وجوده بمنزلة العدم. وفي الجواهر تقوية بطلان المعاملة ولو عن كره في افتراقهما^(١)، ووجهه باطلاق النص في مبطلية الافتراق ولو عن كره، وفرق بين المقام وبين خيار المجلس بأن لسان الدليل هناك ظاهر في الافتراق الاختياري دون المقام، ولكن بعد تسليمه ذلك يصلح فارقاً بحسب لسان الدليل لا بمقتضى حديث الرفع.

الهم [إلا] أن يقال: إن مرجع دفع الغاية بحديث الرفع في المقام إلى الحكم بوجوب الوفاء بالعقد مع الافتراق المزبور، وذلك خلاف الإمتنان في حق المتعاقدين، ولذا ليس شأن حديث الرفع رفع شرطية شيء لصحة العقود المستتبع لترتب وجوب الوفاء على رفعه. وعليه فالعمدة شمول اطلاق الدليل الافتراق كرهاً وغيره، ولا يبعد الاطلاق في المقام كما أفاد فتدبر.

ولو اشترى دراهم بعقد الصرف لا يجوز أن يبتاع بها الدنانير قبل قبض الدراهم؛ لعدم دخولها بعد في ملكه، نعم بعد قبضه كان الثاني من قبيل: باع شيئاً ثم ملك، فيحتاج إلى الاجازة، وذلك أيضاً لو لم يحصل التفرق قبل القبض، وإلا فتبطل المعاملة الاولى رأساً فتستتبعه الثانية.

وفي نص إسحاق أيضاً ما يؤول إلى ما ذكرنا حيث قال في ذيله: «أليس تأخذ وفاء الذي له؟» قلت: بلى، قال: «ليس به بأس»^(٢). وظاهره ثبوت البأس لو لم يتقابض.

(١) الجواهر ٢٤: ٩.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٤٦٥ حديث ٣ باب ٥ من أبواب الصرف.

ولو كان له عليه دراهم فاشترى بها منه دنائير صح وإن لم يتقابضا، والأصل في ذلك نص اسحاق المشتل على نفي البأس في موضوع المسألة بعينها، فراجع الخبر في الجواهر بطوله^(١).

ثم إن القبض المعتبر في صحة المعاملة مسماه ولوبلاكيل ووزن في المكيل والموزون؛ للاطلاق، لولا دعوى انصرافها إلى القبض المعتبر في المعاملة لا مطلقاً.

وحينئذ فالعمدة في المسألة نص حنان بن سدير المشتل ذيله لقوله: «إن كان في الكيس وفاء بثمان دراهمه فلا بأس»^(٢)، وإليه ذهب في الجواهر^(٣) تبعاً للقواعد^(٤) والدروس^(٥). وعمدة نظرهم لعلّه إلى اطلاق النص المزبور الشامل لصورة حصول الافتراق بعد قبض الكيس ولو قبل عدّه من الغير، وذلك أيضاً لولا دعوى انصرافه إلى عدّد الغير دراهمه وأخذه من الكيس قبل التفرق، فإنه حينئذ يكون القبض المعتبر حصل قبل الافتراق، وحينئذ لا تخلو المسألة عن تأمل.

* * *

وكيف كان (فإن تساوى الجنس) في باب الصرف (وجب تساوي المقدار) بلا تفاضل بينها حينئذ لا عيناً ولا حكماً، من ضم شرط أو ضرب أجل في أحد الطرفين. والعمدة فيه شمول أدلة الربا فيها؛ لأنها من المكيل والموزون، ويجري فيها جميع الربا كما لا يخفى^١.

(١) الجواهر ٢٤: ١٠.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٤٦٤ حديث ١ باب ٥ من أبواب الصرف.

(٣) الجواهر ٢٤: ١٣.

(٤) قواعد الأحكام ١: ١٣٢.

(٥) الدروس: ٣٦٩.

(وإلا) أي وإن لم يتساويا (فلا) يجب التساوي المزبور؛ للعمومات بلا اشكال فيه فتوى أيضاً.

(ولو قبض البعض صح) البيع (فيه خاصة) كما عرفت بمقتضى الاطلاقات الشاملة لعقدي المسألة.

(ولو فارقا المجلس مصطحبين ثم تقابضا صح)، وفي النص: «وإن نزي حائطاً فانز معه»^(١)، فكأن المدار على عدم تفارقهما قبل القبض ولو حصل اختلاف الحال مع المجلس الحاصل حين العقد، بل ربّما لا يعتبر أزيد من ذلك في بقاء خيار المجلس وإن كان يعتبر وحدة المجلس عرفاً حين حدوثه كما لا يخفى. بل ربّما يعتبر هذا المعنى في المقام أيضاً ملازمته مع عنوان الافتراق المستفاد من قوله: «لا تفارقه» في المقام.

وحينئذٍ فلو لم يجتمعا في مكان على وجه لا يصدق افتراقهما، ففي كفاية القبض حينئذٍ وجه؛ لاطلاق: «يداً بيد»، وعدم شمول النهي عن المفارقة المزبورة للمورد، كما هو الشأن لو كان للمتعاقدین مجلس واحد.

* * *

(ومعدن الذهب يباع بالفضّة وبالعكس) بلا اشكال؛ لاختلاف الجنس، ويجري عليها حكم القبض في المجلس في تراهما؛ لاشتماله على الأجزاء الذهبية والفضية.

ولا يباع كل منهما بمثله مع العلم بعدم التسوية في الفضّة الخالصة أو الذهب؛ لعدم مالية لتراهما، فلا يصلح حينئذٍ لصيرورته ضميمة في الطرف الناقص أو الطرفين، ومع الشك في التساوي مقتضي أصالة عدم التفاضل صحة المعاملة، ولكن ظاهر المحقق النهي عن بيعه احتياطاً^(٢)، وأرسله في

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٤٥٩ حديث ٨ باب ٢ من أبواب الصرف. (٢) الشرائع ٢: ٤٨.

الجواهر في سلك المسلمات^(١)، فإن تمّ حينئذٍ اجماع فيكشف عن ايجاب احتياط شرعي في الباب نظير الاحتياط في تصفية الدراهم المغشوشة في باب الزكاة مع الشك في بلوغها نصاباً، وإلا فالمرجع الاصل المزبور. ولو مزج الترابان أو جمعاً في صفقة جاز بيعهما بالذهب أو الفضة مع ما في التراب من الفضة أو الذهب، وكذا لو بيع بمجموع الذهب، إذ حينئذٍ يصلح كل منهما لضميمته بغيره، فيصرف كل جنس إلى ما يخالفه على ما تقدّم. ويجوز بيع جواهر الرصاص والصفّر بالذهب والفضة وإن كان في الأولين شيء منها؛ لاستهلاكه فيها على وجه يصحّ سلب اسم معاملة الجنس بجنسه. وذلك أيضاً على فرض عدم نقصه عن الفضة الواقعة ثمناً، وإلا فيصلح الرصاص والصفّر للضميمة في طرف الناقص كما لا يخفى^١، وفي النص أيضاً: «إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس»^(٢).

ثم إنه قد يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها، فما لا يكون مبيعاً بل ينتقل إلى المشتري تبعاً لمبيع غير ربوي، ففي جريان الربا فيه اشكال؛ لانصراف الدليل إلى مورد المعاوضة، فثل ما يترتب به السقف أو الصحف من الذهب فلا بأس ببيع الدار أو الصحف المزبورين بالذهب ولو كان الذهب متساوين. وفي الجواهر أشكال فيه، والتزم في الفروض المزبورة بخروج الذهب المزبور بالتزوين عن الموزونية^(٣). وفي كلا وجهيه نظر جداً فتأمل.

* * *

(و) كيف كان (الدراهم المغشوشة إذا كانت معلومة الصرف

(١) الجواهر ٢٤: ١٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٨٥ حديث ١ باب ١٧ من أبواب الصرف. والسرب: الرصاص. وهو فارسي

معرب، قيل كان أصله سرب. قاله الزبيدي في تاج العروس ١: ٢٩٧ «سرب».

(٣) الجواهر ٢٤: ٢٠.

جاء اتفاقها (بالشراء بها وغيره من التصرفات بلاخلاف فتوى ونصاً، وفي الجملة من النصوص^(١) نفي البأس عن صرفها إذا كان جواز المصر، أو يجوز بين أهل المدينة أو البلد أو يجوز بين الناس، على اختلاف مضامين النصوص في التعبير عن معنى واحد.

وعليها أيضاً يحمل اطلاق بقية النصوص المشتملة على نفي البأس مطلقاً، إذ علاوة عن المفهوم في جملة منها لقد وقع التصريح بالعدم في نصّ البقباق من قوله: «وإن نفقت ما لا يجوز بين أهل البلد فلا»^(٢)، ولازمه الحكم بالبطلان في صورة الجهل برواجه، إذ الحكم بالجواز منوط بمقتضى مناطق النصوص على جوازه، فمع الشك أصالة الجواز والرواج محكمة. بل لازم مانعية عدم الرواج أيضاً ذلك للأصل المزبور، فلا يبقى مجال مرجعية العمومات مع الشك؛ لكون الشبهة مصداقية بضم اقتضاء الأصل أيضاً وجود المانع لاعدمه. نعم لا بأس بصرفه حينئذٍ لو علم مقدار غشه، إذ المعاملة حينئذٍ تقع من الطرفين على المقدار المعلوم فيه من الذهب أو الفضة بلاغش.

* * *

وفي بعض النصوص أيضاً نفي البأس عن صرفه إذا بين مقدار حمله من النحاس أو أصل حمله^(٣)، وإلى ذلك أيضاً نظر المصنف في قوله: (وإلا) أي وإن لم تكن معلومة الصرف (فلا) ينفق (إلا أن يبين حالها) من حيث غشه، بل مقتضى اطلاق النص السابق كفاية العلم بأصل الغش وإن لم يعلم مقداره بل، الظاهر كفاية أخبار ذي اليد به وإن لم يعين قدره إلا إذا توقف

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٤٧٢ باب ١٠ من أبواب الصرف.

(٢) وسائل الشريعة ١٢: ٤٧٤ حديث ٩ باب ١٠ من أبواب الصرف.

(٣) وسائل الشريعة ١٢: ٤٧٢ باب ١٠ من أبواب الصرف.

التخلص عن الربا به، ولعله من جهة السيرة في الاكتفاء بقول ذي اليد في أمثال المقام ولولا بمناط اقراره على نفسه.

تنبيه: لا يخفى أن الدرهم والدنانير متعينان بالتعيين، فلا يجوز دفع غيرها ولو تساوى الأوصاف؛ لعدم تناول العقد له، ومن خرافات أبي حنيفة عدم تعيينه بالتعيين^(١)، وهو لا يستأهل ردًا.

وحينئذٍ فلو تلف الدرهم المزبور قبل القبض انفسخت المعاملة، ولو خرجت الدرهم المعينة في المعاملة من غير جنسها بطلت المعاملة، كما هو الشأن في جميع الأوصاف المقومة لحقيقة الشيء عرفًا.

وحينئذٍ ليس لطرفه المطالبة ببدله؛ لعدم شمول العقد له، ولو ظهر بعضه من غير جنسه بطلت المعاملة بالنسبة إلى البعض وله الخيار في الباقي؛ لتبعض الصفة مع جهله به. ولو كان الجنس واحداً وبه عيب كان له خيار العيب، وليس له الإبدال؛ لعدم شمول عقده له، كما هو الشأن في غيره من سائر البيوع.

وقيل: الأرض في مفروض المتن للربا، ولكن يمكن أن يقال: إن الصحيح والمعيب في باب الربا بعدما كان بحكم المتساويين فيكشف ذلك عن إلقاء الزيادة من قبل وصف الصحة عن مرحلة الربا، ولازمه إلقاء الزيادة الحاصلة من قبل جبران وصف الصحة أيضاً، وشأن الأرض ليس إلا ذلك، فلا يقاس الأرض حينئذٍ بالزيادة الحكيمة من الشرط أو الأجل.

ومن البيان المزبور ظهر وجه جواز الأرض لو تخالفا جنساً بأن يكون ذهباً بفضة، وفي لزوم كون الأرض قبل التفرق لو كان من النقدين وجه، والأوجه عدمه؛ لأنه خارج عن العوضين، بل جبران لوصفهما، ودليل القبض في المجلس

غير ظاهر الشمول له. وعن بعضهم تعيّن الأرض بعد التفرق بغير النقيدين، واستشكل فيه في اللّمة بأنّ المعترف فيه النقيدين فكيف يتعيّن غيره^(١).

ويمكن أن يقال على تسليم المقدّمة: إنّ وجه اعتبار النقيدين بملاحظة كونها معتبراً في التقويم، وهو إنّما يتمّ مع عدم المانع، وإلاّ فلا بدّ من التقويم بغيرهما؛ لفرض عدم خروج الغائب على هذا عن التقويم. والذي يسهل الخطب بطلان المقدّمة، وجه أفاد في جامع المقاصد^(٢)، ولقد أطال في الجواهر^(٣) في دفع الشبهة بما يرجع إلى ما أشرنا فراجع.

فرع: قيل بجواز بيع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم في متن عقده، بل عن الشيخ التّعديّ عن شرط الصياغة إلى غيره^(٤). ومستنده نصّ أبي الصباح الكناني قال: سألته عن الرجل يقول للصائع: صنع لي هذا الخاتم فأبدل لك درهماً طازجياً بدرهم غلّة، قال: «لا بأس»^(٥). وفي الجواهر احتمال كون الابدال شرطاً في متن عقد الاجارة للصياغة لا العكس^(٦)، ويؤيّده التفرّيع الظاهر في فرعيّة الابدال شرطاً في متن عقد الاجارة للصياغة لا العكس. ومن المحتمل كونه من باب المقاوله والمواعدة، ويحتمل نقص أحد الدرهمين عن الآخر على وجه تقع الزيادة الحكميّة في قبالة.

ومع هذه الاحتمالات لا يبقى^١ مجال رفع اليد عن القواعد بمثل هذا النصّ المجمل خصوصاً مع عدم عمل جمع من الأعاظم على وفقه، والله العالم.

* * *

(١) اللّمة: ٧٠.

(٢) جامع المقاصد ٤: ١٩٣.

(٣) الجواهر ٢٤: ٢١.

(٤) المبسوط ٢: ٩٨.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٤٨٠ حديث ١٨١ باب ١٣ من أبواب الصرف.

(٦) الجواهر ٢٤: ٣٥.

ولوباع ديناراً بدينار في الذمة، فوفيه بدينار أزيد مما وقع بدلاً، لا اشكال ظاهراً في صحة المعاملة، وكون المأخوذ وفاءً مشاعاً بينها، وأن الزيادة فيه أمانة بيده لولا دعوى كونه من باب المقبوض بعقد فاسد؛ لآنة وقاه بعنوان كونه ملكه جهلاً أو تشريعاً، فلا وجه لأمانته. نعم تصح الأمانة لو كان الموفى عالماً بالزيادة، وعنوان التملك بمقدار استحقاقه في ضمن الدينار لا تمامه، فما في الجواهر^(١) من تقوية عدم الضمان مطلقاً اشكال. وإلى المختار من الضمان أيضاً ذهب جمع من الأعاظم فراجع وتدبر.

* * *

(و) كيف كان (المصاغ من الجوهريين إن أمكن تخليصه لم يبع بأحدهما قبله، وإلا بيع بالناقص، ومع التساوي يباع بهما) بلا اشكال في الحكم الأول مع عدم نقص البدل عن كل واحد من جنسه للزوم الربا مع العلم بالزيادة وإيجاب الاحتياط فيه مع الجهل كما أشرنا سابقاً، وإلا فقتضى الأصل صحة المعاملة مع جهله بها. وظاهر المصنف عدم الجواز حتى مع العلم بالنقص في بدله، وفيه نظر؛ لعدم دليل وافي به، بل تصرف الضميمة في قبال النقص، فيكون تخلصاً من الربا كما في المقام. كما أنه لو يتمكن من التخليص يباع بالناقص حسب اعترافه.

ومع التساوي بين البدل ومجموع الجنس في المصوغ يباع بكل منهما؛ لأن الجنس في المصوغ كان ناقصاً مع الضميمة، وهو نحو تخليص عن الربا كما لا يخفى^١.

* * *

(وتراب الصياغة يتصدق به) تخلصاً عما فيه من مال الناس، ويجوز

بيعه أيضاً بكل واحد من الجنسين مع العلم بتساوي الآخر إذا كان من جنس واحد أو من الجنسين؛ لاستلزام نقص الجنس في التراب مع الصميمة، فلاضير. نعم مع تساوي الجنس في البدلين واشتمال التراب على الزائد لا يجوز لكونه من الربا، كما لا يخفى^١.

(ويجوز أن يقرضه) أي تراب الصياغة، بل وغيره من الدرهم والدينار، (ويشترط الاقباض بأرض آخر) بلاشكال ظاهراً. والأصل فيه ما في نص اسماعيل بن جابر، قلت لأبي جعفر عليه السلام: يدفع إلى الرجل الدراهم فاشترط عليه أن يدفعها بأرض آخر سوداً بوزنها، قال: «(لأبأس)»^(١). وبه يُخصّص مادلاً على بطلان شرط ما يجزّ نفعاً في باب القرض، بل وفي النص أيضاً نفي البأس بأسلاف الورق مع الشرط بانقاده في أرض أخرى^(٢)، فيتعدى منه إلى البيع مطلقاً أيضاً، فيخرج مثل هذا الشرط من الشرط المبطل للمعاملة في الربويات؛ لمحض كونه بمعنى الزيادة الحكيمة.

نعم قد يستشكل في باب القرض بعد صراحة النصوص المزبورة فيه. وغاية الأمر شمول اطلاق بعضها له، وحينئذ تكون النسبة بينه وبين مادلاً على بطلان القرض بشرط ما يجزّ النفع عموماً من وجه. ولا ترجيح للأخير، فالأصل يقتضي الفساد.

وفيه أن المرجع حينئذٍ عمومات الباب؛ لكون الشبهة حكيمية، كما لا يخفى^١. (و) لقد تقدّم في طي المباحث السابقة أيضاً نفي البأس في (أن يشتري درهماً بدرهم ويشترط صياغة خاتم)، وتقدّم منّا أيضاً أنه (على اشكال) فيه (و) أنه على فرض القول به (لا ينسحب على غيره) فراجع.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٤٨١ حديث ٥ باب ١٤ من أبواب الصرف.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٤٨٠ حديث ١ باب ١٤ من أبواب الصرف.

(الفصل العاشر)

(في بيع الثمار)

جمع الثمرة، والظاهر شمولها لثمرة النخل والعنب والفواكه، ويلحق بها الخضرة على ما استعرف حكمها في طي البحث عن الأثمار والفواكه. وكيف كان (لا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها) عاماً، وفي التذكرة اجماعاً عند عدم الضميمة^(١)، وحكى الاجماع في الجواهر أيضاً^(٢).

ويدلّ عليه مضافاً إلى الغرر، وأنه بمنزلة بيع الملاقيح، ماورد من العامة من النصّ بأنّه: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى تزهي»^(٣)، مفسراً ذلك بالاحمرار والاصفرار،

وأيضاً ما عن الخاصة عن الصادق عليه السلام، وفيه تفسير الزهر بقوله: «حتى يتلون»^(٤)، وفي نص آخر قال: «لاحتى يشمر ويأمن ثمرتها»^(٥)، وفي ثالث: «حتى يطعم»^(٦). ومثل هذه النصوص مطبقة في اطلاق نفي الجواز

(١) التذكرة ١: ٥٠٢.

(٢) الجواهر ٢٤: ٥٦.

(٣) الموطأ ٢: ٦١٨ حديث ١١، ترتيب مسند الشافعي ٢: ١٤٨ حديث ٥٠٩، السنن المأثورة: ٢٥٢

حديث ٢٠١-٢٠٢، سنن النسائي ٧: ٢٦٤، السنن الكبرى ٥: ٣٠.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤ حديث ٥ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٥ حديث ١٢ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٥ حديث ١٠ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

لقبل الظهور، بل في صحيح الحلبي: «وإن لم يتبين فلا تستأجر»^(١)، بل ومفهوم صحيح يعقوب من قوله: «فادرك بعضها فلا بأس»^(٢).

ولكن في قبال ذلك تارة بقوله: «يكره شراء النخل قبل أن تطلع ثمرة السنة»^(٣)، وفي آخر: «إنما يكره شراء سنة واحدة قبل أن يطلع»^(٤)، وفي نص آخر ما هو أوضح من ذلك في الجواز، بل مؤيد حمل الكراهة فيها على الكراهة المصطلحة، لا بمعنى الكراهة في باب الربا المحمولة على الحرمة بقرينة قوله: «إنّ علياً لا يكره الحلال»^(٥)، وهو ما في نص ابن مسلم من قوله: «فلا تشتروا النخل العام حتى تطلع فيه الشيء»، ولم يحرمه^(٦)، إذ ذيله قرينة حمل النهي على الكراهة، ويشهد حينئذٍ على حمل الكراهة في النصوص الأخرى أيضاً على معناه المصطلح.

ومثل هذه النصوص دعى في الحقائق^(٧) إلى ذهابه إلى صحة البيع، وحكى القول به عن الأردبيلي والخراساني.

ولكن يوهن ذلك وهن سند الأخير بذهاب المشهور إلى خلافه، مع أنّ قوله: «لم يحرمه، من الراوي، ولعله مستنداً إلى خطأ فهمه في عدم تحريمه بزعمه القرائن عليه، لا أنّه حاكٍ عن نصّه، وفرق بين الجهتين، وما هو حجة هو الأخير لا الأوّل.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٨ حديث ٤ باب ٢ من أبواب بيع الثمار.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٧ حديث ١ باب ٢ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤ حديث ٨ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤ حديث ٨ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٧ حديث ١ باب ١٥ من أبواب الربا.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٢ حديث ١ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٧) الحقائق ١٩: ٣٢٩.

وعليه فلا شهادة فيه أيضاً لحمل النصوص السابقة على الكراهة المصطلحة، فلا أقل من اجمالها، لمنع ظهورها في المصطلح في الصدر الأول، خصوصاً مع تعارف التعبير عن الحرمة بالكراهة في باب الربا.

فإذن لا شهادة في مثلها قبال اطلاق النصوص السابقة.

وتوهم أنّ المجوّز للبيع قبل بدوّ الصلاح - كما يأتي - موجب لحملها على الكراهة، فلا تبقى دلالتها على الحرمة في المورد، مدفوع بأنه على فرض قيام النص على الجواز قبل بدوّ الصلاح إنّما يوجب رفع اليد عن اطلاق الحرمة لأصله.

وإنّما النكتة فيه أنّ القرائن المنفصلة لا توجب كسر صولة الظهور في غيرها، وإنّما ترفع بها اليد عن حجّيتها، فهي على ظهورها في الحرمة إلى حين بدوّ الصلاح - باقية، فترفع اليد بالنصّ المجوّز على فرضه بالنسبة إلى بعد ظهور الثمرة، ويبقى بالنسبة إلى قبل ذلك بحاله، مضافاً إلى كفاية صحيح يعقوب والحلي السابقين في المدعى كما لا يخفى.

* * *

هذا كلّه لولم يكن في البين ضميمة، وأمّا مع الضميمة فذلك تارة يكون أصولها، أو شيء آخر، أو ثمرة سنة أخرى.

وعلى أيّ حال فالكلام تاره في ضميمة غير السنة، وأخرى فيها. فعلى الأول: فتارة يكون البيع وارداً على الضميمة وإن نقل ثمرة هذه السنة قبل ظهوره منقول تبعاً محضاً فالظاهر عدم الاشكال في صحته؛ لعدم اضرار الجهل فيه، ولا قصور للعمومات حينئذٍ في شموله. وإليه أيضاً ذهب العلامة في تذكرته^(١)، ومال إليه في الجواهر أيضاً^(٢)، حيث وجّه النص^(٣) المشتمل على

(١) التذكرة ٥٠٢/١.

(٢) الجواهر ٢٤: ٥٩.

(٣) وسائل الشريعة ١٣: ٩ حديث ١ باب ٣ من أبواب بيع الثمار.

الجواز مع الضميمة بذلك . ولكن اطلاق النص يأبى عن ذلك ، فيدل على الصحة مع عدم التبعية الضميمة أيضاً .

وحينئذٍ الأولى طرحه سنداً ؛ لاعراض المشهور عنه ، خلافاً للحدائق حيث أخذ بمضمونه وافتي^١ بخلاف ما عليه الأصحاب^(١) .

ومنه يظهر بطلان شرطه في متن العقد؛ لأنَّ غررية الشرط مضرّ بالبيع ، فيكون مفسداً وإن قلنا بعدم مضرية الشرط في غيره ، نعم لا بأس بمثل هذا الشرط في ضمن عقد المصالحة . وفي صحة المصالحة عليه مستقلاً أيضاً وجه ؛ لعدم اقتضائه ملكاً فعلياً ولا تضرب به الجهالة ، ما لم يخرج عن العقود العقلائية كما لا يخفى .

هذا ثم إنَّ ذلك أيضاً في ضميمة غير السنة ، وأمّا فيها فتارة تكون السنة الأخرى سابقة ثمرتها موجودة ، وأخرى لاحقه ، أو سابقة غير موجود ثمرتها . فعلى الأول ففي التذكرة صحَّ اجماعاً^(٢) .

أقول : ما افاد أنما يتم في فرض كون السنة السابقة مقصودة بالاصالة ، والا فلو كان المقصود بالبيع هي السنة اللاحقة ، فاطلاق كلماتهم في عدم الجواز شاملة لذلك ، وتوهم الانصراف في الضميمة الى السنة اللاحقة منظور فيه ، فلا يبقی دعوى الاجماع في مثله على الاطلاق ، وانما يتم في الصورة الأولى ، والكلمات ايضاً تساعد ، مضافاً الى نص ربعي الآتي المشتمل على قوله : «فيه شيءٌ من الخضر»^(٣) .

* * *

(١) الحدائق ١٩ : ٣٣٠ .

(٢) التذكرة ١ : ٥٠٢ .

(٣) وسائل الشيعة ١٣ : ٣ حديث ٤ باب ١ من أبواب بيع الثمار .

وكيف كان في غير هذا الفرض المشهور على عدم الجواز خلافاً للحدائق^(١)، وفي التذكرة أيضاً مال إلى جوازه أولاً وإن قوى أخيراً المنع^(٢) عكس ما في الجواهر^(٣).

وعمدة السند لهم ما في جملة من النصوص: مثل صحيح يعقوب المشتمل على قوله: «كان أبي يكره شراء النخل قبل أن تطلع ثمرة السنة، ولكن السنتين والثلاث كان يقول: إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى»^(٤).

ونظيره من حيث التعليل ما في صحيحة الحلبي^(٥)، وما في صحيح علي بن جعفر^(٦).

وأما صحيح سليمان^(٧)، وصحيح ربعي^(٨)، وخبر أبي بصير^(٩) فهي منطرفة عن محل الفرض، وظاهرة في صورة بدو الصلاح؛ لاشتغالها على قوله: «يطعم» تارة، وقوله: «حتى يثمر وتأمين ثمرتها» أخرى.

وفي صحيح ربعي وإن كان صدره مطلقاً يشتمل المقام ولكن ذيله من قوله: «فقال صلى الله عليه وآله: لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها» يصلح للقرينة، بحيث يمنع صدره عن إطلاقه. فاستدلال صاحب الحدائق^(١٠) بمثل

(١) الحدائق ١٩: ٣٣١.

(٢) التذكرة ١: ٥٠٢.

(٣) الجواهر ٢٤: ٦٢.

(٤) وسائل الشريعة ١٣: ٤ حديث ٨: باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٥) وسائل الشريعة ١٣: ٣ حديث ٢: باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٦) وسائل الشريعة ١٣: ٧ حديث ٢١: باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٧) وسائل الشريعة ١٣: ٥ حديث ٩: باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٨) وسائل الشريعة ١٣: ٣ حديث ٤: باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٩) وسائل الشريعة ١٣: ٥ حديث ١٠: باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(١٠) الحدائق ١٩: ٣٢٩.

هذه النصوص أيضاً موهون. والأولى الاقتصاد في السند بالنصوص السابقة الشاملة، خصوصاً بملاحظة التعليل للمقام كما لا يخفى^١.

وفي قبال هذه النصوص ما في خبر أبي ربيع الشامي المشتمل ذيله بقوله: «وإذا بيع سنتين أو ثلاث فلا بأس ببيعه بعد أن يكون شيء من الخضرة»^(١)، إذ المفهوم نفي الجواز مع عدمه.

وحكى في الحدائق^(٢) مفهوم خبر آخر عن أبي بصير على طبقه.

ولكن الانصاف أنه لولا وهن النصوص المجوزة باعراض المشهور لا تصلح المفاهيم للمعارضة، إذ على فرض المفهوم، والاعراض عن ضعف مفهوم الوصف، كانت النصوص المجوزة قرينة حملها على الكراهة.

وتوهم أن طرح المجوزة غير كافٍ في البطلان، بعد ضعف دلالة المانعة بمفهومها، إذ القواعد مقتضية لصحتها، مدفوع بأنه كذلك لولا عموم قاعدة الغرر الجارية في مطلق بيع الثمار، بل قاعدة عدم تملك المعلوم، فإن هذه مقتضية للفساد بحيث تحتاج الصحة إلى دليل محكم.

ومع اعراض المشهور عن الصحاح والصرح المزبورة، كيف يبقى مجال الأخذ باسنادها، خصوصاً مع اقوائيتها عن الأدلة المانعة دلالة، والمسألة انصافاً من تلك الجهة في غاية الاشكال.

ثم إن ذلك كله حكم قبل ظهور الثمرة بفروضها، وعرفت أن المشهور وتبعهم المصنف على عدم جواز بيعه بجميع فروضه، ولكن نحن استشكلنا في فرض ضميمة ثمرة سنة أخرى، فراجع.

* * *

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٤ حديث ٧ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٢) الحدائق ١٩: ٣٣٦.

بقي الكلام في صورة ظهور الثمرة قبل بدو صلاحها، (و) الذي ذهب إليه المصنف أنه (يجوز) البيع (بعده) يعني بعد الظهور (وإن لم يبد صلاحها بشرط القطع أو مع الضميمة أو عامين).

أما الشرط الأول في التذكرة: أنه يصح البيع معه إجماعاً، واستدل عليه بأن مع شرط القطع يظهر أن غرض المشتري هو الحصرم والثلج وأنه حاصل^(١). هذا. ولكن لا يخفى أن مرتبة ظهور الثمرة ربما يلزم الانتفاع به عند العقلاء من مثل المتعارف من الحصرم وغيره، وحينئذٍ شرط قطعه ربما يوجب خروج البيع عن كونه عقلاً، فلا يحصى في عقلايته من بلوغ الثمر إلى حد بدو صلاحه وإن لم يبلغ إلى حد الاصفرار في الثمر أو احمراره؛ لأن مرجع بدو صلاحه إلى وصوله إلى حد يأمن من الآفة، وهو يحصل بأقل من هذه المرتبة.

وحينئذٍ فاشكال الحدائق^(٢) في اطلاق مصححية شرط القطع للبيع بعد الظهور في محله، وإلى ما ذكرنا أيضاً أشار في الجواهر في قوله: لا اشكال عندهم في الجواز بشرط القطع حيث لا تكون المعاملة سفهية^(٣).

ولو شرط التبقيّة فإن كان مرجع شرطه إلى شرط كونه ثمرة كاملة، فهو شرط غير مقدور، بل يكون غررياً مبطلاً للمعاملة، فيدخل مثله في اطلاق كلمات من لم يجوز بلا شروط ثلاثة، بل ربما يلتزم بالبطان فيه من التزم بالصحة في الفاقد عن الشروط؛ لأن صحته بلا شرط غرري زائد عن الغرر اللازم في أصل معاملة الثمار المستثناة عن عمومات الغرر لا يلزم مع الصحة في الشروط بمثل هذا الشرط الغرري الزائد.

(١) التذكرة ١: ٥٠٢.

(٢) الحدائق ١٩: ٣٣٥.

(٣) الجواهر ٢٤: ٦٦.

وإن كان مرجع شرطه إلى كون المبيع الثمرة الموجودة، غاية الأمر بشرط بقاءه في محلّه إلى وقت كذا، فلا قصور في صحته ولا غرر في شرطه مع تعيين وقت بقاءه. ولعلّه يكفي فيه أيضاً فحوى ما دلّ على بيع بشرط التبقية، وإلى ذلك أيضاً نظر العلامة في مصيره إلى الجواز في تذكرته^(١).

* * *

وأما الثاني من الشروط فالذي يظهر من كلماتهم جواز بيعه مع الشرط المزبور، وربّما يوصى إليه نصّ سماعة الوارد في البيع قبل ظهور الثمرة^(٢)، بناءً على استفادة ما بعده بالفحوى. وحينئذٍ طرح أصله ومنطوقه بالعمومات لا يقتضي طرح فحواه، ولكن لا يخفى أنّ ذلك إنّما يتم لو كان ذلك من باب الجمع الدلالي، وليس كذلك، إذ ليس في قبالة ما هو أظهر منه دلالة، فلا يكون طرحه إلّا من باب وهن سنده باعراض المشهور.

نعم قد تستفاد صحة الضمائم المخصوصة، مثل ما لو أدرك بعض ثمرة البستان، حيث أن بناءهم على جواز بيعها أجمع، وورد النصّ فيه أيضاً بهذا المضمون^(٣) كما سيأتي الكلام فيه. ولكن لا مجال للتعدّي منها إلى غيرها، ولذا سيجيء اشكال جمع في التعدي إلى ثمرة بستان آخر. وعليه فلا يبقى مجال الالتزام باطلاق صحّة الضميمة لولا اطلاق معاهد الاجاعات. وفيه مع اشكال جمع في ضمّ ثمرة بستان آخر نظر جداً، وتوهم الفرق بين الضميمة بين ثمرة بستان آخر وغيره، بدعوى انعقاد الاجماع في الأخير دون الأول منظور فيه. وحينئذٍ لا يبقى وثوق بمثل هذا الاجماع فتدبر.

* * *

(١) التذكرة ١: ٥٠٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٩ حديث ١ باب ٣ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٧ حديث ١ باب ٢ من أبواب بيع الثمار.

وأما الشرط الثالث وهو بيعه عامين فالظاهر تسلم الجواز من كلماتهم، ويدل عليه أيضاً قوله في نص أبي الربيع المتقدمة من قوله: «وإذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة»^(١).

وقد يتوهم الاستدلال أيضاً ببعض المطلقات المشتملة على شراء أزيد من السنة قبل أن يبلغ، حيث أن إطلاقها يشمل صورة ظهورها قبل البلوغ إلى حد الأمن من الآفة أو الاحمرار والاصفرار.

ولكن لا يخفى أنّ التعليل في مثلها من قوله: «إن لم يخرج في هذه السنة يخرج من قابل»^(٢) يوجب قوة إطلاقها لقبل الظهور أيضاً، على وجه لا يبقى مجال تقييدها بعد الظهور وقبل البلوغ إلى الحد المزبور الذي هو مورد الكلام، فلا يحصى حينئذٍ إقاماً من الأخذ باطلاقه، أو طرح سنده رأساً، فلا شهادة حينئذٍ فيه مع تعيين الطرح سنداً كما هو المشهور عند المعرضين عن إطلاقه وإن استشكلنا فيه سابقاً.

اللهم [إلا] أن يقال: إن طرح صدر الرواية المشتملة على التعليل غير ملازم لطرح ذيلها، فيؤخذ باطلاق الذيل بعد تقييده بعد الظهور بقرينة مفهوم الرواية السابقة أو للاجماعات المحكية، فتدبر.

* * *

وكيف كان (ولو فقد الجميع فقولان:) فعن جمع من القدماء، وعن العلامة أيضاً في بعض كتبه على المحكي أنه لا يصحّ وعن الغنية^(٣) والمبسوط^(٤) دعوى الاجماع عليه.

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٤ حديث ٧ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ٧ حديث ٢١ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٣) الغنية (ضمن الجوامع الفقهية): ٥٢٥.

(٤) المبسوط ٢: ١١٣.

وعن جملة من المتأخرين بل وعن العلامة في جملة من كتبه أنه يكره^(١)، واختاره في الجواهر أيضاً^(٢)، وحكى قول ثالث بأنه مراعى بالسلامة وعدمها، وأرجعه في الجواهر إلى القول الثاني وأن ذلك من باب قاعدة تلف المبيع قبل القبض الملتزم به القائل بالجواز مع الكراهة أيضاً^(٣).

وعلى أي حال منشأ الخلاف بينهم اختلاف اخبار الباب^(٤)، ففي جملة منها النهي عن بيع سنة حتى يبلغ تارة، وحتى يزهر أخرى، وحتى يطعم ثالثة، وحتى يبدو صلاحه رابعة، وحتى يثمر وتأمين ثمرتها خامسة. وفي بعض النصوص اذا كان له في تلك الأرض بيع له غلة قد ادركت فبيع ذلك كله حلال^(٥)، حيث علق حلية البيع على الادراك.

والظاهر أنّ هذه العناوين كلها منصرفة عن مطلق الظهور، ففاهيمها دالة على عدم الجواز بمجرد الظهور.

وفي قبالتها بعض النصوص المشتمة على عنوان الثمرة المسماة فتهلك إلى أن قال بعد الخاصمة نهاهم عن ذلك حتى يبلغ الثمرة ولم يحرمه، ولكن فعّل ذلك لأجل خصومهم. وظاهر الذيل أنّ النهي لمحض السياسة صادر من قبله ولاية لمحض دفع الخصومة لأنّه نهى شرعي إلهي، ولا يمكن أن يكون نهيه لمحض الكراهة الشرعية، إذ هو لا يناسب كونه لمحض رفع الخصومة الحادثة.

وعلى أي حال هو صريح في عدم حرمة شرعاً كما لا يخفى.
ونظيره ما في رواية أخرى من ظهور نهى النبي صلى الله عليه وآله لمحض

(١) التذكرة ١: ٥٠٢.

(٢) الجواهر ٢٤: ٦٤.

(٣) الجواهر ٢٤: ٦٤.

(٤) وسائل الشريعة ١٣: ٣ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٥) وسائل الشريعة ١٣: ٨ حديث ٢ باب ٢ من أبواب بيع الثمار.

قطع الخصومة^(١).

ولا يخفى أن مقتضى الجمع بين ذلك وبين النصوص السابقة هو الحمل على الكراهة، ولا يضّر إطلاق الذيل لقبل الظهور أيضاً، مع أنه لا يقال بالرخصة خلافاً للحدائق^(٢)؛ لأن الصدر في نص الهلاك صريح في الثمرة الموجودة، ومع ذلك لا يبقى مجال إطلاق لذيله كي يصير في زمرة بقية المطلقات الشاملة لقبل الظهور أيضاً، فيستشكل فيها باعراض المشهور الموهن لاسنادها، وهذا هو الفارق بين المقام والمسألة السابقة.

وعلى أي حال ظهر من فحاوى النصوص السابقة، بل ومن مناطق جملة منها^(٣) جواز البيع مطلقاً في صورة بلوغ الثمر إلى حين المأمونية من الآفة الذي ربّما يتقدم على زمان الاحمرار في الثمر واصفراره، كما يظهر ذلك من جملة من النصوص المشتملة على ذهاب العاهة والأمن من الآفة أو استبانة البسر من الشيس^(٤).

وبذلك يحمل ما اشتمل على عدم الجواز إلى أن يزهو مفسراً له بالاحمرار والاصفرار على مراتب الكراهة، نعم اذا بلغت الثمرة إلى حين الاحمرار والاصفرار جاز البيع مطلقاً بلا شرط من الشروط السابقة، وبلا كراهة اجماعاً ونصاً كما لا يخفى.

* * *

(ولو أدرك بعض البستان جاز بيع الجميع) مع وحدة البستان بلا اشكال فتوى ونصاً؛ لصحيح يعقوب المشتمل على قوله: «فأدرك بعضه في

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٣ حديث ٢ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٢) الحدائق ١٩: ٣٣٣.

(٣) وسائل الشريعة ١٣: ٥ حديث ١٢ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

(٤) وسائل الشريعة ١٣: ٦ حديث ١٧ باب ١ من أبواب بيع الثمار.

الثمار المختلفة فلابأس ببيعها»^(١)، وفي آخر: «إذا تبين لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر»^(٢). وإطلاق الأخير وصريح الأول يشتمل صورة اختلاف الثمار.

وما في موثقة عمار من اشتراط وحدة النوع^(٣) مرمي بالضعف؛ لاعراض الأصحاب عنه، مع امكان الحمل على نحو من الرجحان بقريضة النصوص السابقة.

نعم ظاهر جملة من هذه النصوص صورة وحدة البستان. نعم في صحيح الحلبي يقبل الثمار، وفي المرسلة: إذا كان في تلك الأرض بيع له غلة قد أدركت فبيع، كله حلال، بناء على حمل بيع كله ببيع كل ما في الأراضي. فإطلاق الأول وظهور الثاني يشمل الأراضي المتعددة.

وإلى مثل ذلك نظر جملة من الأساطين في مصيرهم الى جوازه، خلافاً لجملة أخرى: نظراً إلى ضعف دلالة الأخيرين؛ لوجود المتيقن في مقام التخاطب المانع عن الإطلاق. فلا محيص من المصير إلى أصالة الفساد في كلية معاملة الثمار للغرر.

والمسألة إنصافاً لا تخلو عن اشكال وإن صار في الجواهر إلى الجواز^(٤) للمرسلة المزبورة، ولكن الانصاف عدم قوة دلالة المرسلة على حد يوجب رفع اليد عن قواعد الفساد، لاحتماله حمل كله على جميع ثمار الأرض المزبور لا ثمار بقية الأراضي، فتدبر.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٧ حديث ١ باب ٢ من أبواب بيع الثمار.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٨ حديث ٤ باب ٢ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٨ حديث ٥ باب ٢ من أبواب بيع الثمار.

(٤) جواهر الكلام ٢٤: ٧١.

والمسألة انصافاً لا تخلو عن اشكال، ولذا قال المحقق: فيه تردد^(١)، ولكن المصنف اختار الجواز حيث قال: (وكذا يجوز بيع البساتين إذا أدرك أحدهما)، وفيه تأمل.

وكيف كان نقول: إنّ عناوين النصوص والكلمات غالباً مطلق الثمار الشاملة للنخل وسائر الأشجار، وحينئذٍ ربّما يجيء في الجميع التفصيل السابق من عدم الجواز سنة قبل الظهور، وكذا مع الضميمة، وعلى اشكال في السنتين، والجواز على كراهة بعد الظهور بلا شروط ثلاثة على اشكال فيه أيضاً، والجواز بشرط القطع على التفصيل السابق، وبشرط الضميمة على التفصيل السابق وفي السنتين، ومع الكراهة الضعيفة مع البلوغ إلى حدّ الأمن من الآفة وبلا كراهة مطلقاً إن بلغ إلى حدّ بدو صلاحه المحدد في العنب ببلوغه حصراً، وفي غيره بخروجه عن ورود، وربّما يطابق مرتبة بدو الصلاح في سائر الأثمار إلى حدّ الأمن من الآفة. فراجع النصوص الواردة في الباب ترى ما ذكرناه حقيقة بالقبول فإنه الغاية المأمول.

* * *

(و) كذا (يجوز بيع الثمرة في أكمامها) بلا خلاف؛ للاطلاقات، وفي التذكرة دعوى الاجماع عليه^(٢). وتوهم احتمال الفساد مدفوع بأصل السلامة. ويجوز أيضاً بيع السنبل بعد الظهور وانعقاده الذي هو بدو صلاحه مطلقاً، وفي جواز بيعه بعد الظهور وقبل بدو الصلاح لا بشرط القطع ربّما يجيء فيه الاشكال في سائر الأثمار؛ لوحدة المناط. وفي التذكرة أفتى بجواز بيعه أيضاً مطلقاً^(٣)، وفي الجواهر: لا يجوز شراؤه قبل الظهور وانعقاده الذي هو بدو

(١) شرائع الاسلام ٢: ٥٢.

(٢) التذكرة ١: ٥٠٤.

(٣) التذكرة ١: ٥٠٥.

صلاحه، ويجوز بعده^(١).

وفي دلالة على عدم الجواز قبل الانعقاد وبعد الظهور تأمل، مع أنه أفاد الأثمار بالجواز بعد الظهور وقبل بدو الصلاح على كراهة، والظاهر جريان المناط في المقام أيضاً. نعم مع التشكيك فيه أصالة عدم الجواز في مثل هذه البيوع التي بطبيعتها غررية جارية، ولازمه المصير إلى عدم الجواز، ولكن عمدة الكلام في عدم جريان مناط باب الثمار في المقام، والمسألة من هذه الجهة في غاية الاشكال.

وأما مع شرط القطع فالظاهر أيضاً جريان ما ذكرنا من التفصيل فيه في الثمار في المقام أيضاً وإن كان الأصل المزبور أيضاً يساعد على عدم الجواز لولا تسرية الحكم من الثمار إلى المقام.

* * *

(و) يجوز بيع (الزرع قائماً وحصيداً وقصيلاً)، أي مشروطاً قطعه، سواء بلغ أو أن قصله أو لم يبلغ، عيّن مدة لبقائه أو أطلق، بلا خلاف ظاهراً - كما في الجواهر^(٢) - إلا عن الصدوق في مصيره إلى المنع، إلا أن يكون سنبلًا أو قصد قطعه^(٣).

والأصل فيه نصوص مستفيضة: ففي نص الحلبي: «لابأس بأن تشتري زرعاً أخضرًا ثم تتركه حتى تحصده إن شئت أن تعلّقه قبل أن يستنبل وهو حشيش»^(٤).

وقال: «لابأس أن تشتري زرعاً قد سنبل بمنطة»^(٥).

(١) والجواهر ٢٤: ٧٧.

(٢) المقنع (ضمن الجوامع الفقهية): ٣٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠ حديث ١ باب ١١ من أبواب بيع الثمار.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢ حديث ١ باب ١٢ من أبواب بيع الثمار.

وفي آخر: أيجلّ شراء الزرع الأخضر؟ قال: «نعم لا بأس به»^(١).
 وفي نص حريز مثل ما عن الحلبي، وفي ذيله: «فإذا سنبل فلا تغلفه رأساً - يعني دابة - فإنه فساد»^(٢).
 وفي نص زرارة نفي البأس عن شراء الحشيش إن شاء أعفاه وإن شاء تربص به^(٣).
 وفي نص سليمان نظيره^(٤).
 وفي نص معاوية بن عمار: «لا يشتري الزرع ما لم يستنبل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك»^(٥).
 وفي نص أبي بصير: أشتري زرعه قبل أن يستنبل؟ قال: «لا إلا أن تشتره لقصيل»^(٦)، وهذه الرواية شاهد الصدق، ولكن لا تقاوم البقية؛ لا مكان حملها على الكراهة، بل الاعراض عنها موهنها، فلا شهادة فيه على الكراهة الشرعية أيضاً ولذا لم يظهر من الأصحاب أيضاً ذلك.
 وكيف كان اطلاق حمله منها وافي لإتيان المدعي.
 نعم قد يقع الكلام في صورة اطلاق العقد من حيث شرط التبقية، والقطع، مع فرض عدم اقتضاء العادة أيضاً أحدهما، كي يصير موجباً لانصراف العقد الذي هو بمنزلة شرطها، فإن قاعدة سلطنة الناس على تفريع ماله عن مال الغير، وعدم سلطنة صاحب الزرع عن التبقية ولو بأجرة فضلاً عن المجان.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠ حديث ٢ باب ١١ من أبواب بيع الثمار.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠ حديث ٣ باب ١١ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢ حديث ٩ باب ١١ من أبواب بيع الثمار.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢١ حديث ٦ باب ١١ من أبواب بيع الثمار.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٢١ حديث ٥ باب ١١ من أبواب بيع الثمار.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢ حديث ١٠ باب ١١ من أبواب بيع الثمار.

نعم مع شرط التبقية له ذلك ، كما أنه مع شرط القطع لا اشكال أيضاً أنه ليس له . فتمام الكلام في صورة الاطلاق حيث ما عرفت أن القاعدة تقتضي كونه مثل صورة شرط القطع ، والحال أن الكلمات كما في الجواهر^(١) ، بل وصريح الرياض^(٢) أن للمشتري ابقاء زرعه وعلى البائع الصبر إلى زمان البلوغ ، بل ذلك ظاهر جملة من النصوص حيث قال : «إن شئت تركته حتى تحصد»^(٣) إذ المنساق منها أن للمشتري السلطنة على ابقاء زرعه إلى أوان الحصاد حتى مع عدم رضاء البائع المالك للأرض ، بل مقتضى اطلاقها أيضاً الإبقاء مجاناً .

ولكن في موثقة سماعة قوله : «وإلاّ - أي وإن لم يشترط على الزارع الخراج - فلا ينبغي له أن يتركه حتى يكون سنبلاً ، فإن فعل فعليه طسقه»^(٤) . وظاهره كون المقام على طبق ما ذكرنا من القواعد ؛ بناء على حمل «لا ينبغي» على الحرمة بشرط عدم رضاء المالك ، ولكن في الجواهر والرياض حمل «لا ينبغي» على الكراهة ، وأما ذيله فحمول على الوجوب . ويومئ كلام الجواهر أيضاً إلى ذلك ، حيث التزم بنديّة الطسق على المشتري في صورة اشتراطه على العالج بمعنى الزارع^(٥) ، ويمثله أمكن تقييد بقيّة الاطلاقات على فرض كونها في مقام البيان من هذه الجهة .

وعليه فما هو خلاف القواعد هو السلطنة على الإبقاء بلا شرط ، وأما كون الطسق عليه فهو أيضاً على وفق القواعد ، فإن مجرد استحقاق المشتري على

(١) الجواهر ٢٤ : ٧٧ .

(٢) رياض المسائل ١ : ٥٥٥ .

(٣) وسائل الشيعة ١٣ : ٢٠ باب ١١ من أبواب بيع الثمار .

(٤) وسائل الشيعة ١٣ : ٢١ حديث ٧ باب ١١ من أبواب بيع الثمار .

(٥) الجواهر ٢٤ : ١١٨ .

إبقاء الزرع لا يقتضي هتك احترام مال الغير في منعه عن مالية منافعه، فلاموجب حينئذٍ لرفع اليد عن هذه القاعدة بمحض رفع اليد عن القاعدة الأخرى، إذ النصّ والفتوى وافية على خلاف الثانية، وغير وافية على خلاف الأولى؛ لمنع الاطلاق في الكلمات من تلك الجهة كالنصوص، علاوة على صريح موثقة سماعة السابقة كما لا يخفى^١.

ومن هذا البيان ظهر أنّ ما أفاده المصنّف من قوله (وعلى المشتري قطعه، فإن تركه طالبه البائع بأجرة الأرض مدّة التبقية للبائع قطعه)، راجع إلى قوله: (أو قصيلاً)، لا إلى تمام كلامه السابق.

* * *

(ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لُقطة ولقطات) معيّنة معلومة العدد، فراراً عن الغرر الزائد عما أخذ في طبع المعاملة. والأصل فيه فحوى ما في الموثق عن سماعة: سألته عن ورق الشجرة هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربعة خرطات؟ فقال: «إذا رأيت الورق في شجرة فاشتر منه فإن شئت من خرطة»^(١). ظاهره جواز الشراء من خرطة إلى الفوق لاتعيين خصوصها، ومفهومه عدم الجواز مع عدم ظهور الخضر، واطلاقه يشمل مطلق الظهور وإن لم يتناهى عظمتها، وعلى عقدي المسألة كلمة الأصحاب، وما يوهم من الاطلاق في نصّ معاوية^(٢) لا بدّ من تقييده بالمفهوم السابق كما لا يخفى^١.

هذا ثم إنّ ذلك فيما كان من الخضر بارزه كالباذنجان وأمثاله، وأما المستور منها مثل الجزر والثوم وأمثالهما ففي جواز بيعها منفردة اشكال؛ لكونه مجهولاً زائداً عما هو لازم كلية بيع الثمار وغيرها. نعم لا بأس بصلحه؛ لاعتقاد الجهالة فيه.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٠ حديث ٢ باب ٤ من أبواب بيع الثمار.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٠ حديث ٣ باب ٤ من أبواب بيع الثمار.

كما أنّ في صحّة بيعها مع الضميمة بنحو التبعية في الضميمة اشكال تقدّم في بيع الثمار قبل ظهورها، نعم لا بأس بنقلها تبعاً للمعلوم لابنحو الشرط في ضمن البيع، كي يوجب سرية غرره إلى البيع أيضاً.

* * *

(وما يُجْز) كالرطبة والبقول، (أو يخرط) كالحناء والتوت يجوز أيضاً بيعه (جزء أو جزات، وخرطة أو خرطات). ويدلّ عليه أيضاً ما في الوثيقة السابقة، وبعد تقييد رواية معاوية به تصريح تلك أيضاً شاهد المدعى. وظاهرهما جواز الخرطات المدومة إذا انضمت بالموجود، وأمّا لو استعملت بالبيع فلا يجوز؛ لأنه معدوم، نظير بيع الثمرة قبل ظهورها.

* * *

(ويجوز أن يستثنى حصة مشاعة، أو نخلاً) بعينها، (أو شجراً معيّناً، أو أرتالاً معلومة) بلا اشكال نصاً وفتوى مع عدم الجهل والمستثنى منه، وإلاّ فهو باطل؛ للغرر.

وفي الصحيح في الرجل يبيع الثمرة ثم يستثنى كيلاً وتمرّاً، قال: «لا بأس به»^(١)، مضافاً إلى الاطلاقات الشاملة لصورة الاستثناء المزبور أيضاً، وبها يتمسك لاستثناء النخل وغيره.

(فإن خاست) الثمرة حينئذٍ (سقط من الثنيا بحسابه) إذا كانت مشاعة، أو كان المستثنى أرتالاً بنحو الكلي في المعين.

ولا اشكال في الصورة الأولى؛ لأنه من لوازم الاشاعة، وإنما الكلام في الآخر، فإن بناءهم في بيع الكلي في المعين على أن الباقي بعد تلف الصبرة بمقدار المبيع للمشتري، وبه ميّز وأبيح الكلّي المزبور عن الحصّة المشاعة، ومع

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٢٦ حديث ١ باب ١٥ من أبواب بيع الثمار.

ذلك بنوا في المقام على اجراء حكم الاشاعة عل فرض استثناء الارطال .
 فيبقى حينئذ سؤال الفارق بين المسألتين، ولقد حققنا وجه الفرق في بحث
 الكلي في المعين بما لامزيد عليه فراجع هناك ، فلا مجال لتكرار البحث في مثل
 هذا المختصر، وذكرنا هناك أيضاً نصّ الاطنان شاهداً للمدعى فتدبر.

ثم إنّ ذلك لو كان بتلف سماوي، وإلاّ فلو كان بتفريط من البائع أو
 المشتري كان ضمانه عليه، ولكن ذلك لاينا في مع اطلاق الماتن وغيره من أن
 نسبتها بالاضافة إلى التالف على السوية، غاية الأمر ضمان التالف على متلفه
 وهو مطلب آخر كما لا يخفى^١.

فرع: لو باع أصول الزرع أو الشجرة قبل ظهور الثمرة جاز، سواء فيه صورة
 شرط التبقية أو القطع أو بلا شرط بلا اشكال ظاهراً؛ للاطلاقات، ولقد تقدّم
 فيما يدخل في المبيع بحث ذلك فراجع.

* * *

(والمحاكلة حرام وكذا المزبنة) بلا اشكال فيه اجمالاً فتوى ونصاً، وفي
 النص: «نهى النبي عن بيع المحاقلة والمزبنة»^(١)، والمتيقن من الأول بيع
 السنبل بحبّ منه، ومن الثاني بيع ثمرة النخل بثمر منه. وفي بعض النصوص
 تفسيرها بعكس ذلك^(٢)، وهو مطروح باطباق الأصحاب على خلافه، بل وفي
 النص أيضاً تفسيره على المشهور، وعلى المشهور تعميمها بحبّ أو تمر من غيرهما
 خلافاً لجماعة أخرى حيث جوزا ذلك.

ويدلّ على الأول ما في نص العرية من قوله: «يجوز أن يبيعهما بخرصهما
 تماًراً، ولا يجوز ذلك في غيره»^(٣)؛ بناء على اطلاق «قوله: تمر الغير تمر»،

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٣ حديث ١ باب ١٣ من أبواب بيع الثمار.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٤ حديث ٤ باب ١٣ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥ حديث ١ باب ١٤ من أبواب بيع الثمار.

ويؤيده أيضاً ما ورد في تفسيرها من قوله: «بيع النخل بالتمروبيع السنبيل بالحنطة»^(١).

وفي قبالتها ما في صحيح الحلبي من نفي البأس عن بيع ثمرة النخل بقفيزين من تمر^(٢).

وفي آخره: عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إما تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمى وتعطي نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص، وإما أن آخذه أنا بذلك، قال: «نعم لا بأس»^(٣)، إذ ظاهره ولو بمقتضى ترك الاستفصال شموله صورة كونه على وجه المعاوضة والمبادلة، وحمل دفعه على صورة الوفاء أو غيره خلاف الظاهر، كما هو الشأن أيضاً في خبر الكناني^(٤).

وحينئذٍ فلولا اعراض المشهور عن مثل هذه النصوص، وعدم كفاية عمل جم غفير من الأعاضم على وفقها كان الأولى الجمع بينها وبين السابقة بالحمل على الكراهة.

ثم إن في جواز مثل هذه المعاملة في غير ثمرة النخل، بناء على عدم جواز المزابنة بالمعنى الثاني أيضاً اشكال، لأختصاص النصوص بالنخل، وكون الحكم على خلاف القاعدة، فالإطلاقات المجوزة لبيع الثمار محكمة. نعم في جعل ثمرة نفس الشجر عوضاً اشكال آخر، من جهة اتحاد العوض والمعوض. نعم مع اشتراط التأدية منها لا بأس أيضاً، إذ لا محذور فيه وإن استشكل فيه أيضاً في

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٢٥ حديث ٢ باب ١٣ من أبواب بيع الثمار.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ١١ حديث ١ باب ٦ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشريعة ١٣: ١٨ حديث ١ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

(٤) وسائل الشريعة ١٣: ١٩ حديث ٣ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

الجواهر^(١)، ولا وجه له.

* * *

وعلى أي حال لا اشكال عندهم فتوى ونصاً في جواز بيع العرية من النخل بخرصها تمراً من غيرها، والنصوص من ذلك مستفيضة، وفي خبر السكوني: «رخص رسول الله في العرايا - إلى أن قال - وهي النخلة تكون للرجل في دار آخر»^(٢) الخ...، وذيله شاهد قول المحقق في شرائعه^(٣) وإن حسن إلحاق بستان الغير بالدار. ولكن في نص آخر تفسير العرية: «بالنخلة التي يعيد بها صاحبها رجلاً محتاجاً»^(٤)، وفي آخر: «رخص صلى الله عليه وآله في بيع العرايا»، وفسره بما كان في بستان غيره أو داره^(٥).

ولكن لا يخفى أن كون هذه التفاسير من الامام في غاية البعد، بل الظاهر كونها من الراوي، وحينئذٍ لاحجية في شيء منها، فالمرجع حينئذٍ العرف واللغة.

ولقد حكى في الشرائع بأن عند أهل اللغة إلحاق البستان بالدار، وفي التعدي إلى الخان وغيره كلام آخر^(٦). ولكن الانصاف عدم تمامية ثبوت هذا المعنى من اللغة، ولذا قال في الجواهر: بأن كلام أهل اللغة غير منضبطة^(٧)، وحينئذٍ فلا محيص في غير مورد اليقين من المشي على طبق القواعد، ومعلوم أن

(١) الجواهر ٢٤: ٩٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥ حديث ١ باب ١٤ من أبواب بيع الثمار.

(٣) الشرائع ٢: ٥٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥ حديث ٢ باب ١٤ من أبواب بيع الثمار.

(٥) السنن الكبرى ٥: ٣١٠.

(٦) الشرائع ٢: ٥٤.

(٧) الجواهر ٢٤: ١٠٣.

مقتضى عموم النهي عن بيع المزبنة حرمة، ومع اجمال المفهوم في العرية، يرجع إلى الاطلاق المزبور، ولا مجال للرجوع الى عمومات الجواز في بيع الثمار، فما يوهم في الجواهر من أن المرجع مع اجمال المفهوم في العرية اطلاقات جواز المعاملة منظور فيه، لولا الاطباق من كلماتهم على جوازه.

هذا ولكن الذي يسهل الخطب جواز بيع ثمرة النخل بثمر غيره، وأن المزبنة المحرمة مختصة ببيع ثمر النخل بثمر نفسه، وذلك لاشكال في بطلانه، لاتحاد العوض والمعوض. نعم لا بأس بمصالحته؛ لأن دائرة العوضين في باب المصالحة أوسع من غيره.

وحينئذ فثل هذا الاشكال يجري في العرية أيضاً، وأن النصوص المشتملة على تخصيص العرية بذلك محمولة على الكراهة، نعم فيها شهادة تعميم العرية، وإلا فلامعنى لتخصيصه؛ لعدم صحة بيعه مع اتحاد العوضين، فما في كلمات بعض الأعاضم من تعميم الجواز في العرية حتى بثمر نفسها منظور فيه كما لا يخفى.

والعجب من جعل ذلك في الشرائع مورد الخلاف وجعل الأظهر عدم الصحة^(١)، وفي الايضاح نسبته إلى الأشهر^(٢)، وفي الرياض إلى الأكثر، واختار هو جوازه^(٣)، والحال أن الكلام في أصل تصور حقيقة المبادلة فيه، وفي التنقيح أن الدليل على المغايرة بين الثمن والمثمن عقلي، وبه تقييد الاطلاقات^(٤).

وحينئذ لا يأتى المقام من حل محل اختلاف كلمات الأعلام على صورة

(١) الشرائع ٢: ٥٤.

(٢) ايضاح الفوائد ١: ٤٤٩.

(٣) رياض المسائل ١: ٥٥٧.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ١١٢.

شرط الوفاء من ثمرته، وهو الذي استشكل [صاحب] الجواهر فيه سابقاً، وأن الخلاف في المسألة من هؤلاء الأعاضم منزل على هذه الصورة، وعليه أمكن دعوى شمول الاطلاقات الجواز لمثله بلامانع عقلي أو نقلي كما لا يخفى.

وأيضاً بعد ما ظهر أن لازم اجمال مفهوم العرية من أي جهة مرجعه اطلاق حرمة المزابنة أو كراهته على الخلاف في المعنى المنظور فيه المبادلة، فلازمه المصير إلى عدم الجواز في بيع مازاد على الواحد في الدار والبستان، بخلاف ما لو كان لكل دار أو بستان واحد، فإنه لا اشكال في جوازه، ومنشأ الاشكال الاقتصار في خلاف القاعدة بمورد النصوص^(١) وهي نخلة واحدة، بل قيل: إنه مأخوذ في حقيقتها، وفيه نظر، بل العرايا شاهد خلافه لولا دعوى أن جمعها بلحاظ تعدد الدور والبستان، لا تعدد النخل في بستان واحد.

وحينئذٍ فاستشهاد الجواهر^(٢) أيضاً بمثل هذه التعبيرات على عدم اعتبار الوحدة في مفهوم العرية منظور فيه، وعليه مع الاجمال المزبور كان الأصل عدم الصحة إلا ما خرج، كما لا يخفى.

* * *

وعلى أي حال مقتضى الاطلاقات السابقة عدم اعتبار التقابض في المجلس في صحة بيع عرايا، ولا يشترط التعجيل أيضاً، كي لا يجوز اسلاف أحدهما في الآخر. وتوهم كونه من باب بيع المتجانسين، فكانا من الربويين الغير الجاري فيه الاسلاف المزبور منظور فيه؛ لعدم كون الثمار على النخيل من المكيل والموزون، فلا مجال في مثله لشبهة الربا وإن توهم، بل يظهر من كلام المحقق^(٣)

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥ باب ١٤ من أبواب بيع الثمار.

(٢) الجواهر ٢٤: ١٠٧.

(٣) الشرائع ٢: ٥٤.

عدم جواز الاسلاف المزبور وإن التزم بعدم التماثل في الخرص بين تمرها عند الجفاف وثمنها، عملاً بظاهر النص المعتضد بالفتوى.

* * *

(و) كيف كان (يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه بوزن معلوم) من خرصه بلاشكال ظاهراً، ويدل عليه نصوص مستفيضة: مثل صحيح شعيب المشتمل على نفي البأس على هذه المعاملة^(١)، وصحيح الحلبي^(٢)، وصحيح أبي الصباح^(٣)، وصحيح يعقوب^(٤)، ومرسل محمد بن عيسى^(٥)، وخبر سهل^(٦)، وخبر عبدالله بن بكير^(٧). وراجع الجواهر^(٨) ترى المضامين وافية بالمرام.

وفي كون مثل هذا التقبيل معاملة مستقلة أو مصالحة بعد مالم يكن بيعاً؛ لعدم مغايرة العوض مع المعوض، وجهان، ولا يبعد الأخير؛ لتوسعة الصلح من حيث الصيغة، حتى أن الأصحاب حملوا قوله: لك ما عندي ولي ما عندك، على الصلح، والمقام أولى خصوصاً مع اشتغال خبر ابن بكير لقوله: يصالحه، الظاهر في بيان سنخ المعاملة الوارد عليها الفساد والصحة، وعليه فيجري فيه شرائط الصلح أجمع.

كما أن من لوازمه الحكم بعدم الضمان لو تلفت الثمرة بآفة سماوية لا من

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٨ حديث ١ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٨ حديث ٢ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٩ حديث ٣ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٩ حديث ٥ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠ حديث ٤ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠٦ حديث ١ باب ١٤ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠٦ حديث ٢ باب ١٤ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة.

(٨) جواهر الكلام ٢٤: ١٢٠ - ١٢٧.

جهة اليد؛ لأنه يد أمانة، ولا من جهة عقد المعاوضة؛ لعدم ثبوته في غير البيع. ولو تلف البعض فيقسط عليهما على فرض الاشاعة، وأما على فرض كون الحصة فيه من باب الكلي في المعين، ففي كون المسألة من قبيل اشتناء الأبطال أو من قبيل بيع الكلي في المعين وجهان، والظاهر هو الأخير كما لا يخفى^١، فتدبر.

* * *

(ومن مر بثمرة لا قصداً جاز أن يأكل من غير استصحاب ولا اضرار)، بل وفي الجواهر مع عدم العلم أو الظن بالكراهة، وفي موضع آخر من كلامه أن موضوع البحث هو هذه الصورة^(١)، ولكن في كشف الغطاء التصريح بأن اشتراط عدم العلم بالكراهة أو ظنها أو عدم السورينافيه مافي بعض روايات الباب، ولعله نظر إلى ما في نص ابن أبي عمير، حيث سأل عن الرجل يمر بالنخل والسنبيل أو الثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير اذن صاحبها ضرورة أو غير ضرورة قال: «لأبأس»^(٢)، ويؤيده اطلاق جملة أخرى، وتنزيل الجميع على صورة عدم العلم بالكراهة منظور فيه.

وحينئذ إن تمّ اجماع على خلاف هذه الاطلاقات فهو، وإلا فلامانع من المصير إليها، بل لأبأس باستفادة عدم شرطية عدم السور كما أفاده كاشف الغطاء على المحكي في الجواهر. نعم يعتبر أن لا يكون أكله مفسداً؛ لما في نص يونس من أنه: «لا يحمل ولا يفسد»^(٣)، ومنه يظهر عدم حمله أيضاً، وفي كشف الفساد أو الحمل عن الضمان من الأول اشكال، بل غاية الأمر ضمان مقدار الحمل أو المفسد، فلو تعدّد الأكل فلا بد من ملاحظة الفساد بأي مقدار منهم، فلا يأكل بعد أكل غيره الموجب لفساده، ومع التشاح في المبادرة يقرع؛ لأنه

(١) الجواهر ٢٤: ١٢٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٤ حديث ٣ باب ٨ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٥ حديث ٥ باب ٨ من أبواب بيع الثمار.

لكل أمر مشكل.

وفي اعتبار عدم قصده من المرور أكل الثمرة اشكال؛ لأنه خلاف الاطلاقات، نعم يعتبر صدق عنوان المرور، فلا يجوز دخول بستان الغير لذلك . وصريح النص السابق تعميم الحكم للنخل وغيره من سائر الاشجار والسنبيل، وربما يتعدى من السنبيل إلى الزرع أيضاً، فاحتمال الاختصاص بالنخل منظور فيه.

نعم في جملة من النصوص المنع عن التصرف بلا علم برضاء صاحبه^(١)، وفي بعضها: «لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً»^(٢)، وربما تحمل هذه على الكراهة أو على صور الإفساد، كما يومی اليه ما في بعضها من أنه: «لو كان كل من عبر يأخذ منه سنبلة لا يبقى منه شيء»^(٣)، وفي بعض نصوصها التصريح بالجواز مع الضرورة وعدم الإفساد^(٤)، وربما يكون ذلك أيضاً مؤيداً للحمل على مراتب الكراهة، فتأمل.

وحينئذٍ لا وجه لرفع اليد عن النصوص المجوّزة بمثل هذه الأخبار، ولا بمثل قاعدة قبح التصرف في مال الغير، بعد قابلية حمل النصوص المزبورة على اذن الولي العام في ذلك، أو لكون الماردا حق استحقاق، كحق الفقير في مال التجارة، أو مال اليتيم بعنوان الزكاة وإن كان في دلالة النصوص على ثبوت مثل هذا الحق نظراً، خصوصاً مع عدم كونه اسقاطياً، وما كان شأنه ذلك فهو حكم محض وسلطنة ساذجة، ولقد حققنا الفرق بين اعتباري الحق والحكم بذلك، وقلنا بأنه مع الشك في فحوى الاعتبار الأصل أيضاً يقتضي الحكمة كما لا يخفى.

(١) انظر وسائل الشريعة ١٣: ١٤ باب ٨ من أبواب بيع الثمار.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ١٥ حديث ٧ باب ٨ من أبواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشريعة ١٣: ١٥ حديث ٦ باب ٨ من أبواب بيع الثمار.

(٤) وسائل الشريعة ١٣: ١٦ حديث ١٠ باب ٨ من أبواب بيع الثمار.

(الفصل الحادي عشر)

(في بيع الحيوان)

أناسيا أم غير أناسي .

فنقول: أولاً: لا اشكال في وجه تملك الغير الاناسي من الحيوان، فإنه كسائر الأملاك بجهات من حيازة، أو نماء ملك، أو ارث، أو بعقد معاوضة وغيرها.

وأما تملك الأناسي منها، فيعتبر في حيازته واسترقاقه كفره الأصلي بلاشكال ظاهراً، والنصوص بذلك مستفيضة مثل قوله: إن القوم يغزون على الصقلالية والروم فيسترقون أولادهم من الجوارى والغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار، فما ترى في شرائهم - إلى قوله: - «فقال لا بأس بشرائهم إنما أخرجوا من الشرك إلى دار الاسلام»^(١).

وفي آخر في شراء الروميات فقال: «اشترهن وبعهن»^(٢).

وفي ثالث: نفي البأس عن الشراء من أهل الشرك ابنته^(٣).

وفي رابع: نفي البأس عن شراء امرأته^(٤).

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٢٧ حديث ١ باب ٢ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ٢٧ حديث ٢ باب ٢ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) وسائل الشريعة ١٣: ٢٨ حديث ٢ باب ٣ من أبواب بيع الحيوان.

(٤) وسائل الشريعة ١٣: ٢٨ حديث ٣ باب ٣ من أبواب بيع الحيوان.

وفي خامس: وسألته عن سبي الديلم يسرق بعضهم من بعض ويغزوا المسلمون عليهم بلاامام أيحل شراؤهم؟ قال: «إذا أقروا لهم بالعبودية فلا بأس بشرائهم»^(١).

وفي سادس بعد السؤال عن استرقاق أهل الذمة قال: «لا تبتع حراً ولا أهل الذمة»^(٢).

ولازم الأخير تخصيص جواز الاسترقاق بأهل الحرب، كما أن صريح الخامس وظاهر الباقيين باطلاقها جواز الشراء من المسرق ولو كان كافراً حربياً كأهل الديلم، ولاسند لنفيه إلا أصالة عدم الاسترقاق المحكوم بالنصوص المزبورة، ولاينافي ذلك فيثية ما لهم للمسلمين إذ ذلك لايني تملكهم بالاسترقاق، إذ الكفار مشتركون في الفروع مع المسلمين، ومن جملتها ذلك، اللهم [إلا] أن يدعى أن مثل ذلك من الأحكام الامتنائية للمسلمين، فيختص بهم، وفيه نظر؛ لامكان كونه من الأحكام المجعولة على خلاف امتنان الكفار ولو بكونهم قابلين للتملك ولو لملثهم فضلاً عن المسلمين.

هذا ويملك أيضاً اللقيط من دار الحرب أو الأسير منه إذا لم يكن فيه مسلم يمكن تولده منه، وعمدة الدليل عليه الاجماع على اعتبار ظهور الحال في تولده من الكافر المستتبع لإلحاقه بالكافر الأصلي.

وفي شمول كلماتهم صورة عدم العلم بوجود المسلم وإن كان ضائاً بوجوده بل وضائاً بتولده منه اشكال، والقدر المتيقن من كلمات المجمعين صورة بعد تولده من المسلم ولو لبعد وجود المسلم، وإلا فلزوم تحصيل الجزم بعدم المسلم فيهم لافعلاً، ولاسابقاً على وجه يمكن تولده منه، بعيد عن مصب كلماتهم،

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧ حديث ٣ باب ٢ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٨ حديث ١ باب ٣ من أبواب بيع الحيوان.

خصوصاً مع استلزامه تنزيل الكلمات على النادر كالمعدوم. نعم في غير هذه الصورة أصالة عدم التملك جارية خصوصاً مع اطلاق جملة من النصوص بأن اللقيط لا يشتري ولا يباع^(١)، فخرج عنها بالاجماع الصورة المزبورة، وبقي الباقي تحت المطلقات.

وفي التعدي إلى غير اللقيط مما أخذ بنحو الأسر أو غيره اشكال؛ لاختصاص النصوص به، ولكن ذلك كذلك لو كان لنا دليل على اعتبار ظهور الحال في اللاحق بالغالب من أهل الدار مطلقاً، وهو مبني على قيام الاجماع السابق على اعتبار الظهور المزبور مع عدم وجود المسلم أو مطلقاً، وإلا فأصالة عدم تملك الغير كافية في عدم الاسترقاق، علاوة على عموم: «الناس كلهم احرار إلا من أقر بالعبودية»، وإن لم تشمله أخبار عدم شراء اللقيط ولكن الانصاف تمامية الاجماع المذكور على النحو المزبور.

وحينئذٍ لا بأس بشمول فحوى كلماتهم لغير اللقيط أيضاً في الفرض المسطور كما يومئ إليه أيضاً في الجواهر^(٢). وهذا البيان أيضاً أمكن تخصيص تملك الأسير أو غيره من دار الحرب بصورة جواز تملك اللقيط منه، وفي غيره أصالة عدم الجواز محكمة كما لا يخفى.

* * *

وعلى أي حال لا اشكال في عدم جواز تملك اللقيط في دار الاسلام، فلو بلغ وأقر جامعاً للشرائط، يعتبر اقراره بالرقية في حقه. وفي النص أيضاً: «أن الناس كلهم احرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك»^(٣)، وذلك

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣٧١ حديث ١ باب ٢٢ من أبواب اللقطة.

(٢) الجواهر ٢٤: ١٣٩.

(٣) وسائل الشريعة ١٦: ٣٣ حديث ١ باب ٢٩ من أبواب العتق.

ظاهر في اجراء جميع الأحكام عليه، حتى ما كان له من استحقاق النفقة على المقر له، فيكون في الدلالة على الرقية أولى من قاعدة الاقرار، إذ لا يثبت بها إلا ما عليه من الآثار لا له.

فالنص المزبور ربما يشهد على كفاية دعواه مطلقاً، وفي شمول اطلاقه لصورة وجود المعارض لحريته تأمل، لإمكان انسباق الدعوى بلامعارض منه الذي له نحو معهودية في الحكم على طبق مؤداه كما في سائر المقامات، نعم بمقتضى عموم الاقرار من العقلاء لا بد وأن يترتب على مثله ما عليه من الآثار، بل ولا تكون البيئة على الحرية مسموعة حينئذٍ؛ لعموم أصدقية الانسان على نفسه. وهذا بخلاف الدعوى بلامعارض، فإنه لا يسمع مع وجود المعارض، فضلاً عن صورة قيام البيئة على خلافه كما لا يخفى^١.

هذا وربما يتوهم من قوله: «وهو مدرك» اعتبار الرشد أيضاً في اقراره، ويؤيد بكونه مالاً، واقاراره يرجع إلى تصرف مالي يمنع عنه السفه. وفي الوجهين نظر، إذ المالية في المقام إنما حصلت بنفوذ الاقرار، فلا يصدق عليه تعلق اقراره بما محفوظ ماليته من الخارج، و (لا تؤتوا السفهاء)^(١) لا يقتضي أزيد من ذلك.

وأما حديث المدركة فكناية عن بلوغه، ولا يستفاد منه أزيد من ذلك، فعموم دليل الاقرار باق بحاله خصوصاً ما في نص آخر من قوله: «يؤخذ بما أقر به»^(٢) بلا تقييد. ومع هذا النص لا يصغى إلى توهم أن اجمال القيد في الأول يوجب سراية الاجمال في صدره فيسقط عن الدليلية، فلا يبقى في البين إلا عموم اقرار العقلاء القاصر عن اثبات العبودية بجميع الجهات كما لا يخفى^١.

(١) النساء: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٦: ٣٣ حديث ٢ باب ٢٩ من أبواب العتق.

ثم أنه بعد ما اتضحت هذه المقدمة، فنقول: (إنَّ كل حيوان مملوك) (اناسياً كان أم غيره) (صح بيعه)؛ للعمومات بلاشكال، (ويستقر ملك المشتري عليه) (بعده، (إلا) العبد) (الآبق، مفرداً)، (ويصح مع الضميمة على ما تقدم تفصيله في السابق فراجع.

وكذا (أم الولد مع وجود ولدها وإيفاء ثمنها أو القدرة عليه) على ما تقدم أيضاً شرح ذلك كله في محله، (أو يكون العبد أباً للمشتري وإن علاه أو ابناً له وإن نزلوا، أو واحدة من المحرمات عليه نسباً أو رضاعاً، وكذا المرأة في العمودين، فينعق عليه لوملكه) (بلاخلاف كما في الجواهر^(١)) في النسبي منها وعلى الأشهر، بل المشهور في الرضاعي.

وعمدة السند في ذلك جملة من النصوص المشتملة بعضها على قوله: «إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو عمته أو خالته أو بنت اخته - وذكر أهل هذه الآية^(٢) من النساء - عتقوا جميعاً، ويملك عمه وابن اخته وابن أخيه والخال، ولا يملك أمه من الرضاعة ولا اخته ولا عمته ولا خالته إذا ملكن عتقهن، وقال: ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع»^(٣).

وذيله شاهد عدم اختصاص الحرمة بخصوص المذكورات في النص نسباً ورضاعاً، بل يشمل جميع العناوين النسبية والحاصلة مثلها من الرضاع، وفي ذيله أيضاً وقال: «يملك الذكور ماعدا والد وولد، ولا يملك من النساء ذات رحم محرم»، قلت: يجري في الرضاع مثل ذلك؟ قال: «نعم يجري في الرضاع مثل ذلك».

(١) الجواهر ٢٤: ١٤٣.

(٢) النساء: ٢٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩ حديث ١ باب ٤ من أبواب بيع الحيوان.

وفي نص آخر عن امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال: «تعتقه»^(١).

وفي قبال هذه النصوص جملة أخرى قاضية بعدم انعقاد الرضاعي من المحرمات، وهي مستند القديمان^(٢)، والمفيد^(٣)، والديلمى^(٤)، وابن ادريس^(٥)، بل نسبة إلى المحصلين وهو قوله: «إذا اشترى الرجل أباة أو أخاه فلكه فهو حر، إلا ما كان من قبل الرضاع»^(٦).

وفي آخر في بيع الأم من الرضاع قال: «لابأس بذلك إذا احتاج»^(٧).

وفي ثالث: غلام بيني وبينهم رضاع يحل بيعه قال: «إنما هو مملوك إن شئت بعتة وإن شئت أمسكته»^(٨).

ولكن لا يخفى أن الأخير والأول قابل للحمل على الأخ بارجاع القيد في الأول إلى الأخ؛ لأنه المتيقن، كما هو الشأن في الاستثناء عقيب الحمل المتعددة أو بمحكمها.

وربما يكون مانحن فيه من صغرياتها، فلا يكون في البين ما هو صريح في المدعى إلا صحيح الحلبي المشتمل على الأم^(٩)، وهو مع صحة سندده بضميمة عدم الفصل بين الأم وغيره يصلح للمعارضة، بل يكون بحسب الدلالة أقوى من البقية؛ لا مكان حمل البقية على الكراهة، كما هو الشأن في النواهي الواردة

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٢٩ حديث ٣ باب ٤ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) نقله عنها الشيخ محمد حسن النجفي في الجواهر ٢٤: ١٤٢.

(٣) المقنعة: ٩٢.

(٤) نقله عنه الشيخ محمد حسن النجفي في الجواهر ٢٤: ١٤٢.

(٥) السرائر: ٢٢٢.

(٦) التهذيب ٨: ٢٤٥ حديث ١١٨.

(٧) التهذيب ٨: ٢٤٥ حديث ١١٩.

(٨) وسائل الشريعة ١٣: ٢٩ حديث ٤ باب ٤ من أبواب بيع الحيوان.

(٩) التهذيب ٨: ٢٤٥ حديث ١١٩.

في الأخ الرضاعي.

ولكن الذي يوهنه اعراض الأصحاب عنه الموهن لسندها خصوصاً مع صحتها واقوائية دلالتها، ولئن شئت نجعل ذلك شاهد وهن جهته ولولا طباق العامة عليه، وحينئذٍ يحمل على التقية، لابتناط الترجيح سنداً وجهة كي يردّ عليه بتقدم الجمع الدلالي على الترجيح السندي أو التصرف في الجهة كما لا يخفى.

* * *

ثم ان مقتضى تطبيق الامام عمومات المنزلة على المقام، ربما يقتضي عدم تخصصها بالنسبة إلى خصوص باب النكاح، بل لابد من ترتيب آثار عليّة النسبية على الرضاع، مع أنه ليس بناءهم عليه في باب الارث والولاية وأمثالها، فلا يحيص من دعوى وهن العمومات بكثرة التخصيص، فلا يعمل بها إلّا بجبر عملي من الأصحاب، ولا أظن عملهم عليها إلّا في النكاح وهذا المقام، فتدبر.

بل ربما يشكل التعدي من عتق المحرمات من العناوين النسبية في الموارد التي تثبت الحرية في الرضاع في باب النكاح على خلاف القاعدة ولا يتعدى منها إلى عتقه؛ لعدم تمامية الكلية في التلازم بين حرمة النكاح وعتقه.

ثم إن لسان النصوص من حيث ترتب الانعتاق على الملك وعدمه بحصول الانعتاق بدوّاً مختلفة، ففي بعضها مثل الخبر المذكور سابقاً هو الأول، وفي بعضها «ولا يملك أمه» الخ، ويمكن حمل الأخير على نفي الاستقرار، ويحتمل حمل الأول على الملكية الاقتضائية. ولا ينافيه أيضاً عموم: «لاعتق إلّا في ملك»^(١)؛ لا مكان حمله على العتق الاختياري لا الانعتاق القهري.

(١) وسائل الشيعة ١٦: ٧ حديث ٢ باب ٥ من أبواب العتق.

والتحقيق في المقام أن يقال بابتناء المسألة على أن طبع البيع هل يقتضي المبادلة من الطرفين، أم لا يقتضي إلا البدلية من طرف واحد وأما الطرف الآخر فهو تابع قصد المتبايعين، ذلك مع قابلية المحل لكسب لون الملكية. فعلى الأول فلا محيص من الالتزام بالملكية إناً ما حفظاً لحقيقة المبادلة فتعين الجمع بين النصوص بالجمع الأول وجعل المراد من نفي الملكية نفي استقراره لأصله.

وعلى الثاني فمع عدم قصدهما المبادلة من الطرفين فلا محيص من الجمع الثاني، إذ لا مقتضى حينئذٍ لحصول الملكية الفعلية، بل غاية الأمر فيه اقتضاء الملكية ذاتاً كما لا يخفى.

وأما مع قصدهما المبادلة من الطرفين ربما يقع التردد في ترجيح أحد الجمعين، فعلى اختيار الجمع الثاني يكون المورد مما لا يقبل الملكية الفعلية فينتعق بدوياً، وعلى اختيار الأول ينكشف ذلك عن قابلية المحل له، والمفروض أن الطرفين أيضاً قصد المبادلة من الطرفين، فيملك ويترب عليه الانعتاق قهراً. وحينئذٍ فرمياً يكون الجمع الأول أولى؛ لانصراف الذهن من الملكية المطلقة إلى المستقرة منها، فنفيها أيضاً محمول على ذلك.

ثم بعد ذلك لا وجه للالتزام بالملكية آنأ ما؛ لكفاية الترتب فيه عقلاً، بحيث يكون حاصلان في زمان واحد بنحو الترتب، ولا محذور في اجتماع النقيضين في زمان إذا كان ذلك بنحو الترتب، بل الاختلاف في الرتبة ترفع المناقضة، وعدم مساعدة ذهن العرف إلى هذا المعنى غير مضر، بعد ما كان ذلك من جهة قصورهم في عالم التطبيق، لافي تحديد مفهوم اللفظ. وما يتبع فهمهم فيه هو الأخير لا الأول كما لا يخفى.

هذا وكيف كان يكره أن يملك ما عدا المحارم من النساء وعموديه وابنائهم عالياً وسافلاً إذا كانت من قرابته من الأخ والحال والعم وغيرهم، وفي موثقة

سماعة؛ في رجل تملك ذا رحمه، قال: «لا يصلح بيعه ولا يتخذة عبداً»^(١).
ويجمع بين ذلك وبين ما دل بملك ماسوى ذلك من الرجال من ذي قرابته كما
في بعض النصوص^(٢) بالحمل على الكراهة، بل يحمل النهي عن تملك الأخ
وتجوز تملك ابنه في نص آخر على مراتب الكراهة بقرينة السابقة كما لا يخفى.
وفي شمول الحكم في ما ذكرنا كله القرابة الحاصلة من الزنا تردّد، أقربيه
الشمول؛ لصدق العنوان، ونفي الولدية في بعض المقامات منصرف إلى أحكام
خاصة من الارث وأمثالها، وشمولها لمثل هذا الحكم نظر، فتأمل.

* * *

ومما لا يستقر ملكه ما أفاد المصنف بقوله: (أو يكون المشتري كافراً
والعبد مسلماً)، ولقد تقدّم شرح ذلك أيضاً مستقصى قبل بحث الخيارات
فراجع، (أو يكون موقوفاً)؛ لعدم صحة تملك الوقف المخرج عن وقفه إلا
عند تحقق مجوزات بيعه، ولقد تقدّم شرح ذلك أيضاً في طي بيع الوقف فراجع.
(ولو ملك أحد الزوجين صاحبه استقر الملك وبطل
النكاح)، والاصل في ذلك على خلاف مقتضى الاستصحاب بعد تساقط
الاطلاقين النصوص الخاصة الواردة تارة بلسان: «تفارقه وليس له عليها
سبيل»^(٣)، وأخرى: «ليس بينهما نكاح»^(٤)، وثالثة: هل يبطل نكاحه؟ قال:
«نعم»^(٥)، ورابعة قول الأمير في ردّها عن الجماع، وانه موجب للرجم^(٦).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠ حديث ٦ باب ٤ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) وسائل الشيعة ١٦: ٩ باب ٧ من أبواب العتق.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٥٥٦ حديث ١ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٥٥٧ حديث ٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٥) وسائل الشيعة ١٤: ٥٥٧ حديث ٢ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٦) وسائل الشيعة ١٤: ٥٥٧ حديث ٣ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

وهذه النصوص بضميمة فتوى الأصحاب كافية في رفع اليد عن الأصل المزبور، والمسألة في غاية الوضوح بحمده ومته، كوضوح عدم الفرق بين ملك التمام أو البعض. وفي صحيح ابن سنان التصريح بمانعة ملك البعض أيضاً عن بقاء النكاح.

* * *

(ويجوز ابتياع أبعاض الحيوان مشاعة) كالنصف والثلث وغيرها بلاشكال؛ للعمومات، وفي الذبيحة كذلك لو قيل بعدم كونه قبل تفرق اجزائه من الموزون، وإلا فلا بد من تعيين وزنه فراراً عن الغرر، ولا اشكال ظاهراً أيضاً بحسب الفتاوى ببيع اجزاء معينة من الحيوان الحي، سواء المأكول المقصود به أكل لحمه أو غيره المقصود منه حمله وركوبه.

وعمدة الوجه فيه ارسالهم ذلك في سلك المسلمات الحاكي عن اطباق كلمة الأصحاب، وهو الفارق بين المقام وبين مسألة استثناء الرأس والجلد، مع أنها في الحقيقة من واد واحد، والأصل فيه ما في النص المحكي عن السكوني قال: اختصم إلى أمير المؤمنين رجلان، اشترى أحدهما من الآخر بغيراً واستثنى البيع للرأس والجلد، ثم بدا للمشتري أن يبيعه، فقال للمشتري: «هوشريكك في البعير، على قدر الرأس والجلد»^(١).

وفي آخر قضاء الأمير بمثله^(٢).

والظاهر من قوله: استثنى في البيع الرأس والجلد كون الغرض استثناء نفي الرأس والجلد، لا كونها معياراً لمقدار استثناء جزء متاع من الحيوان، ولازمه بقاء ملكية نفس الرأس والجلد من الحيوان للبائع، كما أن مقتضى قوله: بدا

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٤٩ حديث ٢ باب ٢٢ من ابواب بيع الحيوان.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ٤٩ حديث ٣ باب ٢٢ من ابواب بيع الحيوان.

للمشتري، لا يذبحه ويبيعه كون المقصود من البيع أولاً هو ذبحه.
وفي مثل هذه لأبأس بتملك نفس الرأس وبقاء الاستثناء بحاله، إذ هو في حد نفسه شيء قابل للتملك مستقلاً، ولذا التزموا في مثل هذه الصورة بأنه على فرض الذبح لا يستحق البائع إلا نفس الرأس والجلد؛ لعدم تصور نفع لها في هذه الحالة، فلا اعتبار للملكيتها عند العقلاء. ولازمه الالتزام بالكشف عن بطلان البيع، أو الاستثناء المزبور من الأول.

ولقد أشرنا أيضاً إلى قيام الاجماع على عدم جواز بيع الرأس أو غيره من أجزائه المعينة، ولكن قام النص تعبداً على صحة الاستثناء المزبور وصيرورته منشأ لشركة البائع في العين بمقدار مالية الرأس والجلد كما هو ظاهر قوله: «شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد» فكأن المقام من قبيل شركة الفقير في عين البعير بمقدار الشاة، لا كشركة الزوجة مع الورثة في العقار، بأن لا يكون شريكاً إلا في صرف ماليته بلا استحقاقه من العين شيئاً، ولا بأس بالالتزام بهذا المقدار من خلاف القاعدة بمقتضى النص المزبور بعد ما كان معمولاً به، وطرح بعض آخر بمحض كونه على خلاف القاعدة منظور فيه كما لا يخفى.

* * *

هذا (ولو شرط أحد الشريكين) عند ابتياعهما للحيوان أن له (الرأس أو الجلد بماله كان له بنسبة ماله لا ماسرط)، والوجه فيه أيضاً بعد كون الشركة المزبورة خلاف ظاهر استثنائه، كما أشرنا إلى ما في صحيح الفتوى في رجل شهد بغيراً مريضاً وهويباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم وأشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس والجلد، فقضى أن البعير برئ فبلغ ثمنه ثمانية دنانير، قال: فقال: «لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ، فإن قال: أريد الرأس والجلد فليس له ذلك، هذا الضرار وقد أعطي حقه اذا أعطى الخمس»^(١).

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٤٩ حديث ١ باب ٢٢ من أبواب بيع الحيوان.

وقد أفتى^(١) بمضمونه من أبطل الاستثناء المزبور أيضاً على المحكي في الجواهر^(١)، نعم ظاهر الصحيح المزبور مثل النصوص الواردة في الاستثناء كون المبيع مما قصد ذبحه، لا مطلقاً، وهو الذي قلنا بأنه لا بأس فيه، لتملك الرأس بنفسه في فرض الذبح، بخلاف ما لو قصد به من الأول ابقاءه، خصوصاً في ما لو كان الغرض المقصود منه ركوبه لا أكل لحمه بذبحه، إذ لا معنى عند العقلاء لملك رأسه بنفسه، ولازمة بطلان مثل هذا الاستثناء أو بيعه.

وحينئذٍ فالحكم بالشركة الذي هو على خلاف القاعدة منزّل أيضاً على هذه الصورة لا مطلقاً؛ لوجوب الاقتصار في أمثاله على المورد المتيقن من النصوص وإليه أشار أيضاً في الرياض بقوله: مع ظهوره كما سبق في ما يقصد الذبح، فلا وجه للتعميم^(٢)، وحينئذٍ اطلاق المصنف كغيره لا يخلو عن تأمل كما لا يخفى.

* * *

(ولو أمره بشراء حيوان أو غيره بشركته صح، ولزمه نصف الثمن) بلاشكال؛ لظهور اطلاق الشركة في كون نسبتها إلى المبيع بالسوية، ويلزمه حينئذٍ نصف الثمن، ولو ادعى الأمر خلاف ظاهر لفظه لا يسمع.

(ولو شرط رأس المال)، يعني لو قال: الربح لنا والخسران عليك، (لم يلزم الشرط) بمقتضى القواعد مع فرض الشركة، بناء على اقتضاء الشركة بذاته كون الربح والخسران عليهما. وأما لو قيل: بأن ذلك من لوازم اطلاق الشركة لذاته، بمعنى أن عدم ضمان الغير للخسران من جهة عدم اقتضاء الشركة ذلك لامن جهة اقتضائه عدمه، فلاضير في شرطه بلالزوم خلاف مشروعية في شرطه.

(١) الجواهر ٢٤: ١٥٨.

(٢) رياض المسائل ١: ٥٥٩.

والمسألة من هذه الجهة لا تخلو عن تأمل وإن كان الأصل مع الشك في هذه الجهة عدم مخالفة الشرط للمشروع المستتبع لصحة الشرط، ولعله إلى مثل هذه الجهات نظر سيد الأعظم في حاشيته حيث قال: ولكن اللزوم ليس ببعيد خلافاً للجواهر^(١)، بل وفي صحيح رفاة قال الإمام عليه السلام في الجواب عن السؤال عن مورد الكلام: «لا أرى بهذا بأساً»^(٢)، ولذا نسب في التكملة الشريفة لزوم الشرط إلى الرواية أيضاً.

ولو أذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه ما عليه من الثمن صح وكان المبيع أيضاً بينهما، غاية الأمر كان للنقاد الرجوع إلى الأمر في مانقده بظهور أمره في ارادة الدفع بضمانه لا مجاناً، كل ذلك بمقتضى القواعد واضحة كما لا يخفى.

* * *

(و) كيف كان (على البائع استبراء الأمة قبل بيعها بحیضة إن كانت تحيض، وإلاّ فخمسة وأربعين يوماً)، أما وجوب الاستبراء على البائع قبل بيعها فالظاهر عدم الخلاف فيه حتى من المقنعة^(٣) المعبر عنه بلاينبغي بقرينة تعبيره عنه في باب حقوق الأولاد بلايجوز. ويدل عليه نصوص مستفيضة، منها ما في صحيح حفص المشتمل على قوله: «عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع»^(٤).

وفي آخر: «يستبرئ رحمها بخمسة وأربعين يوماً»^(٥).
وفي ثالث نادى المنادي: أن استبرئوا سباياكم بحیضة^(٦).

(١) الجواهر ٢٤: ١٦٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٢ حديث ١ باب ١٤ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) المقنعة: ٩٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧ حديث ٢ باب ١٠ من أبواب بيع الحيوان.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧ حديث ٣ باب ١٠ من أبواب بيع الحيوان.

(٦) وسائل الشيعة ١٤: ٥١٥ حديث ١ باب ١٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

وما في صحيح علي بن جعفر من قوله: عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها، أ يصلح أن يبيعها من الغد؟ قال: «لا بأس بذلك»^(١)، مطروح باعراضهم، أو مؤول بمن تسقط عنها الاستبراء لليأس أو غيره، أو محمول على بيان جواز البيع لأجواز ترك الاستبراء وهو أقرب المحامل، بناءً على ماهو الظاهر من النصوص والفتاوى من كون وجوب الاستبراء من البائع قبل البيع نفسياً لاشترطياً لصحة البيع وإن أحب التأمل فيه في الجواهر^(٢) لولا قيام الاجماع على خلافه، ولكن الانصاف أنه تأمل في غير محله.

وكون المقام من قبيل الأوامر الواردة في مقام بيان كيفية العمل المحمولة على الارشاد بالشرطية منظور فيه، إذ مناسبة الاستبراء لجواز الوطء من المشتري أو هن، حيث شرطه للبيع وقوى جهة تكليفته مقدمة للوطء المزبور، غاية الأمر عهدة حفظ هذه المقدمة على البائع، فصار بالنسبة إليه من قبيل الوجوب النفسي.

وحينئذ فلو باع قبل الاستبراء، فإن كان عامداً في البيع ولم يتمكن من ارضاء المشتري فأثم، وإلاّ فله ارضاءه فيه، وبعد البيع لاسلطنة على البائع من حبسه على المشتري؛ لأنه خلاف سلطنته على ماله. وقول بعض بوجوب حبسه ولو عند عدل منظور فيه؛ لعدم مساعدة القواعد عليه فتدبر.

ومن التأمل في النصوص المزبورة أيضاً ظهر وجه الحكم الآخر من أنه بمضي حيضة إن كانت ممن تحيض، وإلاّ فخمسة وأربعين يوماً، وما في بعض النصوص من تعيين الحيضتين^(٣) محمول على الفضيلة جزماً، كما أنّ الظاهر

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٨ حديث ٧ باب ١١ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) الجواهر ٢٤: ١٩٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٨ حديث ٢ باب ١٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

من مضي حيضة كون زمان استبرائه انتظار حيضة، وهذا المقدار لا يقتضي ترك وطئه قبل مجيء الحيضة فضلاً عن سائر استمتاعاته، وبه صرح أيضاً في الجواهر^(١). وأما الاستبراء بالزمان فالظاهر المنصرف إليه النصوص ترك وطئه فيه.

وأما ترك بقية الاستمتاعات ففي شمول النصوص لها نظر، بل في بعض النصوص التصريح بالجواز في المشتري الجاري في البائع بعدم الفصل بينهما من هذا الطرف، وإن قيل به في عكسه، وهو صحيح ابن اسماعيل قلت: أيجل للمشتري ملامستها قال: «نعم»^(٢)، وبذلك يرد قول جماعة بعدم جواز سائر الاستمتاعات على المشتري ناظرين إلى بعض النصوص المشتملة على قوله: «لا يقربها»^(٣) تارة، وقوله: «إذا طهرت فليمسها»^(٤) أخرى، ويمكن حمل أمثال هذه النصوص على الكناية عن الوطء، إذ لا توجب القرائن المنفصلة قلة ظهورها، فهي على ظهور حرمتها على الإطلاق بالفرض باقية، ويرفع اليد عن حجبتها بمقدار قيام الدليل على حجبتها كما لا يخفى.

ثم في جواز وطء الدبر كلام آخر، منشأ الاختلاف انصراف الاطلاقات بمناسبة الحكمة إلى الفرج، ولكن يمكن تسرية الحكمة في الدبر أيضاً؛ لا مكان الحمل معه بالانسباق كما هو الشأن في صورة العزل، وفي النص أيضاً وجوب الاستبراء معه^(٥). وحينئذ لا قصور في شمول الاطلاقات له؛ لأنه أحد المأيتين، فتدبر.

* * *

(١) الجواهر ٢٤: ١٩٨.

(٢) وسائل الشريعة ١٤: ٥٠٤ حديث ٥ باب ٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٣) وسائل الشريعة ١٤: ٥٠٤ حديث ٥ باب ٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٤) وسائل الشريعة ١٤: ٥٩٨ حديث ١ باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٥) وسائل الشريعة ١٤: ٥٠٨ حديث ١ باب ١٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(و) كيف كان (لَوْلَمْ يَسْتَبِرِّئِ) البائع في مورد يجب عليه استبرأؤه، (وجب على المشتري) الاستبراء المزبور؛ للنصوص المستفيضة المشار إلى بعضها. ومع الوثوق باستبرائه لا يجب على المشتري بلاشكال فيه أيضاً فتوى ونصاً.

وفي النص المنسوب إلى البخاري: «إِنْ وَثِقَ بِهِ»^(١)، يعني بإخبار البائع باستبرائه فلا بأس أَنْ يَطَّأَهَا يعني على المشتري، وفي آخر: «إِنْ كَانَ عِنْدَكَ أَمِيناً فَهَسَّهَا»^(٢)، وطرح ذيله لا يضر بمورد الاستدلال. وفي ثالث: «إِنْ أَتَمَّنْتَهُ فَهَسَّهَا»^(٣).

وما في بعضها من الأمر بالاستبراء مع عدم وطء صاحبها^(٤) مطروح، أو منزل على استحباب استبرائه، أو على صورة العلم بوطء غير البائع بوجه صحيح، كما أفاد في الجواهر^(٥) مع مناسبتة لحكمة الاستبراء. وفي إلحاق صورة الجهل وعدم الوثوق بصورة العلم في المقام نظر، نعم ظاهر تعليق الحكم بالوثوق من قبل البائع جريان وجوب استبراء المشتري مع عدمه، ولذا أفاد في الشرائع وجوب الاستبراء على المشتري مع جهله^(٦).

وعلى أي حال بمثل هذه النصوص يرفع اليد عن إطلاق مادل على ثبوت الاستبراء على المشتري، بل في بعضها الجمع بين استبرائهما، ولا بد وأن يحمل بقرينة السابقة على صور عدم وثوقه بعدم وطء البائع في مدة استبرائه كما لا يخفى^١.

* * *

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٣ حديث ١ باب ٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٣ حديث ٢ باب ٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٤ حديث ٤ باب ٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٤ حديث ٥ باب ٦ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٥) الجواهر ٢٤: ٢٠٤.

(٦) الشرائع ٢: ٥٩.

(ويسقط) الاستبراء بنحويه (على اليائسة والصغيرة) بلاشكال أيضاً فتوى ونصاً، وفي النص: عن الجارية التي لم تبلغ حد الحيض أو لم تحض، فقال: «(لاعدة عليها)»^(١).

وفي آخر: عمن لم تدرك أو يئست عن الحيض، فقال: «(لابأس بها أن لا يستبرئها)»^(٢).

وفي بعض النصوص من الأمر بالاستبراء لمن لم تبلغ الحيض^(٣)، محمول على الغير البالغة حد الحيض بحسب المتعارف مع بلوغها وكبرها. كما أن ما في نص آخر من اثبات الاستبراء لمن قعدت عن الحيض أو لم تحض^(٤) أيضاً محمول على من كانت بسن من تحيض جمعاً بين النصوص اطلاقاً وتقييداً. وفي بعض آخر الجمع في غير البالغ بين نفي العدة وجواز الوطء^(٥).

وحمله في الجواهر على صغرها عند البائع وبلوغها عند المشتري^(٦)، ولكنه خلاف الظاهر؛ لظهوره في كونها في حكمى الصغيرة التي لا يتخوف عليها الحمل.

والأولى حمله على الغير البالغة حد الحيض المتعارف فيها عدم الحمل غالباً وعادة، لا الغير البالغة المصطلحة، وأن المراد من نفي العدة هي ما على الحامل من العدة المعهودة، وذلك لا ينافي ثبوت الاستبراء بقسميه في حقها، بل بمثل ذلك يمكن رفع اليد عن تشكيك الجواهر من ثبوت العدة على البالغة، أو

(١) وسائل الشريعة ١٤: ٤٩٩ حديث ٤ باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٢) وسائل الشريعة ١٤: ٤٩٩ حديث ٨ باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٣) وسائل الشريعة ١٤: ٤٩٩ حديث ٧ باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٤) وسائل الشريعة ١٤: ٤٩٩ حديث ٦ باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٥) وسائل الشريعة ١٤: ٤٩٨ حديث ١ باب ٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٦) الجواهر ٢٤: ٢٠٩.

الاستبراء بالمدة المعهودة حتى التجأ بالآخرة إلى الاستصحاب^(١).

ولكن يمكن رفع التشكيك بمثل هذا النص، وبه يحمل ما اشتمل على ثبوت العدة على الفضيلة، وإلا فالواجب ليس إلا الاستبراء المزبور بأحد نحويه كما لا يخفى^١.

* * *

(و) يسقط أيضاً عن (المستبرأة) عند البائع أو غيره؛ لما عرفت مفصلاً في ذيل الفرع السابق، (و) عن (أمة المرأة) أيضاً على المشهور، وفي النص المستفيض نفي البأس عن وطئها قبل استبرائها^(٢)، وفي بعضها استبرأت جارية بالبصرة من امرأة فخرتني أنه لم يطأها أحد فوقعت عليها ولم استبرئها، فسألت ذلك عن أبي جعفر عليه السلام قال: «هوذا أنا فعلت ذلك وما أريد أن أعود»^(٣).

وفي الرياض اشعاره باشتراط الوطء بعدم وطء غيرها بتحليل أو غيره^(٤)، وفي الدلالة نظر. نعم لا بأس بمقتضى الحكمة من الالتزام به في صورة العلم به، وأما مع الجهل فلا دليل عليه في المقام بعد اقتضاء الأصل عدم الوطء ولا مجال للتعدي من باب أمة الرجل واحتمال وطئه بمقتضى نصوصه إلى غيره لولا دعوى تنقيح المناط فيه كما لا يخفى^١، والله العالم.

* * *

(و) لا يطأ الحامل قبلاً إلا بعد مضي أربعة أشهر وعشرة أيام (على المشهور، خلافاً لابن ادريس فالتزم بالكراهة^(٥))، ولجمع آخر فالتزموا ببقاء

(١) الجواهر ٢٤: ١٩٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٤ حديث ١ باب ٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٤ حديث ٢ باب ٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٥) السرائر: ٢٢٢.

(٤) رياض المسائل ١: ٥٦٤.

الحرمة إلى زمان وضعها.

وعمدة سند المشهور نصّ رفاعة المشتملة على رواية التهذيب: «إلى أن تبلغ في حبلها أربعة أشهر وعشرة أيام، وإذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا باس بنكاحها في الفرج»^(١). وبه يرفع اليد عن ظهور النصوص المشتملة على زمان الوضع^(٢)، التي هي سند جمع آخر ما زاد عما ذكر على الكراهة.

وسند ابن ادريس ما في رواية أخرى لرفاعة قال في الأمة الحبلى يشترها الرجل قال: «سئل أبي عن ذلك فقال أحلتها آية وحرمتها آية أخرى، فأنا ناه عنها نفسي وولدي» فقال الرجل: أنا أرجو أن انتهي كما نهيت نفسك وولدك^(٣). بتقريب أن سوق الرواية شاهد الحمل على الكراهة وإن نهى نفسه من جهة ديدنهم من الاجتناب عن المكروهات. وفيه نظر؛ لامكان حمل مثل هذا البيان على التحذّر عن المخالفين الذين بناؤهم على جوازه، وعليه فالمشهور هو المنصور، والله العالم.

ثم إن في غالب النصوص لفظ: «الفرج»، وفي بعض آخر لفظ: «الوطء»، وفي ثالث: «يحرم من الإمام عشرة»، ومنها: «الحبلى حتى تضع»^(٤). وفي انصراف أمثال هذه إلى القبل كما أفاده المصتف، ويناسبه أيضاً التعليل في بعض النصوص بتغذي الولد^(٥) وجه، والأوجه هو الأخذ باطلاق الوطء وأنّ الفرج أيضاً غير ظاهر في القبل، وتغذي الولد أيضاً حكمة غير مطردة، فالأقوى بل الأحوط إلحاق الدبر أيضاً.

(١) التهذيب ٧: ٨٦ حديث ٤٦٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٥ باب ٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٥ حديث ٢ باب ٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٦ حديث ٤ باب ٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٥) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٧ حديث ٣ باب ٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

وأما سائر الاستمتاعات فلاشكال في جوازه، والنهي عن القرب لما دون الفرج في النص أيضاً محمول على الكراهة بقريئة سائر النصوص المرخصة كما لا يخفى.

* * *

وكيف كان (فإن قَعَلَ عزل، ولولم يعزل كره بيع ولدها)، وظاهر العبارة باطلاقه يقتضي وجوب العزل مهما وطأ الحامل ولوقبل مضي أربعة أشهر وعشرة، غاية الأمر عند العلم بحملها ولولم يستبن. ولكن لاأظن بارادة هذا الظاهر، إذلا أظن بالالتزام به أحداً، إذ هم بين من يعتبر في موضوع مشروعية العزل بالطوء وقت استبانة الحمل، وبين من عبّر بقوله: حيث يجوز وطء الحامل ولو من بعد مضي أربعة أشهر وعشرة.

وربما يؤيد الأول ما في النص: في رجل اشترى جارية حاملاً وقد استبان حملها قال: «بئسا صنع»، قال: فما تقول؟ قال: «اعزل عنها» إلى أن قال: «إن عزل عنها فليستق الله فلا يعود، وإن لم يعزل عنها فلايتبع ذاك الولد ولايورثه، ولكن يعتقه ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به؛ لأنه غذاه من نطفته»^(١)، بل قوله: «فليستق الله» شاهد عدم جواز وطئه، فلا بد وأن يحمل على صورة يحرم وطؤه، وهو عند المشهور قبل بلوغ أربعة أشهر وعشرة. نعم ذيله من حكمة تغذي الولد يساعد وقت ولوج الروح، ووجه المحتاج إلى التغذي، وهو لا يكون قبل أربعة أشهر.

وحينئذ فلا بد من حمل الأمر بالابقاء على مذهب من التزم بحرمه وطء الحامل مطلقاً، كما أنه عند المشهور لابد من حمل الأمر المزبور على الاستحباب، ولازمه المصير إلى استحباب العزل بقريئة صحيحة رفاة المتقدمة المستند

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٥٠٧ حديث ١ باب ٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

للمشهور، ولازمه حمل الاستنابة في صدره على مرتبة يساعد ذيله. وبمثل هذا البيان ينبغي بيان وجه حمل الرواية على الاستحباب.

والعجب من الرياض حيث التزم بوجوده لولا الاجماع^(١)، وهو كما ترى، بل لازم ذلك تخصيص مشروعية العزل بزمان قابلية الولد للتغذي، وهو بعد مضي أربعة أشهر وعشرة، وهو زمان جواز وطئه عند المشهور.

ويمكن حمل ما أفاد في جامع المقاصد بقوله: حيث يجوز وطؤه على ذلك^(٢)، بناء على جعله كناية عن مضي الأربعة أشهر. ولكن في الجواهر قال: حيث يجوز الوطء^(٣)، على الخلاف الموهم لمشروعية العزل على القول بالجواز حتى على مذهب ابن ادريس^(٤)، وعدم مشروعيته عندما لا يجوز وطء الحامل مطلقاً. ولا يخفى أن اتحام الدليل على هذا المعنى مشكل جداً؛ لعدم مساعدة النص المزبور إلا على ما ذكرنا، فراجع.

وحينئذ فلا بد من حمل عبارة المصنف على هذا المعنى أيضاً؛ لما عرفت من عدم القول بما أفاد على إطلاقه، والله العالم.

ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر وجه كراهة بيع ولده؛ نظراً إلى الحكمة المزبورة من تغذيته من نطفته؛ فكأنه يتشبث بكونه ولده ونفس ذلك قرينة حمل النهي فيه على الكراهة، ولأقل من كونه من القرائن الحافة الصالحة للقرينية. فلا يصغى أيضاً إلى توهم ظهور النهي عن البيع في الحرمة كما لا يخفى، ومن النص المزبور أيضاً يستفاد رجحان عزل شيء من ميراثه لتعيشه.

* * *

(١) رياض المسائل ١: ٥٦٤.

(٢) جامع المقاصد ٤: ١٥٦.

(٣) الجواهر ٢٤: ٢١١.

(٤) السرائر: ٣١٥.

(ويستحب) أيضاً (تغيير اسمه ، وإطعامه شيئاً من الحلوة ، والصدقة عنه بأربعة دراهم ، ولا يريه ثمنه في الميزان). كل ذلك لما في نص زرارة قال : « فإذا اشتريت رأساً فلاترين ثمنه في الميزان ، فما من رأس يرى ثمنه في كفة الميزان فأفلح ، وإذا اشتريت رأساً فغير اسمه ، وأطعمه شيئاً حلواً إذا ملكته ، وتصدق عنه بأربعة دراهم »^(١)

* * *

(ويكره التفرقة بين الأم والولد قبل سبع سنين) ، والظاهر أن الغرض من هذا التحديد بيان أول حد استغناء الطفل غالباً ، وإلا فليس من هذا التحديد في لسان النصوص أثر ، وإنما لسانها مشتمل على عنوان الاستغناء عن أبوها .

وعلى أي حال ظاهر جملة من النصوص الأمر ببيعها جميعاً أو امساكهما كذلك ، الملازم لعدم التفريق . وظاهر هذه الأوامر حرمة التفريق ، ولكن في بعضها التعليل بقوله : « ما آمنت لو حبستها أن أرى في ولدي ما أكره »^(٢) ومثل هذا التعليل موهن ظهور الأمر برده في الوجوب ، ولكن في صلاحيته للقرينة على صرف البقية إشكال ؛ لكونه من المنفصلات الغير الساري اجمالها إلى غيرها ، فهي على ظهورها بلا صلاحية العمومات مثل قاعدة السلطنة وغيره أيضاً لرفع اليد عن ظهورها . ولعله لذا ذهب جمع من الأعاظم إلى الحرمة .

نعم لا يقتضي ذلك بطلان البيع لمعلومية الحكمة في حرمة إيذاء الطفل والأم ، ومثل ذلك لا يقتضي بطلان بيعه وإن أثم بالتفرقة ، ولا يلتزم القائل بالتحريم أزيد من ذلك ، كيف والنصوص أبية عن مثل هذا المعنى كما لا يخفى .

(١) وسائل الشيعة ١٣ : ٣١ حديث ١ باب ٦ من أبواب بيع الحيوان .

(٢) وسائل الشيعة ١٣ : ٤١ حديث ٣ باب ١٣ من أبواب بيع الحيوان .

ثم إن حكمة ايداء الطفل والأم اقتضت الاقتصار في الحرمة أو الكراهة بصورة عدم رضاها، وإلا فلأبأس عند طيها بالفراق. وفي النص أيضاً: «وإن كان له أم فطابت نفسها ونفسه فاشتره»^(١).

وفي شمول الاطلاقات صورة الافتراق في الملكية محضاً بلافتراق بينها خارجاً كالبيع بالوالد والولد المتلازمين محلاً غالباً أشكال؛ لعدم المجال في الحكمة المزبورة التي بحسب الارتكاز من القرائن الحافة بالمطلقات، كما أن الظاهر من قوله: «من الاستغناء عن أبوها» عدم اختصاص الأم بذلك، نعم ينصرف الاطلاق إلى صورة أنس الطفل بالوالد أيضاً، وإلا فشمول الاطلاق منظور فيه.

وفي التعدي إلى سائر الأرحام المأنوس بها تأمل وإن أفاده في الرياض^(٢) وفي بعض النصوص: يشتري الغلام أو الجارية وله أخ أو أخت أو أم قال: «لا يخرجها إلى مصر آخر إن كان صغيراً»^(٣)، ولكن في ذيله يخصص الأم بطيب النفس، وذلك شاهد حمل الصدر على الكراهة. ولا أظن التعدي من القائل بالحرمة إلى كل رحم مأنوس به وإن كانت حكمة الايداء جهة مشتركة، ولكنه حكمة لاعلة، غاية الأمر شأنه المنع عن الاطلاق عن فاقدها كما لا يخفى.

* * *

هذا (و) كيف كان (لوظهر استحقاق الأمة لغيره بعد حملها انتزعها المالك، وعلى المشتري عشر قيمتها إن كانت بكرًا وإلا نصفه، و) عليها أيضاً (قيمة الولد يوم سقطه حيًّا).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤١ حديث ١ باب ١٣ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) رياض المسائل ١: ٥٦٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤١ حديث ١ باب ١٣ من أبواب بيع الحيوان.

والأصل في ذلك ما في صحيح الوليد: في رجل يتزوّج امرأة حرة فوجدها أمه دلّست نفسها إلى أن قال: «ولوالها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرًا، وإن كانت غير بكر ف نصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها»^(١)، ومورد النص وإن كان صورة التزويج، ولكن التعبير: «بما استحل من الفرج» بمنزلة التعليل الجاري في الشراء أيضاً، فيصلح التشبث به في المقام، وبه يرفع اليد عما أُفيد، ونسب إلى الشيخ في مبسوطه^(٢) من ثبوت مهر مثله بمقتضى قاعدة تضمين الفروج الصالح مثل النص المزبور لرفع اليد عن القاعدة المزبورة.

ويكفي لوجوب قيمة الولد أيضاً مرسلّة مجبورة بالعمل من قوله عليه السلام: «ويأخذ الرجل ولده بقيمته»^(٣).

وفي آخر: «ويدفع المبتاع قيمة الولد»^(٤) والمتيقّن منها قيمة يوم الولادة؛ لأنّه الأقل براءة من الأكثر، والله العالم.

(و) بعد دفع المشتري هذه القيم وغيرها إلى المالك (يرجع) لجهله وكونه مغروراً (إلى البائع إذا لم يكن عالماً بالغصب وقت البيع) أو وقت ما يوجب التغريم من اتلاف منافعها؛ لقاعدة الغرر كما أسلفناه في بحث الفضولي فراجع، مضافاً إلى النص في المقام من قوله: «ويرجع إلى من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد».

نعم مع العلم بالغصب لاشبهة في ضمانه سائر منافعها وأعمالها، وأمّا ضمان قيمتها من العشر أو نصفه ففيه اشكال؛ لعدم احترام الوطء، واختصاص النصوص بصورة جهل المشتري، نعم يشمل إطلاقها صورة علم

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٥٧٧ حديث ١ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٢) المبسوط ٢: ١٦٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٥٩٢ حديث ٣ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٥٩٢ حديث ٥ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

الأمّة كما هو ظاهر تدليسها في النص السابق، فلا يقتص المقام بباب المهر الساقط مع علم الزوجة بالزنا، وصرّح به في الجواهر أيضاً. وكلامه ظاهر أيضاً في عدم ثبوت القيم المزبورة مع علم المشتري فتدبر في الكلمات كما هو حقّه.

* * *

(ويجوز شراء ما يسيبه الظالمون من أهل الحرب) على ما عرفت شرحه، وورد النص^(١) بذلك أيضاً كما أشرنا فراجع.

(وكذا) المنصوص جواز شراء (بنت الظالم^(٢) وأخته) وامراته (وغيرها من أقاربه)، وفي خبر عبدالله اللحام نفي البأس عن شراء بنت المشرك، وفيه أيضاً شراء امرأته قال: «لابأس»^(٣)، ويتعدّى منها إلى بقية الأقارب بعدم الفصل. ويمكن حمل النص أيضاً على الشراء صورة؛ لأنّه نحو استنقاذ لفيثه، كي لا ينافي عدم تملكهم لأقاربهم بملاحظة كونهم مكلفين في الفروع كتكليفهم بالأصول. وإليه ذهب العلامة أيضاً، ولكن في الجواهر أنّ لازمه عدم جريان أحكام البيع عليه، وهو باطل جزماً.

أقول يمكن اجرائها باطلاق عنوان الشراء عليه عناية بلحاظ آثاره، فلا ينافي حينئذٍ ترتّب مثل هذه الآثار مع عدم كونه بيعاً حقيقة، جمعاً بين النصوص والقواعد كما لا يخفى.

* * *

(ومن اشترى جارية سرقّت من أرض الصلح ردها على البائع) عند المصنّف (واسترجع الثمن، ولو مات ولا عقب له دفعها إلى الحاكم).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧ حديث ١ باب ٢ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) هكذا بخط المصنف رحمه الله، وفي بعض نسخ التبصرة: الكافر.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٨ حديث ٢ باب ٣ من أبواب بيع الحيوان.

ومستند الحكم الأول نص السّمان، ولكن في ذيله: «إن مات ومات عقبه فليستسعرها»^(١)، بلا تعرّض فيه لدفعها إلى الحاكم. ولقد حكى في الشرائع قولاً على طبق مضمون النص، وجعل الأشبه دفعها من الأول إلى الحاكم بلا استسعاء بلا دفعها إلى البائع أصلاً^(٢)، وهو بمقتضى القاعدة في منتهى المتانة؛ لعدم وجه لدفع مال الغير إلى سارقه، لأنّه تفريط لا يصحّ من الأمين الشرعي، بل لا بدّ من دفعه إلى وليّه وهو الحاكم في الصورة المفروضة. أو لأنّه مال مجهول المالك، فيرجع الأمر فيه إلى حكام الشرع.

ولا وجه لأجراء حكم اللقطة عليه من تعريفه سنة؛ لانصراف موضوعه عنه. كما أنه لا مجال لاستسعائها؛ لأن منافعها لملكها الغير المستحقّ عليه شيئاً، وإنّما حق المشتري عند البائع، فلا وجه لاستسعائها قبال ثمنها، وعليه فإنّ تمتّ سند النص المزبور في قبال القاعدة المسطورة فلنأخذ بمضمونه.

ولا وجه لارجاعها إلى الحاكم قبل استسعائها بأداء حق المشتري كما هو المحكي قولاً في الشرائع، وإلاّ فلا بدّ من المصير إلى ما اختاره في الشرائع وعدم ارجاعه إلى البائع أصلاً. فما أفاده المصنّف حينئذٍ لا يخلو عن تأمل؛ لعدم مساعدة النص معه ولا للقاعدة كما لا يخفى.

ولقد أفتى سيد الأساطين أيضاً في حاشيته على طبق القاعدة طارحاً للنص المزبور حيث قال: بل إلى المالك، ومع الجهل به فإنّ الحاكم. وفي تكملة أستاذنا الأكرم ردها إلى مالكها لو علم، وإلاّ يتصدّق بها عن مالكها. والأحوط أن يكون باذن الحاكم، وذلك أيضاً ظاهر في عدم اتكاله بالنص في الجواهر أيضاً تضعيف النص المزبور بلا جابر له.

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٥٠ حديث ١ باب ٢٣ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) الشرائع ٢: ٦٠.

والتحقيق في مثله المشي على قواعد مجهول المالك ، وفي ولاية الواجد له على التصديق المزبور نظر، والأقوى ارجاع أمره إلى الحاكم الولي في أمثال المقام، وسيُتضح توضيح الحكم المزبور في محله إن شاء الله.

* * *

(ولو دفع إلى مملوك غيره) مأذوناً في التجارة من قبل مالكة (مالاً ليعتق به نسمة ويحج عنه فاشترى أباه، ثم ادعى كل من الثلاثة شراءه من ماله، فالقول قول صاحب المملوك مع عدم البينة). وبه أفتى في الشرائع^(١) وجعله أشبه، خلافاً للشيخ في النهاية^(٢) من رد الأب إلى مولاه رقا. وعمدة السند فيه رواية ابن أشم المشتمل ذيله بقوله: «وأما المعتق فهو رد في الرق»^(٣).

وفي الجواهر^(٤) حكم بمخالفة مضمونها لقاعدة أصالة الصحة في العقد مع اعترافه ببيعه وضعف سندها بلا جابر.

أقول: تطبيق الرواية على القاعدة كما اعترف به أخيراً بمنع جريان أصالة الصحة في المقام؛ لأنه مع احتمال كون الثمن لمولى الأب لا يصدق على مثله عنوان البيع ولو عرفاً، ومع الشك في أصل العنوان كيف يبقى مجال أصالة الصحة.

وأما اعترافه بوقوع العقد لا ينتج في الحكم بصحته بيعاً؛ لأن صحة العقد بمعنى عدم قصوره في المؤثرية لا يلازم احراز قابلية المحل لثبوت البيع، كما أن عمومات الوفاء بالعقود أيضاً قاصرة لا ثبات هذه الجهة. وحينئذ لا يبقى اثبات

(١) الشرائع ٢: ٦٢.

(٢) النهاية: ٤١٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٥٣ حديث ١ باب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

(٤) الجواهر ٢٤: ١٧٢.

عنوان البيعة في مثل المقام. وبعد الشك في مثل هذا العنوان كيف تجري أصالة الصحة. ولقد حققنا في مبحث الفضولي أيضاً ما يناسب المقام. وعليه فالقاعدة تقتضي الرد إلى مولى الأب ووظيفة البقية اقامة البينة، نعم لو فرغنا عن جريان أصالة الصحة في أمثال المقام لا محيص بمقتضى القاعدة الرد إلى مولى المأذون من جهة أن يد العبد يد مولاه، فتكون يده على العبد دليل ملكية لمولاه. ولا يسمع اقراره على مولاه بكون ما في يده للغير لعدم يده، ولا يخاص المقام بدعوى الوكيل وسماع اقراره على الموكل من جهة يده المستقلة كما لا يخفى^١.

* * *

(ولو وطأ الشريك جارية الشركة حدّ بنصف غيره)، والأصل في ذلك بعد دعوى الاجماع ما في نص عبدالله بن سنان المشتمل على قوله في موضوع البحث: «يدرأ عنه من الحد بقدر ماله من النقد، ويضرب بقدر ما ليس له فيها»^(١). وعلى وفق مضمونه نصوص أخرى مستفيضة^(٢).

وحينئذ لا يصغى إلى ما احتمل في المقام على خلاف النصوص؛ لأنه اجتهد في قبالتها. نعم قد يشكل ما لو كان في استحقاقه كسر فقد يقال باعتباره في السوط، فيؤخذ بنصفه إن كان نصفاً وبثلثه إن كان ثلثاً. وفي الصحيح أيضاً: «في نصف الجلدة وثلثها يؤخذ بنصف السوط وثلثه»^(٣)، وربما يساعده الاعتبار، وفي المقام احتمال وجوه أخرى، والمرجع فيه النص المزبور كما لا يخفى.

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٤٥ حديث ١ باب ١٧ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٣٨٩ باب ٢٢ من أبواب حد الزنا.

(٣) وسائل الشريعة ١٨: ٣١١ حديث ١ باب ٣ من أبواب مقدمات الحدود وأحكامها العامة.

ثم إن ذلك كله عند عدم الشبهة، وإلا فيدراً الحدّ بها.

* * *

وكيف كان (فإن حملت) بوطء الشريك (قوّمت عليه) حصص الشركاء بلا اشكال فيه ظاهراً؛ لأنّه بالحبل تصير أم ولد للواطئ، ويصير في معرض عليهم بوطء فعليه ضمانه. وذلك أيضاً لاينافي في بقاء الأمة على ملك الشركاء الموجب لتملكهم منافعها، فلا يقتضي التضمن المزبور بقاء العين على ملك الشركاء إلى أن وقع في البين مبادلة عقديه، كما هو الشأن في ضمان بدل الحيلولة.

وعليه فليس وجه عدم الدخول في ملك الواطئ بمجرد التقويم المزبور من جهة دلالة النصوص على النقل بالقيمة، بل الظاهر من التقويم جعل القيمة في عهدة الواطئ قهراً عليه. وهذا المعنى أجنبي عن المبادلة الاختيارية المنوطة برضاء الطرفين، بل عمدة الوجه في عدم الخروج عن ملك الشركاء قهراً عدم اقتضاء هذا المقدار من التضمن إياه كما في بدل الحيلولة، فالأصل يقتضي البقاء على ملكهم إلى أن يتحقق الناقل.

وحينئذٍ فما في الجواهر في وجه البقاء على الملكية من استظهاره من لفظ التقويم الوارد في النصوص نظراً. وتوهم أن التضمن المزبور يوجب عدم وقوعه بعده في حيز المبادلة منظوفيه، إذ مرجع تبديله إلى نقل العين بماله من المالّة ولو في عهدة الغير إلى المشتري. فإذا كان المشتري أجنبياً فينقل ذمة الضامن من إليه، وإن كان هو الضامن فيسقط ضمانه، كما هو الشأن في المضمون بالحيلولة.

وبالجملة لا اشكال عندهم في بقاء المال على ملكية الشركاء قبل المعاملة الجديدة، فيملك منافعهم مع اقتضاء النصوص تقويمها على الواطئ بجعل أعلى قيمتها من بين الثمن والقيمة وقت تقويمها على الواطئ.

نعم قد اختلفت كلمتهم في تعيين وقت القيمة، فقليل بأنه وقت الاحبال؛ لأنه وقت حبسها على الشركاء، وفي النص: «ويغرم نصف القيمة إذا حبلت»^(١)، ويمكن ارجاع القيد فيه إلى أصل التقويم وجعل الغرامة لا إلى القيمة، فلا شهادة فيه على المدعى.

وحينئذ لا ينافي ذلك ما في بعض النصوص من تعيين وقت الوطاء^(٢)، نعم قد يستشكل عليها بأن وقت الوطاء لا يكون وقت حبسها على الشركاء؛ فلما مقتضى للتضمن بقيمة هذا الوقت، بل ولا معنى لأصل تغريمه حينئذ على الواطئ، مع أن المرتكز في الذهن في هذا التغريم هو التضمن بمثل الحيلولة الحاصلة بكونها أم ولد، ولا يكون ذلك إلا باحبالها لا يصرف وطئها. وربما يصير ذلك شاهد رجوع القيد في النص السابق إلى القيمة، وعلى فرض رجوعه إلى التقويم أيضاً ظاهر التقويم هو جعل القيمة وقت الجعل عليه.

وحينئذ يستظهر من النص السابق القيمة وقت الاحبال ولازمه التصرف في اخبار الوطاء بمجعله كناية عن احبالها، أو من جهة غلبة مطابقة قيمتها وقت الوطاء مع وقت الاحبال، وأن تعيين وقت الوطاء من جهة معلوميته دون وقت احبالها، فيكون وقت الوطاء في النصوص من باب معرفته لوقت الاحبال، لا لموضوعيته لنفسها.

وهذا الوجه بملاحظة ماهو المغروس في الذهن في وجه التقويم أولى من الأخذ باخبار الوطاء، وحمل التقويم حينئذ على مجرد التعبد محضاً، وحينئذ فما في الكلمات من الحيص والبيص في المقام منظور فيه جداً فراجع. ثم إن مقتضى المفهوم في النص السابق عدم التقويم والتغريم قبل زمان

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٩٢ حديث ٨ باب ٢٢ من أبواب حد الزنا.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٣٩٠ حديث ٤ باب ٢٢ من أبواب حد الزنا.

الحبل، وهو الذي نسب إلى المشهور من عدم التقويم بمجرد الوطء ولو احتمل معه الحبل. وفي قبالهم من التزم بالتقويم بمجرد الوطء حتى مع اليأس عن الحمل، وفي الجواهر اختار التقويم بوطء محتمل للحمل معه.

واستدل الأولون باطلاق رواية ابن سنان، المشتمل ذيله على التقويم بالأعلى من الثن والقيمة، الشامل لقبل حملها وقت الوطء^(١).

وفيه أنّ التعليل بقوله: «استفرشها» المناسب لملاحظة كون الولد للفراش أبٍ عن الأخذ باطلاقه، بل ينزل على صور احتمال الحمل، كما هو الشأن في نص آخر معلّل فيه بالافساد على الشركاء^(٢)، إذ هو مناسب لمعرضها للحمل الموجب لحبس العين عليهم كما أشرنا.

وأظهر من الجميع ما في نص ثالث من قوله: «لأنّه وطأها»^(٣) ولا يؤمن أن يكون ثمة حمل، إذ الظاهر من أمثال هذه النصوص كون التقويم المزبور بملاحظة احتمال الحمل، ومعلوم أيضاً أنّ الاحتمال المأخوذ في المقام لمحض الطريقيّة إلى الحمل لا الموضوعيّة فيه.

وعليه فأمكن حمل التقويم في هذه النصوص بمجرد الوطء، على نحو إيجاب الاحتياط الثابت بمراعاة الواقع، فلا تنافي حينئذٍ بين مفاد مثل هذه النصوص مع المفهوم في نصّ الاحبال؛ لأنّه حكم واقعي لا يضادّه مثل هذا الحكم الظاهري، لمحض الاهتمام بحفظ جزئيتها وحفظ حقوق الباقيين في حبس ملكهم ولو ظاهراً عليهم.

وبمثل ذلك يجمع بين النصوص وبين ما هو المرتكز في الأذهان، من أنّ وجه التضمين واقعاً هو حبس الأمة على الشركاء بجعلها أم ولده، ولو بمقدار

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٥ حديث ١ باب ١٧ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٩٠ حديث ٤ باب ٢٢ من أبواب حد الزنا.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣٩١ حديث ٦ باب ٢٢ من أبواب حد الزنا.

نصيبه المنتهي إلى انعقاد جميعها ولو بالسراية.

وبمثل البيان ارتفع الاشكال في نصّ ابن سنان، حيث قال بعد التقويم بحض الاستفراش الحاصل قبل الحمل: بأن للشركاء أيضاً أخذها بقيمتها بعد الاستبراء، ووجه ذلك بأنّ التقويم والحبس على غيره إذا كان من باب الاحتياط بمراعاة الحمل واقعاً غير مضاد مع عدم خروجها عن قابليّة تملك الشريك في عدم الحمل واقعاً، فإذا حصل بالاستبراء العلم بعدم الحمل يكشف ذلك عن عدم التضمنين من الأوّل، فلهم حينئذٍ أخذها بالقيمة، بل ربّما يكون الوطاء وغيره في ذلك على السويّة.

وإنّما يلتزم الواطئ بأعلى القيمتين في ظرف الحمل واقعاً أو ظرف احتمالها ظاهراً؛ لكونه تضميناً جعلياً، ولا يشمل ذلك صورة كشف عدم الحمل، بل لا تضمنين حينئذٍ. فتعيين كون حاله مع غيره في المبادلة بالقيمة الواقعيّة على حد سواء. وحينئذٍ أين التهافت في مضمون النصوص كما توهمه بعضهم، ولعمري أنّه بمثل هذه البيانات ينبغي أن ينقح المقام، ولئن ترى كلماتهم ترى فيها نوع اغتشاش لا يسعني الزمان لبيانه تفصيلاً، فراجع إليها وتدبر فيها.

* * *

(و) على أيّ حال لا يخفى بمقتضى فحاوى النصوص بأنه (انعقد الولد حرّاً) من جهة السراية ولو كان الواطئ زانياً، بل يؤيده اطلاق النص الوارد بتقويم الولد بقوله: «يؤخذ ولده بالقيمة لانبفسه»، وأوضح منه لو كان الوطئ عن شبهة.

(و) من النص المزبور أيضاً يظهر أن (عليه قيمة حصص الشركاء - منه)، أي من الولد، والظاهر أنّ مدار القيمة فيه على ما أفاده المصنّف من قوله: (عند سقوطه حياً)؛ لأنّه وقت انعقاده عليه الموجب لضمّانه حصص الشركاء، مع أنّ مع الدوران بين قيمة يوم الولادة وغيره كان المتيقن ذلك،

والأصل براءة الذمة عن الزائد، ولا يستفاد من نصّ تقويم الولد أيضاً أزيد من ذلك. نعم ربّما يدل على عدم كفاية قيمة الحمل قبل ولادته، فلا يعتنى باحتمال أقلية قيمته عن قيمة يوم الولادة، كي يحيى فيه أيضاً الأصل السابق كما هو ظاهر.

* * *

(ولو اشترى كلّ من) العبدین (المأذونین) من قبل مولاها في التجارة (صاحبه من مولاها، ولا سبق بطل العقد) إذ لو كان شراؤهما لها بناء على أنّ العبد يملك. وأما لو كان للسيدین في تكملة استاذنا الأعظم: فالأقوى صحة العقدین.

أما وجه البطلان في الصورة الأولى؛ فلأنّ بشراء كل منهما صاحبه يصير سيداً لصاحبه، ومن المعلوم لا يجوز تملك العبد سيّده، فلا جرم يبطل أحد العقدین، ومن باب الترجيح بلامرجح يحكم ببطلان كليهما. وروي^(١) كما في الشرائع^(٢) القرعة بينهما، وفي رواية أخرى يذرع الطريق بينهما ويحكم للأقرب^(٣)، ثم جعل القول ببطلان كليهما أظهر. وفي الجواهر أيضاً ما يظهر عدم الوثوق بسندهما من جهة نذرة العامل بهما^(٤).

وحينئذٍ لا ينبغي رفع اليد عن القواعد بمثل الروایتين، خصوصاً مع دلالة نصّ أبي خديجة في مورد الفرض على البطلان، كما لا يخفى^١ على من تدبّر في مضمون النص المزبور، بل في الجواهر عدم وجدانه للرواية الثانية، وحينئذٍ مرجعية القواعد لا يخلو عن وجه.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦ حديث ٢ باب ١٨ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) الشرائع ٢: ٦٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦ حديث ١ باب ١٨ من أبواب بيع الحيوان.

(٤) الجواهر ٢٤: ٢٦٠.

وأما الصورة الثانية فالذي يقتضي القاعدة ما أفاده الأستاذ من صحتها؛ لعدم خروج كل واحد عن المأذونية إلا بعد تمام العقد، والمفروض أنّ عقدهما في زمان واحد، فصدور العقدان عن المأذون ليس إلا على وجه يكون خروجهما عن المأذونية بصحة كل منهما كما لا يخفى. نعم مع تعاقب العقدين - كما فرضه في الجواهر- كان العقد الثاني محتاجاً إلى الإجازة، ووجهه ظاهر.

* * *

بقي في المقام فُرُوعٌ أخر لم يتعرضها المصنف:

منها: أنّه إذا باع أحد العبدین الخارجین، فالأقرب بطلان البيع حتى في المتساويين صفاتاً فضلاً عن المختلفين؛ لأنّ مرجع البيع المزبور إلى بيع أحدهما مبهماً، كبيع أحد الصيعان المخصوصة، وبيع المبهم باطل اجماعاً، علاوة على ما قيل من عدم اعتبار العقلاء ملكيّة المبهم. وتصوّر الكلّي في المعین في أمثال المورد، كبيع الصاع من الصبرة لا يخلو عن غموض، لامن جهة ما في الجواهر من عدم الكلّي في الخارج، بل من جهة أنّ الأفراد الخارجيّة إذا كانت قيمة كانت بحكم مختلفات الحقيقة بنظر العرف، وفي مثله يسري الغرر إلى الطبيعة المنطبقة عليها أيضاً.

وبذلك يفرّق بين المقام وبين الصاع من الصبرة، حيث أنّ المشهور بناءً عليهم فيه على صحّة البيع دون المقام وأمثاله، من دون فرق في المورد بين مختلفات القيمة - ولو باختلاف الصفة - ومتّحداتها، إذ مجرد اتّحاد الصفة فيها من باب الاتّفاق لا يخرجها عن القيميّة. فكونها بنظرهم بنمزلة اختلاف حقيقتها عندهم، ومن المعلوم أنّه مع هذا الاختلاف لا يصح بيع الكلّي الخارجي حتّى في الصاع من الصبرة.

نعم لو باع عبداً في الذمة لأبأس ببيعه؛ لأنّ الطبائع الذميّة أجنبيّة عن الخارجيات، ولها نحو تعيّن في عالم وجودها باعتبار الذمة، غير مرتبط بما في

الخارج، فلا يؤثر اختلاف حقيقة الأفراد بأنظارهم في الخارج جهلاً في الطباع الذمّية. بخلاف الكليات الخارجيّة فإنّها لشدة ارتباطها بالخارجيات يسري الغرر في أفرادها إليها، وذلك هو الميّز بين الكليات الذمّية وغيرها، وحينئذٍ لا قصور في صحّة بيع عبد في الذمّة.

وحينئذٍ فلو أقبض عبدين وقال: اختر أحدهما ورد غيره جاز، وبنفس هذا القبض يملك أحدهما، كما في قبض تمام الصبرة في بيع صاع منها. ولا ضير في هذا المقام الجهل بأحد العبدین؛ لأنّه ليس غرراً في أصل المعاملة كي يضرّ بها، وإنّا الجهل المزبور من قبيل تطبيق ما في الذمّة على أحدهما بلا تعيين، ولا ضير فيه. وتوهم عدم صلاحية مثل هذا القبض للتطبيق المزبور ليس في محله، إذ لا قصور فيه لذلك بأنظارهم.

وحينئذٍ فلو تلف أحدهما قبل اختياره التعيين منها، أو صار بحكم التالف بابق أو غيره، مقتضى ما ذكرنا في باب الكلّي في المعين في مقام الفرق بين صورة تلف البعض قبل القبض أو بعد قبض تمام الصبرة، هو الحكم بجرّيان أحكام الاشاعة في مثل المورد، وأن التالف عليها والموجود بينهما. ولازمه مع فرض عدم ضمان المشتري لما في يده من مال البائع عدم استحقاق البائع عليه شيئاً.

نعم لو كان التلف المزبور في زمان خيار المشتري يرجع إلى البائع بنصف الثمن إلى أن يجد الآبق، فيرجع إلى البائع ما أخذ بمقتضى قواعد الضمان في بدل الحيلولة، غاية الأمر هنا مضمون بالمسمى بمقتضى قاعدة التلف في زمن الخيار كقاعدة التلف قبل القبض.

وهذه كلها بمقتضى القواعد ظاهر واضح. وعليه فيمكن ارجاع ما في نصّ الباقر إلى ما ذكرنا قال عليه السلام في فرض بيع عبد واعطاء العبدین للاختيار: «ليرد الذي عبده منها ويقبض نصف الثمن ممّا اعطى من المبيع

ويذهب في طلب الغلام، فإن وجده اختار أيهما شاء ورده النصف الذي أخذه، وإن لم يجده كان العبد بينهما نصفه للبائع ونصفه للمبتاع»^(١). ولا يخفى أن هذه الرواية تام الانطباق مع القاعدة بناء على حمل الأباقي في زمان خيار المشتري، وحمل بيع عبده أيضاً على بيعه الكلي في الذمة، ولا باء للنص المزبور على هذه المحامل.

وحينئذ لا وجه لطرحه بعذر ضعفه، وعليه أيضاً يحمل كلام الشيخ رحمه الله^(٢) بلامورد لإيراد ابن ادريس عليه^(٣)، حتى على مشربه من طرح الخبر الواحد في قبال القواعد، فتدبر في المقام ترى الكلمات في المقام أيضاً في غاية الاغتشاش.

ومنها: أنه اختلفت كلمة الأصحاب في مالكية العبد والاماء، بعد اطباقهم على حجرهم عن التصرف فيما بيدهم بدون اذن مولاهم. وعمدة الأقوال في المسألة القولان المعروفان من عدم الملكية مطلقاً، أو الملكية مطلقاً. وهنا أقوال أخرى نادرة من التفصيل بين فاضل الضريبة وغيره، وبين أرش الجناية وغيره، أو بين ماملكه المولى وغير مالمكه.

وعمدة نظر الأولين إلى عموم عدم قدرة العبد على شيء، الذي منها التملك، خصوصاً مع تطبيق الإمام إياه على الطلاق وغيره الكاشف عن قوة عمومته مؤيداً ذلك بما دلّ على أن ما بيد العبد قبل بيعه لسيده، إلا أن يشترط^(٤)، وبما دلّ على أن العبد إذا مات وترك مالا فإنه مالمكه^(٥)، بعد الجزم

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٤ حديث ١ باب ١٦ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) المبسوط ٢: ١٦٥.

(٣) السرائر: ٢٤١.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٢ باب ٧ من أبواب بيع الحيوان.

(٥) وسائل الشيعة ١٧: ١٣٤ حديث ١ باب ٢٤ من أبواب موانع الإرث.

بعدم توارث بين الحرّ والعبد، كما هو مضمون النص^(١) أيضاً، واشتمل من النصوص على أنّ المملوك وما بيده لأهله^(٢)، وبما دل على نفي الزكاة فيما بيد العبد؛ لأنّه ليس للمملوك^(٣)، وبما اشتمل على عدم نفوذ وصيّة العبد لو لم يجز الورثة^(٤)، وبما اشتمل من النصوص على عتق العبد في فرض وصيّة المولى له بثلث ماله^(٥).

ولا يخفى ما في هذه الوجوه بمنع دلالة عموم نفي القدرة على أزيد من نفي سلطنة العبد على التملك مستقلاً، وأما إذا أذنه المولى فلا تقتضي الآية المزبورة نفيه، بل مقتضى أدلة الأسباب حينئذ اثبات الملكية، مع أنّ مصب العموم هو نفي القدرة فيما كان للاختبار والارادة دخل فيه. ولذا يفرّق بين عقد ضمانه وبين اتلافاته بفساد الأوّل دون الثاني، فيضمن ويتّبع به إلى أن يعتق، إذ ليس للاختيار في سببّة الاتلاف للضمان دخل أصلاً.

وحينئذ فأسباب التملكات القهرية خارجة عن مصب الآية الشريفة، فعموم أسبابها يقتضي الملكية حتى في العبيد، فيثبت في غيره بعدم القول بالفصل، غاية الأمر عند ضمّ إذن المولى في الاختيارات من أسباب الملك كعتقه وإيقاعه.

وأما النصوص المزبورة الواردة في الأبواب المتفرقة، ففي جملة منها قابل للحمل على التعبد، مثل نصوص بيع العبد وموته. وتوهّم أنّ الأمر فيها يدور بين الالتزام بالكية السيد لمال الغير بلاوجه من

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٩٩ حديث ١ باب ١٦ من أبواب موانع الإرث.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦٦ حديث ١ باب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا.

(٣) وسائل الشيعة ٦: ٥٩ حديث ١ باب ٤ من أبواب من تجب عليه الزكاة ومن لا تجب.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦٦ حديث ٢ باب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦٦ باب ٧٩ من أبواب أحكام الوصايا.

الوجوه الناقلة المعروفة، وبين عدم تملك العبد من الأول، والثاني أولى ولو من جهة بعد انتقال مال الغير بلا واحد من الأسباب المعهودة، مدفوع بأنه لا يصير الاستبعاد المزبور دليلاً، فمع احتمال التعبد المحض في المقامات المسطورة خرجت عن صلاحية الدليلية.

وأما ما دلّ على أنّ العبد وما بيده لسيّده، فظهور اللّام عند الاطلاق وإن كان في الملكية إلاّ أنّه معارض بالنصوص الكثيرة المشتملة على اضافة المال إلى العبد، الظاهرة عند الاطلاق أيضاً في ملكية له، ففي الصحيح قوله: «أنت حر ولي مالك»^(١)، وفي آخر قوله عليه السلام للسندي: «إن كان يوم اشترت لك مال فعليك أن تعطيه»^(٢) إلى آخره، وفي ثالث: «إنّ عليّاً أعتق عبداً وقال: إنّ مالك لي ولك وقد تركته لك»^(٣) إلى غير ذلك من النصوص.

وعلى فرض عدم ترجيح ظواهر الأخيرة بتعاضدها بالآخرة فلا أقل من التعارض، والمرجع أو المرجح عموم أدلة الأسباب.

وأما ما دلّ على نفي الزكاة معللاً بأنّه ليس للمملوك، فهو أيضاً مستند إلى ظهور اللّام في الملكية، والكلام فيه هو الكلام في السابق، مع أنّ الظاهر من كلماتهم في باب الزكاة أنّ الحرية شرط مستقل فيه مع قطع النظر عن الملكية أو التمكن من التصرف.

وأما ما دلّ على عدم نفوذ وصيّته فناسب عدم قدرته على التصرف ومجبريته، فلا دلالة فيه على نفي ملكيته.

وأما حديث وصيّة المولى له فانعاقفه بحسابه أيضاً من الأحكام التعبدية على التقديرين بلا اقتضاء فيه على نفي ملكية.

(١) وسائل الشيعة ١٦: ٢٩ حديث ٥ باب ٢٤ من أبواب العتق.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧ حديث ١ باب ١٩ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) وسائل الشيعة ١٦: ٢٩ حديث ٧ باب ٢٤ من أبواب العتق.

وكيف كان بعد اقتضاء عموم أدلة الأسباب، حصول الملكية حتى في العبيد لا تصلح مثل الوجوه المزبورة لرفع اليد عنها، نعم قد يعارض العموم المزبور ما في رواية الدعائم من قوله: «العبد لا يملك شيئاً إلا ما ملكه مولاه»^(١)، وهو أيضاً شاهد التفصيل المزبور وقابل لأن تخصص بمثله أدلة بقية الأسباب، ولكن في ذيله: «ولا يجوز له أن يعتق ولا يتصدق مما في يده، إلا أن يكون المولى أباح له، وإذا قطعه مالاً من ماله أباح له فعله أو جعل عليه ضريبة لراداتها إليه وأباح له ما أصاب بعد ذلك» الخبر.

ولا يخفى أنه يمكن أن يكون الذيل بياناً وتطبيقاً للكبرى المتقدمة، وحينئذ يوهن ذلك ظهور الملكية في صدره نفياً واثباتاً، إذ لا أقل من كون الذيل مما يصلح للقرينة المانعة عن الأخذ بظهور الصدر في الملكية المصطلحة، مضافاً إلى أنه الملكية في لسان النصوص أعم من السلطنة المحضة كما في قوله: «لا بيع إلا في ملك، ولا طلاق إلا في ملك»، ولذا لا يلتزمون بتخصيص الكبرى الأولى في بيع الكليات في الذمم. وحينئذ لا يصلح مثل هذا النص لتخصيص عموم أدلة الآثار.

ويؤيد ثبوت الملكية في الجملة ما في موثقة اسحاق المشتملة على هبة المولى قدرًا من ماله عوض ضربه إياه وهتكه وارهابه، ولكن ذيله مشتمل على حرمة تصرف السيد في ماله معللاً بأنه فدية نفسه مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة^(٢). ولا أظن التزامه من أحد.

وأوهن منه فقرة أخرى من ثبوت الزكاة فيما يعمل فيه من ماله^(٣)، ومثل هذه الفقرات ربما يوهن صدره أيضاً، فتأمل.

(١) دعائم الاسلام ٢: ٣٠٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٥ حديث ٣ باب ٩ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) وسائل الشيعة ٦: ٦١ حديث ٦ باب ٤ من أبواب الزكاة.

وحينئذٍ لا يصلح التشبُّث بمثله للقول بالتفصيل بين ما ملكه مولاه وغيره،
إذ لا إشعار فيه بنفي الملكية في غيره.

وأضعف منه التشبُّث به التفصيل بين أرش الجناية وغيره إذ لا استفاد
أرش الجناية من النص المزبور إلا بتوهم الفحوى فيه، وهو منظور فيه جداً،
ولعمري أنّ ذلك أردأ الوجوه سنداً.

نعم قد يتشبَّث للتفصيل بين فاضل الضريبة وغيره بما في صحيح عمر بن يزيد
المشتمل على قوله: «إذا أدى إلى السيّد ما كان فرضه عليه مما اكتسب ويعتق بعد
الفريضة فهو للمملوك»^(١)، ولكن فيه من منع دلالته على نفي غيره على وجه
يخصّص به عموم أدلة الأسباب، مع أنّ هذه الرواية معارض بالنص السابق
الصريح في كون الفاضل المزبور مباح له من قبل المولى^١، فلا يبقى له حجة على
ملكية الفاضل. فالعمدة في البين عموم أدلة الأسباب الغير الفارق بين الفاضل
وغيره.

وحينئذٍ التحقيق في المقام ما اختاره في الجواهر تبعاً للشرائع، من القول
بالملكية مطلقاً، مع حجب في تصرفاته وتحصيل تملكاته بالأسباب الاختيارية،
والله العالم.

ومنها: أنّه إذا بيع العبد ويده مال، فإن لم يشترط كون ما بيده للعبد فهو
لمولاه، وإلا فيبقى على حاله.

والأصل في ذلك ما في نص ابن مسلم^(٢)، ونص يحيى بن أبي العلاء من
قوله: «المال للبائع إنما باع نفسه، إلا أن يكون شرط عليه من أنّه ما كان من
متاع فهو له»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٤ حديث ١ باب ٩ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٢ حديث ١ باب ٧ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣ حديث ٤ باب ٧ من أبواب بيع الحيوان.

وقد يعارض هذا النص بما في رواية أخرى من التفضيل بين ما علمه المولى من المال وما لم يعلمه، فينقل إلى المشتري في الأول، وإن لم يعلم فهو للبائع^(١). ولكنه ضعيف غير صالح للمعارضة، فيحمل التفصيل المزبور على صورة شرطه الضمني مع علمه، وعدمه مع عدمه.

وعلى أي حال نقول: إن استبعاد انتقال المال من العبد بلا رضاه إلى سيده تبعه إياه، خصوصاً مع التعليل بأنه إن باع نفسه، الظاهر في كون عدم الانتقال من المولى إلى المشتري على القاعدة، دعاهم على التثبت بمثل ذلك؛ للاحالة ملكية العبد كما تعرضناه سابقاً. ولكن قد عرفت أنه مجرد استبعاد لا يصلح دليلاً. وأما التعليل ببيع نفسه فإنها هولبيان عدم انتقاله إلى المشتري، لانتقاله إلى المالك البائع للعبد، كما لا يخفى. ونظيره في أعمال التعبد انتقال ما في يده إلى مولاه بموته لابعنوان الارث، كما لا يخفى.

هذا ومن النص المزبور ظهر وجه الانتقال إلى المشتري في صورة شرطه له. وتوهم أنه يناسب مع ملكية البائع، مدفوع بأنه يكفي في صحة الشرط المزبور ولاية المولى على مال العبد بأي نحو من التصرف.

وأضعف من ذلك توهم آخر، وهو أن الملكية لا تحصل إلا بأسباب خاصة، والشرط غير صالح للسببية؛ لأنه مصادرة. نعم ما لا يصلح تأثير الشرط فيه عنوان البيع والاجارة والهبة وأمثالها؛ لأنها منوطة بالأسباب الخاصة بخلاف الملكية، إذ بتعدد الأسباب فيها ينكشف عدم حصر السبب فيه، فلا قصور في تأثير الشرط فيه أبداً. نعم لأن آل الأمر فيه إلى الشك، مرجع الشك في مثل المقام إلى الشك في قابلية المحل الموجود من قبل الشرط المزبور وفي مثله أمكن دعوى عدم صلاحية عموم دليل الشرط لاحترازه.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٢ حديث ٢ باب ٦ من أبواب بيع الحيوان.

ثم في فرض الشرطية إجراء أحكام البيع عليه اشكال، وما في الجواهر من جريان الأحكام المزبورة تأمل.

هذا كله لو شرط كون المال للمشتري، ولو شرط كونه للعبد فلا يتم إلا على ملكيته، وإلا فعلى عدمها فلامعنى للشرط إلا كون المال باقياً على حالته الأولى. وظاهر النص كون مضمون الشرط كون المال للعبد بنحو كان له سابقاً، فيناسب المضمون لولا ظهور اللام في نفسه في الملكية مع ملكية العبد وعدمه كما لا يخفى، فتدبر.

ومنها: أنه لو قال العبد للمشتري: اشتريني ولك عليّ كذا، ففي الشرائع أنه لا يلزم العبد وإن اشترطاً^(١)، وهو على مختاره في غاية المتانة على حجر العبد وفرض عدم اذن المولى به، وإلا فاع اذنه فلا قصور في هذا الشرط وإن لم يكن له مال، فيقع في ذمته يتبع بعد عتقه، وتوهم عدم الذمة للعبد منظور فيه بشهادة اتلافاته. ونظير ذلك ما لو قال لمولاه البائع، بل فيه أمكن استظهار الاذن من مولاه فيه باقدامه لو كان المشتري هو العبد وكالة، وكذلك لو كان طرف المعاملة هو المشتري، إذ رضا المشروط عليه دخيل في صحة الشرط، ولازمه دخل رضا مولاه فيه، ولازمه أيضاً عدم الفرق بين وجود المال بيد العبد وعدمه.

ولكن في رواية الفضيل التفصيل بين صورتين وأن الصحة منوط بوجود المال^(٢)، وظاهر الدروس العمل على وفقه^(٣)، ولا بأس به لو تمّ سند النص المزبور، وبه يرفع عن قاعدة اشتغال ذمة العبد، اللهم [إلا] أن يحمل على صورة اقتصار اذن المولى بفرض وجود المال، ولكته خلاف ظاهره كما لا يخفى.

(١) شرائع الاسلام ٢: ٦٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧ حديث ١ باب ١٩ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) الدروس: ٣٤٩.

(الفصل الثاني عشر)

(في السلف)

وهو كما قيل مرادف السلم، وعرفوه باثبات مال في الذمة بمبدول في الحال بنحو المبادلة، وفي الشرائع تعريفه بنحو يرجع إلى ما ذكرنا قال: وهو ابتياع مال مضمون إلى أجل معلوم بمال حاضر أو ما في حكمه^(١). وظاهره وقوع السلم بلفظ البيع وكان البائع موجباً، وبذلك يكون السلم أيضاً من أفراد البيع. نعم له امتياز عن بقية البيوع بوقوع الإيجاب من المشتري من قوله: أسلفتك كذا بكذا، فيقول البائع: قبلت، عكس المعروف في سائر البيوع من كون البائع موجباً، إذ مرجع أسلافه لطرفه إلى تملكه في ذمة طرفه شيئاً في قبال الموجود، ومن المعلوم أن التملك شأن المشتري.

وتوهم جريان هذا المعنى في جميع البيوع بلاميز للسلف في ذلك؛ لأنه أيضاً عقد مبادلة غير خارجة عن حقيقة، مدفوع بمنع التعارف بذلك في غير باب السلف، ويكون حينئذٍ مورد انصراف عموم الوفاء بالعقد، وإنما يختص ذلك به للاجماع، وهو ظاهر.

وحينئذٍ فلا إشكال في وقوع السلم المستتبع للأحكام المخصوصة بلفظ: أسلمت إليك، أو أسلفتك، فيقول البائع: قبلت. وفي وقوعه بلفظ: تملك

من المشتري، وقبلت من البائع وجهه، كما لو قال: اشتريت بناء على عدم اشراب معنى القبول فيه، فيقول البائع قبلت، وإلا فلا يلتزم العقد من قبولين كما لا يلتزم من الإيجابين أيضاً. ولكن ذلك لولا دعوى احتمال انحصار العقد المشتمل على الإيجاب من المشتري بمثل أسلفت وأمثاله، ولا يشمل غيره، ولكن يمنع ذلك عموم في بكل عقد حتى من حيث خصوصيات ألفاظه الظاهرة فيه، لولا دعوى عدم تعارفه كما لا يخفى.

وكذلك الظاهر منهم أيضاً وقوع الإيجاب بلفظ بعت أو ما يؤدي معناه من البائع، والقبول من المشتري. وتوهم عدم وقوعه سلماً مطلقاً، أو مع عدم قصده، أو مع قصد خلافه، منظور فيه مدفوع بحسب ظاهر الكلمات الكاشف عن كيفية الحقيقة من الصدر الأول، مضافاً إلى تشبّثهم في صحة السلم بما في النص: عن رجل باع بيعاً ليس عنده إلى أجل وضمن البيع قال: «لا بأس به»^(١) ودلالة اطلاقه على عدم دخل خصوصية زائدة قصدية عن حيث البيعة في غاية الوضوح، وأمثال هذا اللسان في طي شرائطه كثيرة.

والتعبير عن مثل هذه المعاملة في نصوص عديدة بلفظ السلم والسلف^(٢) لا يوجب امتيازها عن غيرها من البيوع قصداً، خصوصاً مع التعبير في ذيلها بلفظ الشراء، وبذلك يندفع توهم أصالة عدم ترتب الأحكام المخصوصة إلا في مورد اليقين، كما لا يخفى.

نعم ربما اختلفت كلمتهم في جواز انعقاد سائر البيوع الخالية عيناً أو ديناً بلفظ أسلمت إليك من المشتري، والقبول من البائع، فعن المحقق^(٣) وجمع آخر

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٦٠ حديث ١ باب ٥ من أبواب السلف.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٦٠ باب ٥ من أبواب السلف.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٦١.

نعم، وعن الشهيد الثاني في المسالك^(١): إنّ القول بالعدم لا يخلو عن قوة. وعمدة الوجه فيه عدم تعارف الإيجاب من المشتري في غير باب السلم، وأنّ ذلك خصيصة به، فيكون موجِباً لصرف عموم العقود عن مثله، فيرجع إلى أصالة الفساد، علاوة عن عدم صراحة اللفظ في غير بيع ما في الذمة مؤجلاً. ويعتبر في ألفاظ العقود الصراحة، ولذا استشكل في الجواهر أيضاً في صحّة البيع المزبور^(٢)، ولكن المسألة بملاحظة مخالفة مثل المحقّق^(٣) والعلامة^(٤) في غير تحريره، والكركي^(٥)، بل نسب الانعقاد إلى الأكثر لا يخلو عن تأمل. ونسب إلى التحرير توقّفه^(٦).

* * *

(و) كيف كان (شروطه) أمور: منها (ذكر الجنس والوصف)، والمراد من الجنس حقيقته النوعية كالحنطة والشعير وغيرهما، وهما في هذا الباب جنسان كما هو ظاهر.

والمراد بالوصف ما يرفع به الجهالة والغرر، وتدلّ عليه أيضاً النصوص المشتملة على ذكر الطول والعرض، أو الأسنان في الحيوان، وغير ذلك^(٧). وعلى أيّ حال لا يستفاد من النصوص الخاصة أيضاً أزيد مما يستفاد من كبرى الغرر المزبور، ولازمة الاقتصار بماله الدخّل في المالية والأغراض النوعية،

(١) المسالك ١: ١٦٩.

(٢) الجواهر ٢٤: ٢٦٧.

(٣) شرائع الاسلام ٢: ٦١.

(٤) التذكرة ١: ٥٤٧.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٢٠٦.

(٦) التحرير ١: ١٩٣.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٥٤ باب ١ من أبواب السلف.

وأما ما لا دخل له فيها فلا وجه لاعتباره، بل لو كان الاختلاف به يسيراً جداً على وجه يلحق عند العرف بالعدم لاعتبر ذكرها؛ لعدم صدق الغرر والجهالة معه، بل ربّما لا يعتبر الاستقصاء في الوصف إلى حدّ ينتهي إلى عزّة الوجود وإن كان لها أيضاً دخل في خصوصيات الأغراض والماليّة.

وعمدّة الوجه فيه كلماتهم الظاهرة في أن نفس عزّة الوجود وقت السلم من موانع صحّة السلم وإن أنكره في الجواهر، وجعل مال هذا الشرط إلى شرطية القدرة على التسليم^(١). ولكن يمكن دعوى أنّ مرجع شرطية القدرة المفروضة إلى الالتزام بتمخّض بطلان البيع بصورة العلم بعدم القدرة وقت التسليم، ولكن كلماتهم في مانعيّة عزّة الوجود تؤمّي إلى أوسعيّة دائرته عن خصوص هذه الصورة، فالأولى تعميم مانعيّة عزّة الوجود إلى صورة الجهل بقدرته أيضاً كما هو الغالب، فيرجع ماله إلى كبرى الغرر لا القدرة على التسليم.

ولعلّ تعبيراتهم بمثل عزّة الوجود ينصرف أيضاً إلى هذه الصورة، ولا مجال للأخذ باطلاقها على وجه يشمل صورة العلم بوجوده أيضاً ولو عزيزاً، كما لو فرض عند شخص واحد أو في محل واحد.

وعلى أيّ حال مثل هذه الجهة ربّما جعل باب السلم في مرحلة التوصيف أوسع من بيع الموجود الغائب بتوصيفه، فإنّه ربّما يجب الاستقصاء في صفاته الدخيلة في ماليّة وتعلّق الأغراض النوعيّة به بأزيد ممّا ذكر؛ لعدم محذور آخر فيه. نعم قد يتوهم في ذكر الأوصاف في المقام بجواز الاختصار بما يشمله اللفظ مع كمال اختلاف الماليّة في المراتب المندرجة.

والانصاف عدم قيام دليل على الكفاية بعد ما لم ينته أمر توصيفه إلى عزّة وجوده، ولقد أجاد في الجواهر في اشكاله على من عبّر بمثل هذا التعبير^(٢)، بل

اللازم ذكر المراتب المرغوبة عن كل وصف بمقدار لا يختلف مالمية الشيء، بل وأغراضهم النوعية باختلافه حفظاً عن الغرر، ما لم ينته إلى غرر وجوده لعزته وقت التسليم، كما هو ظاهر.

وإلى ما ذكرنا كله أشار المصنف أيضاً بقوله: (الرافع للجهالة) في تحديد الوصف كما لا يخفى.

* * *

وبعد ما اتضح ما ذكرنا نقول: لأبأس باشتراط الجيّد والريء، وأما الأجود والأردأ، فقد يقال بعدم جوازه؛ لانتهاهما إلى غرة الوجود الموجب للغرر فيما يستحقّه المسلم له. ومجرد جواز الوفاء بالأعلى تفضلاً من المسلم إليه لا يعين مورد الاستحقاق، فلا تخرج به المعاملة عن الغررية، فلا يكاد توهم صحة المعاملة في الأردأ أيضاً بتوهم جواز اعطاء مرتبة منه مردد بين كونها مورد الاستحقاق أو الأفضل منه المرغوب في مقام الوفاء.

نعم الذي يسهّل الخطب انتقال اذهان العرف من العنوانين إلى مرتبة خاصة، ربّما لا ينتهي أمرهما إلى غرة وجوده، وهو غير ما لا يتحقق ردي فوقه، كما لا يخفى.

وظهر أيضاً ممّا ذكرنا أنّ ما لا ينضبط بالوصف على وجه ترفع به الجهالة، ولم يكن مستلزماً لغرة وجوده، لا يصحّ السلم فيه. وهذه الكبرى مما لا اشكال فيه، وإنّما الكلام في صغرياته، فقد يمثّل باللحم والجلود والخبز وأمثالها. وربّما يشكل في تطبيق الكبرى المزبورة عليه؛ لا مكان توصيفها بنحو يرفع الغرر العرفي خصوصاً في الخبز، بشهادة النصوص الواردة في قرضه^(١)، المعلوم كونها عندهم من المثلي، ولولا التسامح في مقدار اختلاف الأفراد لما كان مثلياً،

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٠٩ باب ٢١ من أبواب الدين والقرض.

فلايصح فرضه بمثله.

بل وفي الجلود أيضاً نصّ بالخصوص على الجواز حيث قال: إني رجل قصاب أبيع المسوك قبل أن أذبح الغنم قال: «ليس به بأس»^(١)، وفي آخر يشتري الجلود من القصاب فيعطيه كل يوم شيئاً معلوماً قال: «لا بأس به»^(٢).

والتشكيك في دلالة الأخيرة أيضاً غير مسموع، ولكن مع ذلك بناء الأصحاب على الأعراض عن هذه النصوص والأخذ بما ورد في الرواية فقال: «لا تقربه»^(٣)، مع أنّ الحمل بين ذلك والنصوص السابقة بالكراهة في غاية الوضوح، وذلك بعد الغض عن الأشكال في أصل دلالتها باحتمال كون النهي فيها للأرشاد إلى عدم وفاء المسلم إليه غالباً، لا إلى عدم وقوع السلم فيه.

نعم في مثل الخبز، بل والمعدودات من الخضر كالخيار والبادنجان، بل والبطيخ وأمثالها التي بناؤهم غالباً في بيعها على المشاهدة؛ لكثرة اختلاف أفرادها، وكذلك الجواهر واللآلئ والنبل المختلفة اختلافاً فاحشاً، لم يرد فيها نص بالخصوص، فلا بدّ من المصير فيها إلى القواعد، فإن انطبقت عليها القاعدة المزبورة فهو، وإلا فالمرجع فيها لطلاقات السلم.

وحينئذٍ لا يبعد دعوى أن ما كان بناء العرف على بيعها مشاهدة، بحيث لا يكتفون فيها بالتوصيف، ربّما يستفاد من بنائهم هذا عدم قناعتهم في رفع الغرر فيها إلى ذكر الوصف، ولازمه عدم جريان السلم فيه إلا بفرض مشاهدة انموذج منه فيباع من هذا النمط، وربّما أمكن تطبيق ذلك على الخيار والبادنجان والبطيخ وفي بعض اللآلئ.

وأما ما لا انموذج له أيضاً فلا يتصور فيه السلم، بل أمكن في مثل الخبز

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٦١ حديث ٤ باب ٥ من أبواب السلف.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٥٩ حديث ٧ باب ٣ من أبواب السلف.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٥٧ حديث ١ باب ٢ من أبواب السلف.

والباذنجان والخيار التوصيف بنحو يرفع به الغرر، فلا قصور في اطلاقات السلم في مثله، فلولا اجماع على خروج المذكورات عن مورد السلم لكان لجريان السلم في كثير منها مجال، والله العالم.

ومن البيانات المزبورة أيضاً ظهر صحة السلم فيما ينضبط توصيفه، وفي الحقائق^(١) أشار إلى ثلاثة عشر مورداً من ذلك، مثل الرقيق والابل والخيول والبقر والطيور بأنواعه، وزوائد الحيوان من اللبن والزبد وأمثالهما، والثياب والحريير والكرسف وأمثالها، والحبوب بأنواعها، وكذلك الفواكه بأقسامها، والعسل، والخشب، وكذلك الحطب والآنية بأطوارها وأقسامها، وربما يلحق بهما التراب والأحجار والكاغذ بأقسامه، وغير ذلك مما لا يعد ولا يحصى بأقسامه.

والعجب منه في جعله النارج في لا ينضبط، والفواكه طراً فيما ينضبط، مع أن اختلاف أفراد كل فاكهة أزيد من اختلاف النارج بمراتب شتى، والتحقيق في الجميع ما ذكرنا، والله العالم.

ولابأس أيضاً بالسلم في الجنسين المختلفين مع وجدان كل منهما شرائطه للاتلاقات.

* * *

(و) من جملة الشرائط (قبض الثمن قبل التفريق) اجماعاً في الجملة، وفي كونه شرط الصحة كما هو ظاهر كل من ذكر هذا الشرط في طي بقية الشروط المعلوم كونها شرط الصحة، أو شرط لزومه كما حكى القول به عن بعض ويومئ إليه ما في التذكرة^(٢)، وربما يظهر من ذيل كلام الجواهر أيضاً قوة احتماله، وجهان.

(١) الحقائق ٢٠: ٦.

(٢) التذكرة ١: ٥٤٨.

والذي يسهل الخطب في المقام هو أن مقتضى الاطلاقات عدم شرطية القبض لافي الصحة ولا في اللزوم، وإنما قام الاجماع على شرطية القبض في الجملة، والمتيقن منه رفع اليد به عن أصالة اللزوم، فتبقى أصالة الصحة بحاله.

الهم [إلا] أن يقال: إن الظاهر من جعل مثل هذا الشرط في معاهد الاجتماعات في طي بقية شروط الصحة يؤيد قيام الاجماع على خصوصيته، فلا يبقى حينئذ مجال التمسك بأصالة الصحة ولكن الانصاف مع تمامه مع مخالفة التذكرة، والمسألة حينئذ في غاية الاشكال.

ثم إنه على أي تقدير ففي كونه ناقلاً أو كاشفاً بنحو الكشف المشهوري في باب الاجارة لابنحو كشف الفضولي جزماً، وجهان، مقتضى القاعدة على شرط الصحة هو الثاني؛ لأن نتيجة تقييد وجوب الوفاء بالقبض عدم وجوبه إلى حينه، ونتيجة ذلك عدم نفوذ عقده في مضمونه إلى هذا الحين، فمن بعده يجب الوفاء بالمضمون الذي هو الملكية من حين عقده.

ومرجعه كون القبض أيضاً مثل الاجازة شرط جعل الشارع لاجمعوله، ولازمه بعد القبض والاجازة من تعلق الجعل بالملكية من حين العقد. وأما على شرط اللزوم فيمكن أن يقال: إن نتيجته ليس إلا نقلاً؛ لأن اللزوم والجواز غير مأخوذ في مضمون العقد، بل هما من نتائج وجوب وفائه، وبعد فرض تقييد وجوب الوفاء بالقبض، ولانعني من النقل إلا هذا.

وتوهم أن العقد بمضمونه أيضاً لا يقتضي الملكية حينه، وإنما هو من توابع تأثيره بكونه تمام السبب، ومع فرض شرطية القبض أو الاجازة لا يجب الوفاء إلا بعده؛ لتأثير لا يكون تمامه، فلا يتم السبب إلا حين وجوده بلاملكية إلى حين قبضه، مدفوع بمنع كون المضمون الملكية المهمة، بل لا بد وأن تكون إما مطلقة أو مقيدة، وعدم ما يصلح للتقييد يوجب الاطلاق. ونتيجة اطلاقه حينئذ ليس إلا الملكية من حين تمام العقد، خصوصاً مع كون العاقد لامرية في اعتبارهم

العرفي إلّا تمام السبب، فإنّهُ حينئذٍ لا محيص إلّا من قصده المملكيّة من حين وجوده، كما لا يخفى.

نعم الذي يظهر من فحواي كلماتهم في كليّة موارد شرطية القبض كونه ناقلاً، ويمكن توجيهه بأن مقتضى اطلاق وجوب الوفاء بالعقد وجوبه من حين العقد متعلقاً بتمام مضمونه، وهذا المعنى لا يمكن مع قيام الدليل على دخل القبض في صحته. فلا محيص إمّا من رفع اليد عن اطلاق الوجوب، والأخذ باطلاق تعلّق الوفاء بالمضمون، وهو المملكيّة من حين العقد. أو رفع اليد عن اطلاق تعلّق الوفاء بالمضمون بتعلّقه ببعض مضمونه مع بقاء اطلاق الوجوب بحاله، أو رفع اليد عن كليهما.

ولا وجه للأخير فيدور الأمر بين الأولين، ولا ترجيح لأوليها، فلا أقل من إجمال الدليل، فالأصل حينئذٍ يقتضي عدم المملكيّة إلّا من حين القبض. وفيه مضافاً إلى أنّ مثل هذا البيان يقتضي النقل حتى في الاجازة، والحال أنّ المنساق من كلماتهم كون الكشف المزبور بمقتضاها، كما لا يخفى على من لاحظ استدلال القائلين بالكشف، أنّ الترجيح مع رفع اليد عن اطلاق الوجوب؛ لأنّه بتقييد الوفاء ببعض المضمون يتقيد ببعد وجود القبض قهراً، إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالمملكيّة الغير الحاصلة؛ لأن أصل اتّصاف الوفاء الذي هو موضوع الوجوب بعنوانه كان منوطاً بالمملكيّة بنحو الشرط المتقدّم، لأنّه نحو مطاوعة له، فوجوب هذا الموضوع أيضاً يصير منوطاً به، لأنّ وجوب كلّ شيء منوط بتحقيق اتّصاف الشيء بعنوان موضوعه. ففي طرف الفراغ عن الاتّصاف المزبور يتوجّه الوجوب، فلازمه تقيد الوجوب أيضاً.

وحينئذٍ عدم حجّية اطلاق الوجوب مفروغ عنه، وإنّما الكلام في رفع اليد عن حجّية اطلاق تعلّق الوفاء بالمضمون، فأصالة الاطلاق فيه محكمة كما لا يخفى.

هذا مع أنه على فرض الاغماض عما ذكر لازمه تقييد المضمون، واطلاق الوجوب لزوم تحصيل القبض، ولا أظن التزامه من أحد. وهذا الوجه نقول بأن الأصل في أمثال هذه الشروط هو الكشف المشهورى إلى أن يثبت خلافه، وحينئذ فإن تم في المقام بل في كلفة موارد شرطية القبض اجماع على النقل فهو، وإلا فلننظر فيه مجال، والمسألة من هذه الجهة أيضاً في كمال الاشكال.

* * *

(و) على أي حال (لوقبض البعض) يعني بعض الثمن (صح فيه) خاصة (وبطل الباقي)، على مختاره من كون القبض المزبور شرط الصحة. وهكذا لو بنينا على كونه شرط للزوم بالقياس إلى لزومه، بل وعلى الأول ربّما يجيء خيار التبعض للبائع، بل وأحياناً للمشتري أيضاً عند عدم تقصير منها، وفي الخيار المزبور على الثاني اشكال؛ لعدم كون اللزوم مأخوذاً في مضمون العقد كي يلزم نقص غرض العاقد بتخلف مضمونه.

نعم لو حصل الفسخ في غير المقبوض قد يتوهم أوله إلى التبعض، فيجئ الخيار المزبور. وفيه أنّ هذا التبعض جاء من قبل مقدّمة خارجيّة وغير مرتبط بالعقد، فلا يكون في البين نقص غرض عقدي موجب للخيار كما لا يخفى.

ولو شرط المسلم إليه أوله أن يكون الثمن من دين عليه، فعن جماعة بطلانه؛ لأنّه بيع دين بدين، والنبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع دين بدين^(١)، وفي صحيح آخر: «لا تبعه نسيئة-يعني بازاء دينه- عليه، وأمّا نقداً فليبعه بما شاء»^(٢)، والمراد من نسيئة هو السلم. وفيه نحو اختلال متن موجب لخروجه

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٦٤ حديث ٢ باب ٨ من أبواب السلف.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٧٣ حديث ٨ باب ٦ من أبواب أحكام العقود.

عن الصلاحية إلا للاستدلال في المورد، والعمدة هو الأول.
وفي قباهم المحقق في الشرائع^(١)، وجم غفير آخر مالوا إلى الصحة والكراهة. وعمدة نظرهم إلى الجمع بين النهي السابق، وبين ماورد من الترخيص في خبر اسماعيل المشتمل على نفي البأس عن مثله^(٢). وكذلك ما في قرب الاسناد بالحمل على الكراهة^(٣)، بل في الحقائق^(٤) مع شمول بيع الدين بالدين لموردنا؛ لأنه ظاهر في الدين المفروغ دينيته قبل المعاملة، لا ما كان يصير ديناً بها.

وبيع الكالي بالكالي بطلانه مخصوص بمورده، ولا يشمل كل دين بدين على وجه يشمل المقام، وفي الجواهر^(٥) التشكيك في شمول النهي المزبور لمحلنا في ذيل كلامه بعد منعه ما أفاده في الحقائق^(٦)، ولكن قد عرفت أنه على فرض الشمول لايقاوم ظهوره مع الترخيصات السابقة، بل ربّما تكون فتواهم بالكراهة شاهد شمول النهي المزبور للمقام، وإلاّ فلا موجب للكراهة أصلاً كما لا يخفى.

نعم قد ينتج التشكيك في شمول النهي المزبور للدين الحاصل بالعقد أيضاً في صحة بيع الدين بدين في ذمة غير المشتري، إذ النصوص المرخصة غير شاملة له، فصحته مبني على عدم الشمول، وإلاّ فعلى الشمول فالنهي فيه يبقى بلامعارض. وتوهم عدم الفصل بين الموردين كي يشملهم فحوى المرخصة ممنوع،

(١) شرائع الاسلام ٢: ٦٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٦٤ حديث ١ باب ٨ من أبواب السلف.

(٣) قرب الاسناد: ١١٣.

(٤) الحقائق ٢٠: ١٥.

(٥) الجواهر ٢٤: ٢٩٣.

(٦) الحقائق ٢٠: ١٠.

نعم في السلم منه يمنعه عدم قبض الثمن في المجلس، وبمجرد قبض المفرد فيه لا يكون قبض الثمن، إذ قبضه موجب لتطبيق الكلي عليه، فبالقبض يصير الفرد ثمناً، لأنّه قبض ثمن ظاهر في ورود القبض على الثمن، فلا يشمل ما كان ثمنيته جاء بهذا القبض.

وهذه النكته نقول بعدم صحة تعلّق المعاملات المنوطة صحّتها بالقبض بالكيليات الذميّة كالوقف والصرف وأمثالها، ولا يقاس ما نحن فيه أيضاً بذلك؛ لأنّ الدين في ذمة البائع من المشتري بمنزلة كونه في حزره خارجاً، فهو في اعتبارهم واجد لصفة المقبوضة، وما هو في الحقيقة شرط هو ذلك إذا كان باذن المشتري كما لا يخفى^١.

نعم في هذه الصورة لو شرط تأجيل الثمن يبطل لالعدم المقبوضة كما عرفت، بل لأنّه داخل في بيع الكالي بالكالي، وسيجيئ بطلانه اجماعاً فانتظر لتام الكلام فيه.

* * *

(و) من الشرائط (تقدير المبيع ذي الكيل أو الوزن بمقداره) بلا اشكال فتوى ونصاً إلّا من السيّد، إذ مضافاً إلى الاحتياج اليها كلية في دفع الغرر والجواز بمقتضى العمومات السابقة في باب الغرر في المقام نصوص خاصّة من قوله: «الابأس بالسلف بكيل معلوم إلى أجل معلوم، ولا يسلم إلى حصاد ولا دياس»^(١)، ونظيره ما في جملة أخرى من الصحاح^(٢).

ثم إنّ ذلك كلّه فيما يتعارف فيه الكيل أو الوزن، وأما ما لا يتعارف فيه ذلك ففي شمول الاطلاقات المزبورة له نظر.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٥٨ حديث ٥ باب ٣ من أبواب السلف.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٥٧ باب ٣ من أبواب السلف.

وتوهم اختصاص باب السلم بذلك ؛ لأنه ليس في البين مشاهدة يرفع الغرر، مدفوع بأن مرجع عدم تعارف الكيل فيها إلى تعارف بيعها جزافاً، ونواهي النهي عن الغرر والجزاف ربّما تنصرف عن مثلها^(١). كيف وبالمشاهدة أيضاً ربّما لا يرفع الجهل بمقداره، مع أنّه يمكن جعل النموذج في البين مشاهدّاً يرفع بمثله الغرر، كما يرفع بالمشاهدة في المبيع الشخصي. ثمّ أنه ظهر أيضاً بما ذكرنا وجه بيان مقدار الزرع فيما يكون قوام نفي غرره بزرعه. وأمّا ما يكون معدوداً، فمع عدم اختلاف أفراده كبراً وصغراً مثلاً بمقدار لا يعتنى به عرفاً فلا بأس به ؛ لصدق نفي غرره بعده.

وأما ما كان فيه اختلاف فاحش بين أفراده كالرمان والبطيخ وأمثاله، ففي كفاية العد فيه اشكال، ولا بأس به في غير السلم ؛ لأنه مشاهد به يرفع غرره. نعم لو أمكن حينئذٍ نفي الغرر بتوصيف مقدار كبره أو صغره على وجه لا ينتهي إلى عزة الوجود، أمكن المصير حينئذٍ إلى جواز سلمه أيضاً بعده، بل من الممكن أن يقال: لازم الاكتفاء في المختلفات بالعد عند المشاهدة أنّه ما اعتبر في نفي غرره إلّا هذا المقدار، وإلّا فبالمشاهدة أيضاً لا يرفع الجهل بالمقدار، فكأنّها من حيث المقدار والحبة بمنزلة ما تعارف فيه الجزاف كزبرة الحديد.

ولازمه حينئذٍ جواز الاسلاف فيه بصرف عدّه بلا توصيف أيضاً كما أشرنا، ولكن ظاهر كلماتهم عدم الالتزام به، وكان ذلك من باب رفع الغرر فيها بالمشاهدة، لأنّها من مصاديق ما لا يعتبر عدم الغرر فيها كما لا يخفى، والله العالم.

* * *

(و) منها: (تعيين أجل مضبوط) بلا اشكال، ويدل عليه النصوص

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٣٠ حديث ٣ باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة

السابقة علاوة عن كبرى الغرر، ولا غبار في المسألة وإنما الكلام في جواز السلم بلا أجل رأساً. وعمدة الوجه في تشكيكه التشكيك في اعتبار الأجل في حقيقته، فغن جملة من الأعاضم اعتبره، ونفاه جملة أخرى.

وفي النص أيضاً عن رجل يشتري الطعام حالاً من الرجل ليس عنده قال: «فأي شيء يقولون في السلم؟» قلت: لا يرون فيها بأساً يقولون هذا إلى أجل، إلى أن قال عليه السلام: «إذا لم يكن أجل كان أحقّ به»^(١) إلى آخره، وفي دلالة على كون مالا أجل فيه أيضاً سلماً اشكال.

وحينئذٍ في تحقق السلم المستتبع لوقوع الإيجاب من المشتري الذي هو خلاف قاعدة مختصّ باب السلم بلا أجل اشكال، والأصل يقتضي الفساد بعد عدم تعارف مثل هذا العقد في غيره.

وتوهم اقتضاء الاطلاقات المشتملة على نفي البأس في السلم مع ضبطه بالمقدار، ففي اعتبار الأجل بلامعارضتها لما يشمل على بيان كون الأجل معلوماً؛ لعدم اقتضاها أزيد من اعتبار المعلوماتية على فرض ذكره لاعتبار نفسه، مدفوع بمنع سوق الاطلاقات المزبورة لبيان هذه الجهة كما هو معلوم.

وحينئذٍ يبقى الأصل مع تشكيك جملة من الأعاضم في حقيقته بلامزاحم كما لا يخفى^١ هذا، نعم لولم تشتمل المعاملة على خلاف قاعدة العقود لبأس بصحته، ولكن لا يكاد يترتب عليه أحكام السلم، والله العالم.

* * *

(و) منها: (امكان وجوده وقت الحلول)، وهو الذي أشرنا إليه سابقاً من اعتبار كون التوصيف بمقدار لا ينتهي أمره إلى عزة الوجود، ولقد عرفت أيضاً أنّ في الجواهر^(٢) أرجع الشرط المزبور إلى شرطية القدرة على التسليم

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٣٧٤ حديث ١ باب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) الجواهر ٢٤: ٣٠٤.

تبعاً للتذكرة^(١)، ونحن بينّا أن ظاهر كلماتهم أوسعية هذا الشرط عن الشرط المزبور، بل ما هو معتبر في المقام كون عموم الوجود وامكانه بمثابة لاينتهي إلى غرر في تسليم المبيع وقت أجله، ولولا احتمال عدم القدرة لاعدمها واقعاً، وأن اشتمال الكلمات على التعبيرات المزبورة بملاحظة ملازمتها مع الوثوق بوجودها حين العقد، لأنّ لعنوان عموم الوجود موضوعية كما في الرياض^(٢). نعم لو انكشف بعد الوثوق المزبور عدم القدرة تبطل المعاملة حينئذٍ؛ لكبرى القدرة.

وما في بعض النصوص أيضاً من قوله عند شراء طعام قرية بعينها: «لابأس إن خرج فهو له، وإن لم يخرج كان ديناً عليه»^(٣)، فهو محمول على صورة شرط أداء ما في ذمته من طعام القرية، لا أنّ ما في الذمة محدود بطعام القرية، وإلاّ فلا بد من طرحه بالاجماع على شرطية القدرة على التسليم كما لا يخفى.

* * *

بقي في المقام شيء، وهو أن مقتضى شرطية القدرة على التسليم وقت حلول الأجل بطلان المعاملة بانكشاف التعذر في وقت الحلول، فعبارة المصنّف من قوله: (فإن تعذر تحيّر المشتري بين الفسخ والصبر) منزل على صورة التعذر بعد امكان وجوده وقت الحلول، ويومئ إليه كلمة (فاء) الدالة على التعقيب.

وأصرح منه ما في الشرائع من قوله: إذا حلّ الأجل وتأخر التسليم لعارض، ثم طالبه بعد انقطاعه كان بالخيار^(٤)، ونظيره في الصراحة عبارة التذكرة^(٥) والحدائق^(٦). ولا اشكال في هذه الجهة، وإنّا الكلام في وجه الخيار، مع أن

(١) التذكرة ١: ٥٤٨.

(٢) الرياض ١: ٥٧١.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٧٥ حديث ١ باب ١٣ من أبواب السلف.

(٤) الشرائع ٢: ٦٦.

(٦) الحدائق ٢٤: ٣٣٦.

(٥) التذكرة ١: ٥٤٨.

مقتضى أصالة اللزوم هو الصبر إلى زمان الامكان لا الخيار، ولا البطلان بمنأى التلف قبل القبض؛ لأنه مختص بالمبيع الشخصي، ولا الرجوع إلى القيمة كما هو الشأن في المثلي المتعذر، إذ ربّما يكون ذلك من شؤون الضمان الثابت بعموم على اليد. وفي المقام لا تشتغل ذمته إلا بكتلي لا بد من أدائه مع التمكن وإلاّ (فمنظرة إلى ميسرة) ^(١).

وعليه فعمدة وجه الخيار دعوى الاجماع، علاوة على موثقة ابن بكير حيث قال عن رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها ولم يستوف سلفه قال: «فليأخذ رأس ماله أو لينتظر» ^(٢).

والرواية ظاهرة انصافاً في أن أخذه رأس ماله بمنأى حل العقد باختياره بقرينة أو ينتظر، لأخذه بعنوان معاوضة جديده، أو بمنأى ارفاق المشتري في حقه، إذ هو خلاف اطلاقه كما لا يخفى. فالنص انصافاً أحسن شاهد على المدعى، لولا دعوى كونها في سياق النصوص الآتية الدالة على عدم جواز بيع السلم فيه قبل القبض بأزيد من الثمن الأول.

وحينئذٍ لدلالة فيه على الفسخ مع احتمال ما ذكرنا، ولا اجماع أيضاً في مورد الخلاف كما لا يخفى، فلا يحصى إلا من الصبر المزبور، لولا دعوى فوت الأجل المشروط في مس العقد من باب فوات الشرط الموجب للخيار كما في غير المقام. نعم قد يتوهم بأنّ بناء الأصحاب على اجراء أحكام العقد على التسليم وقبضه ما لم يكن شرطاً في صحته، فكأنّهم فهموا بأنّ التسليم المزبور من متمّمات العقد، ومن شؤونه، بحيث تسري إليه أحكامه التي منها كون الضرر الناشئ من قبل ترك التسليم بمنزلة الضرر الناشئ من قبل نفس العقد فكما

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٧٢ حديث ١٤ باب ١١ من أبواب السلف.

أنه يوجب الخيار كذلك هذا الضرر، بل ويؤيد ما ذكرنا اجراءؤهم حكم العيب الحادث في أثناء العقد أو قبله على العيب الحادث قبل التسليم، ومنه أيضاً تلف المبيع الشخصي قبل قبضه، بل ربّما يستفاد خيار العيب المزبور أيضاً من عموم هذه القاعدة.

هذا ولكن الانصاف عدم تمامية مثل هذه الكلية على تسليمه في باب الكلّي، إذ ليس فيه تسليم المبيع، وإنّما بالتسليم ينطبق المبيع على ما في الخارج كما أشرنا إليه. وحينئذٍ فمثل هذا التسليم لا يجري عليه حكم التسليم الشخصي، فلا يتم التقريب. فالعمدة في المقام الاجماع والنص السابق، بل القاعدة أيضاً، وهو حسي ونعم الوكيل.

* * *

ثمّ أنه تقدّم من المصتّف وكذا من غيره اعتبار تعيين المدة، فربّما يختلف في صدق التعيين المزبور في مقامات:

منها: لو عيّن بعنوان الربيع أو الجمادى، فهل يؤخذ بالأقرب، أو الأبعد، أو يبطل؛ لعدم التعيين؟ وجوه مبنية على أنّ وجود الربيع والجمادى في شهور السنة كعنوان الجمعة والخميس في أيّام الاسبوع من قبيل الكلي المنطبق على كلّ من الشهرين في السنة أيضاً، أو أنّه مشترك لفظي بينهما؟ وعلى الأول فهل المراد منه بظاهر اطلاقه صرف وجوده المنطبق على أول الوجودين، أو الطبيعة السارية في أفراد هذه السنة؟ فعلى الأخير تبطل المعاملة للغرر، وعلى الثاني تصحّ ويؤخذ بأبعد الوجودين، وعلى الثالث يؤخذ بأقربها وهو الأقوى، كما هو الشأن في الجمعة والخميس.

ومنها: ما لو قال: إلى شهرين وكان البيع وسط الشهر، فهل المدار بما بين الهلالين في الثاني ويلفق في الأول، أو يتممه من الشهر الثالث ثلاثين، أو يؤخذ في كليهما بثلاثين فيتمّ بستين يوماً؟ وجهان مبنيان على ظهور الشهر بما بين

الهلاليين، وأنّ إطلاقه على ثلاثين مجاز بدلاً، فيؤخذ بظهوره مهما أمكن ويلفق في غيره بثلاثين. أو لا ظهور فيه مطلقاً، أو في خصوص أمثال المورد من موارد الاحتياج الى التلفيق كان ظاهراً في السنين وجوه، لا يبعد الأول.

ومع الغض عنه فعدم الظهور في موارد التلفيق أقرب وإن كان للأخير أيضاً وجه بعيد، ولا مجال في مثل المقام للرجوع إلى الأصل لتعيين الأجل عند الترديد؛ لعدم جريانه في الشبهات المفهوميّة؛ لأنّه من قبيل استصحاب الفرد المردّد. نعم لو عيّن في موارد التلفيق بمقدارين الهلاليين وشكّ أنّه في هذا الشرط تام أم ناقص، فإنّ الأصل المزبور يجري في الشبهات المصدّقية، وبه ترفع الجهالة حكماً، وإلى مثل ذلك أفاد في الجواهر^(١) من رجوعه إلى الأصل كما لا يخفى.

ومنها: ما لوقال في الليل إلى ثلاثة أيام، فهل الظاهر منه ثلاثة تامّة، أو الملقّ من الليالي، بمقدار ساعاته؟ وجهان لا يبعد في أمثال المقام اعتبار الثلاثة التامة اليومية، كما لا يخفى.

ولو قال: إلى الجمعة أو الخميس حلّ بأوّل جزء منه بلا احتياج إلى مضي تمامه، كما هو ظاهر الغاية. ونظيره ما لوقال: إلى محرم، وأمثاله كما لا يخفى.

ثم أن في اعتبار كون موضع التسليم عند اختلاف القيمة بذلك وجوه، قوى في الجواهر^(٢) عدمه تنظيراً ذلك ببعض الأوصاف الغير الواجب استقصائها وإن كانت موجبة لاختلاف القيمة. وعمدة نظره إلى عدم صدق الجهالة عرفاً بترك ذكر موضع التسليم، فالمكان كالزمان في عدم اعتبار ذكرهما، ولذا لا يعتبر تعيين الزمان في النسبة.

وعمدة النكته فيه ملاحظة العرف كونها أجنبياً عن المعاملة بحيث

(١) الجواهر ٢٤: ٣٣٦.

(٢) الجواهر ٢٤: ٣٣٦.

لا تسري الجهالة فيها إليهما، ومجرد اعتبار الزمان في السلم فالدليل لا يقتضي تعيين مكانه، بل ولو بنينا على استقصاء الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة ما لم ينته إلى عزة الوجود كما هو التحقيق، لا يوجب التعدي منه إلى المكان بعدم احتساب العرف إياه من صفات المبيع.

وحينئذٍ فما حكي عن بعض الأعظم من اعتبار تعيين المكان منظور فيه، وأضعف منه التفصيلات المحكية في هذا الباب، والله العالم. ولعل المختار ظاهر كل من لم يتعرض اعتبار تعيين المكان كالمصنف وأمثاله فتدبر.

* * *

بقي الكلام في أحكامه فنقول: أولاً أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل الأجل بلا إشكال، لا لعدم الملك كي يردّه بأنه خلاف قاعدة صحة العقود من حين وجود الشرائط، ولا لعدم القدرة على التسليم فإنه إنما يبطل بيعه قبل الأجل حالاً وأما مؤجلاً فلا، بل للجاءات المحكية وإن حكي الخلاف فيه إلى الوسيلة^(١) وبعض متأخر المتأخرين كما في الجواهر^(٢)، ولكنه لا يقدر في انعقاد الاجماع كما لا يخفى.

ولا إشكال أيضاً في جواز بيعه بعد الأجل وقبضه، وإنما الاختلاف ومعرفة الأراء في جواز بيعه بعد الأجل وقبل قبضه، فاختر في الجواهر الجواز مطلقاً^(٣)، خلافاً للرياض^(٤) وجماعة أخرى حيث ذهبوا إلى المنع عن بيعه بأزيد من ثمنه الذي أعطاها أولاً مع اتحاد جنس الثمين الربوين، وحكي المنع في صورة

(١) الوسيلة: ٢٥٢.

(٢) الجواهر ٢٤: ٣٢٢.

(٣) الجواهر ٢٤: ٣٢٣.

(٤) الرياض ١: ٥٧٢.

وحدة الجنس مطلق أيضاً عن بعض.

وعمدة منشأ الاختلاف في الباب اختلاف الأخبار، ففي بعض منها ما اشتمل على قوله عند عدم وجدان المسلم فيه: أيجلّ أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال: «نعم يسمي كذا وكذا صاعاً»^(١)، إذ الظاهر من كلمة الباء هو البدلية المنصرفة إلى البيع، والآية عن الحمل على الأخذ بعنوان الوفاء. وبمثله ربّما يشرح البقية التي لا تأبى عن الحمل على الأخذ وفاء وإن كان إطلاقها من حيث العنوان يفي لمدّعانا؛ لأنّه يدخل الأخذ بعنوان المبادلة في مضمون قوله خذ متي ثمنه فقال: «لا بأس بذلك»، مؤيداً ذلك بالعمومات المصححة لمطلق البيع الشاملة للمقام.

وفي قبالتها تارة رواية علي بن جعفر^(٢) المانعة عند كون ثمن الأول دراهم عن بيعه بدراهم حيث قال: «إذا قومه بدراهم فسد»، لأن الأصل الذي اشتراه دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم، وهو مستند الأخير من الأقوال. وأخرى ما اشتمل على عدم ازدياد ما أعطاه أولاً، ففي بعضها^(٣): «لا يأخذ إلّا رأس ماله لا يظلمون ولا يظلمون»، وفي آخر: «لا يأخذ إلّا وضيعته أو ورقه الذي أعطاه أولاً ولا يزداد عليه شيئاً»^(٤)، إلى غير ذلك من النصوص القريبة منها مضموناً. وفي الجواهر^(٥) تضعيف سند خبر علي بن جعفر بلا جبر، بل هو مورد اعراض المشهور، وحمل البقية على فسخه عند عدم التمكن من أداء المسلم فيه.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٦٩ حديث ٦ باب ١١ من أبواب السلف.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٧١ حديث ١٢ باب ١١ من أبواب السلف.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٧٢ حديث ١٥ باب ١١ من أبواب السلف.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٧٠ حديث ٩ باب ١١ من أبواب السلف.

(٥) الجواهر ٢٤: ٣٢٣.

ولكن لا يخفى مافيه من أنّ الظاهر من النبي عن الأخذ عن الزائد وأنه ظلم كونه مختاراً في أخذ الزيادة فردعه الإمام، ومثل هذا المعنى آب عن الحمل على الفسخ الذي لا يقتضي إلا رجوع رأس ماله قهراً وهذا البيان أيضاً يمنع حملها على بيان الوفاء بالقيمة أيضاً، فلا يحصى من الحمل على معاملة مستقلة من بيعه أو غيره من سائر المعاولات كما لا يخفى.

وحينئذ لا قصور في دلالتها على مذهب الرياض^(١)، بناء على التعدي من الدراهم إلى كل متحدي الجنس وإلى غير من عليه الدين أيضاً بعدم الفصل بين الأقوال، وبمثلاها تقيد المطلقات في كلفة البيوع، بل والمطلقات السابقة في باب السلم خصوصاً مع ظهور بعضها في عدم الوجدان وقت الحلول، فإنه لا بد من طرحه بكبرى القدرة على التسليم حينه كما لا يخفى.

ولكن الانصاف أنه على القول بالمنع تختص النصوص ببيعه على المسلم إليه، وإلا فبالنسبة إلى غيره، فالعمومات محكمة لولا الاستفادة من قوله: «إن ظلمك فلا تظلمه» كون أخذ الزيادة ظلماً الجاري في غير من عليه الدين أيضاً، كما هو ظاهر إطلاق كلام الرياض وغيره.

ولكن الانصاف - لولا دعوى عدم الفصل في المقامين - عدم تمامية وجه التعدي؛ لأن الظاهر من تطبيق الظلم على من عليه الدين أنه ما أخذ إلا دراهم معدودة، وبلا أخذ شيء في قبالة يعطى أزيد كان صورة ظلماً، وأين ذلك وغيره الذي يأخذ الطعام بقيمته خاصة بتراضيهما. وعليه فلا مجال للتعدي من الأخبار إلى غير من عليه الدين كما هو ظاهر، فإن كان في البين اجماع فهو، وإلا فللنظر فيه مجال. ومرجع ذلك إلى قول آخر في قبالة الرياض أيضاً والله العالم.

(و) كيف كان (لودفع) المسلم إليه (من غير الجنس) وقت الأجل (برضاه) أي برضاء المسلم له (صح)؛ لأنه نحو وفاء مرتبة من مالية ما في الذمة في عين آخر بلا اشكال فيه كني الاشكال في أنه (يحتسب القيمة يوم الاقباض)؛ لأنه يوهم بدلية القيمة عنه، فكأنه بأدائها أدى العين بخلاف قيمته وقت آخر، إذ هو لا يقوم مقام العين وقت أدائه لولا تراضيهما به.

(ولو دفع دون الصفة أو أكثر) من مقدار المسلم إليه (أو قبل الأجل لا يجب القبول) إلا برضاه؛ لأنه غير مورد استحقاقه، فلاسلطنة للدافع على إلزام رفيقه بالقبول، مضافاً إلى النصوص المستفيضة المشتملة بعضها على قوله: فأعطاه دون شرطه أو فوقه بطيبة النفس، قال: «(لابأس)»^(١)، ونظيره مضموناً جملة أخرى^(٢).

وهذا كله (بخلاف ما لودفعه في وقته بصفته أو أزيد منها) مرتبة وخصوصية فإنه يجب القبول؛ لأن فيه مقدار حقّه، نعم لودفع ذي الصفة الحسنة عوض ذي الصفة السيئة التي هي مورد العقد، ففي الجواهر أنه لا يجب القبول للمنة^(٣). والفرق بين المسألتين: أن الأول مصداق الكلي المطلوب دون الثاني وإن لم يستحق من المسلم إليه إلا ما يشمل أول وجود طبيعة الصفة دون الزائد، ولكن ذلك لا ينافي مع كونه مصداق الطبيعة بخلاف الأخير كما لا يخفى.

* * *

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٦٥ حديث ١ باب ٩ من ابواب السلف.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٦٥ حديث ٢ باب ٩ من ابواب السلف.

(٣) الجواهر ٢٤: ٣٢٩.

(ويجوز) في ضمن عقد السلم كسائر العقود (اشتراط ما هو سائغ) عقلاً وشرعاً بلا اشكال ؛ لعموم الوفاء بالشرط الشامل للمقام أيضاً . (ولا يجوز أن يشترط من زرع أرض بعينها ، أو غزل امرأة معينة ، أو ثمرة نخل بعينها) ، ولعله لاحتمال عدم الوجود وقت الحلول فلا وثوق به . ولا يحيص من انتهاء الأمر فيه إلى الغرر فيبطل .

وفيه منع الكلّية فيه ، بل وفي النص ^(١) نفي البأس عن بيع طعام قرية بعينها وإن كان ذيله من قوله : « وإن لم يخرج كان ديناً عليه » لا يتم مع قاعدة شرطية القدرة على التسليم في حين الأجل ، ومع عدمها فيبطل رأساً ، ولكن طرحه لا يضرب بدلالة صدره .

ولو شرط في السلف شيئاً معلوماً مع التلف صحّ مع فرض عدم كون التلف قبل الأجل ، أو حينه الموجب لعدم قدرته على التسليم ؛ لعموم الشرط ، وعدم ما يصلح لمعارضته كما لا يخفى .

* * *

(وأجرة الكيال ووزان المتاع وبائع الأمتعة) من الدلائل وغيره (على البائع) المأمور بالتسليم الواجب مقدّمته ولو بأجرة ، ومن ذلك ظهر أيضاً (و) جه أنّ أجرة (الناقد ووزان الثمن ومشتري الأمتعة) يعني المتصدّي لشرائه (على المشتري ، ولو تبرع الواسطة فلا أجرة) بلا اشكال ؛ لعدم مقتضي نعم لو أمر طرفه بالوزن أو الكيل ففعل بقصد الأجرة كان الأمر ضامناً ، كما سيأتي إن شاء الله في باب الاجارة .

* * *

(ولا ضمان على الدلائل في الجودة) الفاقدة (ولا التلف في يده إذا

لم يفرط)؛ لأنه أمين، وليس عليه إلاّ الإمين. (و) لذا نقول: إنّ (القول قوله في عدم التفريط مع الإمين) للأصل (ومع عدم البيّنة) (و) كذا القول قول الدلائل (في القيمة)، لأصالة عدم ازدياده مما ادّعاه (لو ثبت التفريط)، كل ذلك بمقتضى القواعد واضح ظاهر.

ولو اختلفا في قبض الثمن وعدمه رأساً قد يتوهم أن القول قول مدّعي الصحة، وفيه أن أصالة الصحة إنّما تثبت صحّة العنوان المعلوم وجوده، وهو ليس إلاّ نفس العقد، وصحته ليس إلاّ كونه بحيث لو انضمّ إليه القبض لترتب عليه الأمر، ومثل هذا المعنى لا يجدي شيئاً في المقام كما لا يخفى.

ولو أطبقا على القبض ولكن اختلفا في وقوعه في المجلس أولاً، فالقول هنا قول مدّعي الصحة؛ لوقوع القبض المشكوك كونه صحيحاً أم فاسداً، ومعها لا يبقى مجال لسائر الأصول كما لا يخفى.

ولو قال البائع: قبضته ثم رددته إليك، وأنكر المشتري أصل القبض، فتقدم أن القول قول منكر القبض لامدعي الصحة، ولو أنكر الردّ كان البيع صحيحاً جزماً، وإنما النزاع في اشتغال ذمة المشتري بالثمن المردودة. والأصل في المقام أيضاً مع المشتري المنكر للردّ؛ لأصالة عدمه. ومما ذكرنا ظهر حال الترافع في وجدان المعاملة سائر الشرائط، فإنّ أصالة الصحة في جميعها جارية ويقوى بها جانب مدّعيها، والله العالم.

خاتمة

لا إشكال في مشروعيّة الاقالة في البيع مطلقاً، بل وكل معاوضة لازمة، خلافاً لبعض العامة المنكر لها في السلف في الجملة. ويدلّ على المشروعيّة بل واستحبابه قوله: «إتيا مسلم أقال مسلماً بيع

ندامة أقال الله عشرته يوم القيامة»^(١)، وفي آخر: «أيما عبد أقال مسلماً»^(٢) إلى آخره، وفي ثالث: «من أقال نادماً»^(٣)، وإطلاق الأخير يشمل غير البيع أيضاً، ونظيره ما في مرسل الجعفري^(٤). ولا إشكال أيضاً في كونه فسخاً لامعاوضة أخرى، فلا يترتب عليها حكم سائر المعاوضات، وربما يجيء في كتاب الشفعة ما نوضح ذلك فراجع.

ومن هنا نقول: إنه لو أقال بزيادة الثمن لا يصح؛ لعدم اقتضاها، إلا ردّ الثمن، وفي النص أيضاً: «لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة»، وفي ذيله: «إن جهل وأخذه فباع بأكثر من ثمنه ردّ على صاحب الأول ما زاد»^(٥)، وذلك يقتضي بطلان الإقالة، غاية الأمر عليه رد ما زاد بعد اجازة الأول، وإلا فلا بدّ من طرح الرواية؛ لعدم عامل بظهوره. ولولا النص المزبور لقلنا بصحة الإقالة واستحقاقه مقدار الوضيعة من البائع؛ لبطلان شرطه.

نعم لو كان مضمون الشرط تمليك مقدار من الثمن جديداً، أو استحقاقه من الطرف شيئاً مستقلاً لا من قبل الإقالة، أو عدم استحقاقه عليه أيضاً كذلك لاستحقاقه بالإقالة أو عدمه كذلك، لأبأس بصحة الشرط أيضاً، لولا دعوى وجوب كون الشرط في ضمن العقد، والإقالة ليس بعقد بل هو فسخ العقد. مضافاً إلى أن نتيجة الشرط التسلّط على فسخ المعاملة عند تخلّفه.

وهذا المعنى غير معهود في نفس الفسخ، ولكن ظاهر كلماتهم في وجه بطلان شرط الزيادة والنقصان فيها بأنّه خلاف مقتضى الإقالة يومئ إلى عدم

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٧ حديث ٤ باب ٣ من أبواب آداب التجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٦ حديث ٢ باب ٣ من أبواب آداب التجارة.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٧ حديث ٥ باب ٣ من أبواب آداب التجارة.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٦ حديث ١ باب ٣ من أبواب آداب التجارة.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٢ حديث ١ باب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

اعتبار ضمنية العقد في صحته. ويؤيده أيضاً أن مقتضى الشرطية مجرد ارتباط المشروط بشيء، ولا يلزم كونه عقداً، غاية الأمر أن الشرط حيث أنه يوجب استحقاقاً لغير الشارط على شرطه، ولذا كان له إلزامه على الوفاء به لا بمنطاط الأمر بالمعروف، فلا بد وأن يكون في ضمن معاملة كان له الطرفان كي بتراضيهما على الشرط المزبور تترتب آثاره. وبذلك نقول بأنه لا يصح الشرط في ضمن الإيقاع، وإلاّ فحيثية الارتباط في مثله أيضاً محفوظة.

وحينئذٍ فلا تقاس الاقالة بالايقاعات ولا بالشروط الابتدائية.

وأما توهم ملازمة الشرط للسلطنة على الفسخ عند تخلفه، وهو غير معهود في الاقالة والفسخ، مدفوع بمنع الملازمة، كما هو الشأن في المشروط في ضمن الوقت والعق بـل النكاح أيضاً؛ بناء على عدم معهودية الفسخ بغير أسبابه الخاصة فيه. ومن هنا أيضاً قيل بعدم جريان المعاطاة الملزوم للجواز فيه أيضاً، ولكن في النص المنسوب إلى هذيل قوله: ولم ينفذ ويرده فهل ينبغي له؟ قال: «لا إلا أن تطيب نفس صاحبه»^(١)، وظاهره الاقالة بلاصيغة. وحكي عن بعض أيضاً بكفايته؛ لعدم احتياجه إلا على ما يدل على قصده.

وأما الملازمة المزبورة فهو أيضاً ممنوع، إذ قد يكفي بصرف العمل الحاكي عن القصد في الوقفية، كما هو الشأن في حصر المساجد، بل وفي تعميراته الجزئية من أعمال الطابوق والجص وأمثالها المعلوم وقوعها وقفاً لازماً قبل ذلك كما لا يخفى، فلم لا يمكن أن تكون الاقالة أيضاً من هذا القبيل، مع امكان دعوى أن ملزومية المعاطاة للجواز إنما هو في العقود؛ لعدم اقتضاء كلماتهم، وكذلك السيرة أزيد من ذلك. ولقد عرفت أن الاقالة ليس عقداً بل هو فسخ عقد بتراضيهما، فلا تمنع الملازمة المزبورة لجريانها في الاقالة كما لا يخفى.

(١) وسائل الشريعة ١٢: ٢٨٦ حديث ٣ باب ٣ من أبواب آداب التجارة.

ثم في جريان الاقالة في بعض العقد أيضاً وجه كما هو الشأن في الفسخ بالخيار، وكلماتهم في باب الاجارة مشحونة بمثله كما لا يخفى على من تأمل فيه.

* * *

ثم أنّ نتيجة الآقالة كما في الفسخ بالخيار هو رد العين إن كان موجوداً، ورد بدله إن كان تالفاً، ولقد حققنا وجه رد القيمة بالفسخ في طيّ الخيارات، فراجع ترى جريان مناطه في المقام.

وأيضاً ظاهر النصوص والفتاوى كون الاقالة حكماً مخصوصاً بطرف المعاوضة، وليس حقّاً قابلاً للاسقاط حينئذٍ، فلا يقبل للانتقال بالارث أيضاً وإن صرح به العلامة في التذكرة^(١)، ويكفي فيها أيضاً مجرد الشك فيه، إذ الأصل حينئذٍ يقتضي الحكمة، والله العالم.

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً. حرر في يوم الأربعاء الواحد والعشرين من صفر في سنة اثنين وأربعين بعد الثلاثمائة بعد الألف من الهجرة على يد الأقل المحتاج إلى ربه الفاني ضياء الدين بن محمد العراقي السلطان آبادي عفى عنها ذنوبها آمين آمين آمين.

(الفصل الثالث عشر)

(في الشُّفْعَة)

التي هي من توابع البيع على المشهور، وحقّ مخصوص متعلق بالبيع بشروط مخصوصة. وفي الشرائع: هي استحقاق أحد الشريكين بسبب انتقالها بالبيع^(١)، ونظيره في النافع^(٢) والقواعد^(٣)، وفي الدروس: حق ملك قهري يثبت بالبيع لشريكه^(٤)، إلى غير ذلك المستفاد من جميعها كون الشفعة من الحقوق القابلة للاسقاط والانتقال بالارث.

ولعله أيضاً من جهة قيام الوارث بالارث مقام مورّثه فيترتب عليه أحكامه، وإلا فلا يصلح قيام الشفعة لأجنبي كي يصلح انتقاله بسائر النوافل من صلح أو غيره كما هو الشأن في الخيار. وبذلك يمتاز الحقّان المزبوران عن حق التحجير وأمثاله القابل للانتقال إلى الغير بسائر النوافل أيضاً.

ومن هنا نقول: إنّ قوام الحقّية ليس بقابليّة للنقل، وليس قوامه بقابلية للانتقال بالارث أيضاً، كحق المضاجعة للنقل إلى زوجة أخرى بصلح أو

(١) الشرائع ٣: ٢٥٣.

(٢) المختصر النافع: ٢٥٧.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٠٩.

(٤) الدروس: ٣٨٥.

غيره. وحينئذٍ فما به قوام الحقيقة هو قابليته للاسقاط، فما لا يقبل له فهو حكم محض وإن يعبر عنها بالحقوق أيضاً، ولكنه بنحو عناية في التعبير. ومع الشك في أحد الأقسام الأصل يقتضي كونه ممّا لا يصلح للانتقال، ومع الشك في أصل حقيقته بصلاحيته للاسقاط وعدمه هو الحكمة كما أشرنا سابقاً إليه للأصل كما لا يخفى.

* * *

وكيف كان نقول: إنه (إذا باع أحد الشريكين حصّة في ملكه كان للأخر الشفعة) بلاشكال فيه في الجملة فتوى ونصوصاً متواترة واردة في مقامات مختلفة سيّضح حالها في طي المباحث، وظاهر العبارة تعميمه لكل ملك يقبل القسمة بلا خصوصية للأراضي والمساكن.

ولعلّ عمدة الوجه فيه ما في الصحيح من قوله: في المملوك بين الشركاء باع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحقّ به أله ذلك؟ قال: «نعم إذا كان واحداً»، قيل له: في الحيوان شفعة؟ قال: «لا»^(١) بضميمة التعدي عن الحيوان إلى غيره ممّا لا يقبل القسمة بعدم الفصل ظاهراً خصوصاً مع ما في نص آخر: «الشفعة في سفينة ولا نهر ولا في طريق ولا في رحي ولا في حمام»^(٢)، بعد التعدي منها إلى غيرها ممّا لا يقبل القسمة.

ولكن في نص آخر التصريح بثبوته في الحيوان وغيره قال في رواية يونس: «الشفعة واجبة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين الشريكين لا غيرهما»^(٣) إلى آخره، وفي آخر: «الشفعة في البيوع إذا كان

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢١ حديث ٣ باب ٧ من أبواب الشفعة.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٢ حديث ١ باب ٨ من أبواب الشفعة.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢١ حديث ٢ باب ٧ من أبواب الشفعة.

شريكاً فهو أحق بها»^(١).

وحينئذٍ ربّما يجمع بين هذه العمومات مع نفي الشفعة في الحيوان بالحمل على كراهة أعماله فكأنّه لاشفعة له، بل لابدّ من هذا التصرف في النص الآخر من جهة التلازم بين ما ذكر فيه والحيوان اجماعاً، فلا مجال لتخصيص العام المزبور بما في النص الآخر بتوهم إلّا حصّته المطلقة من العمومات، فلا مجال حينئذٍ لاستفادة التفصيل بين ما يقبل القسمة وغيره من مثل هذه النصوص. كما أنّ ما ورد بلسان عدم الشفعة إلّا فيما لم يتقاسا^(٢)، فهي ظاهرة في اعتبار الاشاعة الفعلية، وحملها على بيان شرطية قابلية القسمة منظوره، فلا يستفاد منها أيضاً التفصيل بين ما ينقل ولا ينقل.

نعم قد ورد النص الآخر بلسان نفي الشفعة فيما لم يقسم، وأنّه اذا وقفت الحدود وطرقت الطرق فلاشفعة، إذ ذيله يوم الاختصاص بما لا ينقل^(٣). ويؤيده أيضاً عموم حصر الشفعة بالأرضين والدور^(٤).

ولكن لا يخفى أنّه لا يكاد يقاوم مثل هذه النصوص مع النص السابق المشتمل على المتاع في قبال الأراضي والحيوان، بل والحيوان أيضاً، إذ هو صريح في جريان الشفعة في المنقول أيضاً. فلا محيص من حمل النفي في غيره على ضرب من الغاية والتأويل، كما أشرنا إليه في الجمع السابق، وهو أولى من الأخذ بالخاص بغير المنقول، وحمل المثبت فيه على ضرب من الندب كما صنعه في الجواهر^(٥).

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٦ حديث ١ باب ٢ من أبواب الشفعة.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٦ حديث ١ باب ٣ من أبواب الشفعة.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٢ حديث ١ باب ٨ من أبواب الشفعة.

(٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٣ حديث ٢ باب ٨ من أبواب الشفعة.

(٥) الجواهر ٣٧: ٢٤١.

وعليه فأقوى الأقوال هو القول بثبوت الشفعة في المشاع في كل شيء، منقولاً أو غيره، يقبل القسمة أم لا. نعم لا يجري بعد القسمة؛ لعدم صدق الشريك عليه، بل نصوص التقييد بما لم يتقاسم^(١) شاهد المدعى، وهو الذي ذهب إليه جمع من القدماء من السيد وغيره^(٢).

ثم أنه قد يتوهم فيما يشتمل على المملوك من نصوص الباب^(٣) أن المراد منه العبد، ولذا فصل بعض في الحيوان بين العبد وغيره، فجوز الشفعة في الأول دون الثاني. ولا يخفى ما فيه من منع اختصاص المملوك في النصوص السابقة في العبد، بل هو أعم منه ومن غيره، ولذا جعلناه دليلاً لمختار المصنف فتأمل.

ثم أنه على المختار لا يبقى مجال التشكيك في ثبوت الشفعة في الأشجار منصوبة وغيرها، وكذلك الأحجار مثبتة وغيرها. وأما على مختار الجواهر^(٤) والمحقق^(٥) من اختصاصها بغير المنقول القابل للقسمة، فقد يلحق بالأراضي أشجارها المنصوبة، وكذلك أحجارها المثبتة، بل وكل ما يتعلق بالدور من الثوب والبوب وأمثالها.

وفي التعدي إلى ما نصب في الأرض من الحبوب على وجه غير قابل لقلعه، أو قابل ولكن مادام غير مقلوع وجه، وإن كان للنظر فيه مجال ما لم يصدق تبعيتها للأرض والدور الذي هو مورد النص بالخصوص، ومن هذه الجهة أيضاً تردد المحقق في ثبوت الشفعة في الدولاب والناعور إذا بيعا تبعاً للأرض، مع تعليله بأنه ليس من عاداتها أن تغلق.

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣١٦ باب ٣ من أبواب الشفعة.

(٢) الناصريات: ٢٥٣.

(٣) وسائل الشريعة ١٧: ٣٢١ حديث ٤ باب ٧ من أبواب الشفعة.

(٤) الجواهر ٣٧: ٢٤١.

(٥) الشرائع ٣: ٢٥٣.

ثم أنّ المدار في التبعية للأرض في هذا الحكم أيضاً على حكم العرف، فربما لا يرون التبعية للأرض على وجه يحسب مما لا ينقل في غير الأعيان الثابتة، فلا يدخل فيها مثل الزرع، وثمار الأشجار التي لها أمد مخصوص، وإليه أيضاً أشار في الجواهر^(١) عند كلام المحقق من عدم ثبوتها في الثمرة على رأس النخل. وهذا البيان ظهر أنّ دائرة التبعية في هذا المقام أخص من دائرتها في الحكم بالملكية، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم، ولكن ذلك كله على المختار غير منظور إليه.

ثم أنّه من التأمل فيما ذكرنا ظهر أيضاً وجه عدم جعل القابلية للقسمه من شروط الشفعة، فإ في كلام المصنّف من قوله (كان للآخر الشفعة بشروط) وجعل منها (أن يكون الملك ممّا يصحّ قسمته) منظور فيه.

* * *

(و) المشهور أيضاً أنّ من شرائط ثبوت الشفعة (أن تنتقل الحصّة بالبيع) دون غيره من النواقل، خلافاً لابن جنيد^(٢) من القدماء، وللشهيد الثاني في المسالك من المتأخرين^(٣).

وعمدة نظرهم أنّ الشفعة على خلاف عموم السلطنة، فلا بد وأن يقتصر على المتيقّن. وليس في البين عموم يقتضي التعدي من البيع إلى غيره، ولقد عرفت أنّ النصوص الخاصة كثير منها مصرّحة بخصوص البيع، وما لم يكن مصرحاً به مثل نصوص ثبوت الشفعة ما لم يتقاسم فهي في مقام بيان شرطية الاشاعة وعدم القسمه في مورد ثبوته، وليس في بيان مورد الثبوت. نعم قد يتوهم العموم في رواية عقبة بن خالد حيث علّل الشفعة بنفي

(١) الجواهر ٣٧ : ٢٤١.

(٢) نقله عنه صاحب الجواهر ٣٧ : ٢٦٦.

(٣) المسالك ٢ : ٢١٨.

الضرر والضرار^(١)، وهو سند المسالك أيضاً في التعدّي بعموم العلة. والعجب من الجواهر أيضاً حيث أخذ بعموم هذه العلة وجعل الشفعة في كلّ شيء قابل للقسمة أم لا، ومع ذلك لم يتعدّ إلى المنقول.

والتحقيق أن يقال: إنّ هذه الرواية هي التي رواها أحمد بن حنبل في كتابه^(٢)، وما حكاها رواية طويلة مشتملة على قضايا متعدّدة، من جملتها ثبوت الشفعة في الأراضي والمساكن، ومن جملتها عموم نفي الضرر والضرار من دون ربط أحدهما بالآخر كي يصلح لتعليل أحد الفقرتين بغيره.

ولقد أجاد شيخنا العلامة شيخ الشريعة الأصهباني حيث جهد في تتبّعه الشريف وتنبّه للنص المزبور بطوله في كتاب أحمد بن حنبل، وطبّق من الوسائل موارد تقطيعه عند حضورنا محضره الشريف جزاه الله عن الأسلام خير الجزاء بما صبر واحتسب ونعم له عقبى الدار. والأصحاب أخذوا بعض فقراتها بتقطيع الوسائل، ووقعوا من جهة شبهة التعليل المزبور في حيص ويص. كيف ولازم العلية المزبورة صلاحية عموم نفي الضرر لنفي السلطنة التي هي من الأحكام الارفاقية، مع أنّهم غير ملتزمين بذلك بملاحظة كونه في مقام الامتنان على الأئمة، على وجه لا يصلح لرفع ما فيه خلاف امتنان في حقّ الغير، ولذا لم يلتزموا في خيار الغبن بالتخير بين الأرض وغيره، ولا يمتنعون حفر بئر الجار بمحض الضرر على جاره، وغير ذلك.

وما في قضية سمرة^(٣) أيضاً لابدّ من الحمل على قضائه في حقّه سياسة، كيف ولم يتعدّ أحد من الأصحاب إلى نظير الحكم في غير هذا المورد.

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٩ حديث ١ باب ٥ من أبواب الشفعة.

(٢) مسند أحمد بن حنبل ١: ٣١٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٠ حديث ١ باب ١٢ من أبواب احياء الموات.

وعمدة النكته فيه عدم صلاحية عموم نفي الضرر للتحكيم بالنسبة إلى أمثال عموم السلطنة من الارفاقيات على نفسه أو على غيره، وما قد يترأى من عدم سلطة الانسان على التصرف في ملكه على وجه يوجب اتلاف مال الغير، فليس ذلك من باب تحكيم عموم نفي الضرر على عموم السلطنة، بل إنما هو لقصور سلطة الانسان من الأول على التصرف في مال غيره باتلاف، أو ابقاء في ملكه، أو اشغال ماله في ملك الغير ولو لم يكن في البين ضرر أصلاً.

ولصاحب المال حينئذٍ الزام غيره في منع تصرفه المزبور، وله افراغ ماله عن مال الغير قهراً من صاحبه ولقد شرحنا وجه ذلك في بحث الخيارات من كتاب البيع فراجع.

فلا تكون أمثال هذه الموارد موارد تحكيم لا ضرر على عموم السلطنة المزبورة، فكل مورد يكون التصرف متلفاً لمال الغير لا يكون التصرف المزبور مورد عموم السلطنة ذاتاً. نعم لو كان التصرف الكذائي منشأ لا تلاف مالية مال الغير فهو داخل في عمومها، وعموم نفي الضرر أيضاً غير ناظر إلى مثله لنكته ذكرناها، ولذا لم يمنع المالك عن بناء حَمَّام في جنب دار يضر بماليتها بمعنى كونه موجباً لنقص قيمته، وهكذا مع أنَّ في هذه يصدق الضرر بأجل أفرادها، فربما يكون ذلك أيضاً من شواهد ما بيننا، والله العالم. وكيف كان لا عموم في البين يتعدى من البيع في الشفعة إلى غيره، كما لا يخفى.

* * *

(و) ظهر أيضاً ممّا ذكرنا أنَّ من شرائط الشفعة (أن يكون المبيع مشاعاً مع الشفيع حال البيع)، وتقدّم بيانه بشهادة نصوص نفي الشفعة إذا تقاسما كما أشرنا إلى بعضها. نعم لو كان بينها شركة في الطريق والنهر أو الساقية لا يضر القسمة بثبوتها، وإلى ذلك أيضاً أشار المصنّف بقوله: (أو يكون شريكاً في الطريق أو النهر أو الساقية).

والأصل في ذلك حسن منصور قال: سألت عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة يبيع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: «إن كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلاشفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة»^(١).

وفي نص آخر بعد الحكم بجواز شراء نصب بعضهم وسد بابه الأول فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحقّ به وإلاّ فهو طريقه»^(٢)، وظهره ثبوت الشفعة في نفس الطريق لا في الدار، فلا يدلّ على المدعى، فينحصر المستند بالنصّ الأوّل، وهو صريح في ثبوت الشفعة في الدار بشرط بيع الطريق مع الدار.

وحينئذٍ فرجع الاشتراك في الطريق المحوّل للشفعة اشتراكهم مع المشتري لامع البائع، فلا بدّ حينئذٍ من توجيه عبارة المصنّف، إذ توهم كفاية مجرد الاشتراك مع البائع أيضاً خلاف مصبّ كلماتهم، بل خلاف ظاهر النصّ المزبور أيضاً، فلا وجه للتعدي عن مورده من بيع الطريق مع الدار إلى غيره. ولقد صرح المحقق أيضاً بأنّه لو باع الأرض المقسومة بلا طريقه فلاشفعة فيها^(٣)، وفي الجواهر أيضاً نفي الخلاف فيه ونفي الاشكال^(٤).

نعم لو باع الطريق فقط كانت الشفعة فيه لنصّ الكاهلي^(٥)، بل وبقيّة المطلقات؛ لأنّه أيضاً أرض مشتركة.

وكيف كان نقول: إنّ مورد النصّ في هذا الباب خصوص الشركة في

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣١٨ حديث ١ باب ٤ من أبواب الشفعة.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٣١٨ حديث ٢ باب ٤ من أبواب الشفعة.

(٣) الشرائع ٣: ٢٥٤.

(٤) الجواهر ٣٧: ٢٥٨.

(٥) وسائل الشريعة ١٧: ٣١٩ حديث ٣ باب ٤ من أبواب الشفعة.

الطريق، والأصحاب ألقوا البستان والأراضي إلى الدار، وكذا الحقوا بالطريق النهر والساقية. وفيه اشكال؛ لوجود المخالف في المسألة. وفي اعتبار قابلية الطريق للتقسيم بناء على اعتباره في أصل الدار المشتركة اشكال؛ لاطلاق النص، كما أن اطلاقه يشمل ما لو كان الدور من الأول مقسماً لامشاعاً فيقسم، فاشكال جامع المقاصد في الأول منظور فيه.

ثم إن مورد النص السابق تعدد الشركاء في الطريق، ولاوجه لتقييد ذلك بما دل على وحدة الشريك في أصل الدار والأرضين؛ لاختلاف المناطين، فلا بأس بالالتزام في كل باب بما يقتضيه نصه، لولا الاستفادة من اطلاق وحدة الشريك من الأصحاب الاجماع على الملازمة من هذه الجهة بين المناطين. وفيه تأمل؛ لامكان صرف مطلقات كلمات الأصحاب إلى الشركة في نفس الأرض لافي طريقه، كما هو الشأن في قول المصنف: (وأن لا يزيد الشركاء على اثنين) أيضاً في مقام عدّه شرائط لثبوت الشفعة.

* * *

والظاهر أنه لا اشكال في هذا المقدار؛ للنصوص المستفيضة المصرح في بعضها: «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»^(١)، ولا يعارضه ما في آخر: «الشفعة على عدد الرجال»^(٢) أضعف روايته سنداً مع عدم جبر، كما أن قوله: «الشفعة في الحيوان إلا أن يكون الشريك واحداً» لا مفهوم في ثبوتها له في غيره مع تعدد الشركاء، فتوهم الفصل بين الحيوان وغيره كما عن بعضهم، أو نفي الاعتبار مطلقاً كما عن آخر منظور فيه. نعم في الشركة في الطريق نص ظاهر في أزيد من الاثنين^(٣)، ولاضير في الالتزام به لولا شبهة اطباق كلمة في

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣٢٠ حديث ١ باب ٧ من أبواب الشفعة.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٣٢٢ حديث ٥ باب ٧ من أبواب الشفعة.

(٣) وسائل الشريعة ١٧: ٣١٨ حديث ١ باب ٤ من أبواب الشفعة.

وحدة الحكم في المقامين، ولقد أشرنا إلى التأمل فيه كما لا يخفى.

ثم إن الظاهر من قوله: «فإذا صاروا ثلاثة» كونهم ثلاثة في ظرف تحقق البيع، فلا يشمل الثلاثة الناشئة عن قبل البيع، فلو باع أحد الشريكين سهمه بالاثنتين، فلا تسقط به شفعة شريكه.

كما أن الظاهر من قوله: «الشفعة على عدد الرجال» - على القول به - كون كل واحد ذا حق مستقل، بحيث لو أعمل أحدهما لا يبق محل للآخر بعده.

وقد يتوهم كونه للجميع بنحو التوزيع بمقدار عددهم لا بمقدار السهام، إذ هو من توابع أصل الشركة السارية في الجميع. وفي استفادته من النص المزبور نظراً، اللهم [إلا] أن يقال: إن استحقاق أخذ التمام يستحيل ثبوته للرجال بنحو الاستغراق، فلا محيص من أحد التصرفين: إما بدعوى تقييده بعدم أخذ غيره، أو الحمل على التوزيع بمقدار رؤوسهم، وليس أحد التصرفين بأولى من الآخر، فلا محيص من جريان حكم الاجمال على الظهور.

ولئن أبيت عن ذلك وقلت بإمكان تعدد الحقوق المزبورة فلا أقل من اجراء هذا البيان بالنسبة إلى عموم السلطنة على اعماله كما لا يخفى، ولازم ذلك بعد عدم اقتضاء الأصل بالمعارضة شيئاً أيضاً، هو الحكم بالتوزيع بمقتضى العدل والانصاف جمعاً بين الحقوق ودفعاً للظلم بقدر الامكان.

ويؤيده المرسلة المنسوبة إلى السيد المشتملة على قوله: «إذا سمح بعض بحقوقهم من الشفعة فن لم يسمح بحقه على قدر حقه» الى آخره، ولازم ذلك استحقاق كل واحد بنسبة رؤوسهم من العين إلا أن يعنى الآخر فيوزع سهمه على البقية إلى أن يبقى واحد منهم فيستحق لأخذ التمام.

وما عن المحقق من أن له استيفاء التمام، غاية الأمر للشريك الآخر فسخه بمقدار نصيبه^(١)، منظوره فيه، ولذا استشكل عليه في الجواهر أيضاً بنحو

أشربنا^(١)، فراجع.

* * *

ولو باع أحد الشريكين سهمه من الدار بعد بيع شريكه في بقاء شفعته بالبيع السابق وجهان: من صدق كونه شريكاً حين البيع فيثبت، والاستصحاب يقتضي بقائها أيضاً. ومن أن المنصرف من الدليل دوران الحق مدار الشركة حدوثاً وبقاءً. وفيه نظر كالنظر في التشكيك في بقاء موضوع الاستصحاب، كما أن اطلاق الدليل لا يفرق بين الشريك الغائب والحاضر ولو أخذ الحاضر تمام العين يحتاج إلى عفو الغائب حقه، وإلا فلا ينفذ في أزيد من نصيبه بحساب الرؤوس كما لا يخفى.

ولازم ما ذكرنا عدم نفوذ قسمة مع وكلاء الغائبين في تمام المبيع، بل لا بد وأن يقسم معهم بمقدار سهمه المأخوذ بالشفعة. وظاهر المحقق نفوذه في تمامه^(٢).

* * *

وللغيب فسخ القسمة، الظاهر كونه من حين الفسخ، بشهادة فتواه باختصاص الأخذ بغلته، وهو منظور فيه، بل ما لم يعف الغائب لا تكون الغلة ماله، بل القواعد تقتضي كون الزائد من الغلة مال المشتري، كما لا يخفى.^١
ولو اشترى أحد الشريكين سهم الآخر من الدار كانت شفعته للشريك الثالث على هذا القول؛ لعدم استحقاق الانسان شيئاً على نفسه، والأدلة أيضاً منصرفة عن هذه الصورة كما لا يخفى.^٢

* * *

(١) الجواهر ٣٧: ٢٥٨.

(٢) الشرائع ٣: ٢٥٤.

(و) من الشروط (أن يكون الشريك قادراً على الثمن) حين أخذه بالشفعة كما هو ظاهر كلماتهم، والعمدة فيه دعوى الاجماع في كلماتهم وإلاّ في نصّ ابن مهزيار^(١) مع عدم قدرته عن تحصيل الثمن تأجيله ثلاثة أيّام، وفي ذيله أيضاً ينتظر مقدار ما يسافر الى بلد آخر فيه مال وإن كان أزيد من ثلاثة أيّام. والظاهر أن بناءهم على العمل بمضمونه كما يترأى من نفي الخلاف في التأجيل المزبور بعيّة الثمن في المصير، وربّما يشهد ذلك على المراد من شرطية القدرة بكونها في كلماتهم صاحب المال ولو بقرينة فهم الأصحاب.

وحينئذٍ لا بأس بالعمل بالنصّ، وإليه أيضاً ترجع الفتاوى من اعتبار القدرة ولو في الجملة قبل العجز مطلقاً، بل لو احتجج إلى السفر ربّما يلتزمون بجواز السفر إلى بلد فلسه أو ماله القابل لأن ينقد وسيأتى الكلام فيه. ويحصل التمكن بقرضه وغيره بلا اختصاص بوجودانه من غيرها؛ لا طلاق معاهد الاجماع.

وأيضاً التزموا بسقوط الشفعة بالمماطلة بعد أخذه كي لا ينافي فوريّتها للاجماع المزبور، وإلاّ فقد يتخيل استفادة التأجيل بالثلاثة من نصّ ابن مهزيار السابق؛ بناء على عدم اختصاصه بصورة العجز، وفيه نظر ظاهر علاوة عمّا ذكرنا. ونظيره في سقوطها صورة هربه فإنّه أيضاً اجماعي، بل من رواية التعجيل بالثلاثة أمكن التعدي إليه فينتظر ثلاثة أيّام، ولكن فيه نظر وتأمل.

* * *

(و) من شروطها أيضاً (أن يطالب على الفور) بأخذ المال من المشتري بأعمال حقّه (مع المكنة) عن أخذه وأعمال حقّه، ولازمه سقوط حقّه بتراخيه عمداً. وعمدة الدليل على الفورية بعد اقتضاء الأصل -لولا

(١) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٢٤ حديث ١٠ باب ١٠ من أبواب الشفعة.

الاطلاق- التراخي، ظهور النبويين المشتمل أحدهما على قوله: «الشفعة لمن واثبها»^(١) لما في الوثوب من الدلالة على التعجيل، وفي ثانيهما: «الشفعة كحلّ العقل»^(٢)، بتقريب أن حلّ العقل من البعير يوجب حركته فوراً فشبه ثبوت الشفعة بالحلّ المزبور بأنّه ملزوم بالحركة والاعمال معجلاً.

وقد يؤيدهما ما في نصّ ابن مهزيار من نفي الشفعة لغير القادر عن الثمن في الزائد عن الثلاثة في الحاضر. ولا يخفى ما في التأييد المزبور، وفي الأولين كفاية، وظاهر الأخير الاختصاص بصورة عدم عذر في التعجيل، إذ مع العذر العقلائي يصدق كونه بمنزلة غير القادر، فلا ينافي كونه حينئذٍ كحلّ العقل، إذ هو إنّما يكون ملزوم بالحركة في صور لا يمنعه ما هو وافي بغرضه من السكون، كما أنّ اطلاق الأوّل على فرضه مفيد بالاجماع على عدم السقوط مع العذر. فلا مجال لطرح النبويين مع كون مضمونها على وفق المشهور، وأنّ غرض المصنف من المكنة المكنة العقلية العرفية لا العقلية المحضة.

ثم أنّه على الفورية فهل الاعمال الذي يراد فوريته خصوص انشاء تملكه ولو عند نفسه، أو يعتبر مع ذلك حضوره لدى المشتري، أو يعتبر مع ذلك احضار الثمن؟ وجوه أقواها الأول، إذ هو المتيقن في قبال الأصل والاطلاقات لولا دعوى اقتضاء تقييد الفورية بعدم العذر، وجعل الصلاة والحرّ والبرد الشديدين أو الليلة المظلمة أو غير ذلك من الأعذار، بل وفي كلمات كثير منهم بأن الغائب عند التمكن من السير بنفسه أو وكيله يجب عليه الحضور ووجوب الحضور في اعمال الشفعة، فلا يكتفي في اعمال الفورية مجرد الانشاء المزبور عند نفسه، وإلاّ لا يتصور له مانع وعذر كي يقيّد الفورية به.

(١) نيل الأوطار ٦: ٨٧.

(٢) سنن ابن ماجة ٢: ٨٣٥، سنن البيهقي ٦: ١٠٨.

ولعله لذلك كله ادّعى في جامع المقاصد بأنّ الكلمات مطبقة على وجوب السعي إلى المشتري^(١)، ولازمه عدم الاكتفاء في الفورية بإنشاء التملك محضاً، نعم لا وجه لاحتضار الثمن في اعمال الفورية كما لا يخفى.

وما في الحسنة من قوله: «فهو أحق بها من غيره بالثمن»^(٢) لا يقتضي إلاّ أحقيته عن غيره بالأخذ بذلك الثمن، ولا يقتضي فوريته واعطاؤه أيضاً كما لا يخفى.

* * *

هذا (ولو باع صاحب الشقص المطلق نصيبه جاز لصاحب الوقف الأخذ بالشفعة) وفقاً للسيد^(٣) وجماعة، وعن المحقق في شرائعه منع ثبوتها^(٤).

وعمدة المستند انصراف اطلاقات ثبوت الشفعة بين الشريكين، أو الرجال المفروغ شركتهم من الخارج عن مثل هذه الشركة، إذ المنساق منه كون اضافة المال إليهما بنحو سواء، وليس المشاع بين الوقف والطلق من هذا القبيل، ودعوى الاجماع على ثبوته مع مخالفة الأعظم من المتأخرين ممنوعة، كما هو ظاهر.

ومن هنا ظهر أيضاً عدم ثبوت الشفعة لمالك الطلق لوبيع الوقف بأحد مجوزاته إلاّ على القول بانتقاله إلى الطبيعة الموجودة آنأما على وجه يكون ثمنه طلقاً لهم؛ فإنه حينئذ تصدق الشركة المزبورة حين البيع، فتشمله اطلاقات الشفعة. ولكن الوجه المزبور بمعزل عن التحقيق كما سيأتي انشاء الله في محله، فها عن بعض الأعظم من محشي الكتاب من نفي الاشكال في ذلك تأمل لولا

(١) جامع المقاصد ٦: ٤٠١.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٣١٦ حديث ١ باب ٢ من أبواب الشفعة.

(٣) الناصريات: ٢٣٥.

(٤) الشرائع ٣: ٢٦٣.

قيام اجماع عليه، كما يوهمه تخصيص نفي الشفعة في كلماتهم بالصورة الأولى فتدبر.

* * *

(ولا تثبت) الشفعة (للذمي على المسلم)؛ لأنه نحو سبيل (ولن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلاً)^(١)، نعم لا قصور في شمول الأدلة للكافر على الكافر، وهو الوجه في كونهم مكلفين بالفروع أيضاً. كما أنه يثبت للمسلم أيضاً على الكافر؛ لاطلاق الدليل، وإليه أشار المصنف بقوله: (ويثبت للمسلم عليه ويأخذ الشفيع بما وقع عليه العقد) بتمامه بلا تبعيض في اعمال حقه؛ للأصل، وعموم نفي الضرر على المشتري، وإن كان فيه نظر؛ لعدم صلاحيته لنفي سلطنة ذي الحق على التبعيض في استيفاء حقه، لكونه خلاف الارفاق في حقه فالعمدة في المقام هو الأصل بعد عدم اقتضاء الاطلاقات شيئاً في المقام؛ لعدم كونها في مقام البيان من تلك الجهة.

وما في الرسالة المنسوبة إلى السيد المشار إليه سابقاً مؤيداً لتوزيع الحق على الشفعاء المتعديدين، على فرض تسليم سنده وجبره، غير مرتبط بالمقام، اللهم [إلا] أن يتشبت بفحواء. ولكن الذي يسهل الخطب أنها ظاهرة في ثبوت الشفعة لأزيد من شريك واحد، وهو خلاف المشهور، فلا جبر لسندها.

وحينئذٍ فلو قال: أخذت بالنصف خاصة، لا يصلح إلا بأخذ وكيله أيضاً النصف الآخر، نعم لو عفا عن النصف الآخر لا يثمر أخذ وكيله أيضاً مقامه، نعم لو بنينا على التبعيض فمع العفو يثبت أخذه للنصف ويعفى الزائد منه.

وإلى ذلك ذهب المصنف أيضاً حيث قال: إنَّ الشفيع (يأخذ بما وقع عليه العقد وإن أبرأه من بعضه)، إذ هو مناسب لقابلية الشفعة للتبعيض،

وإلاّ فعلى المختار لا يصحّ الأخذ بالبقية مع العفو من بعضه كما أشرنا، والله العالم.

ثم إنه لو كان المبيع مثلياً لا اشكال ظاهراً عندهم في أنّ الشفيع يأخذ المبيع بمثل الثمن، أي قيمته كان حين الأخذ، وفي حسنة الغنوي: «فهو أحق بها من غيره بالثمن»^(١)، وظاهره عدم اشتغال عهده بأزيد من الثمن من سائر مصارفه من أجرة الدّال والحمال والوزان وغيرها، هذا كلّه إذا كان الثمن مثلياً.

* * *

وأما لو كان قيمياً فظاهر كلام المصنّف: (ولو لم يكن مثلياً أخذ بقيمته) وجوب قيمته عليه، وقواه في الشرائع^(٢) وفاقاً لجمع من القدماء، خلافاً لجمع آخر، وتبعهم في الجواهر^(٣). وعمدة السند للمنع بعدم منع سوق اطلاقات الباب لذلك ومنع الاطلاق في الثمن في الحسنة بالنسبة إلى القيمة، بل المثل هو المتيقّن منه في مقام التخاطب، خصوصاً مع كون الثمن في الغالب نقداً الذي هو من المثليات هو الأصل، علاوة عن نصّ ابن رثاب^(٤) المشتمل على نفي الشفعة في صورة كون الثمن رقيقاً ومتاعاً وبراً وجوهرراً، بعد التعدي عنه إلى غيره بعدم القول بالفصل. وفي آخر حصر الناقل بالبيع والشراء في مورد ارادة اعطاء المال الذي نقده في ثمنها، بناء على حمله على كون الثمن مالاً غير النقدين، وأن الغرض من قوله: «نقده» تحديده بـمعيار النقدين لا تبديله بالنقدين، وإلاّ فيصير الثمن حينئذٍ مثلياً لم يقل أحد بسقوط الشفعة فيه.

(١) وسائل الشيعه ١٧: ٣١٦ حديث ١ باب ٢ من أبواب الشفعة.

(٢) الشرائع ٣: ٢٥٩.

(٣) الجواهر ٣٧: ٣٣٣.

(٤) وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٤ حديث ١ باب ١١ من أبواب الشفعة.

ولكن الانصاف مع دلالة هذه النصوص على اختصاص الشفعة بالمثلي، إذ مع الغض عن ظهور نقده في الأخير في النقد الفعلي، لأقل من ترك استفصال الامام في المال المقتضي لشموله للمثلي أيضاً. فلا يحيص حينئذٍ من طرحه؛ لعدم عامل باطلاق مضمونه، وصرف اطباقهم المزبور على بنائهم على تخصيصه أول الدعوى، إذ هو فرع عدم ورود وهن في سنده، إذ حينئذٍ لا بد من تخصيصه حفظاً لعموم دليل السند مهما أمكن.

وأما مع احتمال كون ذلك لخلل في السند، فلا وثوق به كي يؤخذ بدليل السند فتطرح الدلالة.

وأما الخبر الأول فع عدم تعرض الشريك فيه قابل للحمل على الجار. وتوهم أن ذلك خلاف ظاهر الاهتمام بذكر الثمن، بل ولأقل من ترك الاستفصال في المتاع أيضاً شمول النص للمثلي، فلا يحيص إماماً من طرح النص رأساً أو طرح الدلالة، ومع الغض عما ذكرنا في النص السابق أنه لا ترجيح لطرح الدلالة من حيث المثلي، بل الممكن طرح دلالاته من حيث كون الآخذ شريكاً، ولا ترجيح لأحد التصرفين على الآخر، فالرواية من هذه الجهة بحكم المحمل، فلا يبقى في البين إلا الأصل المزبور، وهو يكفي للمنع كما لا يخفى، والله العالم.

* * *

(ولو ذكر غيبة الثمن) على وجه لا تصل يده إليه فعلاً (أجل ثلاثة أيام) مع كون المال في مصره، والأصل فيه كما أشرنا إليه نص ابن مهزيار^(١)، ولقد قدمنا الكلام فيه.

وتوهم اختصاص مورده بصورة العجز عن أصل التحصيل لالجهة الغيبة،

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٤ حديث ١ باب ١٠ من أبواب الشفعة.

مدفوع بأنّه لا بأس بالتعدي إليه بالفحوى كما فهم جلّ الأعظم ذلك ، نعم في الجواهر^(١) دعوى نفي الخلاف في ذيل كلام المحقق ، والظاهر رجوعه إلى هذه الفقرة أيضاً كما لا يخفى .

(و) من ذيل النصّ المزبور أيضاً يستفاد بأنّه (ينظر لو كان) الثمن (في بلد آخر) غير مصره (بما يمكن وصوله إليه مع ثلاثة) ، ولكن (ما لم يستنصر المشتري) بتأخّره . ووجه التقييد عموم «لا ضرر» في حق المشتري ، بل من الممكن دعوى عدم الجابر لاطلاق ذيل النصّ المزبور ، ولكن في احتياج الدلالة بعد عدم كونه بحكم الجمل ولولكثرّة التخصيص إلى الجابر نظر . فالعمدة في البين قاعدة نفي الضرر ، فإنّ تمّ فهو ، وإلا فلا بد من دعوى قيام اجماع قابل للتخصيص المزبور كما لا يخفى .

* * *

(وثبت) الشفعة أيضاً (للغائب) على ما أشرنا إليه سابقاً ، وعمدة الوجه فيه شمول الاطلاقات ، علاوة على قوله في الرسالة : «لغائب شفعة»^(٢) . ولا ينافي ذلك فوريتّه مع عدم العذر ، بعد كون الغيبوبة عذراً له ، وظاهر فتاواهم أيضاً عدم تقييد التأخير في الأخذ بلزوم الضرر ، إذ ربّما لا يلزم بتأخيره ضرر على المشتري غالباً ؛ لأنّ المال ماله يتصرّف فيه كيف يشاء ، غاية الأمر للشفيع أخذه من يده بضمنه ولو بفسخ المعاملة كما سيأتي .

وهذا هو الفارق بين المقام والفرع السابق الملحوظ فيه عدم الضرر ، واطلاق الكلمات أيضاً منزّل على الغلبة المزبورة كما لا يخفى .

* * *

(١) الجواهر ٣٧ : ٣٨٧ .

(٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٢٠ حديث ٢ باب ٦ من أبواب الشفعة .

(ويطالب) الغائب (مع حضوره)، ولا يكفي مجرد أخذه بلا حضور المشتري بإنشاء تملكه عند نفسه، على ما تقدم من أن الاستفادة من الكلمات في مسألة الفورية في أخذه لزوم احضاره بنفسه أو بوكيله، وعليه فيجب عليه الحضور مع التمكن بنفسه أو بوكيله فوراً، فلو تراخى حينئذ تسقط شفيعته بناء على ما أسلفنا فوريته من جهة النبوتين^(١) الجارين بفحواهما في المقام أيضاً.

ولو حضر الوكيل وتراخى في الأخذ، ففي اقتضائه سقوط حق موكله اشكال، إذ هذا التراخي منه ما صدر باختياره، فيكون معذوراً فيه. وفي جواز توكيله حتى في إسقاطه بتراخيه اشكال، إذ مثل هذا السقوط ليس حقاً له قابل للاستنابة فيه بسببه، وإنما هو حكم محض خارج عن مورد الاستنابة.

نعم لو علم الموكل بتراخي وكيله، فأصل توكيل مثله بمنزلة تراخي نفسه لا يكون عذراً. وأما مع جهله فلا يحسب تراخيه تراخي وكيله، كي يكون مسقطاً من هذه الجهة. ولا يضاف إلى الموكل فعله من جهة وكالته، إذ هو فرع كون سببية التراخي للسقوط تحت سلطنته واستيلائه كي يصلح التفويض أمره إلى غيره، وإلا فلا مجال لأصل التوكيل في مثله كما أشرنا.

ثم أن مقتضى جملة من الكلمات كون الحاضر الجاهل بالموضوع أو الحكم مطلقاً، أو المضطر عن الحضور لحبس أو غيره، يلحق في العذر بالغائب. ولعله لتنقيح مناط الغائب المنصوص بالخصوص، أو لاقتضاء الأصل مع عدم مساعدة الاطلاقات ذلك، بل وعدم اطلاق النبوي المشتمل على قوله: «الشفعة لمن واثبها»^(٢)، أو النبوي الآخر المشتمل لحلّ العقال^(٣)، لمثل هذه الصور؛ لانصرافهما إلى عدم وجود مانع عن اختياره كما لا يخفى على من تأمل.

(١) انظر: نيل الأوطار ٦: ٨٧، سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٥، سنن البيهقي ٦: ١٠٨.

(٢) نيل الأوطار ٦: ٨٧.

(٣) سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٥، سنن البيهقي ٦: ١٠٨.

وتوهم عدم أولوية إلحاق المقامات المزبورة بالغائب، بالتأجيل إلى رفع العذر عن إلحاقها بصورة عجزه عن تحصيل الثمن بالتأجيل بالثلاثة بفحوى الحسنة السابقة^(١)، مدفوع بأنّ موردنا في مقام أصل الأخذ بالشفعة، ومورد التأجيل بالثلاثة مقام احضار الثمن بعد أخذه، فلاوجه للتعدي عن أحد المقامين إلى مقام آخر، بخلاف الإلحاق بالغائب فإنّه من احد صغريات المقام، فلاضير في التعدي من صغرى إلى صغرى أخرى؛ لكمال مساعدة العرف عليه بلحاظ الغاء الخصوصية فيه دون غيره، كما لا يخفى. مضافاً إلى أنّ الأصل في المقام أيضاً يقتضي عدم التحديد بالثلاثة فتبقى شفעתه إلى زمان زوال عذره. نعم مع تمكّنهم عن التوكيل في الأخذ بحضوره يجب، ومع تراخيه فيه لايبعد الإلحاق بالغائب أيضاً؛ لامكان التشبّث بفحوى النبوتين^(٢) في ذلك، كما هو الشأن في الغائب بمقتضى الكلمات أيضاً فتدبر.

* * *

(والصبي والمجنون يطالبون مع زوال الأوصاف)، والأصل في ثبوت الشفعة للصبي رواية السكوني^(٣) المنجبر بالعمل لدعوى نفي الخلاف أيضاً في إلحاق المجنون بالصبي في هذا الحكم. وحينئذٍ فقصورهم عن التصرف حال الصغر والمجنون كان من أعذارهم الموجبة لتراخيها في الأخذ، فيطالبون بعد زوال وصفهما.

نعم مع وجود الولي الاجباري مع عدم الفساد يأخذ الولي، ومع عدمهما وانتهاء الأمر إلى الحاكم أو العدول تلاحظ فيه الغبطة لهما على وجه يوجب ترك الأخذ في الحال تضييعاً لحقهما، وإلا فلا يصدق على مثل الحسبية المطلوب

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣٢٤ حديث ١ باب ١٠ من أبواب الشفعة.

(٢) نيل الأوطار ٦: ٨٧، سنن ابن ماجه ٢: ٨٣٥، سنن البيهقي ٦: ١٠٨.

(٣) وسائل الشريعة ١٧: ٣٢٠ حديث ٢ باب ٦ من أبواب الشفعة.

وجوده، فلاوجه حينئذٍ لولايتها على الأخذ المزبور، والمفروض أنه ليس من الأمور الثابتة لقضاة الجور كي بفحوى المقبولة^(١) يثبت لقضاتنا، ومع ثبوت الولاية لأحد ففي سقوط شفعتها بتأخيرها اشكال؛ لعدم ولايتها على تضييع حقها كما لا يخفى.

ولو باع الأب أو الجد أو الوكيل أو الوصي شقص من له السلطنة عليه بولاية وغيرها، فهل له الأخذ في فرض شركته معه بشفعته أم لا؟ وجهان: من أن ظاهر بيعه للأجنبي رضاهم بعدم الشفعة، ويكون دالاً على عفو. ومن منع هذا الظهور، والأصل يقتضي الثبوت.

اللهم [إلا] أن يقال: إن ذلك فرع شمول الاطلاقات لمثلهم، والكلام فيه بعد اطلاقات الباب لم تكن في مقام بيان أمثال هذه الجهات، اللهم [إلا] أن يقال: إن عمدة النظر المانع إلى ابداع وجود المانع من كون بيعه عفواً لشفعته، أو كون أخذه بتمته لا ينفذ في حق غيره، وفحوى هذه الوجوه تقتضي تسليمهم في ثبوت أصل الشفعة لهم.

وحينئذٍ ربما يكون فهمهم ذلك من الاطلاقات قرينة كونها في مقام البيان من هذه الجهة، ولا أقل من استفادة اجماع مستقل في المسألة الكافي لثبوت أصل الشفعة لهم، وإنما الاشكال في سقوط أخذهم لأحد الوجهين. وحينئذٍ يكفي الاستصحاب لبقاء حقه بلاصلاحية الوجهين لإسقاطه كما لا يخفى.

ولو اشترى العامل بالقراض شقصاً، فقبل ظهور الربح كان للمبتاع بتمامه مال صاحب المال بشراء عامله، فلا يبقى له بعده شفعة له وإن كان من الأوّل شفعياً فيه؛ لعدم صلاحية المملوك لتملك جديد بالشفعة السابقة على هذا

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٩٨ حديث ١ باب ١١ من أبواب صفات القاضي.

الشراء، نظير شراء نفس الشقص المزبور، كما أنّه مع ظهور الريح لامانع من دعوى بقاء شفّعته في البيع الثاني بالنسبة الى حصّة عامله؛ لأنّه بمنزلة المشتري الثاني لنفسه، فيأخذ الشفيع بشركته حصّة عاملة بثمنها حسب قواعد الشفّعة كما لا يخفى.

* * *

(و) كيف كان (الشفيع يأخذ من المشتري) بلا اشكال فيه ظاهراً، بل ليس مفاد حقّ الشفّعة عند العرف إلّا ذلك، كما أنّ الاستفادة من قوله: «فهو أحقّ بها من غيره بالثمن»^(١) كون اعمال الحقّ في ظرف ثبوت الثمن، وهو فرع الفراغ عن البيع، فلا يستحق الشفيع إلّا أخذه من المبتاع. واحتمال كون المراد فسخه البيع وأخذه من البائع بمقتضى أحقيّته من المشتري في الأخذ عن البائع منظور فيه جداً، إذ الظاهر منه أحقيّته بالثمن الثابت حين الأخذ، وهو لا يمكن إلّا ببقاء البيع على حاله المستتبع لكون المأخوذ منه مشترياً كما لا يخفى.

* * *

(و) لا اشكال أيضاً في أنّ (دركه عليه) وإن قبض الشفيع من البائع؛ لأنّه يتلقّى المال من المشتري، فلو خرج المال مستحقاً للغير فيرجع الشفيع إلى المشتري، كما أنّه لو تلف بعد أخذه وقبل قبضه بتفريط من المشتري كان مستحقاً لقيّمته، ولا مجال لرجوعه إليه بالثمن؛ لعدم كونه بيعاً كي يجري حكم التلف قبل القبض فيه. كما أنّه لو تعيّب بتفريطه كان للشفيع أرشه بقواعد الضمان ولو انهدم بأفة سماوية لا ضمان على المشتري؛ لأنّ يده أمانة شرعية، كما أنّه لو تلف قبل الأخذ بالشفّعة ولو بفعل المشتري فلا ضمان على المشتري حتى في

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٦ حديث ١ باب ٢ من أبواب الشفّعة.

الأخير؛ لأنه تصرف في ملكه بلا تصور ضمان له.

وحينئذٍ فع انعدامه رأساً لا يبق مجال تملكه بالشفعة؛ لاستحالة تملك المعدوم على الاطلاق، فتسقط الشفعة حينئذٍ قهراً.

وإن بقي منه شيء مثل فرض انهدام الدار وأمثاله، ففي كون الشفيع مستحقاً لأخذ البقية بتمام الثمن أو بنسبته إلى الباقي وجهان: من توهم اطلاق الحسنة^(١) من أنه الأحق بثلثه الظاهر في تمامه، ومن أن المعدوم من الخصوصية المقومة في ثمنه التام قد انعدم، فلا يتعلق به التملك، وما يتعلق به لا يكون في قبالة تمام الثمن، والمنصرف من الحسنة أخذ ما هو في قبالة الثمن بثلثه، وهو في المقام ليس إلّا لباقي الواقع قبالة شيء من الثمن لا تمامه، ولا يستحق حينئذٍ إلّا أخذ البقية بما في قبالة من حصّة الثمن لا تمامه.

وتوهم اجراء حكم المعدوم على الاطلاق عليه، بدعوى أن المتيقن من اطلاقات الشفعة هو صورة بقاء ما هو في قبالة تمام الثمن كي يأخذه بثلثه تاماً، ويكون أحق من غيره بثلثه كذلك، وأما مع عدم بقاءه فلا دليل يقتضي حينئذٍ بقاء حقه، فأصالة عدم تعلق الحق باق على حاله.

مدفوع بأن ذلك - مضافاً الى كونه خلاف إطباق كلمتهم إن تعلق الحق بأخذ البقية ضماناً - ثابت، ومن المحتمل بقاءه ولو في ضمن فصل آخر موجب لاستقلاله، فلا قصور حينئذٍ لاستصحابه. غاية الأمر لا يقتضي ذلك الأخذ بتمام الثمن أو بعضه، والأصل يقتضي الأخذ بما يخصه من الثمن لا بتمامه.

وما يظهر من الجواهر^(٢) حينئذٍ من أخذه بتمام الثمن مستنداً إلى اطلاق حسنة الغنوي^(٣)، من منظور فيه، نعم في صورة عيبه مع بقاء العين لتمامه أمكن

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٦ حديث ١ باب ٢ من أبواب الشفعة.

(٢) الجواهر ٣٧: ٣٨٧.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٦ حديث ١ باب ٢ من أبواب الشفعة.

دعوى اطلاق الحسنه لمثله، فيتخير الشفيع بين الأخذ بتمام الثمن أو عدمه، والله العالم.

وعلى أي حال ليس للشفيع فسخ الأول والأخذ من يده؛ لقصور أدلة الشفعة من اثباته، وفي سقوط حقّه حينئذٍ بذلك لمنافاته لفوريّته اشكال، والأصل يقتضي بقاءه بعد انصراف دليل الفورية عن مثله كما لا يخفى.

ولو أخذ الشفيع الشقص من المشتري ليس له إلزام المشتري بأخذه عن البائع، بل للمشتري إحالة أمره إلى البائع، إذ لا دليل على وجوب التقابض في المقام، بل غاية الأمر عدم منع المشتري إياه عن ماله بعد أخذه، فلا يجب عليه إلّا التخلية لا الاقباض، بل قد عرفت أنّ في بقيّة المعاملات الواردة على الأعيان لا يجب على الطرفين إلّا التخلية المزبورة، لا الايصال، كما هو المستفاد من الوفاء يعقده أيضاً.

وأن ترتّب بعض الأحكام على عدم القبض أحياناً غير مرتبط بمرحلة وجوبه كما لا يخفى وإن كان الظاهر من كلماتهم وجوب القبض والاقباض في المعاضات المزبورة، حتّى جعلوها متمماً للعقد على وجه آخر، وعلى قبل القبض حكم اثباته، وجعلوا التلف قبل القبض بمنزلة التالف في أثناء العقد، وكذلك تعيّبه، وتعدوا من باب البيع إلى غيره من سائر المعاضات، مع أن النصّ مختصّ بالبيع فحملوه على القاعدة، ولكن لنا في ذلك كلّ نظر والله العالم.

بقي في المقام فروع

منها: أنّه لو تصرف المشتري في المبيع قبل أخذه، فذلك تارة بنقله إلى الغير، وأخرى بغرسه أو تعميره بمجهات أخرى.

فعلى الأوّل: فإن كان النقل بالبيع، فالظاهر من كلماتهم أن الشفيع مخير

بين أخذه من المشتري الثاني، أو فسخ البيع وأخذه من الأول، وتسلمهم في ذلك يكشف عن كون حق الشفعة غير مانع عن صحته. ولازمه عدم كونه من قبيل حق الرهانة قائمة بملك المشتري بنحو قيام حق الرهانة بملك الراهن على وجه يقتضي حفظ ملكية الموجب؛ لعدم نفوذ تصرف المشتري كالراهن بالنحو المزبور، ولا من قبيل حق الجناية القائم بذات العين أينما صار الموجب؛ لعدم منعه عن لزوم البيع أيضاً.

غاية الأمر مع استيفائه لحقه يحدث الخيار للمشتري المقدم على المعاملة مع جهله لكونه نحو عيب في العين وضرره مجبور بخياره، بل هو من قبيل حق الديان في استنقاذ العين من الوارث ولو بفسخه معاملته، فله السلطنة على الفسخ والأخذ من المشتري الأول.

ومن هنا ظهر حال ما لو وقف ولو مسجداً أو رهن، فإنّ للشفيع أخذ المال من المشتري المستتبع لسلطنته على فسخ معاملته، وليس له التلقي من الموقوف عليهم؛ لأن شأن الشفعة تلقي الملك من المشتري ليس إلا. نعم لا اختصاص له بالمشتري الأول أو الثاني.

وهكذا فلو ترامى البيوع المتعددة المتواردة كان للشفيع الخيار بين الأخذ من الأخير أو الأول أو الوسط، ومن كل من أخذ كان الثمن ماله والدرك عليه، فلا إشكال في ذلك كلّه بحسب كلماتهم.

نعم عن بعض الأعاضم في صورة الهبة أخذ الشفيع عن الموهوب له، وهو كما ترى خلاف تسلمهم بلزوم تلقي الشفيع من المشتري، ولذا أورد عليه في الجواهر^(١) أيضاً بما ذكرنا.

وإن كان التصرف بغرس، ففي كون هذا التصرف بحق من المشتري أو

بإلحاق وجهان، مبنيان على أنَّ حق الشفيع متعلق بالأرض الفارغة من حيث هو كذلك، بحيث ينتزع منه تعلق حقه بفراغه أيضاً، أم لا يكون حقه متعلقاً بحفظ فراغة.

فعلى الأول يكون تصرف المشتري مفوتاً لحق الشفيع، فيلزم أن يكون تصرفاً عن غير حق، كتصرف الغاصب في متعلق حق غيره. وعلى الثاني لا يكون تصرفه مفوتاً لحقه، فلا يكون تصرفاً غصبياً.

ثم على التقدير الأخير، فتارة يكون حق الشفيع متعلقاً بالأرض بنحوه تحصيل فراغه، وأخرى لا يكون إلا متعلقاً بالأرض بأي نحو تكون الأرض فارغاً أو مشغولاً بلاسلطة الشفيع لتحصيل فراغه، كشراء الأراضي المغروسة بشجر الغير.

وحيث كان الأمر كذلك نقول: إن مقتضى أحقية الشفيع بالثمن كونه ذا حق بالعين بنحو ينتقل إلى المشتري، ولازمه تعلق حقه بفراغه أيضاً، وإنما الكلام في أن حقه القائم به بنحو حق الرهانة بملك الراهن على وجه يكون حقه حافظاً لفراغه، أو بنحو تعلق حق الديان بالتركة بنحوه تحصيل هذا العنوان ولو جديداً. ولا يبعد أن يقال: إن مقتضى الأصل عدم كون تعلقه بنحو يقتضي حفظ فراغه من الأول، فالمتيقن من حقه هو كونه بنحوه تحصيل فراغه، كما هو الشأن في كيفية تعلق حقه بملك المشتري.

ولقد عرفت بأن مقتضى الكلمات والأصول كونه بنحو حق الديان، لا بنحو حق الرهانة، ولا بنحو حق الجناية.

وبعد ما اتضح ذلك تظهر ثمرة الاحتمالات في أنه على الأول كان لكل من المشتري والشفيع تفرغه متعلق حقه عن حق الغير، وأنه يجب على المشتري بقلعه طم ما حفر؛ لوجوب إرجاع حق الغير إلى ما كان، وليس على الشفيع بقلعه الغرس أرش؛ لأن كينونته قائماً في ملكه غصب من الأول والمشتري ظالم

في ذلك «وليس لعرق ظالم حق»^(١).

وعلى الثاني كان لكلّ منهما أيضاً القلع، غاية الأمر يجب على المشتري لو قلع طمّ ما حفر؛ لأنّه متعلّق حق الشفيع بتحصيل خصوصيّة من قبيل المشتري، فله السلطنة على إلزامه بارجاع بعض أرضه وجعله كما كان قبل الغرس. كما أنّه على الشفيع أيضاً بقلعه غرس المشتري ضمان أرشه مغروساً وغير مغروس؛ لأنّ خصوصيّة المغروسيّة متعلّق حق الغير، لفرض أنّ تصرف المشتري كان بحق، فليس على الشفيع اتلاف حقّه، فلا يحصى من وجوب ما به التفاوت عليه.

نعم على الاحتمال الثالث من عدم تعلّق حق الشفيع بأزيد من الأرض في أيّ حال فارغة أو مشغولة، ليس للشفيع قلع غرس المشتري؛ لأنّ الفرض عدم استحقاق فراغ الأرض من شجر غيره، بل للمشتري ابقاؤه بلاجرة، بل لو قلعه ليس عليه طمّ حفره، ولكن هذا المقدار خارج عن مصبّ الكلمات، بل هي منزلة على الاحتمالين الأوّلين.

وعلى أيّ تقدير عرفت نتيجة كل منها، فتدبرّ فيما ذكرنا كي لا يختلط عليك الأمر باختلاف الكلمات الواردة في المقام مبنى ونتيجة.

هذا كلّه فيما لو كانت العين حين الشراء فارغاً من نخل الغير، وإلاّ يكون حال الشفيع حال المشتري في أنّه لا يستحقّ الأرض إلاّ مشغولة فيجرى فيه نتيجة الاحتمال الثالث.

نعم لو كانت الأرض مشغولة ببناء أو شيء آخر ينتقل إلى المشتري وبحسب من تبعات الأرض ومن النماءات المتصلة بها، فالظاهر من أحقيّته من المشتري بالثمن تعلّق حقّه بعين الأرض بنحو تعلّق حق المشتري به، ولازمه استحقاقه

(١) عوالي اللئالي ٢: ٢٥٧ حديث ٦.

لأخذ الأرض بماله من تبعاته من النماءات المتصلة.

وحينئذٍ فلو فرض في الأرض نواء فطلع شجر في الأرض على وجه يحسب من نمائها المنقلة تبعاً لها، كان للشفيع استحقاق أخذها أيضاً تبعاً للأرض نعم لو نبت شيء في الأرض بعد الشراء يشكل استحقاق الشفيع لها؛ لأنه نماء ملك المشتري، وإنما مورد حق الشفيع ما هو تبع الأرض حين انتقاله إلى المشتري بالبيع، لعدم استفادة أزيد من أحقية الشفيع للعين بالثمن ولا أقل من الشك، فأصالة عدم تعلق الحق به محكمة.

ونظيره ما لو كان شيء مطروحاً على الأرض، على نحو لا يحسب من نمائها حين البيع وإن انتقل إلى المشتري تبعاً، نعم لو كان الشفيع شريكاً للمطروح وفرض تعلق البيع به أيضاً ضمناً، كان استحقاق الشفيع له مبنياً على تعلق حق الشفعة بالمقول أيضاً.

وحينئذٍ فلو انتقل تبعاً للأرض لا يتعلق البيع به، ففي تعلق حق الشفعة به أيضاً اشكال، بناء على المختار من كونها من تبعات خصوص البيع، لولا دعوى اجراء حكم البيع فيما ينتقل تبعاً للبيع أيضاً، وفيه تأمل.

ومن هذا الباب ما ينتقل إلى المشتري بشرط في متن عقد البيع؛ لأن المتيقن من الأدلة تعلقه بنفس المبيع لا تبعاته، خصوصاً مثل الشرط كما لا يخفى.

هذا وما ذكرنا ظهر حال النماءات المنفصلة الحاصلة بعد البيع، فإنها بجميعها للمشتري بلا تعلق حق للشفيع بها حتى لو كانت من قبل ثمرة الأشجار، فإن متصلها له فضلاً عن منفصلها.

وهكذا الأمر في ثمرة النخل لو كان بتأثير بعد البيع وقبل الأخذ، ولو كان بتأثير بعد الأخذ ولكن حمله كان بعد البيع وقبل الأخذ، ففي كونه

متعلق حق الشفعة خلاف بين المحققين^(١) والعلامة، فالتزم الثاني بدخوله في الشفعة خلافاً للمحقق، ولادليل للعلامة إلاّ كون ثمرة النخل تتبع تأبيره الحاصل في ملك الشفيع. وفيه اشكال؛ لامكان كون الثمرة من شرائط استعداد طلعه للحمل، فتكون الثمرة من تبعاته الحاصلة في ملك المشتري فتأمل. ومنها: أنه قد يقال باعتبار علم الشفيع بمقدار الثمن حين أخذه دفعاً للغرر، وفيه منع تمامية العموم على وجه يسري في غير البيع، والشفعة ليس بيعاً، اللهم [إلاّ] أن يدعى أن ذلك فرع وجود اطلاق متكفل لبيان أمثال هذه الجهات وليس بالمتيقن منها صورة علمه بالثمن. نعم توهم اقتضاء أحقيته بالثمن علمه به حال أخذه مدفوع غاية الدفع، كما هو ظاهر.

وفي الجواهر^(٢) بعد اعترافه في المقام بنفي الاطلاق وحكم الأصل التزم أيضاً بعدم اعتبار العلم في المقام بمقدار العلم به المعتبر في البيع وغيره، بل إنّما يضمر الجهل بنحو لا يصدق عليه أخذه بالثمن عرفاً ولو بأن لا يتبين حاله ولو بعد ذلك لموت البائع والمشتري مع عدم البيّنة على تعيينه.

وهو حسن متين مع عدم الصدق المزبور، وإنّما الكلام في صورة صدقه، إذ حينئذ يؤخذ باطلاقه لو كان مثل هذا الاطلاق لبيان مثل هذه الجهة، والأصل يقتضي عدم الاكتفاء بهذا المقدار أيضاً، وحينئذ إن تمّ اجماع على عدم العلم بنحو يعتبر في سائر المعاملات فهو، وإلاّ فلا محيص من الاقتصار على المتيقن للأصل، والله العالم.

ومنها: أنّه لا تسقط الشفعة بتقايل المتبايعين بلا اشكال ظاهراً، بل جعل في الجواهر^(٣) احتمال سقوطه خلاف اجماع المسلمين. نعم قد يقع الكلام في

(١) الشرائع ٣: ٢٦١، جامع المقاصد ٦: ٤١١.

(٢) الجواهر ٣٧: ٤٣٦.

(٣) الجواهر ٣٧: ٣٤٧.

أن الشفيع يتلقى المال من البائع، مع الالتزام أيضاً بأن الدرك على المشتري أو من المشتري، ولعله مبني على كون حق الشفعة متعلق بذات العين أينما صار نظير حق الجناية، ولكن قد عرفت أن مقتضى أحقيته بالثمن كون الثمن على ثمنيته باقياً حين الأخذ، ولا يكون إلا ببقاء البيع إلى حينه، ومقتضاه كون الشفيع يتلقى المال من المشتري، وذلك هو الوجه في بناء المشهور على اعتبار تعلق حق الشفيع بمال المشتري بما هو كذلك.

ومن هذه الجهة أيضاً قلنا في المسألة السابقة: إن حق الشفعة ليس كحق الجناية قائماً بالعين أينما صار، بل لملك المشتري دخل فيه، وذلك أيضاً لابنحو دخل ملك الراهن في الرهن، بحيث يكون الحق المزبور حافظاً للملكية واماناً عن نفوذ التصرف من الأول، إذ لا يستفاد ذلك أيضاً من أحقيته بالثمن، بل غاية اقتضائه صدق الثمنية حين أخذه ولو بفسخ التصرف الناقل في البين. ومن ذلك قلنا بأنه لو وقف فلفشيع فسخه وأخذه بالثمن من المشتري، وبعين هذا الوجه نقول به في المقام.

وجينئذٍ لا مجال لما أفيد من أخذه من البائع، وأضعف منه الالتزام بأن الدرك على البائع، إذ لا وجه له بعد ما لم يكن المال مأخوذاً منه كما لا يخفى. نعم في المقام مطلب آخر، وهو أن الاقالة بعد ما كانت عندهم من مقولة الفسخ فرجعه إلى حل العقد وفسخ هذا المعنى إلى إعادة العقد الأول بعد حله، وهو أمر غير معهود، إذ الارتباط العقدي لا يكاد يتحقق إلا باقامة عقد جديد، وليس شأن فسخ الاقالة ذلك، خصوصاً مع كون الفاسخ أجنبياً عن المتعاقدين، خصوصاً مع فرض موتهما، فكيف يتصور حينئذٍ فسخ هذه الاقالة من الحين؟

فلا محيص إلا من الالتزام بأحد أمور: أما بدعوى أن الاقالة ليس من باب حل العقد، بل هو من فسخ رجوع كل من الطرفين بماله في يد غيره، نظير

الرجوع في المعاطاة، إذ مثل هذا المعنى قابل لتعلق الفسخ. أو الالتزام بكون صحة الاقالة من الأول مراعى بعدم الأخذ، أو الالتزام بأخذ الشفيع من يد البائع كما ذهب إليه بعضهم.

ولكن قد عرفت أنّ الأخير خلاف ظاهر كلماتهم، وخلاف ظاهر أحقيته بالثمن، والسابق منه أيضاً خلاف التزامهم بكون النماء بين الاقالة والأخذ للبائع، فيتعين الأول، ولاضير في الالتزام به؛ لصدق الفسخ عليه أيضاً مسامحة، فلا ينافيه اطلاق الفسخ عليه وجعلهم إياه من سنخه لولا التزامهم بأنّ التصرفات الناقلة غير مانعة عن الاقالة، وهو لا يكون إلاّ بكون الاقالة من سنخ الفسخ حقيقة.

اللهم [إلاّ] أنّ يقال: الرجوع في الاقالة متعلق بالعين لكن لا بخصوصها فقط، بل بما لها من المالّة أيضاً. وحينئذ تكون نتيجة الفسخ في عدم سقوطه بالتلف والتصرف، ولكن ليس عينه وليس من قبيل الرجوع في المعاطاة أيضاً كي ينوط بوجود العين، فلا يبقى له موضوع بالتلف والتصرف، وعليه فلاضير في تعلق الفسخ بهذا المعنى.

وربما يؤيد ذلك اختصاص كلماتهم في المقام بخصوص الاقالة، وإلاّ ففي الفسخ بخيار الغبن أو الهيب أو غيره أظنّ التزامهم ببقاء الشفعة بعد الفسخ بها وإن اختلفوا في تقديم أي واحد من الحقيّن على الآخر، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم.

نعم ربما يكون الانغماس بالتلف قبل القبض من قبيل الاقالة غير مانع للأخذ بالشفعة خلافاً لبعض آخر، ولعلّ المبنى كون التلف موجباً لحلّ العقد فتسقط الشفعة، أو موجباً لكونه بمنزلته في رجوع العين من الطرف الأخير فلا يبطل، وعموم «كلّ مبيع» أيضاً لا يقتضي أزيد من الثاني ولا أقل من الشك، والأصل يقتضي هاهو.

ومنها: أنه لا تصلح الشفعة المتعلقة بعين واحدة للتبعض بأن يأخذ ببعض الشقص دون بعض؛ للأصل بعد عدم الاطلاق، بخلاف ما لو كان في البين عينان ولو في صفقة واحدة، فإنه كان للشفيع حينئذٍ شفعتان، فله الأخذ بواحد والعفوع عن غيره بلا اشكال.

ولو ظهر الثمن في البيع مستحقاً للغير، فإن كان عيناً فيبطل البيع فلاشفعة، وإن كان ديناً فالبيع صحيح والشفعة ثابتة. وإن كان الثمن الذي أعطاه الشفيع بان مستحقاً للغير، فعلى المختار من أن التملك يحصل بنفس انشائه قولاً فلا تبطل الشفعة مطلقاً، وعلى القول بأن لإعطاء الثمن دخلاً فيه، فإن كان الثمن ذمياً فأخذه صحيح ولا تبطل به شفعته، وإن كان عيناً فع جهله به أيضاً كذلك؛ لأنه عذر مسموع لا ينافي الفورية، وإن كان عالماً به فقد يتوهم بطلان الشفعة لمنافاته الفورية. وفيه تأمل، والأصل يقتضي البقاء ما لم ينته إلى التراخي عرفاً.

وإن ظهر في المبيع عيب فلا يستحق الشفيع إلا أخذ المبيع بثمنه بلا استحقاقه للأرض الذي أخذه المشتري من البائع. ولو جهل بعيبه الشفيع فله الخيار بين الرد والامساك بالأرض؛ لعدم كونه بيعاً، فعموم الضرر في حقه لا يقتضي إلا الخيار المزبور.

ولو كانت الأرض مشغولة بزرع بوجه شرعي، على وجه كان صاحب الزرع مستحقاً لبقاء زرعه إلى مدة كما لو اشترى هكذا من مالكة، ففي خيار الشفيع بين الأخذ في الحال أو تأخيره إلى أمده وجهان، مبنيان على أن مثل هذا الصبر كان نحو عذرله فلا ينافي الفورية كما أفاده في الجواهر^(١)، أم ليس عذراً كما مال إليه في الشرائع^(٢)، وجهان والأصل يقتضي مذهب الجواهر، والله

(١) الجواهر ٣٧: ٣٨٣.

(٢) الشرائع ٣: ٢٦٢.

العالم بالحال.

* * *

(ولو كان الثمن مؤجلاً أخذ الشفيع في الحال، ولزم بكفيل إذا لم يكن متمكناً على إيفاء الثمن عند الأجل)، خلافاً لبعض آخر فخيروه بين أخذه كذلك بثمن معجلاً، وبين التأخير بأخذه إلى وقت الأجل. وأما لزوم أخذه بالحال بثمن معجلاً فلا أظن التزامه من أحد، ومبنى الأخير توهم كون ذلك ربها يكون لعذر عقلائي، ولو من جهة استنكافه عن الكفيل أو عدم ميله باشتغال ذمته للمشتري المخصوص، فلا ينافي مع هذه الأعذار فوراً شفيعته. كما أنه مع إقدامه باتيان الثمن معجلاً بعد أخذه فعلاً كان من الشفيع توفيراً في الثمن فله ذلك.

أقول: أما اعتذاره في التأخير بتحقيق ما أفيد من الأعذار ففي غاية المتانة، إلا أنه لا كلية فيه.

وأما ما أفيد في الشق الأخير فيه أنه بعد عدم استحقاق المشتري بأزيد من الثمن المؤجل بمقتضى أحقيته بالثمن بأي نحو كان، فلا وجه لالزام المشتري على القبول. ومجرد كون ثبوت الشفعة بأصلها للشفيع إرفاقياً لا يقتضي كون التأجيل في ثمنه أيضاً كذلك، فلا يستحق الزام المشتري بأخذ الثمن حالاً، كما أنه لا إلزام للمشتري على الشفيع الغير الملي بالكفيل، كما هو مقالة المصنف وغيره، إذ ليس على المشتري إلا الثمن الكذائي بلا حق للمشتري على إلزامه بأمر زائد. اللهم [إلا] أن يدعى أن الشفعة بعد ما كان إرفاقياً لا يشمل مورداً يكون خلاف الإرفاق في حق الغير.

ومعلوم أنه مع عدم كونه ملياً لو أخذ بها بثمن مؤجل لا كفيل كان ذلك خلاف الإرفاق في حق المشتري، فأدلة الشفعة قاصرة عن الشمول لهذه الصورة، اللهم [إلا] أن يقال: إن مجرد إرفاقيته على الشريك لا ينافي إطلاقه

على وجه ينافي الارفاق لغيره، نظير سلطنة الانسان على ماله. وليس أمثال المورد من قبيل عموم نفي الضرر والخرج الغير الشامل لما فيه خلاف الارفاق في حق الغير؛ لأنه بقرينة الدين والاسلام في مقام الارفاق في حق الجميع لا شخص خاص، فلا بد وأن يلاحظ فيها مثل هذه الجهة، بخلاف المقام. نعم أمكن الالتزام بالكفالة من جهة استفادة المناط الكلي ممّا ورد في باب الحكم على الغائب، فراجع وتدبر.

فالتحقيق في المقام المصير إلى تفصيل آخر لولا كونه احداث قول ثالث، وهو أنه مع عدم وجود الأعذار المزبورة يتعين عليه الأخذ في الحال بالثمن المؤجل مع الكفيل مع عدم كونه ملياً أو من يلحق به، ومع وجود الأعذار المزبورة مخير بين الأخذ عاجلاً بالثمن المؤجل على النحو المزبور، وبين الصبر إلى أن يأخذ في طرف الأجل، والله العالم.

* * *

بقي الكلام في التنازع الواقع في هذا الباب، وفيه فُرُوعٌ:
 منها: ما لو اختلفا في قدر الثمن، وإليه أشار المصنّف بقوله: (والقول قول المشتري مع يمينه في كمية الثمن إذا لم يكن للشفيع بينة) على المشهور، وعلّله في الشرائع^(١) بأنّه الذي ينتزع المال من يده.

أقول: هذا الوجه إنّما يتم بناء على دخل إعطاء الثمن في تملك الشفيع، فإنّ الأصل حينئذٍ يقتضي عدم الانتفاع والانتزاع، وفيه أن مثل هذا الأصل معارض بأصالة عدم تحديد الثمن بما يدعيه الشفيع المترتب عليه استحقاقه به، فيرجع إلى الأصل المسبّب، مع أنّ المشتري يدعي تعيين الثمن في قصده فيما يدعيه، وهو أمر لا يعلم إلّا من قبله فيقدم قوله: اللهم [إلّا] أن يدعى بأنه يرجع

(١) الشرائع ٣: ٢٦٧.

نزاعهما فيما أبرز به في عقده على وفق قصده، وهو ممّا يعلم من غيره أيضاً، فالعمدة حينئذٍ هو الوجه الأوّل. ولعل نظر المشهور في تقديمهم قول المشتري مبني على هذه الجهة، كما نسب في الجواهر^(١) هذا المعنى إليهم، ولقد صرح به في ذيل مسألة أخذ الشفع بالثمن المؤجل فراجع.

وأما لو نبينا على المختار من جواز التملك بنفس الأخذ، فقد يتوهم أنّ مرجع النزاع إلى مقدار اشتغال ذمة الشفع بعد تملكه بالثمن، والأصل حينئذٍ يقتضي البراءة عما يدعيه المشتري.

وفيه أنّه يتمّ على القول بعدم اعتبار تعيين مقدار الثمن حين أخذه في تملكه، وإلاّ فعلى القول به فيبقى الكلام في المقدار الذي تعينه الشفع، ومعلوم أنّ الأصلين فيه متعارضان، فيرجع إلى الأصل المسبّي من أصالة عدم الانتقال.

وتوهم أنّ المدار في تعيين المدعي والمنكر على الأصول الجارية في محيط الدعوى، وهو تعيين كمية الثمن من المعلوم، أنّ الأصل فيه بعد ما لا مجرى له ولو للتعارض، فلا محيص من رجوع المسألة إلى التداعي، مدفوع بما سيجيء في كتاب القضاء إن شاء الله من كفاية جريان أصل يوافق أحدهما، ولو يلازمه لما في بعض النصوص من تقديم مدّعي أحد العقدين على قول من يدّعي غيره بملاحظة لازمه نظير الهبة والبيع مع عدم أصل في محطّ الدعوى، كما هو ظاهر.

وفي الشرائع بعد اعترافه بتقديم قول المشتري: وإن أقام أحدهما بينة قضي له^(٢). وفيه أنّ ذلك إنّما يتمّ على توهم كون المقام من باب التداعي، وهو خلاف صريحه في تقديم قول المشتري بيمينه؛ لأنّ كلّ من كان وظيفته اليمين فالبيّنة وظيفه رفيقه؛ لأنّ التفصيل بين الوظيفتين في قوله: «البيّنة على المدّعي

(١) الجواهر ٣٧: ٤٤٤.

(٢) الشرائع ٣: ٢٦٧.

واليمين على من أنكر»^(١) قاطع للشركة.

نعم قد يظهر من بعض تقارير شيخنا العلامة أعلى الله مقامه من أنّ الفقرة الثانية من قبيل الأمر في مقام دفع توهم الخطر، فالبينة وظيفة المنكر أيضاً.

وفيه: أولاً: منع كونه في هذا المقام، ثم منع اقتضائه بثبوت البينة عليه، وليس في مقام الميزان للقضاء أيضاً اطلاق يقتضي الاكتفاء بالبينة مطلقاً، وعموم: «إنما اقضي بالبينات والأيمان»^(٢) آية عن اثبات هذه الجهة، فأصالة عدم الميزانية محكمة، فلا وجه على القول بكون المشتري منكر أن يسمع منه البينة كما لا يخفى. هذا ولقد أجاد في جامع المقاصد^(٣) حيث أورد في المقام بأن بين الكلامين تدافع، فراجع.

ثم إنّ المشهور عدم قبول شهادة البائع في المقام، لأعلى وفق المشتري ولأعلى وفق الشفيع؛ بناء على سماع البينة منها. وقيل في وجهه تارة بأن البائع في شهادته يجر نفعاً، ولو بملاحظة شبهة فسخ البيع أو ابتلائه بالدرك وأمثاله.

ورّد بمنع اقتضاء أمثال هذه الأمور كون المورد مصداق جرّ النفع المانع عن القبول، وأخرى بأنّه متهم من الجهات المزبورة.

ورّد أيضاً بمنع اقتضاء مطلق المتهمة أيضاً للمنع عن الشهادة، وتوضيح ذلك محوّل إلى محلّها.

وعن المبسوط^(٤) أنّه شهادة على فعله، والمنساق من أدلة الشهادة غيره. وفيه أيضاً منع، فالعمدة في البين توهم قيام اجماع، ولا مكان منعه نسب في

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٧٠ حديث ١ باب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٦٩ حديث ١ باب ٢ من أبواب كيفية الحكم.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٤٦١.

(٤) المبسوط ٣: ١١٠.

الجواهر^(١) إلى بعض معاصريه القبول، والمسألة في غاية الاشكال. ولو كان الاختلاف بين المتبايعين في الثمن فالقول قول المشتري؛ لأن الانتقال حينئذٍ مسلم، وإنما الكلام في استحقاق البائع زيادة على ما يدعيه المشتري، فالأصل حينئذٍ مع المشتري، فيأخذ الشفيع أيضاً بما اعترف المشتري بكونه ثمناً. نعم لو كان في أخذه جهة راجعة إلى البائع ربّما يصير الشفيع بالنسبة إليه أيضاً مدّعياً؛ لأصالة عدم الانتقال بأقلّ ممّا يدعيه البائع، كما لا يخفى.

ومنها: أنه لو ادّعى البائع بيع شقصه من أجني، فأنكر الأجني، فقد يقال بثبوت الشفعة بمقتضى اقراره، وجعله في الشرائع^(٢) أشبه خلافاً للحلي في السرائر^(٣) حيث منع ثبوتها؛ لأنّه فرع ثبوت عنوان البيع والشراء، وهذه العناوين لا يكاد تثبت باقرار أحدهما الغير المفيد في غير ما على المقر من الآثار. والأصل حينئذٍ يقتضي عدم ثبوت الشفعة.

أقول: إن ثبوت الشفعة ربّما يكون من الآثار الضرورية على بيع البائع، ولو من جهة كون أخذها مانعاً عن رجوع البائع بالعين، كما في معاطاته أو في زمان خياره، ففي هذه الصورة لا بأس بالأخذ باقرار البائع في ترتيب مثل هذا الأثر أيضاً.

ثم إن الشفيع إن كان معترفاً بوقوع البيع، فعليه دفع الثمن بأخذه إلى الحاكم لو لم يتمكن من الدس في مال المشتري وإلاّ فتعين ذلك. وإن كان غير معترف به فليس له أخذه؛ إمّا لاعترافه، أو للأصل الجاري في حقه. نعم لو

(١) الجواهر ٣٧: ٤٤٥.

(٢) الشرائع ٣: ٢٦٧.

(٣) السرائر: ٢٥١.

أخذ مع ذلك يترتب على فعله ما على البائع المقر من الأثر. وعلى أي حال لا يثبت الدرك على المشتري بمثل ذلك، كما أنه لو تصادقا على البيع السابق وأنكر الشفيع فراراً عن سقوط شفيعته بالتراخي، لا يكاد يثبت مثل هذا التصادف في حق الشفيع شيئاً، بل له الأخذ لو حصل بيع جديد في الشقص المزبور بالنسبة إلى غير هذا المشتري.

ولو حصل هذا البيع بينهما في ثبوت الشفعة المملّكة في حق الشفيع اشكال؛ لعدم حجية اقرار في حقهما، بعد اعترافهما بأن هذا البيع صوري، أو بيع بعد فسخ الأول الساقط شفيعته بتراخيه، نعم ربما يترتب على الشفيع أيضاً إثارة الضررية باقراره، والله العالم.

ومنها: أنه لو ادعى الشفيع المالك لشقص من أنه المالك للشقص الأخير بابتیاع جديد عن شريكه الأول فاستحق عليه بالشفعة، فانكر ذلك غيره، يقدم قول المنكر، ويكفي له الحلف بعدم اسحتقاق الشفعة على ملكه؛ لأنه على طبق لازم الدعوى المقصود به منه، ولا يحتاج إلى الحلف على وفق انكاره من نفي الابتیاع المزبور؛ لظهور ذهاب اليمين بحق المدعي كونه بمضمونه نافياً للحق أما بالمطابقة أو بالالتزام، فهما كان الغرض من الانكار نفي حق خاص، فيكفي في يمينه كونه بنحوينفي ذلك، ولو بأن يكون مضمونه نفي نفس الحق الذي هو لازم انكاره لانفسه.

وربما يكون ظهور هذه الفقرة في المدعي أقوى من ظهور اليمين على من أنكر في كون اليمين على وفق تحرير انكاره، وربما يكون ذلك أيضاً قرينة على كيفية أداء البينة أيضاً، من دون احتیاج إلى كون مفاد البينة على وفق ما حرره بخصوصه، حتى في مورد يكون المقصود من الدعوى اثبات حق لازم للمدعي به. نعم لو كان المدعي به هو المقصود بالأصلالة، لا مجال لإقامة البينة أو اليمين على وفق لازمهما، لا يجعل مضمونها كناية عن أصل المقصود، بنحو يحكم

العرف بأنّ البيّنة أو اليمين على وفق المقصود حينئذٍ، كما لا يخفى.

ومنها: أنّه لو ادّعى كل منهما سبقه في الابتياح عن غيره، على وجه يستحقّ الشفعة على رفيقه، فيها دعويان بنحو يستتبع كل منهما حقاً غير حقّ الأخير، فكل منهما يدّعي على الآخر في حقّ والآخر منكروه، فليس المقام من التداعي لامن الدعويين في حق واحد كي ينتهي الأمر فيها إلى التحالف، بل هما دعويان مستقلّتان، غاية الأمر الفصل في أحدهما كافٍ لإسقاط الدعوى الأخرى، فحكمه ينتهي إلى كون الأسبق منهما في الدعوى مسبوقاً عند الحاكم، ومع التقارن يقرع بينهما في سماعه، فأبّي واحد قدّم في سماعه وفصلت فيه الخصومة بالبيّنة أو اليمين لا يبقى بعد مجال السماع الدعوى الأخرى.

ولقد أجاد في الجواهر^(١) حيث أشكل على المحقق^(٢) في حكمه بالتحالف بما يرجع إلى ما بيننا ثم قال: اللهم [إلاّ] أن يقال: إن مجرد اختلاف الحقين المقصودين من الدعوى لا ينافي مع وحدة الدعوى في ملزومهما من أسبقية كلّ منهما، وأنّ هذا المقدار أيضاً كافٍ في التحالف الذي هو وظيفة دعوى واحدة.

أقول: ويمكن ارجاع النزاع في المقام إلى كون الحق الواحد الثابت بنحو الاجمال مورد دعوى كلّ منهما أنّه له، وهذا التقرير يرجع النزاع لبدأً أيضاً إلى الترافع في حق واحد، ولعلّه إلى ذلك نظر المحقق، لا إلى مجرد وحدة الدعوى صورة.

ثم على فرض وحدة الدعوى لا ينتهي الأمر إلى التحالف أيضاً مع وجود البيّنة، فإن أقام أحدهما فحكم على طبقه، لا يبقى مجال حينئذٍ ليمين الآخر لفصل الخصومة بينهما بالفصل المزبور، ومثل هذه الواقعة لا تتحمّل الفصلين.

(١) الجواهر ٣٧: ٤٦٠.

(٢) الشرائع ٣: ٢٦٨.

وإن أقام كلّ منهما البيّنة كان المقام من صغريات تعارض البيّتين، وله حكمه المحقق في محله.

ومنها: أنّه لو ادعى الشفيع على شريكه بأنّه انتقل إليك بابتياح جديد، والآخر ادعى الانتقال إليه بالارث أو بعقد آخر غير البيع، بناء على اختصاص الشفعة بالبيع، فالقول قول منكر الابتياح. وقيل: بأنّ المقام من باب التداعي، والتزم مع تعارض البيّتين بالقرعة؛ لأنّه لكل أمر مشكل.

أقول: ذلك مبنيٌّ على كون المدار في تشخيص المدعي والمنكر على كيفية التحرير في محط الدعوى، وليس كذلك، بل يكفي في الإنكار كون مدّعه على وفق الأصل بحسب المقصود منه. وحينئذٍ فأصالة عدم البيع الموجب لعدم ثبوت الشفعة يكفي لإنكار مدعي الارث، بخلاف أصالة عدم الارث في طرف مدّعي البيع، إذ لا يترتب عليه المقصود من الترافع نفيّاً وإثباتاً لكونه مثبتاً، فالأصل حينئذٍ مع منكر البيع لا منكر الارث، فيكون المقام من باب المدّعي والمنكر، ولا ينتهي الأمر في مثله إلى تعارض البيّتين على الأقوى، كما لا يخفى.

* * *

(و) كيف كان نقول: إنّ (الشفعة تورث كالأموال) على المشهور؛

لأنّه بعد ثبوت حقيّته بشهادة قابليته للاسقاط يشمله عموم: «ما تركه الميت من حق فهو لوارثه»^(١) على ما أرسله في المسالك^(٢) كما حكاه الجواهر^(٣)، خلافاً للشيخ^(٤)، فالتزم بعدم ارثه مستنداً إلى نصّ مشتمل على قوله:

(١) ذكره الشيخ محمد حسن النجفي في الجواهر ٣٧: ٣٩١.

(٢) المسالك ١: ٢٢٥.

(٣) الجواهر ٣٧: ٣٩١.

(٤) النهاية: ٤٢٥.

«ولا تورث الشفعة»^(١).

وعمدة الاشكال عليه ضعف سند النصّ وعدم جبره بالعمل، حتى حكي عدول الشيخ عنه في خلافه، فلا يصلح مثله لرفع اليد عن المرسلة المجبورة بعملهم. ثمّ أنّه بناء على أنّها تورث كالمال يقسط على النصيب لا الرؤوس؛ لأنّه مقتضى دليل ارثه، وبه يمتاز عن تقسيطه بالاضافة إلى الشركاء المتعدّدين على ما تقدّم.

ولو عفا بعضهم ففي سقوط الحقّ من البقيّة أيضاً، وعدم سقوطه بمقدار نصيبه، أو أنّ للبقيّة بعد العفو المزبور تمامه وجوه، واختار في الجواهر^(٢) أخيرها، نظراً إلى كونه حقّاً واحداً منتقلاً إلى الجميع، بنحو يوجب تراحم المقتضيات في كلّ واحد التقسيط المزبور، ومع عدم التراحم ولو بعفو غيره يثبت تمام الحقّ للباقي، كما لو انحصر الوارث من الأوّل فيه.

وفيه أنّ قضية وحدة الحقّ ليس إلّا سقوطه بعفو البعض رأساً؛ لعدم بقاء موضع للحقّ المزبور بعد اسقاطه؛ لأنّ لازم الوحدة كونه قائماً بالمجموع، فلا مجموع بعد اسقاط البعض واقتضاء الرواية لانتقال التمام إليه إنّما يتمّ مع الانفرد حين الانتقال، وإلّا فليس لكلّ منهم اقتضاء ثبوت التمام، بل غاية الأمر لكلّ واحد اقتضاء التقسيط بمقدار نصيبه في اعماله في ظرف ثبوته لمجموعهم، فالعفو إنّما يرفع موضوع الثبوت، فلا يبقى مجال الاعمال للبقيّة أيضاً. اللهم [إلّا] أن يقال: إنّ مرجع العفو إلى اخراج نفسه عن موضوع الحقّ لرفع أصله، فيبقى ثابتاً بتمامه للبقيّة.

والأولى أن يدعى أنّ الحقّ وإن كان واحداً، ولكن بلحاظ قابليّته للتقسيط في ظرف الاعمال كان بمنزلة حقوق متعدّدة حسب تعدد الرؤوس، ولازمه

(٢) الجواهر ٣٧: ٣٩٥.

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٥ حديث ٨ باب ١٢ من أبواب الشفعة.

قابلية مثل هذا للتبعض كما في الشركاء المتعدين على القول به. وحينئذ لا وجه لسقوطه رأساً بعفو البعض، ولا ثبوت التمام للباقي؛ لعدم اقتضائه أزيد من نصيبه، فينتهي الأمر إلى الالتزام بالوجه الثاني؛ وربما يساعده الاستصحاب أيضاً، كما لا يخفى.

* * *

(ولو أسقط الشفعة قبل البيع لم تبطل) على المشهور، بل حكى الاجماع عليه عن الانتصار^(١) خلافاً للارشاد^(٢) وجمع آخر حيث ذهبوا إلى السقوط، والأصل مع الأول.

وفي المقام نصوص عامة^(٣) دالة على رضی الشفيع في لزوم البيع واستقراره وقد وردت النصوص بلسان: «لا يصلح البيع»^(٤) تارة، و«لا يحل»^(٥) أخرى، وفيها أيضاً: «فإن باع ولم يأذن فهو أحق بها»^(٦) وظاهر الذيل ثبوت الحق بالبيع، فهو شاهد حمل الصدر على الارشاد إلى الاعلام بالشفيع في استقرار بيعه، لانني الحلية المساوق لنفي الصحة أو اللزوم. ويمكن حمل الأحقية المنوطة بالبيع على الأحقية في الأخذ الفعلي الذي هو مقام إعمال الحق الثابت قبل البيع، وأن الغرض من نفي الحلية نفي لزومه واستقراره لمكان الحق المزبور قبل البيع وإن كان ظرف اعماله بعد البيع.

وهذا البيان يتم مدعى الارشاد، كما أنه بالبيان الأول يتم مدعى المشهور.

(١) الانتصار: ٢١٩.

(٢) ارشاد الاذهان ١: ٣٨٧.

(٣) سنن البيهقي ٦: ١٠٤ - ١٠٩.

(٤) سنن البيهقي ٦: ١٠٤.

(٥) سنن البيهقي ٦: ١٠٦.

(٦) سنن البيهقي ٦: ١٠٩.

وحيث كان الاحتمالان متساويان كان مقتضى الأصل عدم السقوط بالاسقاط المزبور كما لا يخفى.

وحينئذٍ لا وجه للسقوط بالاسقاط قبل البيع، (بخلاف ما لو بارك أو شهد) البيع (على اشكال) في السقوط بمجرد ذلك ؛ لعدم دلالتها على العفو لاعتقلاً ولا عرفاً، فالأصل يقتضي بقاء الشفعة.

ولو بلغه البيع بشياع أو تواتر ولم يطالب معتدراً بعدم التصديق بذلك لم يسمع، بل الظاهر على خلاف مدّعاء، وكذا لو أقام عنده شاهدي عدل لكونه مأموراً بالتعبد به، نعم لو أخبره عدل واحد له الدعوى المزبور، والأصل أيضاً يقتضي عدم السقوط، كما لا يخفى.

هذا وبقي في المقام فروع:

مِنْهَا: أنه لو باع الشفيع سهمه بعد البيع، ففي بقاء الشفعة مطلقاً، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين صورة العلم بشفعته قبل البيع أو جهله وجوه أقواها الأول؛ للأصل لولا اطلاق: «لأشفعة إلاّ لشريك غير مقاسم»^(١) الشامل للشركة حين البيع الأول محضاً، ونظر الثاني إلى ظهور النصّ المزبور في الشركة الباقية إلى حين الأخذ؛ ولأنّه شرع لرفع الضرر الممنوع في المقام.

وفي كلا الوجهين نظر، لأنّ الأخير لو سلّم كان حكمه، والأول ممنوع جداً، ومبنى التفصيل توهم اقتضاء البيع مع العلم عفوه عن حقه، وهو أيضاً أول شيء ينكر كما أنكرنا في شهوده وتبريكه، والله العالم.

وَمِنْهَا: أنه لو باع محاباة في مرض موته، بأن باع ما يساوي مائتين بمائه، فعلى المختار من كون المنجزات من الأصل، فلا إشكال في أنّ للشفيع أخذه بالثمن الذي عليه عقده لصحة البيع كما هو الشأن بناء على الثلث مع اجازة

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٦ حديث ٢ باب ٣ من أبواب الشفعة.

الورثة، وأما مع عدمها فلا يصحّ من البيع إلّا ما يفي به ثلثه، فليس للشفيع إلّا أخذ ذلك بثمنه، وذلك ظاهر.

ومنها: لو صالح المشتري مع الشفيع على ترك الشفعة، بمعنى سقوط حقّه، فلا إشكال في صحّته، ويكفي ذلك في سقوطه بلا احتياج إلى الاسقاط بانثائه؛ لعموم جواز الصلح بعد ما لم يكن على خلاف الكتاب والسنة، مع فرض قابليّة المحلّ لتحقيقه بمثله، كما هو الشأن في شرط سقوطه في متن العقد. وبذلك يمتاز هذا الصلح أو الشرط مع شرط وقوع البيع بنحو النتيجة، أو الطلاق، أو غيرهما من العناوين الخاصّة في المعاملات؛ لأنها بملاحظة إحتياجها إلى أسباب خاصّة يخرج عن قابليّة وجودها بانشاء الصلح أو الشرط، كما لا يخفى.

ولو صالح على أن لا يأخذ بشفعة، أو أن يسقط شفّعته فلا شبهة في صحّة صلحه، وذلك يلزم مع سلطنته على هذه الأفعال أو التروك، وهو مستتبع لخروج ضدها أو نقيضها عن حيطة سلطنة المصالح والشارط، فلا يصحّ صدورهما منها، ولذا التزموا في شرط عدم العزل في الوكالة عدم صحّة عزله، بل وفي شرط تحرير العبد عدم صحّة بيعه، كالترامهم في نذر الصدقة بنحو الفعل عدم صحّة بيعه، وعمدة النكته فيه ما قدّمنا، كما لا يخفى.

ومنها: أنّه لو تبايعا وضمن الشفيع الدرك من المبيع أو الثمن، أو شرط المتبائع الخيار للشفيع، لا تسقط بأمثال هذه شفّعته؛ لعدم اقتضاء أمثالها عفوه، كما هو الشأن في تبريكه كما تقدّم، فإ عن الارشاد^(١) وغيره من الاشكال فيه بتوهم الدلالة على العفو منظور فيه. ونظير هذه لو كان الشفيع وكيلًا في البيع، كما هو ظاهر، وتردد المحقّق^(٢) فيه لأماريته على الرضى منظور فيه.

(١) ارشاد الاذهان ١: ٣٨٧.

(٢) الشرائع ٣: ٢٦٤.

ومنها: أنه لو باع المالك شقصه بثمان قيمى، فإن لم نقل بالشفعة في مثله فلا إشكال، وإن قلنا فأخذه الشفيع ثم علم البائع عيباً في الثمن فله رده؛ لكونه قائماً بعينه، ولا يبطل به أخذ الشفيع، بل لابد من المشتري الرجوع إلى البائع بقيمته المأخوذة؛ لأنه من صغريات التصرف في زمان الخيار الغير المسقط له، ولقد حققنا شرحه في محله فراجع.

وليس للشفيع أيضاً الرجوع إلى المأخوذ منه لو كان قيمة المبيع أقل من الثمن الجعلي؛ لأن الشفعة توجب استحقاقه من الشفيع الثمن الجعلي، كما هو ظاهر أحقيته منه بالثمن على ما هو مضمون النص كما تقدم. ولوردة البائع قبل الأخذ ليس للشفيع حينئذ أخذه، إذ لا معنى لفسخ حل العقد، وبذلك يمتاز باب الخيار عن باب الاقالة، ولقد تقدم شرحه مفصلاً، والله العالم.

ومنها: أن من حيل ترك الشفيع الشفعة بعيه بأزيد من قيمته وشرط في متن العقد أن يبذل بأداء الزائد شيئاً من ماله مجاناً، فإن ذلك ربما يصرف الشفيع من أخذه؛ لأنه ملزم بأخذه بتمام الثمن الذي هو ضرر عليه. ونظيره لو نقل بغير عقد البيع؛ فإنه لا يبقى مجال للشفعة؛ لأنها كما ذكرنا من توابع البيع، والله العالم.

حرر في يوم الجمعة من ربيع المولود سنة اثنين وأربعين بعد ثلاثمائة بعد الألف من الهجرة النبوية عليه آلاف التحية على يد الفقير إلى ربه الباقي ضياء الدين بن محمد العراقي عفى^١ عنها اللهم اجعله ذخر لآخرتي.

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

(كتابُ الاجارة وَالودِعة وَتَوابعهما)

(وفيه فصول):

(الفصل الأول)

(في الاجارة)

والظاهر كونها مصدر آجر من باب المفاعلة ومصدره قياساً فعالة ومفاعلة، وعن بعض أنه مصدر آجر بمعنى الايجاب، وحكي ذلك عن الرضي، وقيل: إنه اسم مصدر.

وعلى أي حال الظاهر أن المراد منه ما هو المأخوذ من مفاد صيغته، وهو لا يناسب الأجرة، فإذن بعض الأعاظم من جعله بمعنى الأجرة منظور فيه، وحيث أن المضمون للعقد ما هو الحاصل منه لا مجال لتفسيره بنفس العقد إلاّ بنحو من العناية.

وحقيقتها ليس إلاّ أحداث علقه العوضيّة والبديلة بين المال والمنفعة، وإن ذكر العين في حيز انشائه من باب كونه متعلق بالمنفعة المعوضة، فكأنه من قبيل الماهية المأخوذة في حيز انشاء طلب الوجود بمذاق بعض، فلا مجال حينئذٍ لتوهم كون حقيقة التملك المأخوذ في الاجارة قائمة بالعين، غاية الأمر ببعض مراتب وجوده، ولا لتوهم كونها نحو اضافة قائمة بها مستتبعة لتمليك منافعها.

ولعل منشأ توهم الأخير اضافة الصيغة إلى نفس العين، ولقد عرفت نكته، كما أن نظر الأول لعلّه من جهة تخيل أن المنافع التدريجية المدومة حال العقد غير قابلة لتعلّق الملكية بها؛ لاحتياج الملكية إلى محل موجود. وفيه أن الوجود المحتاج إليه الملكية يكفيه الوجود الاعتباري ولو بتبع وجود منشأه أو غيره، وفي المنافع وإن لم تكن بنفسها موجوداً حال العقد إلاّ أنه يكفي في اعتباره وجود القابلية للمنافع في العين على وجه يصلح لفعليتها ولو تدريجاً.

* * *

(وشروطها ستة) :

أحدها (العقد)، وإن كان هو أشبه بالمقتضي، والأمر فيه سهل إذ على أيّ تقدير لا يكون العقد في المقام إلاّ مصحّح اعتبارها، لما مرت الإشارة من أن حقائق هذه الأمور ليست من المؤثرات الخارجية، بل من الاختراعات التي لاظرف لها في الخارج، وإنّما هو صرف مصحّح اختراعها. وبذلك ربّما لا تنخرم قاعدة تقارن العلّة بجميع أجزائه للمعلول، مع أن الأمور التدريجية كالعقود ليس كذلك .

وتوهم أن المؤثر هو تاء «قبلت»، وأن البقية معدانشاء، وأن الايجاب مؤثر لأمر باق إلى زمان القبول الذي هو جزء المؤثر، سفسطة من الكلام لا موجب للالزام بها، بناء على ما أسلفنا من كون العقد بوجوده التدريجي مصحّح اختراع مثل هذه الحقائق، كما لا يخفى.

* *

(وهو) أي العقد عبارة عن (الايجاب والقبول) الراجع أولهما إلى اثبات معنى، وهو احداث العلقه من قبله لا مطلقاً، الذي مرجعه إلى حفظ وجوده من قبله. وثانيها مطاوعة هذا المعنى، وهو المستتبع لحفظها من الجهات الأخرى، فيتحقق بها حينئذٍ العلقه المزبورة، مع فرض عدم شرط آخر من

إجارة أو قبض، وإلا فلا يستتبع القبول أيضاً إلا حفظ الوجود من ناحية القابل أيضاً. وأما وجوده بقول مطلق منوط بوجود القبض أو غيره من سائر الشرائط. ثم إنَّ عنوان العقد منتزع عن شدِّ العهد وربطها، وهذا المعنى يتبع نفس العهدين حدوثاً، فلا مجال للحكم ببقائه إلاّ بنحو من العناية، ولو من جهة تصحيح الفسخ من حينه إذ اعتبار حله كذلك ملازم مع اعتبار وجود العقد إلى الحين، فليس حينئذٍ عقدية العقد من الاعتبارات المحضة كي يكون بقاءه حقيقياً، بل هو نخور ربط بين العهدين خارجاً، فبقاؤه ليس إلاّ بنحو من العناية والتنزيل.

والمقام حينئذٍ من باب بقاء الأمر الحقيقي اعتباراً نظير البقاء في باب الاستصحاب، لا بقاء الأمر الاعتباري حقيقة نظير بقاء الملكية وأمثاله. وهذا البيان دفعا شبهة التمسك بالعام عند الشك في الفسخ، وبنينا على أصالة اللزوم باطلاق وجوب الوفاء بالعقد، كما مرَّ شرحه في بحث الخيارات فراجع.

* * *

ثمَّ إنَّ الاعتبار منها (الدالان) منها (بالوضع) أو بغيره من القرائن اللفظية الوضعية، أو القرائن الحالية الحافة بالكلام على وجه يحدث ظهوراً فيها، نظير الاطلاق المستند إلى مقدّمات الحكمة على مذهب السلطان، إذ بمثل ذلك يشمل كلام العلامة من كون الصيغة بمثابة تفهم المخاطب به أنّه بمَّ خطوب، ولا وجه لاختصاصه بالقرائن اللفظية الوضعية، كما أفاده شيخنا العلامة في شرح صراحة ألفاظ العقود المعتبر فيها عند الأصحاب، كيف واستفادة الاطلاق في الصيغ من جهة من الجهات لا يكون مستنداً إلى حق اللفظ، ولا إلى القرينة اللفظية الوضعية، لولا دعوى عدم اعتبار الصراحة في المعنى المزبور بالنسبة إلى الجهات الزائدة عن حق المعاملة.

وفيه تأمل بل عموم في العقد أيضاً صادق، خرج منه ما لا يكون في معقد

كلام العلامة، بقي الباقي تحته، كما لا يخفى.

وحينئذ لا يفيد في صحة العقد اتيانه بلفظ مجازي مع كشف المراد بقريئة منفصلة؛ لأنه لا يحدث ظهوراً في المنفصل منه، فلا يصدق على الصيغة أن المخاطب به فهم المراد منه، كما هو ظاهر هذا.

* * *

ثم ليكن اللفظ المزبور دالاً (على تمليك المنفعة) في اجارة الأملاك حتى العبد، وتمليك الأعمال في الذمة في اجارة الأحرار، سواء كان في عمل مخصوص أو في مطلق العمل، غاية الأمر يعتبر في العمل الخصوص كخطاثة الثوب تعيين محله من ثوب كذائي بلا احتياج الى تعيين زمانه أو مكانه، بخلاف الاجارة على العمل المطلق فإنه يحتاج الى تعيين زمانه؛ لعدم رفع الغرر فيه إلا به.

ثم إن ذلك مبني على عدم اعتبار العرف في الأحرار منافع في قبال الأعمال الذمّية، وإلا فليكن التقسيم المزبور جارياً في منافعهم كالعبيد.

وربما تثمر هذه الجهة في كيفية اعتبار الذمة للعمل، ففي ظرف استقرار الاجارة بأن مضى منه مقدار من الزمان يسع لإتيان العمل ثم طرأ العجز للتالي، فتنتج الدينية بقاؤه في عهده إلى أن يموت، فينتقل إلى التركة بقيمته وقت الموت، ومع مطالبة المستأجر قبله فعليه القيمة وقت الأداء. وهذا بخلاف اعتبار المنعة، فإنه بنفس التعذر كانت المنفعة بمنزلة التالفة، فينتقل عند المشهور إلى قيمته وقت التعذر وهي تبقى^١ في عهده إلى حين الموت، كما لا يخفى.

وعلى أي حال، ظاهر جملة من الكلمات اعتبار الدينية في أعمال الحر، ولكن الذي يوهنه أن الاجارة الواردة على الحرّ بعين ما هو وارد على العبد وعلى سائر الأملاك، فلا يكون مفادها في الأحرار بغير مفادها في غيرهم، وأن في

غيرهم يكون العمل في ذمتهم بعد الاجارة نظير ذممة التكليف في وجوب أدائه لأنه مال في ذمته، بل لا يكون الحرّ إلا مأموراً باعطاء منافعه المملوكة للغير لغيره بلا اعتبارها في ذمته كذممة سائر الديون، كما لا يخفى، وعليه فربما تترتب الثمرة السابقة كما لا يخفى.

* * *

وكيف كان يبقى في المقام مطلب آخر، وهو أنّ التملك المزبور هل هو عين مفاد العقد، أو لازمه، وذلك أيضاً غالباً أو دائماً؟ وجوه:

أقول: لا يخفى أن نخط النظر في باب الاجارة جعل علاقة البدلية بين المالكين بنحوه في البيع، غاية الأمر المبدل في المقام هي المنفعة وفي البيع هو العين، كما أنّها أيضاً مشتركان في أنّ لهما نحو اضافة إلى المؤجر والبائع ولولم يكونا مالكين، ولذا يصحّ أن يقال: ما استأجرت بل استأجر وكيلي. وهذه العلاقة في مورد لا مانع فيه عن كسب لون الملكية يوجب في طرفيه كسب لونها، وفي مورد يكون لهذه الجهة مانع لا يقتضي إلا قيام البدل مقام مبدله فيما له من سائر الاعتبارات.

ومن هذه الجهة نقول: إن استئجار الأوقاف على الجهات من سهم سبيل الله لا يوجب دخول المنفعة في ملك أحد، وهكذا الأجرة بل الأجرة يصير متعيناً للمصرف المخصوص في الجهة المخصوصة والمنفعة تدخل في سهم سبيل الله المعد لمصارف مخصوصة.

وهذه العناية أيضاً نقول: إنّ معاطاة الاجارة عند القائلين بالاباحة لا تنتج إلا اكتساب الطرفين لون السلطنة لا الملكية على التفصيل المتقدم في كتاب البيع، بل وفي المستأجر الفضولي لنفسه تعطي الاجارة دخول المنفعة في ملك المالك، مع أنّ العاقد ما قصد إلا تملك المنفعة لنفسه.

وحلّ هذه الشبهة أيضاً لا يتم إلا باخراج حيثية التملك والتملك عن مفاد

العقد، وربما يشهد لذلك أيضاً صحة التملك مجاناً أو بعوض للمنفعة بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد لازم، ولا يلتزمون مع ذلك بصحة شرط الاجارة كالبيع بنحو النتيجة. ومثل هذه أقوى شاهد على اختلاف الحقيقتين كما لا يخفى. ثم لا يخفى أن هذه العلقه من نتائج العقد لانفسه، ولقد تقدّم شرح العقد في أول كتاب البيع فراجع.

* * *

ثم أن المنفعة في عقد الاجارة لا يبدّ وأن تكون محدودة بحسب (مدة من الزمان)، أو بحسب متعلّق العمل من ثوب وغيره، وأن تكون (بعوض معلوم) لما سيأتي من اشتراط العلم بالعوضين في الجملة في باب الاجارة أيضاً. بل (و) يعتبر فيها كالبيع (أن يكون ممّن هو جائز التصرف) بالبلوغ والعقل والرشد وغيرها بلا اشكال في هذه الجهات بحسب الكلمات، بل وآية (لا تؤتو السفهاء) ^(١) شاهد الأخير، و«لا يجوز أمر الصبي» ^(٢) شاهد الأوّل، وحديث: «رفع القلم» ^(٣) على وجه شاهد الوسط، وإلاّ فيتمسك بعدم الفصل بينهما، مضافاً إلى الأصل في الجنون المتّصل بالبلوغ، ولقد تقدّم تقريب دلالة هذه النصوص على سلب عبارتها على وجه لا ينتج الاجارة ولو منه بعد البلوغ والافاقه في كتاب البيع.

نعم في الرشد لا يقتضي النصّ إلاّ مجرد عدم استقلاله في التصرف، وأما مع اجارة الولي ولو الحاكم الشرعي فلا يكون عموم الوفاء بالعقد وافٍ باثبات الصحة حينئذٍ، ومن هذه القبيل معاملة الفضولي، وأنه أيضاً يقبل الصحة بالاجارة بجميع أقسامه، ولقد تقدّم شرحه مفصّلاً في كتاب البيع الجاري كثير

(١) النساء: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١: ٣٠ حديث ٢ باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات.

(٣) وسائل الشيعة ١: ٣٢ حديث ١١ باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات.

من أدلة الطرفين في المقام، ولقد بينّا هناك أيضاً أنّ مقتضى القاعدة كشف الاجازة عن الانتقال من حين العقد بنحو الكشف المشهوري لا كشف الفضولي.

نعم لو لم يساعده إلاّ النقل فالالتزام بالكشف التعبدي في المقام مشكل، لولا الحاقه بالبيع من تلك الجهة أيضاً بالاجماع، وإلاّ فالنصوص الخاصة المقتضية للالتزام بالكشف المزبور مخصوصة بالبيع كما لا يخفى.

* * *

(و) كيف كان يعتبر في الاجارة كالبيع (العلم بالاجرة كيلاً أو وزناً) أو عدداً، وقد يوجه له بعموم نفي الغرر^(١)، ولكن فيه ضعف، بل يستفاد من كلماتهم في باب الصلح من جعلهم صحته مع الغرر والجهالة على وفق القاعدة أن مثل هذا العام غير مجبور بالعمل، بل العمدة قيام الاجماع على الحاقه بالبيع من هذه الجهة.

وفي النص أيضاً: «عن أرض زيد أن نتقبلها قال في ذيله: «تقبل من أربابها بشيء معلوم إلى أجل معلوم»، وفي النبوي: «من استأجر أجيراً فليعلمه، أجره»^(٢). وظاهر اعتبار العلم بالأجرة رفع الجهل عنه بالنحو المتعارف، ففي المكيل والموزون يوكل ويوزن، وهكذا يعدّ في المعدود، ولا يكتفي في شيء منها بالمشاهدة.

وعن حواشي الشهيد نسبة الاكتفاء به إلى رواية حسنة، ولكن عدم ظفر من يوثق بسنده يوهن سنده، بل من قوله: «إلى أجل معلوم» يستفاد اعتبار معلومية المنفعة، ويتعدّى منه إلى الاكتفاء بالمعلق في تحديد العمل والمنفعة

(١) دعائم الاسلام ٢: ٢١ حديث ٣٤.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ٢٤٥ حديث ٣ باب ٣ من أبواب أحكام الاجارة.

بلاحتياج إلى تعيين المدة.

* * *

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام المصنّف من قوله: (ويكفي فيها وفي غيرها المشاهدة)، نعم لا بأس بها فيما كان طريق رفعه عند العرف ذلك، ولقد أشرنا أيضاً أنه لا بدّ (وأن تكون المنفعة معلومة بالزمان وبالعمل) بلحاظ تعيين متعلّقه كخياطة ثوب معيّن أو ثوبين كذلك .

ثم أن في تعيين شخص منفعة دون منفعة لا بدّ من التصريح به، إلّا إذا كان على وجه يكتفي فيه بانصراف اطلاقه، ويكفي فيه أيضاً التصريح بجميع المنافع. ولو كان له بعض المنافع الحقيقيّة في انصراف لفظ الجميع إلى الظاهر منها أو شموله لها وجهان، أفواهما الأخير، وحينئذٍ فقد يشكل بلزوم الغرر الوجودي مع احتمال وجود المنافع الخفيّة. نعم لا بأس به مع العلم بانحصارها في الظاهرة وإن كان مع الالتفات بها كان المستاجر مستحقاً لها أيضاً؛ لشمول العام له أيضاً.

وتوهم أنّ المنافع الخفيّة منتقلة تبعاً للظاهرة كآس الجدار فلا يضرّ الجهل بها في المعاملة، مدفوع بأنّ الظاهر من لفظ العام كون الأجرة مبذولة بأزاء الجميع في عرض واحد، اللهم [إلّا] أن يدعى أنّ خفاءها النوعي موجب لصرف الأجرة إلى الظاهرة، وأنّ الغرض من لفظ الجميع بيان استحقاق جميع المنافع في قبال الظاهرة. وأولى من ذلك أن يدعى أن ما كان من شأنها الخفاء وعلى وجه لم يضع له طريق لتعيينه غير مشمولة لأدلة الغرر والجهالة؛ لانصرافها إلى ما كان له طريق لرفعه نوعاً، فكان المقام من قبيل زبرة الحديد الذي ما وضع فيه الكيل، فإنّه لا يضرّ الجهل بمقداره في باب البيع، وكذلك هذه الجهات الخفيّة في المقام.

وحينئذٍ فلو كانت المنافع الخفيّة لها جهة ماليّة واعتقد المستاجر وجودها،

فعلى الوجه الأخير كان له خيار تبعض الصفقة بظهور عدمها، وعلى التبعية كان له خيار تخلف الوصف، والوجه فيها واضح. نعم لو لم يعتقد بوجودها فلا يكون بذله في قبالتها إلا على فرض الوجود؛ لأنه حينئذٍ مصداق العام، وإلا فتكون الأجرة مبدولة في قبال البقية، فلا خيار حينئذٍ بظهور عدمه بلافرق فيه بين المسلمين كما لا يخفى.

* * *

بقي في المقام فروع

ومنها: أنه لو استأجر ليحمل متاعاً إلى موضع معين بأجرة معينة وشرط كونه في وقت معين، وأنه إن قصر عنه نقص عن أجرته شيئاً معيناً بنحو شرط السقوط أو الاسقاط جاز، وأما إن كان الشرط سقوط جميع الكرى أو اسقاطه فلا يجوز.

والأصل في هذا التفصيل - بعد اقتضاء القاعدة بطلان هذه الشرط الغرري الساري إلى المعاملة فتبطل مطلقاً - نص الحلي المشتمل على قول أبي جعفر عليه السلام: «هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه»^(١)، وكثرة القائلين به كافٍ لاعتبار سنده بلاعتناء بالتضعيفات الرجالية. وظاهر النص شرط اسقاطه، إذ هو المنساق من قوله: حططت من كراه بعد الايام.

وفي التعدي عنه إلى شرط السقوط في عقدي المسألة وجه، وظهور قوله: فكاريت ابل هذا الرجل في الاجارة، يمنع عن حمله على باب الجعالة، فلا وجه لحمله عليه؛ لمحض كونه خلاف القاعدة، خصوصاً مع كون شرط اسقاط تمام الكرى فيها لا يكون خلاف القاعدة، بل بطلانه خلافها. غاية الأمر يرفع بمثل

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٢٥٣ حديث ٢ باب ١٣ من أبواب أحكام الاجارة.

النص المزبور عن قاعدة مبطلية الغرر في الآخر، فيقتصر على موردته حينئذٍ، ولا يتعدى إلى غيره إلا بالمناط المنقح، كما لا يخفى.

هذا ثم إن ظاهر النص كون بطلان المعاملة من جهة شرطه، فلا يرتبط المقام ببطلانها؛ لكونها من جهة التردد في أصل المعاوضة، كما أن صورة شرط سقوط بعض الكرى أو اسقاطه غير مربوط بالاجازة بثمانين كي يقتضي النص تصحيحها، كما هو ظاهر، وحينئذٍ يبقى هو تحت قواعد البطلان للغرر.

وبالجملة الرواية المزبورة لكونها معمولاً بها لدى الأصحاب كافية لاثبات المدعى، بلا احتياج إلى التشبث برواية ابن مسلم^(١)، ولانص أبي حمزة^(٢)، كي يرد عليه بعدم ارتباطها بالمدعى، كما لا يخفى على من راجع الجواهر وتأمل في مضمون النصين.

ومما ذكرنا ظهر حال جملة من الفروع التي ذكرها الأصحاب والتزموا ببطلان الاجارة فيها، التي منها ما لو أجره على أنه إن خاط ثوبه رومياً فبكذا وإن خاطه عربياً فكذا، وهكذا إن اشتغل في يوم كذا فله كذا وفي غده فله كذا، ومن هذا القبيل لو أجر يوم بكذا أو كل شهر ولم يعين عدد الأيام أو الشهور. وتوهم صحته في الشهر الأول كما عن النهاية منظور فيه؛ لأن غررية العقد يوجب بطلان المعاملة في تمام أجزائه، وشمول أجر معلوم أو مدة معلومة لمثل ذلك أول الدعوى.

ومنها: أن المشهور كراهة استعمال الأجير قبل أن يقاطعه على الأجرة؛ لصحيفة سليمان، حيث ضرب عليه السلام غلمانه في مثل الفرض من جهة مخالفتهم لهنه^(٣)، وبذلك لا يدل مثل هذا الضرب على الحرمة الشرعية. ويؤيد

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥٣ حديث ١ باب ١٣ من أبواب أحكام الاجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٤٩ حديث ١ باب ٨ من أبواب أحكام الاجارة.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٤٥ حديث ١ باب ٣ من أبواب أحكام الاجارة.

الكراهة قوله: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعمل أجيراً حتى يعلمه بما يوجره»^(١) الظاهر في أن عمله يوجب نقصاً في اتمامه المقتضي حزاة في العمل المزبور، وحينئذٍ لا وجه لحمل مثل هذا البيان للارشاد إلى تعيين الأجرة كي لا ينتهي أمرهما إلى الترافع.

ثم إن بطلان الاجارة في هذه المعاملة لا يوجب عدم استحقاق الأجرة على الآخر بعد ما كان عمله بأمره، غاية الأمر يستحق حينئذٍ الأجرة الواقعية لا المسمى قبله بالفرض.

ثم إن المحقق تعرض في شرائعه^(٢) أيضاً في ذيل الفرع السابق كراهة تضمين الأجير إلا مع التهمة، ويمكن حمله على صورة اتلاف الأجير من غير عمد مع عدم التهمة، جمعاً بين مادّة على ضمان الأجير باتلافه مطلقاً^(٣)، وبين ما دلّ على عدم الضمان على كسر الحمال واهراقه إلا مع عدم المأمونية في تعمّده فيه^(٤).

ومنها: أنّه لو قدر العمل الخاص كخياطة ثوب مخصوص بمدة مخصوصة، قيل: تبطل؛ لأنّ الاستيفاء في المدة المزبورة قد لا يتفق فلا يخلو عن شوب غرر. وتردّد فيه المحقق في شرائعه^(٥)، وهو في محله لو كان الزمان غير معلوم وفائه بالعمل وإلا فلا وجه لفساد الشرط وأن تخلفه أيضاً يوجب الخيار كما هو ظاهر.

* * *

(و) كيف كان يعتبر في الاجارة أيضاً (أن تكون) المنفعة (مملوكة أو

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٤٥ حديث ٢ باب ٣ من أبواب أحكام الاجارة.

(٢) الشرائع ٢: ١٨٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧١ باب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧١ باب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة.

(٥) الشرائع ٢: ١٨٢.

في حكمها) لإذن أو غيره، فلا يصح من الأجنبي إلا باجازه على ماتقدم الكلام فيه سابقاً، كما لا يصح من المكره أيضاً؛ لحديث: «رفع ما استكروها عليه»^(١) ولولم يصل إلى حدّ الاجاء المسقط للتكليف، إذ يكفي فيه مجرد كون اقدامه على العمل عن كره لاعتن طيب، ويكفي فيه أيضاً مجرد كونه مكرهاً عليه في هذا الحال مع كراهته عن اختيار المندوحة ولومع تمكّنه.

وهذا المقدار غير كافٍ في سقوط التكليف، ولعلّه لذا جعل المضطر في قبالة في الحديث، ولقد تقدّم تفصيل البحث في هذه الكبرى المشتركة بين المقام وباب البيع مستقصى فراجع، ما ذكرنا هناك على المورد حرفاً بحرف.

* * *

(و) يعتبر أيضاً (ضبط المدة بما لا يزيد ولا ينقص)؛ لما عرفت من اعتبار تعيين الأجل، وربما تغني معلوماته من جهة المتعلق عن ضبط المدة كما أشرنا إليه سابقاً فراجع.

(وهي) أي الاجارة بمعنى عقدها (لازمة)؛ لأصالة اللزوم في كلفة المعاملات على ما حقّقناه في بحث خيارات البيع فراجع. وحينئذٍ (لا تبطل) ولا ينفسخ (إلا بالتراضي) بالاقالة بلا إشكال فيه على ما تقدم في البيع إلى عموماتها الجارية في المعاوضات المالية التي منها ما نحن فيه، بلا جريانها في غيرها كالنكاح والوقف والصدقات. وأمّا الايقاعات فهي خارجة عن موضوعاتها؛ لانصرافها إلى العقود المنوطة بتراضي الطرفين، كخروج العقود الجائزة عنها أيضاً؛ لعين ما مرّ.

ولقد تقدّم في باب الشفعة شرح الاقالة بكونه من باب الجواز في المعاطاة، من تملك كلّ منها ما في يد الآخر بعنوان الرجوع عن المعاوضة، فليس من

سنخ الفسخ في باب الخيارات، فراجع ما كتبناه هناك ، ولقد تكلمنا في البيع أيضاً في بعض فروعها من شرط الزيادة والنقيصة في قيمتها، فراجع هناك ترى جريانها في المقام أيضاً.

ثم إن من الأمور الموجبة لحل العقد المزبور الفسخ بخيار الغبن، وغيره من الخيارات الثابتة بعموم: «لأضرر»^(١) حتى مثل خيار العيب على التقريب المتقدم في بحث خيارات البيع، وفي ثبوت الأرش في المقام اشكال: من كونه بدل وصف الصحة، ومن أنه حكم تعبدى مخصوص بالبيع الغير الجارى في المقام.

والمراد بالعيب في المقام أيضاً ما يوجب نقص المنفعة، وإلا فلا ضرر فيه في الاجارة وإن كان نقصاً في المبيع. كما أن مقتضى القاعدة في المقام كون العيب الحادث موجباً للخيار ولو كان بعد القبض؛ لصيرورته منشأ نقص المنفعة التدريجية، فيوجب مثله أيضاً ضرورة العقد من الأول، نظير صورة تلف العين المستأجرة بعد قبضه، فإنه موجب لانفساخ الاجارة من حينه.

نعم لو حصل التلف في مال الاجارة من الأعيان بعد قبضها لا يوجب خياراً؛ لعدم استناد الضرر المزبور إلى العقد، فلو تلف قبل القبض كان مجرى قاعدة التلف قبل القبض، والأصحاب بنوا على جريانها في باب الاجارة إلحاقاً لها بالبيع من تلك الجهة.

ويمكن تطبيقها أيضاً على القاعدة بجعل القبض في العقود المعاوضة في انظار العرف من تبعات العقد ومتمماته، على وجه يكون الضرر الناشئ قبل القبض كالناشيء في أثناء العقد قبل تمامه، وأن عموم: «كل مبيع تلف قبل القبض» أيضاً في مقام تقرير هذا النظر بلا كونه حكماً تعبدياً على خلاف

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٤١ حديث ٣ باب ١٢ من أبواب احياء الموات.

القواعد، فحينئذٍ لا قصور في جريانها في المقام أيضاً. ولكن قد أشرنا سابقاً أنّ عمدة الكلام في ذلك الاحتمال كون ذلك من الأحكام العرفية، ولقد تأملنا فيه.

وعلى أي حال لا اشكال عندهم في تسرية هذه القاعدة بباب الاجارة واجرائها في مال الاجارة. وأمّا في العين المستأجرة فالقاعدة تقتضي الانفساخ حتّى بالتلف بعد القبض فضلاً عن قبله.

ثم إنّ ذلك كله في الخيارات الضرورية العقدية، وأمّا غيرها مثل خيار الحيوان والمجلس وأمثالها فجريانها في المقام ممنوع؛ لاختصاص أدلتها بالبيع.

* * *

(و) أيضاً (لا) تبطل الاجارة (بالبيع)؛ لاختلاف محلّي النقل والانتقال على وجه لامضادة بينهما، نعم للمشتري خيار الفسخ مع جهله بكون العين مسلوب المنفعة مدّة من الزمان، بملاحظة أن نقص المنفعة ملازم لنقص مالية العين الموجب للضرر من ناحية عقده كما هو ظاهر.

(ولا) تبطل أيضاً (بالموت) مطلقاً عند المصنّف وجماعة منهم المحقق في شرائعه^(١)، خلافاً للمشهورين قدماء الأصحاب حيث ذهبوا إلى البطلان مطلقاً، وذهب بعض الأعاظم إلى التفصيل بين موت المؤجر والمستأجر من البطلان في الأخير دون الأول.

وعمدة نظره إلى فوت المستوفي للمنفعة، فلا يبقى لغيره سلطنة على استيفائها فتبطل بموته. وهذا بخلاف فوت المؤجر فإنه لا يمنع شيء عن بناء العقد على صحته، ولا يرد النقض بموت العامل المؤجر نفسه فإنّ منافعه أيضاً قائمة بنفسه، فع فوته لا يبقى موقع لصحة الاجارة، إذ هو خارج عن محلّ البحث وداخل في

عنوان تلف العين المستأجرة، ونزاعنا في فرض تلف المؤجر مع بقاء العين المستأجرة على حالها.

نعم يرد عليه بأنه كذلك مع شرط المباشرة بنحو وحدة المطلوب، وإلا فأدلة الارث يوجب قيام الوارث مقام المورث في الاستيفاء. وحينئذ فعمدة القولين القولان الأولان.

وعمدة وجه الخلاف بينهم اختلافهم في فهم المراد من النص الوارد في المقام المشتملة على السؤال عن امرأة أجزت ضيعتها عشرين سنين على أن يعطي الأجرة في كل سنة عند انقضائها، لا يقدم لها أجرة ما لم يمض الوقت، فأتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، يجب على ورثتها ايفاء الاجارة الى الوقت أم تكون الاجارة منقضة بموت المرأة؟ فكتب عليه السلام: «إن كان لها وقت مسمى لم تبلغه فأتت فلورثتها تلك الاجارة، وإن لم تبلغ ذلك الوقت أو بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله»^(١).

وذلك لأنه إن حمل الوقت في قوله: «لها وقت مسمى» على وقت أصل الاجارة، وحملت الاجارة على الأجرة بالنسبة إلى ما سيأتي، فلا بد من استفادة بقاء الاجارة على صحتها، وأن الفقرة الأخيرة محمولة حينئذ على عدم البلوغ إلى الوقت المزبور، وأن التخصيص في الأجرة بقدر ما بلغت؛ لكونه المقدار المستحق عليه فعلاً، وإلا فالبقية تابع اقتضاء الأجل المضروب، فلا ينافي الصحة في البقية.

وإن حملت الاجارة على معناها أو بمعنى الأجرة ما مضى من الوقت بنحو الاجمال فلازمه الحكم بطلان الاجارة، وأن الفقرة الأخيرة حينئذ كان بياناً

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٨ حديث ١ باب ٢٥ من أبواب أحكام الاجارة.

لأصل استحقاقها من الأجرة، وأنّ ذلك تفصيل للاجمال السابق مع كون الوقت فيهما بمعنى واحد أو بمعنىين من دون اضراره بالمقصود أبداً. وعليه فأمكن تقوية الأخير وفاقاً للشهرة بين القدماء، لولا دعوى قوة عمومات الصحة على وجه لا يصلح رفع اليد عنها بمثل هذه الرواية المجملة القابلة للحمل على أحد الوجهين، من حمل الاجارة على ما بقي من المدة، أو على ما مضى منه، الذي لازمه حمل الفقرة الأخيرة على بيان مقدار استحقاقه الفعلي كي يناسب الأول، أو على أصل الاستحقاق كي يناسب الثاني، مع أنّ لازم البطلان الاقتصار على موت المؤجر، ولا وجه للتعدّي إلى الموت المستأجر إلا بالمناسط، وهو أشكل، وأشكل من الجميع توهم بطلان الاجارة رأساً على وجه غير قابل لاجازة الوارث أيضاً، إذ ذلك كلّه تحت المنع كما لا يخفى.

* * *

هذا ثم إنّ الظاهر من كلماتهم أنّه لا تبطل الاجارة بوجود مانع عن استيفاء المنفعة من طرف المستأجر، مثل أن يصير محبوساً أو لجهة أخرى، بل ولا يوجب ذلك خياراً له ولو كان ذلك قبل قبضه فضلاً عن بعده، وذلك يكشف عن أن تلف المنفعة قبل القبض لا يوجب البطلان في باب الاجارة، بل ما يوجب بطلانها هو تلف العين، وذلك أيضاً من جهة كشف ذلك عن عدم قابلية العين في المدة المزبورة، المستتبع لكشف عدم وجود المنفعة من الأول في طرف الاجارة، ولذا نقول بانفساخ العقد من حين الهلاك .

ولو كان بعد القبض فذلك غير مرتبط بقاعدة التلف قبل القبض، نعم إنّما يكون المقام من صغريات هذه القاعدة في فرض تلف مال الاجارة من العين قبل قبضه، وظاهر الجواهر^(١) في مسألة هلاك العين قبل القبض كون بناء

الأصحاب على اجراء هذه القاعدة في باب الاجارة حتى من طرف الثمن، وجعل الانفساخ بهلاك العين المستأجر أيضاً من صغريات هذه القاعدة. وفيه ما عرفت، بل الصغرى له ما ذكرنا من الغرض، إذ هو الذي يصدق عليه تلف المنفعة قبل قبضه مع فرض العين على قابليته لها.

وتوهم عدم صدق التلف عليها مع فرض القابلية المزبورة، مدفوع بأن القابلية الثابتة تنعدم أيضاً تدريجاً بانعدام زمان استيفائها، فبذلك يصدق عليه التلف قبل القبض.

وربما يشهد لذلك حكمهم بضمان الغاصب للعين ولو بحبسه بلا استيفاء، فإنه لا معنى له إلا بصدق تلف المنفعة بحبسه، مع عدم قصور في قابلية العين للمنفعة. نعم في حبس الحر لا يلتزمون للضمان؛ لعدم ملكية منافعه لأحد، فلا موجب لضمانه. نعم لو كان أجيراً يلتزم بضمان غاصبه بحبسه أيضاً.

* * *

ومن هذا البيان أيضاً ظهر أن من صغريات قاعدة تلف المنفعة قبل القبض صورة حبس العين المملوكة بلا استيفاء نفعها.

وتوهم أن اليد على العين حينئذٍ مضمن المنافع فتكون المنافع ولو بماليتها محفوظة في ذمة الضامن، فكانت المنافع بمنزلة الموجودة فيخرج عن مجرى قاعدة التلف قبل القبض، مدفوع بأن الظاهر من موضوع القاعدة هو التلف السماوي الوارد على العين حقيقة بلا اعتناء بوجود بدلها أو نفسها في العهدة.

والشاهد عليه التزامهم بالقاعدة وجريانها في العين المباعة ولو كانت في حبسها من المالك أو غيره بحض تلفها سماوياً، مع أن يدها عليها يد عادية موجبة للضمان، فما لا يجري فيها القاعدة المزبورة صور استيفائها قبل القبض فإنه من باب اتلافها كاتلاف العين المباعة قبل قبضها، فإن القاعدة منصرفة عن صورة الاتلاف كما لا يخفى.

وبالجملة لو كان مدار جريان القاعدة على صورة تلف العوضين قبل القبض، فلا بد من جريانها في المقامين المزبورين؛ لأنّ بانقضاء الزمان يصدق خروج المال عن قابليّة الانتفاع، ومع هذا الخروج لا يبقى مجال لاعتبار الوجود في المنافع التدريجيّة؛ لأنّ اعتبار وجودها بملاحظة وجود منشأ اعتبارها من قابليّة العين للانتفاع المزبور، فع خروج العين عن هذه القابلية وتلفها بمضي الزمان يعتبر العقلاء تلف المنفعة، من غير فرق بين حبس المستأجر أو حبس العين، غاية الأمر في فرض حبس العين كانت مقتضيات التضمين موجودة فيضمن بخلافه في فرض حبس المستأجر.

وعليه فلا محيص بناء على التعدي من باب البيع إلى المقام الحكم بانفساخ الاجارة بالتلف المزبور قبل القبض، مع أنّ بناء الأصحاب ليس على ذلك، بل في الفرض الأول يحكمون ببقاء الاجارة على صحتها ولزومها أيضاً، بخلافه على الثاني فإنّ ظاهرهم الالتزام بخيار المستأجر من جهة ضرر تفويت شخص المنفعة عليه وان كان له بدل في ذمّة الضامن، بل ربّما يشكل عليهم بأنّ الضرر في الفرض الأخير غير مستند إلى العقد، والمضار الواردة الخارجة عن العقد غير موجبة للخيار، وإلاّ يلزم الخيار في الغصب بعد القبض أيضاً.

اللهم [إلاّ] أن يقال: إنّ القبض في العقود المعاوضي من متمّمات العقد، بحيث يحسب الضرر الوارد في أثناء القبض أو قبله بمنزلة الوارد في أثناء العقد، المحسوب استنادها إلى العقد، فيخرج ضرره حينئذٍ بالخيار. وهذا بخلاف الضرر الحاصل بعد القبض فإنّته ناشئ عما هو أجنبي عن العقد، فلا يجبر بالخيار، بل لا يستحقّ المستأجر إلاّ البدل، كما لا يخفى.

ولكن لازم ذلك كون التلف قبل القبض أيضاً موجباً للبطلان ولو في غير مورد الضمان بمقتضى القواعد ولولا النصّ الوارد في التلف قبل القبض، مع أنّه ليس كذلك؛ لما عرفت من أنّ بناء الأصحاب في فرض جنس المستأجر

إلى انقضاء زمان الاجارة قبل قبضه لا يوجب ضماناً ولا فساداً ولا خياراً. وحينئذٍ لا يحيص إما من منع كون القبض المزبور من متممات العقد، أو منع المتممية له من غير جهة الخيار بالضرر. والأول يورث الاشكال في الالتزام بالخيار، والثاني يوجب الالتزام بالتفكيك في المتممية بالنسبة إلى الآثار، وهو أيضاً لا يخلو عن اشكال؛ لعدم إرتكاز الذهن في حكمهم بتمتية القبض للعقد إلى التفصيل بين انحاء الأمر، كما لا يخفى^١.

وحينئذٍ فتمام ما أفادوا في المقام من التفصيل بين جنس المستأجروين حبس العين المستأجرة قبل القبض من الصحة واللزوم في الأول والخيار في الثاني لا يكاد يتم بمقتضى القواعد، نعم ربّما يدلان على عدم جريان مناط قاعدة تلف المبيع قبل القبض في المقام بالنسبة إلى تلف المنفعة، نعم لا يبعد التزامهم بها في ظرف تلف العين في مال الاجارة؛ لأنّه من صغريات هذه القاعدة، كما أنّه في فرض تلف العين المستأجرة لا يحتاج الحكم بانفساخ العقد إلى هذه القاعدة، بل يحكم بالانفساخ على ما أسلفنا حتّى بالهلاك بعد القبض أيضاً، كما لا يخفى^٢.

* * *

ثمّ إنه لا يبطل عقد الاجارة بتعيين مدّة المنفعة في زمان منفصل عن العقد؛ للاطلاقات بعد اعتبار العقلاء وجود المنفعة بوجود القابلية في العين لها، نعم لو قصد بعقده انفصال التملك عن العقد بجعله في الزمان المنفصل، فهو تعليق في مضمون عقده، فيبطل اجماعاً، كما هو الشأن في جميع العقود أو الايقاع الغير المبني أصل وضعها على التعليق كالوصيّة أو التدبير وأمثالهما، بل في الشروط في ضمن العقود كالندور أيضاً لا دليل على مصرية التعليق فيه.

ولافرق فيما ذكرنا أيضاً بين العقود اللازمة أو الجائزة حتّى مثل الوكالة، وعن العلامة: أنه لو قال وكلتك على أن تفعل غداً صحّ، ولو قال: وكلتك غداً

على أن تفعل، يبطل التعليق في الأخير دون الأول، ومقامنا أيضاً من هذا القبيل حيث أنّ الزمان تارة قيد المنفعة فيصتح، وأخرى ظرف التملك فيبطل التعليق.

* * *

(و) كيف كان نقول: إنّ ظاهر كلماتهم الاطباق على أنّ (المستأجر) كالمستعير (أمين)؛ نظراً إلى أنّ المدار في الأمانة كون يده عليه باذن المالك بنحو لا يتوقع غرضاً فيه عاجلاً أم آجلاً، فخرج يد المستام. نعم لو اعتبرنا فيه علاوة عما ذكر كونه لمصلحة المالك ربّما تشكل أمانة يدي المستأجر والمستعير؛ لأنّه لمصلحة نفسها، ولكن يمنع اعتبار هذا القيد؛ لما ورد في النصّ في باب المستعير بأنه أمين^(١) فتعدّى منه إلى يد المستأجر.

وتوهم أنّ المالك في اذنه في المستأجر مقهور لمحض مقدميته لاستيفاء المنفعة وقبضه، ومثل ذلك ينصرف عنه عنوان الاذن الموجب للامانة، وبذلك ربّما يمتاز المقام من باب العارية؛ لعدم مقهورية في أصل الاذن. نعم لو لم يكن قبضه مقدّمة استيفائه، كما لو تمكن منه ولو كان العين في يد المالك، أمكن الحاق اقباضه حينئذٍ بباب العارية، ولكن مثل ذلك لا ينتج الكلية في باب الاجارة.

مدفوع بمنع أخذ الاختيار في التأمين، فلم لا يمكن كون التأمين واجباً مقدّمة لاستيفاء المنفعة، والشاهد على ذلك ظهور التزامهم في شرط العارية بنحو السبب في ضمن العقد بعدم خروج يد المستعير عن الأمانة بمحض مقهورية المالك بشرط في اذنه وتأمينه.

* * *

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٢٣٥ باب ١ من أبواب العارية.

(و) عليه فلا بأس بالالتزام بظاهر الأصحاب في كون يد المستأجر كالمستعير يد أمانة، فلا (يضمن) حينئذٍ إلا (مع التعدي) بلا اشكال ظاهراً في عقدي المسألة، ويدلّ عليه ما في نصّ علي بن جعفر من قوله: «إن اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن وإن لم يسم فليس عليه شيء»^(١)، وفي صحيحة الحلبي أيضاً: «إن كان جاز الشرط فهو ضامن»^(٢).

وهل يصحّ شرط الضمان مع عدم التعدي؟ فيه وجهان، المشهور عدمه، خلافاً للرياض^(٣) تبعاً للأردبيلي حيث صار إلى الصحة.

ومبنى المسألة أنّ الأمانة ممّا تقتضي عدم الضمان، أو أنّه لا تقتضي الضمان قبال سائر الأيادي المقتضية له، ولعلّ مقتضي الجمع بين أدلّة أيادي الأمانة مع عموم: «على اليد»^(٤) الحكم ببقاء اليد على اقتضائه، وأنّ الأمانة مانعة عن الاقتضاء المزبور. ولازمه كونه موجباً ومقتضياً لعدمه، فدلّل الشرط حينئذٍ غير صالح لمزاحمة ما يكون مخالفاً؛ لأنّ نفي مخالفته حينئذٍ فرع عدم مانعيّة الأمانة، وهذه الجهة منوطة بصحة الشرط فيدور، فيصير الشرط حينئذٍ مخالفاً للسنة قهراً.

نعم لو كان لدليل الأمانة نظراً إلى تحديد اقتضاء اليد بغيرها، كان لصحة الشرط مجال؛ لعدم مخالفة مضمون الشرط لمقتضي الأمانة، إذ هما من قبيل الاقتضاء واللاقتضاء ولا مزاحمة بينهما، ولكن أنى لنا باثباته، إذ الأمر يدور بين رفع اليد عن ظهور عموم: «على اليد» في فعلية تأثيره مع بقاءه على اقتضائه، أو رفع اليد عن ظهوره في اقتضائه أيضاً.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥٥ حديث ١٦ باب ١٦ من أبواب أحكام الاجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٨١ حديث ٢ باب ٣٢ من أبواب أحكام الاجارة.

(٣) الرياض ٢: ٧.

(٤) عوالي اللئالي ٢: ٣٤٥ حديث ١.

ولئن شئت قلت: إنّ المقام من باب التخصيص أو التزاحم، والأصل هو الثاني، فلازمه بطلان الشرط. ولكن الذي يوهنه ورود النص بالضمان بالشرط في العارية^(١) مع أنه يد أمانة أيضاً، فذلك يؤيد كون المقام من باب التخصيص لامن باب التزاحم، كيف وعلى التزاحم يلزم الالتزام بتخصيص عموم مخالفة الشرط للسنة، وهو أبعد من الالتزام بالتخصيص في عموم اليد، ولأقل من تصادم الظهورين، فيجري عليها حكم الحمل، والمرجع في المقام أصالة عدم مخالفة الشرط للسنة فتصح، وحينئذ المسألة في غاية الاشكال.

* * *

(و) على أي حال (اطلاق العقد يقتضي تعجيل الأجرة)، بل لولم تقتضي غيره يكفي في الحكم بالزام الغير عليه سلطنة الناس على ما لهم باخراجه عن ذمة الغير، بلا احتياج إلى اقتضاء العقد تعجيله بانصراف أو غيره، بل لولا قاعدة السلطنة المزبورة مقتضى عموم وجوب الوفاء من الطرفين بمضمون العقد وجوب اقدام كل منهما بالوفاء بما عقدا عليه.

وتوهم أنّ مبنى العقود على التقابض الموجب لاستحقاق الموجب تسلّم المال بعد تسليمه، كما هو الشأن في تملكه الانشائي المقتضي لتبعية القابل في جميع المراحل، حتى مرحلة القبض والاقباض للموجب، فلا يستحق الموجب الأجرة إلا بعد تسليم المنفعة، مدفوع بأن التبعية في الايجاب العقدي لا يقتضي التبعية في التقابض، المترتب على تمام العقد بعنوان الوفاء بالمعاملة، إذ نسبة الأمر بالوفاء إلى كلّ منهما على السوية.

نعم ربّما يركز في الأذهان العرفية سلطنة كلّ منهما على الامتناع من الأداء عند امتناع الغير عنه، ومثل هذه الجهة من الأحكام العرفية الممضاة عند

(١) وسائل الشريعة ١٣: ٢٣٦ حديث ١ باب ١ من أبواب العارية.

الشرع، لولا دعوى صلاحية اطلاق وجوب الوفاء من كلّ منها لردعهم، وذلك أيضاً لو لم نقل كونها حينئذٍ من الشرائط الضمنية الموجبة لتضييق مضمون العقد بمثله. ولولا هذه الجهة أشكال التشبث بعموم وجوب الوفاء بالشرط في الشروط الضمنية على ما حققناه في بحث الشروط فراجع. ولكن هذا المعنى من المسلمات عندهم، وربما يكفي ذلك لتخصيص وجوب الوفاء بغير صورة الامتناع، أو لاستفادة كونه من الشرائط المضيقّة لمضمون العقد كي يشمله عموم الوفاء بالعقد^(١) بما له من الخصوصية، كما لا يخفى.

ثم إنّ مورد حق الامتناع في الأعيان المملوكة إنّما هو قبل أداء العين بامتناعه منه، وإلاّ فبعد أدائها ولو أنّاً ما فقد حصل التقابض الذي هو مصداق الوفاء بعقده.

وأما في أعمال الحرفيمكن أن يقال: إنّ مجرد تسليم الحرّ نفسه للعمل آنأً ما لا يكفي في قبضه؛ لعدم صدق اليد على المنفعة بمجرد، لأنّه لا يدلّه على العمل بلا واسطة ولا بواسطة اليد على العين، لعدم صدق اليد على الاحراز، فالتقبض فيهم لا يكون إلاّ بإيجادها أو بابقاء تسليمه نفسه إلى آخر المدة بحيث يكون تفويت المنفعة من قبل المستأجر، فإنّ تفويته حينئذٍ بمنزلة استيفائه، فيصدق عليه حينئذٍ عدم امتناعه.

وحينئذٍ فقد يتوهم أنّ لازم استحقاق الحر في كلّ آن من آنات تسليمه أجره ذاك الآن؛ لأنّه الذي قوّت المستأجر بتفويته فقوته بمنزلة استيفائه الموجب لاستحقاق الأجير الأجرة. وأمّا الآنات المستقبلية فبعد ما قوّت على المستأجر فلا يصدق في حقّها الاستيفاء، فلا يستحق أجرها بمحض العلم ببقاء التسليم المزبور إلى آخر المدة.

ولا يخفى ما فيه من أنّ ما أُفيد إنّما يتم على فرض اناطة استحقاق الأجرة على قبض المنفعة، فإنّ التفويتات المزبورة التدريجية بعد ما كانت بمنزلة القبض، فيكون قبض المنفعة في الأحرار أيضاً تدريجية.

وأما لو قلنا بأنّ الاستحقاق من الطرفين مطلق، وإنّما لها حق امتناع في ظرف امتناع الآخر من أداء العمل إلى آخر المدة، فلاحق للمستأجر من حبس الأجرة، فيجب أداء تمامها بمحض المطالبة. نعم لو انكشف الامتناع في أثناء المدة كان له حق استرداد ما أعطاه أولاً بمقدار امتناعه من الزمان، كما لا يخفى.

* * *

هذا (ولو شرط دفعها نجومًا معيّنة، أو بعد المدة) يعني مدة الاجارة (صح) الشرط بعد تعيّن زمان الأداء، ولو بانصرافه إلى الزمان المتّصل بزمان انقضاء الاجارة؛ لعموم فـ بالشرط، من دون فرق بين الاجارة على معيّن أو الكلّي في الذمة. وتوهم قياس المقام بباب السلم في البيع من الاحتياج إلى القبض في المجلس فيما هو المنفعة شبه السلم في البيع، منظور فيه.

(و) كيف كان (للمستأجر أن يؤجر بالأقل أو الأكثر إن لم يشترط عليه المباشرة) بلاشكال في شطري المسألة، أمّا الأول فلعموم سلطنة الناس على أموالهم^(١)، وأمّا الثاني فلأنّ الشرط المزبور يعيّن سلطنة المستأجر في خصوص ما اشترط فليس له السلطنة على ضده ونقيضه، فلا يصحّ منه الاجارة ولو قلنا بأن الشرط في المقام كسائر المقامات من باب تعدد المطلوب لا وحدته، وإلاّ فلو قيل بأن مرجع الشرط المزبور إلى تحديد دائرة المنفعة المملوكة بسكنى نفسه لا الأعم منه وسكنى غيره فأمر بطلان الاجارة أوضح.

ومن هذا القبيل ما شرط على المستأجر عمله الخاص كالسكنى مثلاً في قبال غيره، فإنّه أيضاً راجع إلى تحديد المنفعة الجامعة بين المتباينات غير ما شرط.

ونظير ذلك أيضاً لو شرط المستأجر على الأجير عمله المخصوص من خياطة بنحو خاص أو غيرها، فإنّه ينحصر الوفاء للأجير باتيان فعله المعين دون غيره، كما أنّه لو شرط مباشرة الأجير بنفسه العمل ليس له استئجار غيره في هذا العمل، نعم لو آجره نفسه لايجاد الخياطة بنحو الاطلاق كان له الوفاء بعقده بايجار غيره للخياطة؛ لأن اختيار القضاء بيده، وكل ذلك ظاهر واضح.

نعم قد يستشكل في انصراف العمل المضاف إليه عند الاطلاق إلى عمل نفسه وعدمه، ومع التشكيك يحكم بالاطلاق لولا بلوغه إلى حدّ المضّر الاجمالي، فإنّه حينئذ يكون المورد من قبيل القرائن الحافة بالكلام المانع عن انعقاد الظهور في اطلاق كلامه، فيقتصر على المتيقّن ويرجع إلى أصالة عدم ورود العقد على الزائد.

وقد يترتب على الاطلاق من حيث عمل نفسه أو غيره عدم صحّة اجارة نفسه في الوقت المضروب مع اجارة غيره في هذا الوقت على الأول وعدم صحّته على الأخير؛ لأن الوقت المخصوص مورد سلطنة المستأجر الأول على الزامه بالعمل، فلاسلطنة له على ضده ونقيضه، فلايصح اجارة نفسه لغيره في الوقت المزبور.

ولو فرض على فرض الاطلاق عدم التمكن من اجارة غيره وانحصر الوفاء بعمل نفسه، فلاشكال في وجوب الوفاء عليه واتيانه عند مطالبة المستأجر، إنّما الكلام في أنّه في هذه الصورة لايصحّ اجارة نفسه لغيره كصورة الاشتراط، أم لا بأس باجارة نفسه للغير، وأنّ المقام من باب الضدّ الذي لا يقتضي نهيه فساداً.

قد يقال: بأن مقتضى سلطنة المستأجر حينئذٍ أيضاً على إيجاده بالزامه به قصور عن السلطنة على إيجاد نفسه للغير الذي هو ضده، فليس المقام حينئذٍ من باب التكليف المحض، كي تجبئ فيه مسألة الضد الغير المنافي للقدرة الوضعية على الاجارة وإن كان حراماً تكليفاً، فضلاً عن صرف الأبدية العقلية بمقتضى المختار في باب الضد.

ولكن يمكن أن يدعى بأن حق المستأجر بعد ما تعلق بالجامع فلاسلطنة له إلا على الجامع لاعلى الفرد، فبالنسبة إلى الفرد لم يتوجه إلا تكليف محض بملاحظة حكم العقل بلابدية إيجاد المملوك في ضمن المقدور من فردي الجامع، بلاقتضاء ذلك قصوراً في سلطنة على الشخص، فلا بأس في إيجار نفسه لغيره حينئذٍ وإن خالف العقل أو الشرع في هذا الاقدام، لكن مجرد ذلك لا يوجب قصوراً في سلطنة الأجير على اجارة نفسه للغير.

* * *

ولكن التحقيق أن يقال: إن السلطنة على الجامع يمنع عن نقيضه أيضاً، وفي هذا الحال ينطبق النقيض على تركه، فلاسلطنة له على هذا الترك، فلازمه عدم سلطنة على ملزومه أيضاً فتبطل الاجارة أيضاً. مع أنه في ظرف إلزام عقله بإيجاد العمل في الوقت المضروب للمستأجر الأول لايقدر على الوفاء بالاجارة الثانية، فكيف يتوجه إليه الأمر بالوفاء المستتبع للصحة.

اللهم [إلا] أن يقال: إن ما هو مستتبع للصحة قيام المصلحة في الوفاء المستتبع للأمر الفعلي لولا المزاحمة، وهذا المعنى في المقام موجود باطلاق الخطاب، وإن لم يكن حجة على فعلية الأمر بحكم العقل، ولكن حجيته على قيام المصلحة في العمل باقي على حاله، كما هو الشأن في جميع أبواب المزاحمات، فلاينافي نفي القدرة على الوفاء تكليفاً مع الصحة، وما هو مناف معه هونفي القدرة عليه وضعاً، فيرجع إلى الجواب الأول. مع أن ما أفيد إننا يصح لو كانت

صحة المعاملة ملزومة للقدرة المطلقة، وإلاّ فهي بنحو الترتب المصحح للأمر
الفعلي كذلك حاصلة، كما هو التحقيق عندنا من صحة الترتب في الأمر
بالضدين، كما حقق في محله.

هذا كلّ مضافاً إلى أنّ الاجارة بعد ما كانت بصورها موضوع الأمر
بالوفاء، فإذا صدر العقدان ولو تدريجاً كانا موضوعي الأمر بالوفاء في عرض
واحد، فلا وجه لمرحبة أسبقية أحد العقدين في الوجود في فرديته للعام دون
الآخر، وحينئذٍ فع التزاحم لا يقتضي العقل من حيث أمثال الأمر بالوفاء
بكلّ منها إلاّ التخيير لا تعيين الأول فيه.

وحينئذٍ فليس بطلان الاجارة الثانية إلاّ من جهة قصور سلطنة الأجير على
نقيض مورد الاجارة، المنطبق في المورد على الترك الملازم لتروك بقية الأفراد.
ولازمه قصور سلطنته على لوازمه من ايجاده لغيره، وهو مستتب وضعاً لقصور
سلطنته على اجارته للغير، إذ هي لا تتعلق إلاّ على ما هو في حیطة سلطنة الأجير
وجوداً وعدمًا. ومثل هذه الجهة حيثية زائدة عن صرف القدرة العقلية على
أمثال التكاليف كي ترد عليه الاشكالات السابقة.

ولئن شئت قلت: إنّ العمل في ذمة الأجير في الزمان المضروب إذا كان
ملكاً للمستأجر الأول، فبمحض ايجاده للغير يفوت الذمة بفوت زمان يمكن
وجوده فيه، فيلزم أن يكون الأجير بايجاده العمل للغير مفوتاً للكلي المملوك
للغير في ذمته، وهذا التفويت خارج عن سلطنته، فتخرج لوازمه عنها أيضاً، بل
لازم هذا البيان صيرورته ضامناً للمستأجر فيجئ في تفويته خيار على الأجير،
نظير الخيار في تفويت المنافع في الأعيان المملوكة قبل قبضها على ما تقدّم، بل
لازمه أيضاً حرمة العمل المضاد لمورد الاجارة بمناط مقدّمته لتفويت حق الغير،
لابنطاط الضد كي تجيئ فيه الشبهة المعروفة في باب الضد.

ثم إنّ ذلك كلّّه في صورة اتيانه بالعمل المضاد للعمل الأوّل، وأمّا لو أتى بعينه غاية الأمر لابتداعي الوفاء بأمر اجارته، بل بداعي أمر غير المستأجر، فذلك تارة في فرض كونه أجيراً للغير بكليّ في ذمّته، وأخرى بأن يكون من باب الاجارة على شخص العمل المعيّن في وقت خاص.

فعلى الأوّل فلا يكاد يتعيّن الكلّي بالموجود، بل يصير الموجود محسوباً لاطاعة أمر الغير، غاية الأمر مع ضيق الوقت حرام لما تقدّم، فلا يستحقّ الأجرة على الأمر؛ لعدم ماليّته للحرام، بل كان ضامناً للمستأجر الأوّل مع خياره، كما أشرنا.

وأما على الثاني فلا قصور في صيرورته وفاء للأوّل ولغوية قصده لغيره؛ لأنّ المفروض مملوكية شخص هذا العمل للأوّل فيقع له قهراً، فلا يبقى مجال توهّمه لغيره. نعم لا يكاد امتثال الأمر بالوفاء يمثله، ولكنّه غير مضر بوقوعه له قهراً كما لا يخفى.

هذا ثم إنّ مقتضى ما ذكرنا أنّ من أضداد المستأجر عليه خارجة عن سلطنة الأجير وإن كان في الذمّيات محرمة بمناط مقدمتها؛ لفوت الذمة التي هي متعلق حقّ الغير. وأمّا في غيرها فلا يكون في البين إلّا المضادة لا المقدميّة، فلا وجه لحرمتها من هذه الجهة.

وأما حيث قصور السلطنة عليه بمناط سلطنة غيره على ضده، فلا يقتضي إلّا خروجه عن حيّز الجواز الفعلي، لا أنّه يدخل في المحرم تكليفاً. غاية الأمر نتيجة عدم سلطنته عليه عدم صحّة اجارته لغيره، لا أنّه محرم وجوداً. وحينئذٍ فلو أتاه لغيره بأمره ربّما يوجب تضمين الغير، ومع ذلك كان العامل ضامناً للمستأجر الأوّل بالمثل.

وتوهّم عدم مالكيّة العامل للمتضادين، فلا يملك حينئذٍ إلّا أحد المعيّنين المنطبق على المملوك للأوّل، فلا يستحقّ من الثاني شيئاً، واضح الفساد؛ إذ

لا قصور في ملكية المتضادين للمالك واحد في آن واحد، وإنما القصور في سلطنته على كلّ منها. ومن هذه الجهة نلتزم بفساد اجارته بضدّ العمل الأول، ولكن لو أتاه بأمر الغير كان ضامناً له مع اشتغال ذمته ببدل المنفعة للمستأجر الأول. ومن هنا ظهر حال اعمال الغاصب العين المملوكة المستأجرة في ضدّ المنفعة الشخصية المملوكة، فإنه ضامن بمقتضى القاعدة بضمانين: لمالك العين بدل ما استوفاه، وللمالك المنفعة بقبضه للعين المانع عن استيفاء المالك ملكه بلا محذور في هذا الالتزام أيضاً. ولو كان الغاصب هو المستأجر فلا يكون ضامناً في المسمى فقط، بل ضامن للمثل بالنسبة إلى المالك علاوة عن المسمى، كما هو ظاهر.

* * *

فرع:

لأن تجوز الاجارة في البيت والدار والحانوت والأجير بالأكثر، إلا إذا أحدث عملاً فيها على الأشهر.

والأصل في العقد الأول من عقدي الفرع ماورد تارة بما اشتمل على الحانوت والأجير^(١)، وأخرى بما اشتمل على البيت والأجير^(٢)، وثالثة بما اشتمل على الدار^(٣). وفسر الحانوت بالمكان تارة وبالحان أخرى، ومع اجمال المفهوم يصير الدكان ولو للفحوى متيقناً.

وفي بعض النصوص كراهة اجارة الرحى^(٤)، وفي السفينة بالبأس^(٥). وقد

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٠ حديث ٤ باب ٢٠ من أبواب الاجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٠ حديث ٥ باب ٢٠ من أبواب الاجارة.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٠ حديث ٣ باب ٢٠ من أبواب الاجارة.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٣ حديث ٥ باب ٢٢ من أبواب الاجارة.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٣ حديث ٢ باب ٢٢ من أبواب الاجارة.

يتوهم استفادة الحرمة منه؛ لأن شبهته دعا السائل على السؤال عنه، فهو متوجه إلى ما هو في ذهنه وتقرير له، كما أن «لابأس» ردع لما ارتكز في ذهنه الذي دعاه على السؤال عنه. وبهذه الجهة ربّما تختلف المقامات حيث اختلاف مرتكز ذهن الراوي على حسب مناسبة المقام من حيث الحكم التكليفي أو الوضعي نفيًا وإثباتًا.

وحينئذٍ فربّما يستفاد في المقام الحرمة، فربّما يستفاد من البأس في المقام الحرمة الوضعية لا التكليفية المحضة ولو بمناسبته للمقام. نعم في أخبار الكراهة كنصّ الرحي^(١) لا بد من الحمل على التكليف، كما لا يخفى.

وفيه أنّ معهودية الكراهة التكليفية في بعض المقامات أيضاً ربّما يوجب سؤاله عن الاجارة، وحينئذٍ فمن المحتمل كون الداعي على السؤال ذلك، فاثبات البأس في هذا المورد لا ينتج إلّا الكراهة، ومع مثل هذه الجهة لا يستفاد منها أيضاً أزيد من الكراهة.

كما أن في الأرض أيضاً نصّ ظاهر في الحرمة تارة مطلقاً^(٢)، وأخرى مقيداً بأجرة الذهب والفضة^(٣)، وثالثة بالتفصيل بين المزارعة والاجارة بالمنع عن الثاني وتجوز الأول^(٤)، وآخر صريح في الجواز^(٥).

فيحمل الأولين أيضاً على مراتب الكراهة كما هو ظاهر، وهو أولى من التقييد بغير الذهب والفضة؛ لبعد حمل مطلقات الجواز على الموارد النادرة، وأولى أيضاً من حمل نصّ الجواز على المزارعة لبعده أيضاً ولو بقرينة قوله:

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٣ حديث ٥ باب ٢٢ من أبواب الاجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦١ حديث ١ باب ٢١ من أبواب الاجارة.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦١ حديث ٢ باب ٢١ من أبواب الاجارة.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦١ حديث ٣ باب ٢١ من أبواب الاجارة.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٦٢ حديث ١ باب ٢٢ من أبواب الاجارة.

«وليس الأرض مثل الحانوت».

وحينئذٍ لا يبقى في النصوص ظاهر في الحرمة المنصرفة في أمثال المقام إلى الوضعية، إلاّ النصوص السابقة المشتملة على الحانوت والبيت والمداد والأجير. وفي التعدي عنها إلى مطلق المسكن ولو بمثل السفينة والخان والحمام وأمثالهما اشكال، وفي تكملة استاذنا العلامة التعدي إلى مطلق المسكن لولا جعل تقابله مع الحانوت في كلامه المردد بين الدكان والخان قرينة ارادته من المسكن ما أعدّ للسكنى من البيت أو الدار، وفيه تأمل. هذا كلّ الكلام في العقد الأوّل من عقدي المسألة.

وأما العقد الثاني فالأصل فيه ما في حسنة الحلبي المشتملة على الدار، وفيه أيضاً: «إلاّ أن يحدث فيها شيئاً»^(١)، ولم أظفر في غير هذا النصّ ما دلّ على الأشياء المزبورة، فوجه التعدي إلى غير الدار ليس إلاّ دعوى عدم التفصيل بينها وبين غيرها، فإنّ تمّ فهو، وإلاّ فللنظر فيه مجال.

ثمّ على فرض التعدي ظاهر النصّ من قوله: «بأكثر ممّا استأجرها» كون مال الاجارة من سنخ واحد، وأنّ التفاوت بينهما كان ممحّضاً في القلّة والكثرة. وحينئذٍ في التعدي عنه إلى فرض اختلاف مال الاجارة اشكل، لولا ما في نص آخر من اطلاق قوله: «فضل الحانوت والأجير حرام»^(٢)، فإنّه لا قصور لشموله للمختلفين.

ثمّ إنّ في ذيل رواية أبي الربيع جواز أجره بعض الدار بمثل أجره تمامه ومنع عن الأجرة الأزيد من التمام^(٣)، ونظيره أيضاً صحيحة الحلبي، وهما يرفع

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٣ حديث ٤؛ باب ٢٢ من أبواب الاجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٠ حديث ٤؛ باب ٢٠ من أبواب الاجارة.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٦٣ حديث ٤؛ باب ٢١ من أبواب الاجارة.

اليد عما دلّ على المنع عن الأزيد بالنسبة إلى كلّ جزء، كما لا يخفى.

* * *

(ولو هلكت) العين المستأجرة (قبل القبض بطلت) الاجارة، وكذلك بعده قبل مضي زمان يمكن الاستيفاء منه، بلا اشكال من جهة ما أشرنا سابقاً من أنّ منشأ اعتبار وجود المنفعة القابلة لطروء الملكية عليه هو وجود قابليّة العين لها في ظرفها، فمع التلف يكشف عن عدم القابليّة المزبورة، فلا اعتبار حينئذٍ لوجود المنفعة رأساً، فلا يصلح المعدوم على الاطلاق لطروء صفة الملكية عليه.

نعم لو بقي العين مقداراً من الزمان القابل للاستيفاء فلا قصور للعين في القابليّة، وبها يعتبر الوجود لمنفعتها.

وحينئذٍ فإن كان الهلاك المزبور قبل القبض من جهة حبس المؤجر لها عليه، فعن التذكرة سقوط كراه بمقدار حبسه^(١)، وفي الجواهر منع سقوطه قبل فسخ المستأجر^(٢) وفاقاً لجامع المقاصد^(٣)، وظاهرهما ثبوت الخيار بمثل هذا الهلاك لا البطلان، وذلك ينافي مع اجراء قاعدة التلف قبل القبض على صريح الجواهر في باب الاجارة، إذ جريانه موجب لشمول القاعدة مطلق التلف السماوي وإن كان العين في يد البائع والمؤجر يد ضمان وغصب بشهادة التزامهم به في تلف المبيع وفرقهم بين التلف والاتلاف، فإنّ اطلاق كلماتهم هناك يشمل التلف السماوي ولو كان يد البائع عليه يد غصب وامتناع بلا حق، وحينئذٍ فليكن في المقام أيضاً كذلك.

(١) التذكرة ٢: ٢٩١.

(٢) الجواهر ٢٧: ٢٧٧.

(٣) جامع المقاصد ٧: ١١٩.

وحينئذٍ فالالتزام بالخيار في المقام كاشف عن عدم جريان قاعدة التلف قبل القبض في المقام، سواء أريد من التلف الموضوع للقاعدة تلف العين أو المنفعة، بل الثاني أوهن في مصداقية القاعدة؛ لأن لازمه بطلان الاجارة بغصب العين في المدة المضروبة من المؤجر أو من أجنبي.

* * *

وبالجملة نقول: إن في باب الاجارة بعد تسلّم كلماتهم على عدم البطلان بغصب العين من المؤجر أو الأجنبي قبل هلاك العين، ولو هلك قبل قبضها لا يبقى مجال اجراء القاعدة في الاجارة في طرف العين المؤجرة، نعم ما يحكم فيه بالبطلان هو صورة الهلاك قبل مضي زمان يمكن استيفاء المنفعة رأساً، وفي مثله لا يختصّ البطلان بقبل القبض، بل تبطل الاجارة بفوت قابليّة العين لها ولو بعد القبض، فالذي هو مورد تسلمهم في مجرى القاعدة المزبورة حينئذٍ هو العين الواقعة مال الاجارة لا غيرها.

ثم إنّ وجه الخيار في صورة الغصب من المؤجر أو الأجنبي واضح؛ لأنّ التلف حينئذٍ موجب لاشتغال الذمة بالمثل، وربّما يتعلّق الغرض بالشخص وهو غير مثله، فتبدل خصوصيّة المملوك موجب للخيار بمناط نقض غرضه.

وتوهم أن نقض الغرض الثابت من أمر خارج عن العقد غير مجبور بالخيار، وإلاّ فيلزم ثبوته بالغصب بعد القبض أيضاً ولم يلتزم به أحد، مدفوع بأنّ ذلك كذلك لولا كون التقابض في العقود المعاوضي من متمّمات العقد ومحسوباً من شؤنه، وإلاّ فالتلف الوارد على العين المخصوصة قبل القبض في اعتبار العرف بمنزلة الوارد في أثناء العقد، ويحسب نقض الغرض من قبله من النقض الناشئ من نفس العقد فيجبر بخياره.

وأما إن كان التلف مع عدم غصب أحد على وجه لا يكون في ضمان أحد، فلا يكون من باب تلف خصوصية المال، بل يحسب المال حينئذٍ تالفاً محضاً.

وقضية التقابض المزبور يوجب اعتبارهم كون هذا التلف في أثناء العقد، ولازمه الحكم بالبطلان، ولعلّ نظر المصنّف أيضاً إلى هذه الصورة.

وربّما يوقع ذلك في وهم كون ذلك بمناط جريان قاعدة التلف قبل القبض. ولكن فيه أنّ بناءهم في تلك القاعدة ليس على الفرق بين كون التلف بيد مضمّنه أو غيرها، فنفس هذه التفرقة يكشف عن عدم جريانه في المقام، بل عمدة الوجه في البطلان في هذا الفرض من جهة احتسابهم التقابض من تبعات العقد، فكان التلف الوارد في أثناءه بمنزلة الوارد في أثناء العقد الموجب للبطلان. وهذا بخلاف الصورة الأولى فإنّ مضمّنية اليد موجب لعدم صدق التلف على المال رأساً، بل التالف هو الخصوصيّة الشخصيّة ومثله لو حصل في أثناء العقد أيضاً لا يوجب إلّا خياراً، كما هو ظاهر، والله العالم.

* * *

بقي في المقام شيء آخر، وهو أنّ الخيار الثابت بفوت المنفعة قبل القبض إنّما هو في صورة عدم كون امساكه بحقّ، وإلّا فلو كان عن حق، ولو بملاحظة أنّ من بناء المتعاقدين في ضمن العقد، وبملاحظة كونه من أحكام نفس العقد عرفاً، أنّ لكلّ منهما الامتناع عن الأداء عند امتناع الآخر، ففي هذه الصورة لا يكون الامتناع غصباً، فتلف العين في يده حينئذٍ لا يوجب ضمان المنافع، بل هو بمنزلة اتلاف نفسه؛ لامتناعه عن أداء عوضه، فلامقتضى للخيار حينئذٍ، بل المؤجر يستحقّ أجرة المسمّى بنفس عقده كما هو ظاهر. ولا أظنّ في الكلمات المثبتة للخيارات أيضاً أن تكون ناظرة إلى مثل هذه الصورة كما هو ظاهر.

ثمّ أنّه يكفي في رفع امتناع المستأجر في الأعيان المؤجرة مجرد قبض العين، إذ به يسقط حق امتناع المستأجر، فلو غصبه المؤجر جديداً لا يوجب ذلك امتناعاً جديداً؛ لخروجه عن شمول الشرط الضمني الحاصل في العقد أو من أحكامه، فطبع العقد حينئذٍ يقتضي لزوم الوفاء من الطرفين. نعم في اجارة الأحرار

أنفسهم ليس كذلك ، بل مهما امتنع عن العمل ولو بعد تسليم نفسه في أثناء المدة كان للمستأجر الامتناع عن الأجرة الباقية .

وعمدة النكته فيه أنّ العين المؤجرة وهو نفس الحر لا يصلح وقوعه تحت اليد ، فلا يصلح للمقبوضة ، فلا يكون قبض الحر للمنفعة إلاّ بايجادها ، ومهما امتنع من الإيجاد يصدق حينئذٍ أنّه امتنع عن أداء المعوض ، فللمستأجر حينئذٍ أن يمتنع عن أداء العوض . وهذا بخلاف الأعيان المملوكة ، فإن قبض منافعتها إنّما هو بقبض عينها ، فبمجرد حصول القبض يحصل قبض المنافع الذي هو مناط سقوط حق امتناع المستأجر ، كما لا يخفى .

نعم في المقدار الذي سلّم الحر نفسه للعمل فلم يستوفي المستأجر ولم يأمره بعمله ، كان التفويت مستنداً إليه ، فهو بمنزلة استيفائه ، فلا يبقى له حق لأداء مال الاجارة حينئذٍ كما هو واضح .

* * *

وعلى أيّ حال ظهر ممّا ذكرنا ما ذكره المصتف بقوله : (ولو منعه ظالم عن العين بعد القبض صحت) الاجارة (ويرجع المستأجر على الظالم) بلا اشكال ؛ لقاعدة لزوم المعاملة وضمنان الغاصب في الموانع الشخصية ، نعم قد يكون منع الظالم عن استيفاء المنفعة نوعياً ، كصورة استيلاء العسكر على البلد على نحو يحتسب أنّ البلد مما لا ينتفع بعماراته عرفاً ، فربّما يلحق ذلك أيضاً بصورة خرابه المستتبع لبطلان الاجارة في مدة خراب العين المستأجرة ، ففي مثل هذه الصورة لا مجال لصحة الاجارة في المدة المزبورة .

كما أنه لو كان منع الظالم شخصاً متوجّهاً إلى حبس المستأجر المانع عن استيفائه لاحبس العين المستأجرة لا وجه للبطلان ، ولارجوع المستأجر إلى الظالم أيضاً ؛ لعدم مقتضى لتضمينه لامن يد كما هو الفرض ، ولا من اتلاف لمنع صدق الاتلاف مع عدم استيفائه المنفعة . ولا فرق فيما ذكرنا أيضاً بين كون

ذلك قبل القبض أو بعده كما أشرنا إليه سابقاً.

ولو كان الظالم المزبور غاصباً للعين يرجع المستأجر على الظالم في بدل ماله التالف، من جهة أنّ يده على العين يد على شؤونها من القابلية المنشأ لاعتبار وجود المنفعة، وأمّا حكم خياره فلا بدّ وأن يفصل بين الغصب قبل القبض أو بعده بالخيار في الأول وعدمه في الثاني؛ نظراً إلى بنائهم على كون القبض من متممات المعاوضة، فيكون الضرر الوارد من قبل فوت خصوصيته من المضار العقدية المجبورة في أبواب المعاوضات دون غيرها.

ولافرق في ذلك أيضاً بين كون الغاصب أجنبياً أو نفس المؤجر، نعم ربّما يفرّق بينهما بأنّه في فرض غصب المؤجر للمستأجر الامتناع عن أداء الاجرة ولو كان غصبه بعد قبضه من جهة أن في غصبه امتناع عن تسليم المنفعة التدريجية، بخلاف غصب الأجنبي فإنّه لا موجب لامتناع المستأجر حتى لو كان الغصب قبل القبض بنحو لا يتمكّن على التسليم، إذ لا امتناع حينئذٍ من قبل المؤجر كي به يجوز الامتناع من قبل المستأجر.

* * *

(و) من التأمل فيما ذكرناه أيضاً ظهر الحكم فيما (لو انهدم المسكن من غير تفريط) من قبل المستأجر، فإنه إن كان ذلك سبباً لفوت منفعة معتدّة بها، حتى مع فرض إعادة العين، فلا إشكال في انفساخ الاجارة من الأول بالنسبة إلى المقدار الفائت من زمان الانهدام؛ لعدم بقاء العين حينئذٍ على القابلية المنشأ لاعتبار وجود المنفعة، وتبقى الاجارة بالنسبة إلى بقية المدة القابلة غير لازم بمنأى خيار تبعض الصفقة، من دون فرق في ذلك بين المقدار المستوفاة وغيره؛ لأنّ الاستيفاء غير مانع عن ثبوت الخيار بالنسبة إليه، غاية الأمر على المستوفى ردّ بدله بالفسخ.

وأما إن لم يكن سبباً لفوت منفعة معتدّة بها ولو بإعادة العين كما كان

فوراً، فلامقتضي للخيار؛ لأنّ المفروض أنّ المقدار الفائت في أنظارهم بمنزلة العدم، فكأن العين باقية على قابليتها المنشأ لاعتبار عدم تلف شيء من منافعها. وإن كان الهدم المزبور بتفريط من المستأجر فكان بحكم اتلاف، فالظاهر أنّ بناءهم على كون الاتلاف بمنزلة الاستيفاء، فلاموجب حينئذٍ لفسخ الاجارة ولا لانفساخه، ومن هذا الباب اتلاف المشتري المبيع قبل قبضه في عدم كونه منشأ لانفساخ المبيع.

وعلى أيّ حال ظهر ممّا ذكرنا أنّه في فرض الانهدام بلا تفريط تنفسخ الاجارة بالنسبة إلى زمان الانهدام، و (فسخ المستأجر ورجع بنسبة المتخلف من الاجرة وألزم المالك بالعمارة)؛ لامضائه الاجارة في مقدار يمكنه الاستيفاء، وله التبعض في الفسخ أيضاً بالنسبة إلى المقدار الغير المستوفاة بملاحظة انحلال العقد إلى العقود حتّى بالنسبة إلى حكم فسخه، كما هو الشأن فيما لو وجد عيباً في بعض الصفقة، فإنّ ظاهرهم جواز الاقتصار بحلّ العقد المتعلّق بالمعيب دون غيره.

* * *

بقي في المقام أمور لم يتعرضها المصنّف:

منها: أن من قواعد باب الاجارة كون نتيجتها تمليك المنافع دون العين، بضّم لزوم بقائها على حالها، وحينئذٍ فرعاً يستشكل في اجارة المرضعة والآبار والحمام المستتعبة لتلف العين من مياهها وتلف اللبن في الأولى، مع أنّ صحّة اجارتها من المسلمات بالسيرة وغيرها، ولذا وقعوا في حيص ويص، ووجهوها بتوجيهات لا يرضى بها الطبع السليم والذوق المستقيم.

والتحقيق في حل الاشكال في المرضعة والآبار أن يقال: إنّ للأعيان الصادرة عن الأمور المسطورة اعتباران: أحدهما كونها شيئاً في حال ذاتها وموجودات في قبال مصادرها، وأخرى كونها ناشئة من قبل العين، ومن شؤونها

التي عبارة عن فعلية مالعين من القابلية والشأنية.

ولا يخفى أنّ الأعيان المزبورة بالاعتبار الأول من الأمور القارة، وبالاختبار الثاني من الأمور التدريجية، فهي بهذا الاعتبار يحسب عند العرف من منافع العين، وأن لا يحسب كذلك بالاعتبار الأول، وحيث لا قصور في تملك هذه الجهة التدريجية المحسوبة من شؤون العين وقابليتها له.

وتوهم عدم صدق المنفعة على الأعيان حتى بهذا الاعتبار في غاية الدفع؛ لأنّ العرف محكم في تشخيص هذه العناوين، ولا ظنّ تشكيك أحد في صدق المنفعة على مثل هذه الأمور الحاصلة بفعلية قابلية العين تدريجاً، نعم ما لا يحسب منفعة هو الأعيان بالاعتبار الأول.

ولئن شئت تقول: إنّ للأعمال أيضاً مثل ذين الاعتبارين، فالصلاة في المسجد أو في مكان بما هو شيء موجود لا يحسب من منفعه، وإنّما يحسب منها لو لوحظ بما هو من شؤون المكان ومرحلة حركة قابليته إلى مرحلة الفعلية، فهذه الحركة محسوبة من شؤون العين ومنافعها، من دون فرق بين كون نتيجة الحركة المزبورة عيناً أو غير عين.

وإلى ذلك البيان أيضاً نظر الجواهر^(١) فيما أجاد ردّاً لأبي حنيفة^(٢) حيث استشكل في اجارة المكان للصلاة فيه بأن الصلاة غير قابلة لبذل المال بأزائه، فأفاد في رده بأنّ ما لا يصلح لبذل المال بأزائه هو الصلاة بما هو شيء في حيال ذاتها وبما هو فعل المصلي، وأمّا أنّه بما هي من شؤون المكان ومرحلة حركة مرتبة قابلية إلى الفعلية فهو من شؤون المكان ومن منفعه المحلّة القابلة لبذل المال بأزائه.

(١) الجواهر ٢٧: ٢٨١.

(٢) المبسوط للرخسي ١٦: ٣٢.

وبالجملة نقول: إنّ مثل الاعتبارين في الأعيان المزبورة والأعمال المسطورة مثل الاعتبارين الطارئين على المفاهيم من حيث الاسميّة والحرفيّة على بعض المسالك، فبالاعتبار للتبعيّة للغير المسمّى بلحاظها حرفياً يكون منفعة دون الاعتبار الآخر بنحو الاسميّة.

ومن هذا البيان ربما ترتفع الشبهة في اجارة الأراضي لكلاهما والأشجار والبساتين لأثمارها، وبما ذكرنا من الفرق بين الاعتبارين في الأثمار يفرق بين اجارة الأشجار وبيع الأثمار كما لا يخفى.

وحينئذٍ فمن قصر صحّة تملك الأثمار بخصوص بيعها إنّما هو لتصور نظره عما ذكرنا من الاعتبارين، وإلاّ فليس له مثل هذا التخصيص كما في نظائرها. وأمّا اجارة الحماّم فلاشبهة في أنّ الانتفاع منه مستتبع لتلف مقدار من العين عرفاً، فهذا المقدار محسوب من تبعات الانتفاع بالعين، وما هو لازم في باب الاجارة بقاء العين في المقدار الزائد عما ينوط به الانتفاع، وربّما يختلف ذلك باختلاف انحاء الانتفاعات كما هو ظاهر.

ثم إنّ ذلك أيضاً على فرض كون الدخول فيه من باب الاجارة، وإلاّ فلو كان من باب بذل الانتفاع بماله من المقدمات بالقيمة، كما يشهد له عدم الاضرار بجهل مقدار الانتفاع ولو زماناً فالأمر أسهل.

ثمّ إنه من الموارد المنتجة اجارة العين تملك عين آخر اجارة الشبكة للصيد، وهو أيضاً ليس من باب تملك العين، بل هو من باب تملك منفعة مبيحة لحيازة الأعيان المملوكة بالحيازة لا بعقد الاجارة، وإنّما نتيجة الاجارة المزبورة صيرورة الشبكة مقدّمة للحيازة، فربّما لا يكون باباه مربوطاً بباب المزرعة والآبار، وعليه فلا تنافي الموارد المزبورة لقواعد باب الاجارة، فما في الجواهر من جعل هذه الموارد نسخاً آخرّاً من المعاوضة خارجة عن قواعد الاجارة باطلاقه منظوره فيه.

ومنها: أنه يظهر من بعضهم اعتبار اذن الزوج في صحة اجارة نفسها للارضاع مطلقاً وقيدده آخر بصورة عدم مزاحمته للاستمتاع، وبني الأول على أن جميع منافع الزوجة متعلّق حق الزوج، وردّه الآخر بعدم تعلّق حقه إلا بخصوص استمتاعه.

والتحقيق أن يقال: إنه بعد عدم اقتضاء علقه الزوجية أزيد من السلطنة على الاستمتاع، أنّ هذه السلطنة إن كان تعلّقها بها بنحو الاطلاق المستتبع للسلطنة على حفظ مقدمات استمتاعه، فلا بدّ من المصير إلى عدم صحة الاجارة ولو لم يرد الزوج استمتاعاً، إلا اذا فرض ذلك باذن منه الغير المنافي للسلطنة المزبورة إذ عقد الاجارة المزبورة بعد ما كان مفوتاً لاستمتاعه المسلّط عليه في زمانه فهو خارج عن حیطة سلطنته فيبطل.

وإن كانت السلطنة المزبورة متعلّقة بالاستمتاع في ظرف قابليتها للتحقق، فلا يكاد يصلح مثل هذه السلطنة للمنع عن صحة الاجارة، إذ بالاجارة يخرج المحل عن قابلية الاستمتاع، فالسلطنة عليه تعلّيق لا يصلح لأن يمنع عن نفوذ عقد الاجارة الذي هو مقتضى تنجيزي للصحة، كما لا يخفى على من لاحظ أمثالها.

وحينئذٍ فلا يكون منعه أيضاً صالحاً لابطال الاجارة فضلاً عن شرطية اذنه فيها، كما أنّه لو كان وجوب التمكن على الزوجة حكماً تكليفاً محضاً بلاسلطنة وضعية للزوج عليه، ولو كان هذا الحكم مطلقاً أيضاً لا يمنع عن صحة الاجارة، إذ غاية ما يلزم من الحكم المزبور حرمة تفويته بالاجارة، ومثل هذا النهي لا يقتضي الفساد في أبواب المعاملات كما لا يخفى.

وحيث كان الأمر كذلك يبقى الكلام في بيان كيفية سلطنة الزوج على الاستمتاع المزبور فنقول: ان طبع الزوجية نظير الملكية يقتضي السلطنة على الاستمتاع عرفاً بنحو الاطلاق، ولازمه عدم صحة اجارته بلا اذن منه لولا

التشكيك في اطلاق السلطنة المزبورة، وأن غاية ماثبت هو السلطنة في ظرف قابلية المحل، ولازمه عدم صلاحيته للمنع عن صحة الاجارة ولو بمنعه عنها. اللهم [[إلا] أن يقال: إن وجوب التمكين عند أمرها مانع عن نفوذ الاجارة شرعاً؛ لاشتراطه بالقدرة على الوفاء شرعاً، فصحة الاجارة بالنسبة إلى مثل هذا الأمر من الموانع اللبية العقلية الغير المانع عن التمسك باطلاق الأمر، بخلاف نفوذ الأمر المزبور إذ هو من الموانع الشرعية والمخصصات اللفظية، ففي مثله يقدم اطلاق الأمر ويستكشف منه بطلان الاجارة.

ولئن شئت قلت بأن المقتضي من المصلحة في وجوب التمكن تنجيزي، والمانع عن نفوذ الاجارة من حيث القدرة على الوفاء تعليقي، والمانع التعليقي لا يصلح للمانعية عن المقتضي المزبور. لا يقال: إنَّ العقد في ذاك الطرف أيضاً مقتضي تنجيزي للنفوذ فيتزاحمان.

لأنه يقال: إنَّ العقد مقتضي للمصلحة التعليقية، والتزاحم بين المصلحتين يوجب تقدّم المصلحة التنجيزية على التعليقي، وفي مثله لا تنتهي النوبة إلى مقتضي المقتضي ولو تنجيزياً. نعم لو كان المقتضيان في هذه المرتبة تعليقيان تنتهي النوبة إلى ترجيح ماله مقتضي تنجيزي مثل العقد وأمثاله، ولذا قدّمنا العقد في النفوذ في فرض كون السلطنة تعليقياً كما لا يخفى فتدبر.

وبمثل هذا البيان ترتفع شبهة عدم وجود الاطلاق في الطرفين، كي تدخل المسألة في صغريات مسألة التخصيص والتخصص كما لا يخفى.

ومنها: أنه لا بدّ من مشاهدة الصبي أو الصبيّة في صحّة الاجارة؛ حذراً عن الغرر الناشيء عن الجهل بسنه، ومقدار استعداده للتغذي، واحتياجه الى التربية. إذ بمثل ذلك ربما تختلف مآلّة عمل المرضعة، بل هو مورد أغراضهم وإن لم تختلف مآليته، وهو يكفي للزوم الغرر المبطل فيها. نعم مع عدم تعلّق

الأغراض النوعية، ولأفوت المالية بفوت الخصوصية، لا يضر بصحة الاجارة. وعليه فربما يدخل فيه تعيين الزمان أو المكان أيضاً.

ثم إن مورد الاجارة إن كان لخصوصية الصبي المزبور دخل فيه، فبموته يترتب بطلان الاجارة: إما رأساً، أو بمقدار زمان لا يمكن استيفاءه المنفعة المزبورة، وإلا فلاوجه لبطلانها بموته، بل مع التمكن عن ارضاع طفل آخريتين الاعمال به. نعم لو شرط في متن العقد خصوصية بنحو تعدد المطلوب، كان لكل واحد منها الخيار.

ومن هذا الباب موت المرضعة، فإنه أيضاً تارة طرف العقد شخص نفسها بنحو وحدة المطلوب، وأخرى ارضاعها ولو بتسبب منه في ذمتها مع شرط نفسها بنحو تعدد المطلوب، وأخرى بلا شرط أبداً. فعلى الأول تبطل الاجارة، وعلى الثاني يصح بخيار، وعلى الأخير يبقى صحيحاً بلا خيار ويخرج دينه من تركتها ويستأجر مرضعة أخرى، والله العالم.

ومنها: أنه لو تنازعا في تسليم العمل بين المرضعة والمستأجر، قيل: يقدم قولها؛ لتعذر الاستشهاد عليه غالباً، فيدخل فيما لا يعلم إلا من قبلها. وفيه منع لا يخفى، وحينئذ مقتضى الأصل عدم التسليم، فيقدم قول المستأجر.

ثم لا يخفى أن للمولى اجارة أتمه للارضاع ما لم يحتج إليه ولدها، ومع الاحتياج إليها بخصوصها فلاشبهة في وجوبه عليه، فلا تبقى قدرة على ارضاع غيره في هذه الصورة، فلا يقدر حينئذ على الوفاء بالمعاملة، فتصير المسألة من صغريات المسألة السابقة، فراجع إليها.

ومنها: أنه لا اشكال في اعتبار قابلية العين للانتفاع به في زمان الاجارة بمنفعة معتدة عقلائية، فصحة الاجارة تدور مدار ذلك إن كان سواء مطلقاً أو مقيداً بزمان دون زمان. وعليه فلو اتفقت المنفعة المزبورة للدرهم والدينار أيضاً ولو في زمان صحت الاجارة في تلك الأعيان ما لم يكن نادراً بحكم العدم.

ثم في وقت اتفاق المنفعة لها مقتضى القاعدة ضمان منافعتها بغصب العين كسائر الأعيان، وذلك لا ينافي مع بنائهم غالباً على عدم تضمين منافعتها؛ لأنّهُ لا منفعة لها غالباً، بل النظر إلى مثلها غالباً إلى مالية عينها محضاً. وفي مثل هذه الأحيان لا تصحّ اجارتها.

وحينئذٍ التفكيك بين صحّة الاجارة وضمان المنفعة ركيك. كما أنّ ملازمة صحّة اجارتها لصحّة وقفها أيضاً منظور فيه؛ لا مكان دعوى اعتبار نحو دوام للانتفاع بها، ولو بلحاظ بعض أزمنة السنوات لاجمعها في الوقت دون الاجارة. ثمّ إنّهُ لو اختلفت مالية المنفعة في زمان دون زمان لا يلزم تعيين زمان اختلف قبالة الاجرة المعيّنة، بل يكفي في دفع الغرر تعيين أجرة واحدة في قبالة الجميع، كما هو الشأن في بيع صبرة مختلفة الأجزاء، ومجرّد أوّل الأمر بالتبعض في فسخ المعاملة وانفساخه إلى الغرر في المعاوضة الضمنية لا يضرّ؛ لمنع اعتبار منعه بأزيد ممّا وقع في حيّز انشائها بلانظر فيها إلى العقود التحليلية الضمنية؛ لعدم الدليل في قبالة قواعد الصحّة. نعم لو كان مورد الاجارة من قبيل الكلّي في المعين، لا يصحّ العقد مع اختلاف الافراد في المالّة، كما أشرنا إليه في بابه.

ومنها: أنّه لو آجر دابة لأن يحمل عشرة أففزة من الخنطة فحمل عليها أزيد: فتارة يراد منه العشرة بشرط لا بنحو وحدة المطلوب، وأخرى بنحو تعدده، وثالثة لا بشرط. وعلى التقادير تارة يكون ذلك من فعل مالك الدابة، وأخرى من فعل المستأجر.

فإن كان المتصدي للحمل هو المستأجر: فعلى الأوّل فقد يتوهم أنّه يستحقّ المؤجر أجرة المثل علاوة عن المسمّى؛ لأنّهُ باستيفائه ضدّ منفعته المملوكة أثلّف حقّه وأتى بما لا يستحقّ مثله إلّا المالك، كما أنّه بعقده على منفعة خاصّة يستحقّ المسمّى فعلى المستأجر حينئذٍ اجرتان.

أقول: لا يخفى^١ أن صحة هذا الكلام مبنية على اعتبارهم ملكية المتضادات في زمان واحد، ومثل هذا الاعتبار عندهم تحت المنع، وذلك لأن جهة استلزامه صحة العقدين على شيء في زمان واحد، إذ يمكن الفرار عنه بعدم الملازمة؛ لا مكان استناد البطلان إلى قصور سلطنته عليهما، وعدم قدرته على الوفاء بعقدهما، ولأن جهة استتباعه ضمان المنافع الغير المحصورة المتضادة الغير المستوفاة بغصب العين على القول به.

ولا يظن التزامه أيضاً من أحد لإمكان الفرار عنه بأن ضمان المنافع الغير المستوفاة لا يكون إلا من جهة اليد، ومعلوم أن الاستيلاء التام على المنافع المتضادة غير ممكن، فلا يكون تحت اليد إلا أحدها بلا عنوان، ولذا لا يضمن الغاصب عند عدم الاستيفاء إلا أحد المتضادات لاجتماعها. نعم لو استوفى واحداً منها كان مقتضى مضمونية التلاف موجوداً في خصوصه، فلامزاحمة حينئذٍ لليد المقتضي لضمان الجامع كما هو ظاهر.

بل عمدة الوجه في منع اعتبار الملكية المزبورة، هو أن لازم هذا الاعتبار كون الغاصب للعين المستأجرة الغير المستوفى لمنافعها ضامناً لكليهما أو لأحدهما بلا عنوان، وذلك لأنّ يده حينئذٍ مضمن لأحد المنفعتين لما حققنا. ومثل هذا اليد إما موجب لضمانه لها فراراً عن الترجيح بلامرجح ولو بالتصنيف بينهما، أو لأحدهما بلا عنوان، عكس ضمان الأيادي المتعددة للمالك واحد.

ومثل هذا المعنى بكلا شقيه خلاف كلماتهم إذ الظاهر منهم عدم ضمان الغاصب المزبور إلا للمستأجر، فيكشف ذلك عن عدم اعتبار الملكية للمتضادات في زمان واحد فالمالك لا يملك منها إلا واحداً عينه للمستأجر الغاصب حينئذٍ لا يضمن إلا للمستأجر كما لا يخفى.

وحينئذٍ فنقول: إن لازم ما ذكرنا عدم استحقاق المالك من المستأجر إلا المسمى وأجرة مثل الزائد وإن كان استيفاءه لضدّ مورد الاجارة حراماً عليه

١
تكليفاً؛ نظراً إلى أنه نحو تصرف في العين على وجه لم يكن مأذوناً فيه، نعم لو كان استيفاء الزائد بأمر من المالك على وجه لا يفهم المجانية منه لا يكون حراماً أيضاً، كما لا يخفى.

فإن قلت: بناء على هذا لا وجه لضمان مثل الزائد أيضاً، إذ المفروض أن العشرة بشرط لامضادة مع خمسة عشر، والمالك أيضاً حسب الفرض لا يملك إلا أحد المنفعتين، ولقد ملكه باختياره للمستأجر، فيقتضي ذلك عدم ضمان الغاصب المزبور لغير المستأجر رأساً.

قلت: لا يخفى أن التضاد بين المنفعتين المزبورتين ليس تضاداً ذاتياً، بل إنهما هو من جهة التضاد في حديهما، ومثل هذه الجهة خارج عن مورد الضمان ولو جعلاً، بل مورده عند العقلاء ليس إلا نفس المحدودين، والخمسة الزائدة مع العشرة المحدودة بذاتها لامضادة بينها وجوداً، فهما لا يخرججان عن مورد الضمان، غاية الأمر لا يستحق المالك بالنسبة إلى ذات العشرة إلا المسمى، وإنما يستحق في قبال الخمسة الزائدة ضمان مثله.

نعم في المضادات الذاتية ففي فرض استيفاء واحد منها فلقد أشرنا بخصوصه مضمون كان أعلى قيمته أو أدنى، وفي فرض عدم الاستيفاء فعلى المختار فلا يضمن إلا أدناها؛ لأن ضمان الجامع المنطبق على الأدنى أيضاً لا يوجب الاشتغال بقيمة الأدنى؛ لقصور مقتضي عن الزائد.

نعم لو كان اليد على العين يداً على جميع المنافع المتضادة كان لضمان الأعلى قيمة وجه من جهة ما عرفت من اعتبارهم مراتب المالية بين المتضادات في باب التضمنين، فالمالك وإن لم يملك إلا واحداً منها ولكن ما لم يكن لأحدهما مزية زائدة، وإلا فذو المزية مورد حق المالك. ولكن ذلك مبني على قصور اليد على المنافع المتضادة وهو أول الكلام.

والمسألة انصافاً من هذه الجهة لا تخلو عن اشكال، فتدبر في المقام غاية

التدبر.

وعلى أي حال لو كانت المتضادات متساوية من حيث المالية لم يكن الغاصب إلّا ضامناً لواحد منها، ومع كون العين مستأجرة لا يضمن إلّا للمستأجر وإن لم يحل له استيفاء ضدّ مورد الاجارة من جهة ما أشرنا إليه، من أنه نحو تصرف في العين على وجه غير مأذون، ولكن ذلك لا يقتضي ضمان غير المستأجر، كما هو ظاهر من البيانات السابقة فتدبر فيها.

وأما الصورة الثانية فالأمر من جهة التضمن كما سبق، نعم هنا ربّما يقع مورد خيار المالك، فبامضائه لا يستحقّ إلّا أجره مثل الزائد علاوة عن المسمى، وأما مع الفسخ فيستحقّ أجره مثل الجميع. وأما الصورة الثالثة فالحكم كما كان بلا خيار أيضاً.

هذا كلّه أيضاً في فرض عدم غرور المستأجر في استيفائه الزائد من قبل المالك، وإلّا فلا ضمان عليه لقاعدة الغرور، فليس عليه حينئذٍ في الفروع الثلاثة إلّا المسمى. كما أنه لو كان المتصدّي هو المالك فلا شبهة أيضاً في عدم استحقاقه من المستأجر في جميع الفروض المزبورة إلّا المسمى بلا خيار له حتى في الفرع الثاني؛ لإقدامه على ضرره كما هو ظاهر.

ثم إنّ ذلك كلّه أيضاً حكم ضمان المنافع، وأما ضمان العين فع عدم كون استيفاء الزائد بأمر المالك، فید المستأجر على العين يد ضمان؛ لتعديّه، فيضمن العين بتمامها.

وتوهم التبعض بين مقدار استحقاقه فلا يضمن وبين غيره فيضمن بالنسبة، منظور فيه؛ لأنّه بمجرد التعدي عن مورد الاستحقاق يخرج يده على العين من الأمانة، ويؤيده أيضاً رواية أبي ولاد^(١).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥٥ حديث ١ باب ١٧ من أبواب أحكام الاجارة.

نعم مع اذن المالك لا موجب لضمانه، إلا اذا شرط الضمان بنسبة الزائدة أو مطلقاً، بناء على صحة شرط الضمان في عقد الاجارة مثل العارية، وإلا فلا مقتضي للضمان أيضاً أصلاً، والله العالم.

ومنها: أن ظاهر كلماتهم اعتبار اباحة المنفعة في صحة الاجارة، ومقتضى القاعدة ليس إلا الاباحة الفعلية ولو عقلية ظاهرية؛ لأنه بها كان مقدور التسليم، فلا قصور في شمول العمومات له، ولكن ظاهر رواية تحف العقول^(١) وبعض أخبار أخر مثل قوله: «إذا حرم شيء حرم ثمنه»^(٢) بناء على شمول الثمن لمال الاجارة أيضاً، كون المانع الحرمة الواقعية الفعلية ولو كانت غير منجزة لولا دعوى انصرافها إلى الحرمة المنجزة، كي يكون النصوص على وفق القاعدة من جهة، وإن لم يشمل ما كان ملزوم حرمة فعلية فالقاعدة تقتضي أيضاً في مثله البطлан. كما أن الكلمات أيضاً قابلة لمثل هذا الحمل، فلا قصور في صحة الاجارة مع جريان عموم الحلية الظاهرية.

وعلى أي حال لا فرق بين الحرمة الذاتية أو العرضية، فلو آجر نفسه للاشتغال بعمل في المكان المغموب مع انحصار مصداقه به، يمكن المصير إلى عدم صحة الاجارة وبطلانه حتى على جواز اجتماع الأمر والنهي؛ لعدم القدرة على التسليم، وبه يمتاز باب المعاملات عن العبادة. نعم مع عدم الانحصار لأقصور في صحة الاجارة للقدرة على التسليم بالنسبة إلى الجامع، فيجب عليه تسليم المباح، ولو سلم الفرد الحرام في كونه مسقطاً للواجب اشكال، وحينئذ فلا بأس بالالتزام بضمانه لما قوته على المستأجر من العمل المحلل.

نعم لو كان مورد الاجارة حينئذ العنوان المترتب على الحرام كطحن

(١) تحف العقول: ٢٤٥.

(٢) مستدرک الوسائل ٢: ٤٢٧ حديث ٨.

الحنطة، لأقصور في كونه وفاء لما وجب؛ لعدم الحصر، نعم مع إيجاده بالفرد المحرم تبطل الاجارة حتى بالنسبة إلى العنوان المترتب أيضاً؛ لعدم القدرة ولو استوفاه غاصب لأقصور في ضمانه؛ لأنه منفعة محللة وإن كانت منوطة بمحصر. نعم لاضمان عليه بالنسبة إلى الفرد المحرم، لعدم ماليته ولكن مع ذلك أمكن دعوى أن استيفاءه ربما يوجب تفويت ضده من المنافع المحللة، فيضمن لها للاتلاف المزبور كما لا يخفى.

* * *

ثم إن القدرة على التسليم المعتبر في صحة الاجارة كما أشرنا إليه هو القدرة على تسليم العين ولو آنما ما قبل زمان المنفعة المستأجرة، وحينئذ فالمانع عن الصحة هو العجز من زمان العقد إلى زمان العمل بلامضي زمان يمكنه التسليم، وحينئذ فلو غصبه غاصب بعد زمان التمكن عن التسليم فلا يوجب مثل ذلك بطلان العقد، بل هو داخل في معاقد كلماتهم بأن الغصب قبل القبض يوجب الخيار، وبعده تصح الاجارة بلا خيار ويكون الغاصب ضامن للمستأجر. ثم إن ذلك التفصيل إنما يتم لو كان العجز المزبور غير موجب للحاق المنفعة بالمعدوم، وإلا فتبطل الاجارة بطروءه ولو بعد القبض، نظير اباق العبد وانهدام الدار وصيرورة السمك في الماء والطير في الهواء. وعليه فينحصر مثال العجز عن التسليم الغير الملحق بالمنفعة بالاتلاف بالغصب المزبور على التفصيل المسطور كما لا يخفى، بل في الأحرار المؤجرين الذي لا يقع العين تحت القبض، بل لا يكون تسليم المنفعة فيها إلا بإيجاد العمل، فمهما طرأ العجز من جهة حبه بعد تمكنه لا تبطل الاجارة أيضاً، بل الحابس ضامن للمستأجر.

نعم لو طرأ العجز من غير جهة حبه من حين العقد إلى آخر زمان الاجارة تبطل الاجارة رأساً في الثاني، وتبطل من حين طروء العجز في الأول، وكان حالهم من تلك الجهة كغيرهم كما لا يخفى.

ومثل هذا البيان ربّما يجمع بين شتات المسألة من التفصيل بين أنحاء الغضب مع بقاء العين على قابليّتها، ومن التزامهم بالبطلان عند طرود العجز مهما حصل من غير جهة حبسهم في اجارة الأحرار لأعمالهم، وكذا التزامهم ببطلان الاجارة مهما حصل تلف المنفعة عرفاً ولو بعد قبض العين، إذ كل واحد تحت كبرى مستقل غير الآخر فتدبر.

* * *

بقي الكلام في صورة التنازع:

(و) مِمْنُهَا: أَنَّ (القول قول منكر الاجارة مع عدم بيّنة المدّعي) في فرض النزاع في أصل وقوع الاجارة، للأصل، (وقول المستأجر في قدرة الأجرة والتفريط وقيمة العين)؛ للأصل في الأول والأخير. نعم بناء على عهدة العين في باب الضمان لا القيمة أمكن المصير إلى الاشتغال، فلا يخرج عن العهدة إلاّ بايثار الأكثر، وتقديم قول الأمين في عدم التفريط؛ لعموم: «ليس عليه إلاّ اليمين»، بل وأصالة عدمه.

* * *

(و) القول (قول المالك في ردّ العين وقدر المستأجر) منها؛ لأصالة عدم رده، وعدم تعلّق الاجارة بالزائد عما يعترف المالك به. (وكل موضع تبطل فيه الاجارة تثبت فيه) مع استيفاء المنفعة (أجرة المثل)؛ لقاعدة الاتلاف واحترام المال. وأمّا مع عدم الاستيفاء فع كون العين في يده كان اليد على العين يدّاً على شؤونها، وبه يضمن منافعها الغير المستوفاة أيضاً. وأمّا لو كان العين في يد المؤجر وأتى بالمنفعة وفاء لعقده، نظير الحرّ الآتي بالعمل بعنوان الوفاء بعقده، فلا اشكال أيضاً في تضمينهم المستأجر أيضاً، ولو لم يكن العمل راجعاً إليه بل كان من قبيل كنس دار جاره.

وعمدة الوجه فيه هو أنّ العمل بعد ما أُوتي بداعي الوفاء بالعقد، فكان ذلك من باب نحو تسبیب من قبل المستأجر، فيجري فيه مناط الأجرة في الأعمال الناشئة بداعي ارادة الغير، وهذا المقدار من التسبیب أيضاً مورد اطباقهم على صرف الضمان إلى الأمر أو من بحكمه.

نعم لو قصد المأمور المجانبة فكان عمله مهتوكاً، فلا يضمن غيره ولو باتلافه أو يده، فكأن قاعدة اليد والاتلاف أو التسبیب بالأمر ونحوه متكفلة لإثبات ضمان مال المحترم فارغاً عن احترامه على عهدة ذي اليد ومثله، فلم يجرز احترام المال ليس شأن عموم اليد أو الاتلاف ضمانه، فكأن قاعدة الاحترام بمنزلة الصغرى لهذه العمومات، فكل واحد من هذه القواعد متكفل شيئاً غير الآخر.

ولذا نقول: إنّ عموم اليد^(١) في غير محترم المال كالحرثي مثلاً غير موجب للضمان، وذلك أيضاً ليس من جهة التخصيص، بل من باب التخصيص ونفي الموضوع، كما أنّ قاعدة احترام المال في نفسه أيضاً لا يوجب ضمان تلفه على أحد، بل ليس شأنه إلا أنّ المال صالح للبدلية وأما على من كان بدله فليس مثل ذلك متكفلة له.

ومن هذا البيان ربّما يتضح مطلب آخر، وهو أنّ عمدة النظر في قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده، ليس إلاّ تعيين مورد ضمان المال ليد أو اتلاف، بل بعد الفراغ عن أنّ شأن أمثال هذه القواعد اثبات الضمان في مورد احترام المال على ذي اليد والتلف ومن بحكمه بتسبيبه ولو بأمره وارادته.

* * *

بقي الكلام وتتمام النظر والشبهة إلى كون المال المزبور خصوصاً مع علم

المالك بفساد العقد واقباضه العين وإيجاده العمل بداعي الوفاء بالمعاملة الفاسدة مهتوكاً من قبل المالك أم لا؟

ففي مثل هذا الفرض لا يبقى مجال التمسك بالعمومات المزبورة لا ثبات الضمان بالقيمة الواقعية؛ لعدم احراز موضوعها كما أشرنا، بل لا محيص إلا من التشبث ببقاء احترام المال، ولو يجعل اقدام الطرف بالضمان قرينة عدم كون المالك في مقام هتك حرمة ماله، فبعد ذلك القواعد المزبورة يوجب قرار الضمان على المتلف وذي اليد وحينئذٍ فينحصر مدرك القاعدة المزبورة على البيان المسطور بقاعدة الاقدام بالمعنى الذي أشرنا إليه، لا بمعنى كونه بنفسه موجب للضمان، كي يرد عليه بأن ما أقدم عليه هو الضمان الجعلي فيما استقر، وما استقر هو الضمان الواقعي الغير المقدم عليه.

وحينئذٍ فلقد أجاد الشهيد في تمسكه بمدرك القاعدة المزبورة بقضية الاقدام على الضمان لولا ترديفه^(١) بعموم على اليد وأمثاله، إذ يمكن دعوى خروج مفادها في فرض احترام المال عن محط النظر والاشكال، فتمام النظر في المورد إلى بقاء الاحترام وعدمه، وفي هذه الجهة ينحصر المدرك بقاعدة الاقدام بالتقريب الذي نحن أشرنا اليه، كما لا يخفى.

وما ذكرنا أيضاً ظهر وجه مدرك عكسه، من أن اقدامه على قبض ماله مجاناً، وتسليطه غيره عليه ولو بعنوان كونه مال طرفه وفاء للمعاملة الفاسدة، أيضاً هتك حرمة ماله، أو لا يكون هتكه إلا بتسليط غيره على ماله بعنوان أنه ماله لا مال طرفه. فعلى الأخير لا يتم العكس حتى مع العلم بالفساد، بخلافه على الأول. ففي مثل المقام أيضاً لا مجال للتشبث بعموم اليد والاتلاف؛ للشك في صغرها في مثل المقام، فالمهم اثبات صغرى الاحترام في مثله أيضاً، فتدبر

(١) هكذا في النسخة الخطية، والصحيح: أردافه.

والله العالم.

* * *

(و) كيف كان (يصح اجارة المشاع)؛ للعمومات، بعد عدم صلاحية مجرد الاشاعة للمانعة، إذ المستأجر حينئذ يصير بمنزلة المالك في كيفية استيفاء المنافع المشاعة، إمّا برضاء الطرفين، أو إلزام الطرف على الأقرض. (و يضمن الصانع ما يجنيه وإن كان حاذقاً كالقصار بخرق الثوب)، وهكذا الطبيب والبيطار والحجّام والحمال؛ لعموم ضمان المتلف المستفاد من مضامين النصوص، وفي صحيح الحلبي: «كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن»^(١)، وفي خبر السكوني: «من تطب أو تبطر فليأخذ البراءة من وليه، وإلا فهو ضامن»^(٢)، وأنه ضمن ختناً قطع حشفة غلام^(٣)، إلى آخر.

ولا اشكال في شمول النصوص صورة خطئه في معالجته، وإنما الاشكال في الشمول لصورة عدم خطئه بحسب القواعد المعمولة عندهم في المعالجة. فظاهر الجواهر تضمينهم^(٤)؛ لاطلاق النصين، علاوة على عموم قاعدة الاتلاف، وعلى فرض التشكيك في انصراف الصحيحة عن هذه الصورة يكفي اطلاق البقية. ثم أنه لو كان الصانع المفسد للمال عبداً كان لازماً على مولاه في عمله وسعيه، فإن قصر عن السعي كان على ذمة العبد يتبع به بعد عتقه، وذلك كله من جهة الجمع بين القاعدة والنص الوارد على قوله: «ليس على مولاه شيء»

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٥ حديث ١٩ باب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٩٤ حديث ١١ باب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٩٥ حديث ٢ باب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان.

(٤) الجواهر ٢٧: ٢٨٣.

وليس لهم أن يبيعوه ولكنه يستسعى فإن عجز فليس على مولاه^(١)، ومقتضى النص المزبور تعلق حقهم بعمله، فلهم استسعاه ولو لم يكن مأذوناً من قبل مولاه.

وعليه أيضاً يحمل ما في الحسنة من ضمان المولى^(٢)، وهذا المقدار وإن كان خلاف القواعد، ولكنه لأبداً وأن يرفع اليد عنها بالنص المعمول به. نعم مع قصوره عن السعي يبقى مقتضى القواعد من كون اتلافاته على رقبته على حالها، وحيث أن النص مختص بالماليات فلم يتعدوا منها إلى الجنایات، فيبقى على عموم القاعدة من أن دينه الخطي على رقبة العبد يتبع بعد عقته، وأما في العمدي فلولي الدم الاسترقاق أو القصاص.

وحينئذٍ فما في كلماتهم من اختلاف الأقوال من إلحاق المحقق الجنایة بالماليات باطلاق كلامه، أو إلحاق الماليات بالجنایات^(٣)، في المشي على طبق القاعدة وطرح النصوص، كما هو ديدن ابن ادریس^(٤)، وتبعه المحقق الثاني^(٥)، أو المصير إلى ضمان المولى في الماليات بمقتضى الحسنة^(٦) وطرح الصحيحة^(٧)، أو حمله على أحد افراد ماتفي به ذمته، منظوره فيه، فتدبر.

* * *

خاتمة: في مسائل مهمة:

- (١) وسائل الشیعة ١٣: ٢٥٢ حديث ٣ باب ١١ من أبواب أحكام الاجارة.
- (٢) وسائل الشیعة ١٣: ٢٥١ حديث ٢ باب ١١ من أبواب أحكام الاجارة.
- (٣) الشرائع ٢: ١٨٧.
- (٤) السرائر: ٢٧٢.
- (٥) جامع المقاصد ٧: ٢٨٣.
- (٦) وسائل الشیعة ١٣: ٢٥٢ حديث ٣ باب ١١ من أبواب أحكام الاجارة.
- (٧) وسائل الشیعة ١٣: ٢٥١ حديث ٢ باب ١١ من أبواب أحكام الاجارة.

منها: أن طبع عقد الاجارة لا يقتضي أزيد من تملك المستأجر منفعة العين أو العمل في ذمة الأجير على وجه، واستحقاق الأجير والمؤجر أجرته المسمى بلاستحقاق نفقة نفسه أو ماله على المستأجر، نعم لو انصرف العقد في شخص مورد إلى مثل هذه الجهة، كان ذلك بمنزلة اشتراطه في متن العقد، فينزّل على النحو المعتاد فراراً عن الغرر. ولعلّ ماورد من النصّ في باب الأجير من أن نفقته على المستأجر^(١) منزّل على هذه الصورة، وإلا فاطلاقه غير معمول به فيطرح.

نعم لو كان العين في معرض صدق الاتلاف بعدم الانفاق، يجب على المستأجر انفاقه مع استحقاق رجوعه إلى المالك فراراً عن غصبه بتفريطه، وإلا فلا دليل على وجوب حفظ الأمانة ما لم يصدق عليه تفريطه واتلافه كما أفاده الجواهر^(٢) رحمه الله.

ومنها: أنه يعتبر في المؤجر سلطنته على الإيجار، فلا تنفذ اجارة الطبقة الأولى من الموقوف عليهم بأزيد من زمانهم، لولا ولايتهم على الطبقة الثانية، ملحوظاً فيه أيضاً مصلحة الوقف أو مصلحة الطبقة الثانية، بل ومع التولية من قبل الواقف يكفي فيه عدم المفسدة، كما لا يخفى.

ومن هذا الباب إيجاد وصي الصبيان أنفسهم أو أموالهم، فإن سلطنته غير محدودة إلى زمان كبيرهم، فمع عدم المفسدة ينفذ عقده عليهم حتى بعد كبيرهم، كما هو الشأن في أوليائهم الاجباري، إذ شأن دليل الوصاية توسعة ما للموصى في زمان حياته إلى بعد موته مفوضاً إلى وصيته، فإذا لم يعتبر في تصرفه في مال الصبي ونفسه المصلحة ويكفي فيه عدم المفسدة، فكذا الأمر في وصيته.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٥٠ حديث ١ باب ١٠ من أبواب أحكام الاجارة.

(٢) الجواهر ٢٧: ٢٨٣.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ إِذَا دَفَعَ سَلْعَتَهُ إِلَى شَخْصٍ لِيَعْمَلَ فِيهِ عَمَلًا، فَإِنْ عَيَّنَ الْأُجْرَةَ وَعَقَدَ عَلَيْهِ وَلَوْ مَعَاطَاةً بَعْقَدَ اجَارَةً أَوْ جَعَالَةً فَهُوَ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ عَامِلًا يَصْرِفُ أَمْرَهُ فَمَعَ تَعْيِينَ أُجْرَتِهِ السُّوقِيَّةَ فَيُضْمَنُ الْأَمْرَ تِلْكَ الْأُجْرَةَ، وَإِلَّا فَلِلْعَامِلِ تَعْيِينَ أُجْرَةٍ عَمَلِهِ؛ لِأَنَّ مَرَاتِبَ مَالِيَّتِهِ عَمَلُهُ تَحْتَ نَظَرِهِ وَاخْتِيَارِهِ.

ثُمَّ لَوْ لَمْ يَكُنْ لِهَذَا الْعَمَلِ قِيَمَةٌ سُوقِيَّةٌ، فَتَارَةً مِنْ جِهَةٍ تَسَامَحُهُمْ فِيهِ مَعَ وَجُودِ الْمَالِيَّةِ لَهُ، وَأُخْرَى لِعَدَمِ الْمَالِيَّةِ لَهُ، وَأُخْرَى لِعَدَمِ الْمَالِيَّةِ لَهُ رَأْسًا. فَعَلَى الْآخِرِ فَلَيْسَ عَلَى الْعَامِلِ أُجْرَةٌ أَصْلًا وَوَجْهَهُ وَاضِحٌ، وَعَلَى الْأَوَّلِ فَلَا قُصُورَ فِي اسْتِحْقَاقِهِ مَعَ عَدَمِ قُصْدِهِ الْمَجَانِيَّةَ وَلَوْ مَسَامَحَةً عَلَى وَفْقِ السُّوقِ، نَعَمْ لَوَادَعَى الْأَمْرَ ذَلِكَ رَبِّمَا يَدْعَى تَقْدِيمَ الظَّاهِرِ عَلَى أَصَالَةِ عَدَمِ الْمَجَانِيَّةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ.

وَمِنْهَا: أَنَّ مُقْتَضَى وَجُوبِ الْوَفَاءِ بَعْقَدَ الْاجَارَةَ وَجُوبِ تَهْيِئَةِ مَقْدَمَاتِ الْإِنْتِفَاعِ عَلَى الْمُؤَجَّرِ، وَفِي كَوْنِ هَذِهِ الْمَقْدَمَاتِ مِنْ مَالِ الْمُؤَجَّرِ لَوْلَا الْإِشْتِرَاطُ فِي مَتْنِ الْعَقْدِ أَوْ انْصِرَافِهِ إِلَى عَادَةٍ عَرَفِيَّةٍ اشْكَالٌ، إِذْ مَجْرَدُ وَجُوبِ التَّهْيِئَةِ بِهِ عَلَيْهِ لَا يَقْتَضِي الْمَجَانِيَّةَ.

وَتَوْهَمُ عَدَمُ وَجْهِ لِلرَّجُوعِ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَيْضًا مَدْفُوعٌ بِأَنَّ رَجُوعَهُ إِلَيْهِ بِمَنَاطِ تَسْبِيهِ النَّاشِئِ عَنْ الْوَفَاءِ بِعَقْدِهِ، وَهُوَ الَّذِي أَوْجَبَ الرَّجُوعَ إِلَيْهِ فِي فَرْضِ فُسَادِ الْعَقْدِ أَيْضًا، وَحِينَئِذٍ فَمَا عَنِ الْجَوَاهِرِ ^(١) رَدًّا عَلَى مِثْلِ الْمَسَالِكِ ^(٢) وَالرُّوَضَةِ ^(٣) وَالتَّذَكُّرَةِ ^(٤) وَحُكْمُهُمْ بِضَمَانِ الْمُسْتَأْجِرِ مَنْظُورٌ فِيهِ، فَتَدَبَّرْ، وَاللَّهُ الْعَالِمُ.

* * *

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٢٤٧.

(٢) مسالك الافهام ١: ٢٦١.

(٣) الروضة البهية ٥: ٣٥١.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٠٩.

وأنا العبد الفقير إلى الله الغني محمد ابن الحاج رضا ابن الحاج محمد علي
 الحسون النجفي قد أتممت تحقيق هذا المقدار من كتاب شرح التبصرة في
 السابع عشر من شهر شعبان المعظم سنة ١٤١١ هـ سائلاً الله العلي القدير أن
 يتقبل مني هذا العمل المتواضع، وأن يغفر لي ولوالديّ ولمن يلوذ بي، انه سميع
 عليم، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

فهرس الموضوعات

كتاب المتاجر

٥ تعريف المتاجر

الفصل الأول: في التجارة

٥ وجوب التجارة اذا لم يكن للانسان معيشة سواها

٥ استحباب التجارة للتوسعة على العيال

٦ كراهة التجارة اذا كان الغرض منها جمع المال

٧ اباحة التجارة مع عدم الاحتياج اليها ولا ضرر في فعلها

٧ حرمة التجارة اذا كانت في محرم

المتاجر المحرمة

٧ حرمة التكسب بالأعيان النجسة

٨ بيان الأصل في المتاجر المحرمة

الفصل الثالث: في عقد البيع

١٥ تعريف عقد البيع

١٥ معنى الايجاب والقبول

١٦ ما يجب اعتباره في الايجاب والقبول

١٧ بيان حقيقة البيع

١٨ دخول العقود اللفظية في لزوم المعاملة

- ٢٠ صيرورة المال ملكاً للمباح له بالتلف والتصرف بمقتضى القاعدة
- ٢١ اعتبار جميع شرائط البيع العقدي في المعاطاة عدا اللفظ
- ٢٢ جريان المعاطاة فيما يصلح لطرء العناوين بمثله
- ٢٣ ألفاظ عقد البيع
- ٢٣ إذا اختلف المتعاقدان في شرائط صحة العقود
- ٢٤ يشترط في صحة البيع صدوره عن المكلف
- ٢٦ يشترط في العاقد ألا يكون مكرهاً
- ٣٠ يشترط في العاقد ألا يكون مملوكاً في ظرف عدم رضی سيده
- ٣٢ يشترط في صحة العقد صدوره عن مالك
- ٣٤ بعض أحكام العقد الفضولي
- ٣٨ صحة البيع أو غيره من العقود الواقعة ممن هو بحكم المالك
- ٤٠ صحة التصرف بمال الغير من قبل الحاكم وأمينه بشرط المصلحة
- ٤١ صحة بيع مال اليتيم من قبل الوصي من الأب والجد
- ٤٢ صحة بيع مال اليتيم من قبل الوكيل
- اعتراضه على المصنف بعدم ذكره بقية شرائط المتعاقدين كالرشد، وعدم
الاكراه، والعبودية
- ٤٢ توقف عقد الفضولي على الاجازة
- ٤٣ بيان كون الاجازة كاشفة أو ناقلة
- ٤٣ اشتراط عدم الرد في الاجازة للعقد الفضولي
- ٤٨ انتقال الاجازة في العقد الفضولي الى الوارث
- ٤٩ عدم فورية الاجازة في العقد الفضولي
- ٥١ اعتبار كون المجيز سلطاناً على التصرف في ماله
- ٥٢ من باع شيئاً ثم ملكه
- ٥٤ من باع عن الغير شيئاً ثم ملكه

- ٥٤ بيان بعض تقسيمات العقد الفضولي
- ٥٥ فساد العقد الفضولي بعدم اجازة المالك
- ٥٧ لوجع الفضولي بين ملكه وملك غيره
- ٥٧ لوباع الفضولي ما يتمول وما لا يتمول
- فرعان:
- ٥٨ الأول: لوباع مَنْ له نصف الدار ملك نصف الدار فقط
- ٦١ الثاني: اشتراط اسلام مشتري العبد المسلم في صحة شرائه
- ٦٢ وجوب شراء العبد الكافر من سيده الكافر عند اسلامه
- ٦٣ عدم ثبوت الخيار للكافر عند شراء عبده المسلم
- ٦٤ من شرائط صحة البيع كون المبيع أو الثمن متمولاً قابلاً للتملك
- ٦٦ بيع الأراضي المفتوحة عنوة
- ٦٧ عدم جواز بيع الوقف
- ٦٩ موارد جواز بيع الوقف
- ٧٢ عدم جواز بيع أم الولد
- ٧٤ جواز بيع أم الولد بثمن رقبته
- ٧٥ جواز بيع أم الولد اذا تعلق حق الجناية للغير بها عمداً
- ٧٦ جناية الغير على أم الولد
- ٧٧ اذا أسلمت أم الولد عند مولاه الكافر
- ٧٩ عدم جواز بيع العين المرهونة
- ٨٠ فساد بيع العبد الجاني عمداً أو خطأ
- ٨٠ يشترط في المكيل والموزون والمعدود معرفة المقدار بأمرها
- ٨٠ لافرق في مجهولية العوضين بين رجوعها الى الخصوصية الذاتية أو الوضعية
- ٨٢ عدم اختصاص الجهل بالعوضين بالمقدار فقط بل شموله لسائر الجهات
- ٨٣ تقدير المال بغير التقدير المخصوص له

- ٨٤ اعتبار كيل ووزن كل بلد وزمان بحسب وزنهم وكيلهم
- ٨٥ كون المدار على تقدير بلد المعاملة عند اختلاف المتباينين
- ٨٦ ثبوت خيار تخلف الشرط أو الغبن عند اختلاف تقدير العوضين
- ٨٧ جواز ابتياع بعض الجملة مشاعاً اذا علمت نسبته
- ٨٧ بيع الكلي في المعين
- ٨٨ الفرق بين الطبيعة المطلقة والمضيقة المنحصر فردها بالواحد بشرط لا
- ٩٢ الفرق بين وجوب رد مال الغير ووجوب الوفاء بالعقد
- ٩٢ الفرق بين بيع الصاع من الصبرة وبين بيع الصبرة باستثناء الصاع أو الأبطال
- فرعان:
- أحدهما: لو باع صاعاً من الصبرة لأحد، وباع صاعاً آخر لغيره، فتلقت الصبرة إلا
- ٩٣ صاعاً
- ثانيهما: اذا شاهد عيناً على وصف في زمان وشك في وقت آخر في بقاء ذلك
- ٩٥ الوصف وعدمه
- ٩٥ جواز الانذار للظروف بما يقارها
- ٩٨ اشتراط كون المبيع مشاهداً، أو موصوفاً بما يرفع الجهالة
- ٩٨ ثبوت الخيار للمشتري اذا وجد العين مخالفة للوصف
- ٩٩ فرع: لو اختلف البائع والمشتري في أصل التغيير
- ١٠٠ جواز بيع ما يفتقر معرفته الى الاختبار بالوصف
- ١٠٢ جواز شراء ما يفسد بالاختبار بدون اختبار اذا تعذر الوصف
- ١٠٣ جواز أخذ الأرض إذا خرج المبيع معيباً وقد بيع بلا توصيف ولا اختبار
- ١٠٣ بيع السمك في الأجمة واللبن في الضرع وما في بطون الأنعام
- ١٠٦ بيع العبد الآبق مع الضميمة
- ١٠٦ عدم جواز بيع مما يلحق الفحل، ولا بيع المضامين
- ١٠٧ جواز بيع السمك في فأره

- ١٠٨ بيع الصوف على ظهور الغنم
 ١٠٩ اشتراط كون الثمن معلوماً قدرأً ووصفاً
 ١١٠ عدم جواز البيع بدينار غير درهم نسيئة، ولا نقداً مع جهل نسبته اليه
 ١١٠ اشتراط كون المبيع مقدوراً على تسليمه
 ١١١ عدم صحة بيع الآبق منفرداً
 ١١٣ عدم جواز بيع الطير في الهواء والسماك في الماء مع اليأس عن الظفر بهما
 ١١٣ كل بيع فاسد مضمون على قابضه
 ١١٣ لوزادت قيمة العين المقبوضة بالعقد الفاسد
 ١١٥ اذا نقص من العين المقبوضة شيء
 ١١٥ اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن

مسائل:

- ١١٧ منها: استحباب التفقه في المسائل المتعلقة بالتجارة
 ١١٩ ومنها: كراهة تلقي الركبان
 ١٢٠ ومنها: اذا دفع انسان مالاً لغيره ليصرفه في قبيل وكان منهم
 ١٢٠ ومنها: بيان أحكام الاحتكار

الفصل الرابع: في الخيارات

- ١٢٢ تعريف الخيار
 ١٢٢ قابلية الخيار للاسقاط
 ١٢٣ الاستدلال على أصالة لزوم الوفاء بالعقد
 خيار المجلس
 ١٢٧ بيان معنى خيار المجلس، والاستدلال عليه بالسنة
 ١٢٧ عدم اعتبار وحدة المكان شخصاً بل كفايته نوعاً
 ١٢٨ ثبوت خيار المجلس في الوكيل

- ١٢٩ ثبوت الخيار للمالكين والوكيلين لو اجتمعا في مكان واحد
- ١٢٩ عدم ثبوت خيار المجلس للفضولي
- استثناء ثبوت خيار المجلس في عدة صور:
- ١٣٠ منها: بيع العبد على مَنْ ينعق عليه
- ١٣١ ومنها: بيع الكافر عبده المسلم
- ١٣١ ومنها: لو اشترى العبد نفسه
- ١٣٢ سقوط خيار المجلس بالتفرق أو باشتراط سقوطه قبل العقد أو بعده
- ١٣٤ سقوط خيار المجلس باشتراط عدم الفسخ بعد تمام العقد
- ١٣٤ سقوط خيار المجلس باسقاطه بعد العقد بانشائه مستقلاً
- ١٣٥ سقوط خيار المجلس بافتراق المتعاقدين الحاصل بحركة أحدهما وسكون الآخر
- ١٣٥ كون الافتراق غاية للخيار لا مانعاً. ورافعاً له
- ١٣٦ عدم سقوط خيار المجلس بالافتراق كرهاً
- ١٣٧ عدم ثبوت خيار المجلس في غير البيع
- خيار الحيوان
- ١٣٧ ثبوت خيار الحيوان لكل من اشترى حيواناً ثلاثة أيام من حين العقد
- ١٣٧ الاستدلال على ثبوت خيار الحيوان بالسنة
- ١٣٨ استحكال المصنف بثبوت خيار الحيوان للمشتري فقط
- ١٣٩ ابتداء الثلاثة أيام في خيار الحيوان من حين البيع
- ١٤٠ ثبوت خيار الحيوان في مطلق ما يكون حيواناً كدود القز والعبيد
- ١٤٠ سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه
- ١٤١ احتساب تلف الحيوان في الثلاثة أيام من البائع سواء كان قبل القبض أو بعده
- ١٤٤ عدم منع العيب الحادث من غير تفريط في يد المشتري من الرد بالعيب السابق
- خيار الشرط
- ١٤٤ ثبوت خيار الشرط في كل مبيع اشترط الخيار فيه

- ١٤٥ لافرق بين اتصال زمان الشرط بالعقد أو انفصاله
- ١٤٥ عدم تقدير الشرط بمدة معينة
- ١٤٥ جواز اشتراط الخيار لأحد المتعاقدين، أو لهما، أو لثالث
- ١٤٦ جواز اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع
- ١٤٩ احتساب التلف في مدة خيار الشرط وبعد القبض من المشتري
- ١٤٩ كفاية مجرد التسليط على العين المردودة في خيار الشرط
- خيار الغبن
- ١٤٩ تعريف الغبن
- ١٥٠ ما يشترط في خيار الغبن
- ١٥٠ رده للقائلين بوجوب الأرش في الغبن
- ١٥٠ تقويته للمشهور بأن المغبون مخير بين الفسخ والإمضاء
- ١٥١ المدار في الغبنية على الغبن حين الانتقال ولو كان متأخراً عن العقد
- ١٥٢ اذا زال النقص قبل اطلاع المغبون
- ١٥٢ ما يثبت به جهل المغبون
- ١٥٢ بيان ميزان الغبن
- ١٥٣ رده لاشكال صاحب المسالك بتصور الغبن في الطرفين
- بيان أن ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار، أو كاشف عن ثبوته من حين العقد
- ١٥٣ سقوط خيار الغبن بعدة أمور:
- ١٥٤ منها: اشتراط سقوطه في متن العقد
- ١٥٥ ومنها: إسقاطه بعد العقد
- ١٥٥ ومنها: تصرف المغبون بعد العلم بالغبن بنحو التصرفات المسقطه لخيار الحيوان
- ومنها: تصرف المغبون قبل العلم بالغبن بالتصرفات المتلفة أو الناقلة التي هي بحكم
- ١٥٦ الاتلاف

- ١٥٧ حكم الرد فيما لو تصرف المشتري بالعين بما يوجب الشركة
- ١٥٧ لو تصرف الغابن بالعين تصرفاً مغتبراً اما بالنقيصة أو الزيادة أو الامتزاج
- ١٦٣ فورية خيار الغبن
- خيار التأخير
- ١٦٣ لزوم البيع ثلاثة أيام فيما اذا باع شيئاً ولم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ولم يشترط التأخير
- ١٦٤ الاستدلال على ثبوت خيار التأخير بالسنة
- ١٦٥ ثبوت خيار التأخير فيما لو كان المبيع عيناً خارجية
- ١٦٦ اشتراط الصدوق في ثبوت خيار التأخير عدم كون المبيع جارية أو مطلق الحيوان
- ١٦٧ القول بسقوط خيار التأخير اذا بذل المشتري الثمن بعد الثلاثة أيام
- ١٦٧ حكم فورية خيار التأخير وعدمه
- ١٦٨ احتساب السلعة من مال البائع اذا تلفت في الثلاثة أيام
- ١٦٨ ثبوت الخيار يوم واحد فيما يفسد من يومه
- خيار الرؤية
- ١٦٩ ثبوت خيار الرؤية للمشتري اذا اشترى موصوفاً غير مشاهد فوجده دون الوصف
- ١٧٠ ثبوت خيار الرؤية في العين الخارجية كلية كانت أم شخصية
- ١٧١ اشتراط الوصف بما يرتفع به الغرر
- ١٧٢ بيان فورية خيار الرؤية وعدمه
- ١٧٢ سقوط خيار الرؤية باسقاطه بعد الرؤية
- ١٧٣ بيان استحقاق المشتري البذل اذا خرج المبيع مغايراً للوصف، وعدمه
- ١٧٤ ثبوت الخيار للبائع فيما لو لم يشاهد المبيع وباعه بالوصف المرئي سابقاً، وظهر أجود
- أحكام الخيارات
- ١٧٥ كون الخيارات من الحقوق القابلة للاسقاط، والقابلة للانتقال بالارث
- ١٨٠ عدم سقوط الخيار اذا لم يكن للميت تركة
- ١٨٠ حكم الخيار اذا كان لأجنبي فمات

- ١٨١ سقوط الخيار بالتصرف الكاشف عن الرضى بالفسخ فعلياً وقولياً
- ١٨٢ تقديم الامضاء على الفسخ فيما لو اشترى العبد بجزارية مع الخيار
- ١٨٢ عدم جواز التصرفات الناقلة من غير ذي الخيار
- ١٨٣ رد المصنف للقول بعدم جواز التصرفات الناقلة من غير ذي الخيار
- مناقشة المصنف لقول الشيخ الطوسي باشتراط انتقال العوضين بانقضاء زمان الخيار
- ١٨٤ احتساب المبيع من مال البائع اذا تلف قبل القبض
- ١٨٥ مناقشة المصنف لقول العلامة في التذكرة من عدم وجوب القبض والاقباض في أحكام الخيار
- ١٨٦

الفصل الخامس: في العيوب

- ١٨٧ تعريف العيب
- ١٨٧ الاستدلال على ثبوت خيار العيب برواية محمد بن مسلم
- ١٨٨ تحكيم العرف بما ينطبق عليه النقص أو الزيادة في الخلقة
- الاستشكال في بعض الامور بانها عيب أم لا:
- ١٨٨ منها: الحمل
- ١٨٨ ومنها: الأغلفة في الكبار
- ١٨٨ ومنها: الابق في العبد
- ١٨٩ ومنها: الثقل الخارج عن العادة في الزيت
- ١٨٩ اقتضاء سلامة المبيع اذا أطلق المتبائع البيع أو شرطاً الصحة
- ١٩٠ عدم الضمان عند التبيري من العيوب
- ١٩٠ بيان معنى التبيري من العيوب
- ١٩١ يتخير المشتري بين الرد والامساك بالأرض اذا وقع العقد على المبيع بدون التبيري
- ١٩٢ ترتب خيار العيب على ظهوره
- ١٩٣ ثبوت خيار العيب للبائع اذا ظهر الثمن معيباً

- ١٩٣ ثبوت الأرض خاصة دون الرد إذا تصرف أحد المتبايعين بما قبضه
- ١٩٤ سقوط خيار العيب بتلف العين
- ١٩٤ مانعية وطء الجارية من الرد
- ١٩٧ ثبوت الأرض دون الرد في العيوب الموجبة لنقص في العين بلا نقص في ماليته
- ١٩٧ عدم ثبوت الأرض لو علم المشتري بالعيب ثم اشتراه
- ١٩٨ سقوط خيار العيب بالتبري، والتصرف الكاشف عن الرضى^١
- ١٩٨ تنبيه: قول بعض الأعاضل بحرمة كتمان العيب جلياً أم خفياً، ومناقشة المصنف له
- ثبوت الأرض للمشتري أو رد الجميع لا المعيب وحده فيما لو باع شيئين صفقة وظهر العيب في أحدهما
- ١٩٩ إذا اشترى اثنان صفقة لم يكن لأحدهما رد حصته بالعيب إلا إذا وافقه الآخر
- ١٩٩ ابطال التصرف رد المعيب إلا في وطء الحامل فيردها مع نصف عشر القيمة
- ١٩٩ عدم مانعية الحلب في الشاة المصرة من الرد بخيار التدليس والتصرية
- ٢٠٢ بيان إلحاق الأمة المصرة بالشاة المصرة وعدمه
- ٢٠٢ تقديم قول المشتري مع يمينه فيما لو ادعى البائع التبري من العيوب ولا بينة
- ٢٠٢ تقديم قول البائع مع يمينه فيما لو ادعى المشتري تقدم العيب على العقد
- خاتمة في الأرض
- ٢٠٣ بيان معنى الأرض والعلة في تشريعه
- ٢٠٤ تحديد الأرض بمعرفة قيمتي الصحيح والمعيب
- ٢٠٥ الرجوع الى أهل الخبرة في معرفة قيمة الأرض
- ٢٠٥ بيان الحكم فيما لو عُدِم أهل الخبرة
- ٢٠٥ بيان الحكم فيما لو تعارض المقومون
- ٢٠٦ العمل بالتنصيف فيما لو تعارض المقومون
- ٢٠٦ بيان المقصود من قيام البينة على القيم الواقعية

الفصل السادس: في النقد والنسيئة والمراجعة

- ٢٠٨ اقتضاء اطلاق العقد حلول الثمن
- ٢٠٨ صحة اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة
- ٢١٠ بطلان اشتراط تأجيل الثمن مدة مجهولة
- ٢١٠ بطلان المعاملة لو باعه بضمن حالاً وبأزيد مؤجلاً
- صحة المعاملة مع عدم الشرط فيما لو باع نسيئة ثم اشتراه قبل الأجل بزيادة أم
- ٢١١ نقصان من جنس الثمن وغيره حالاً وموجلاً
- ٢١٤ لو باع نسيئة ثم اشتراه بعد حلول الأجل بمجنسه أو بغيره
- ٢١٤ عدم وجوب دفع الثمن قبل الأجل ولا قبضه قبله
- ٢١٤ وجوب القبض لو حلّ الأجل ودفع المديون الثمن
- لو امتنع من يجب عليه أخذ حقه باعطاء الغير وهلك ، كان هلاكه من صاحب
- ٢١٤ الحق
- ٢١٥ وجوب الإخبار بالأجل إذا باعه مراجعة وكان قد اشتراه نسيئة
- ٢١٥ مشروعية المراجعة، وجوب الإخبار برأس المال ونسبة الربح
- ٢١٧ مشروعية المواضعة، وجوب الإخبار برأس المال ونسبة الوضعية
- ٢١٧ مشروعية التولية، وبيان أحكامها
- تخير المشتري بين الرد والامساك بالثمن حالاً إذا كان البيع نسيئة وقد أخفى البائع
- ٢١٨ الأجل

- ٢١٩ وجوب نسبة الربح الى السلعة لالا الى الثمن عند البيع مراجعة
- لو اشترى أمتعة صفقة بضمن لم يجز له بيع أفرادها مراجعة بالتقويم إلا بعد الإعلام ٢٢

الفصل السابع: فيما يدخل في المبيع

- ٢٢١ دخول النخل والشجر في بيع الأرض مع الشرط، وإلا فلا
- دخول النخل والشجر في بيع الأرض لو قال البائع: بعتهما وما أغلق عليه بابها ٢٢٢
- دخول أعلى الدار وأسفله في بيعه، إلا أن يستقل الأعلى بالسكنى عادة ٢٢٢

- ٢٢٢ احتساب الثمرة للبائع فيما لو باع نخلاً مؤبرة
 ٢٢٣ احتساب الثمرة للمشتري فيما لو باع نخلاً غير مؤبّر
 ٢٢٣ عدم دخول الحمل في الابتياح من غير شرط
 ٢٢٤ لو شك في أن الحمل قبل البيع أو بعده
 ٢٢٦ لو استثنى البائع نخلة كان له المدخل إليها والمخرج منها ومدى جرائدها من الأرض
الفصل الثامن: في التسليم

- ٢٢٧ بيان معنى التسليم
 ٢٢٨ استشكال المصنف على تعريف الماتن للتسليم
 ٢٢٨ وجوب التسليم على البائع في المبيع وعلى المشتري في الثمن
 ٢٢٩ اجبار البائع والمشتري على التسليم لو امتنعا
 ٢٢٩ التلف قبل القبض بمنزلة التلف قبل العقد
 ٢٣٠ وجوب التسليم مفرغاً للمال عن ملكه حين قبضه
 ٢٣٠ جواز بيع مالا يقبض قبله، إلا أن يكون طعاماً فلا يبيعه إلاّ تولية
 ٢٣٢ فرع: لو كان على غيره طعام بعقد في مكان فهل له المطالبة في غير مكانه؟
 تقديم قول البائع في عدم النقصان مع حضور المشتري الكيل والوزن مع يمينه وعدم
 البيّنة، وتقديم قول المشتري مع عدم حضوره
 ٢٣٢ الشرط في العقد
 ٢٣٣ حقيقة الشرط ومعناه الاسمي
 ٢٣٦ صحة اشتراط ما يسوغ شرعاً ويدخل تحت القدرة في حال العقد
 ٢٣٦ عدم جواز اشتراط ما ليس بمقدور كصيرورة الزرع سنبلًا، وما ليس بمشروع شرعاً
 ٢٣٧ وجوب عدم مجهولية الشرط
 ٢٣٨ بيان معنى مخالفة الشرط للسنة
 ٢٤٠ بيان بعض الشروط التي يُختلف في مخالفتها للسنة أم لا
 ٢٤٠ صحة اشتراط العتق في المبيع على المشتري

- ٢٤٠ بطلان اشتراط مالاييسوغ أو عدم العتق أو عدم وطء الأمة
 ٢٤١ هل يبطل البيع ببطلان الشرط فيه أم لا؟
 ٢٤٢ تختير المشتري بين الرد والامساك بالقسط من الثمن فيما لو شرط مقداراً فنقص
 ٢٤٣ جواز الجمع بين بيع وسلف وبين المختلفين صفقة واحدة وفي عقد واحد
 ٢٤٤ خاتمة: في الاشارة الى بعض أحكام الشرط
 الفصل التاسع: في الربا

- ٢٤٦ حرمة الربا بالضرورة في الشرع
 ٢٤٦ تعريف الربا
 ٢٤٦ الاستدلال على حرمة بالسنة
 ٢٤٧ يشترط في المعاملة الربوية أمران: الاتحاد في الجنس، والكيل أو الوزن
 ٢٤٨ بيان المراد من الاتحاد جنساً في المعاملة الربوية
 ٢٤٩ بيان المناط والمدار في المكيلية والموزونية
 ٢٥٠ جواز بيع المثلين متساوياً نقداً لانسيئة
 ٢٥١ جواز بيع كل ربوي بمخالفه نقداً متفاضلاً
 ٢٥١ كراهة بيع الربوي بمخالفه نسيئة
 ٢٥٢ الحنطة والشعير جنس واحد في الربوي
 ٢٥٣ احتساب كل شيء مع أصله جنس واحد في الربوي كالسمسم والشيرج
 ٢٥٣ اختلاف اللحوم باختلاف الحيوان، وكذا الأدهان
 ٢٥٣ لكل بلد حكم نفسه اذا كان الشيء في بلد جزافاً وفي آخر موزوناً
 ٢٥٣ عدم جواز بيع الرطب بالتمر وإن تساوا وقت البيع
 ٢٥٥ كراهية بيع اللحم بالحيوان
 ٢٥٦ صحة بيع درهم ومدّ تمر بدرهمين أو مدين
 ٢٥٧ لا اثم على من ارتكب الربا بجهالة، ويعيد ما أخذ منه على مالكه أو ورثته
 ٢٦٠ لاربا بين الوالد والولد

- ٢٦١ لاربا بين السيد وعبد، ولا بين الرجل وزوجته
- ٢٦٢ لاربا بين المسلم والحري
- ٢٦٣ ثبوت الربا بين المسلم والذمي اذا أخذ الذمي الزيادة
الصرف وأحكامه
- ٢٦٤ تعريف الصرف، وعلة تسميته بذلك
- ٢٦٤ الاستدلال على مشروعية الصرف
- ٢٦٤ جريان أحكام الصرف في المسكوك وغيره
- ٢٦٤ اشتراط التقابض في المجلس في الصرف
- ٢٦٦ كفاية تقابض الوكيلين في الصرف
- ٢٦٧ عدم جواز ابتياع الدراهم التي اشتراها بعقد القبض بالدنانير قبل قبض الدراهم
- ٢٦٨ كفاية مسمى القبض المعتبر في صحة بيع الصرف
- ٢٦٨ وجوب تساوي المقدار عند تساوي الجنس في الصرف
- ٢٦٩ صحة بيع الصرف لو فارقا المجلس مصطحبين ثم تقابضا
- ٢٦٩ جواز بيع معدن الذهب بالفضة، وبالعكس
- ٢٧٠ جواز بيع جوهر الرصاص والصفر بالذهب والفضة
- ٢٧٠ جواز انفاق الدراهم المغشوشة اذا كانت معلومة الصرف
- ٢٧١ عدم جواز انفاق الدراهم المغشوشة اذ لم تكن معلومة الصرف، إلا ببيان حالها
- ٢٧٢ تنبيه: رد المصنف لقول أبي حنيفة بعدم تعيين الدراهم والدنانير بالتعيين
- ٢٧٣ فرع: القول بجواز بيع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم في متن العقد
- ٢٧٤ صحة بيع دينار بدينار في الذمة، فوفيه بدينار أزيد مما وقع بدلاً
- ٢٧٤ حكم بيع المصاغ من الجواهرين
- ٢٧٤ حكم تراب الصياغة
- ٢٧٥ جواز اقراض تراب الصياغة أو الدراهم والدنانير واشتراط الاقباض بأرض أخرى

الفصل العاشر: في بيع الثمار

- ٢٧٦ عدم جواز بيع الثمرة قبل ظهورها عاماً
- ٢٧٨ صحة بيع الثمرة قبل ظهورها مع ضميمة غير السنة
- ٢٧٩ صحة بيع الثمرة قبل ظهورها مع ضميمة السنة مع وجود ثمرة السنة السابقة
- ٢٨٠ عدم صحة بيع الثمرة قبل ظهورها دون التقيد بما مرّ في الفقرتين السابقتين
- ٢٨٢ جواز بيع الثمرة بعد ظهورها وإن لم يبدصلاحها بشرط القطع أو مع الضميمة عامين
- ٢٨٢ توضيح المصنف للفقرة السابقة، والاستدلال عليها بالسنة
- بيان اختلاف العلماء في بيع الثمرة بعد ظهورها دون بدو صلاحها وشرط القطع أو الضميمة عامين
- ٢٨٤ جواز بيع جميع ما في البستان اذا أدرك بعضه
- ٢٨٦ جواز بيع البساتين اذا أدرك أحدها
- ٢٨٨ جواز بيع الثمرة في أكمامها
- ٢٨٨ جواز بيع السنبل بعد الظهور وانعقاده
- ٢٨٩ جواز بيع الزرع قائماً وحصيداً وقصيلاً
- ٢٩٢ جواز بيع الخُضر بعد انعقادها لُقطة ولقطات
- ٢٩٢ حكم بيع الخُضر المستورة مثل الجزر والثوم وأمثالها
- ٢٩٣ جواز بيع ما يُجز أو يُخرط جزء أو جزات وخرطة أو خرطات
- ٢٩٣ جواز استثناء حصة مشاعة أو نخلاً أو شجراً معيناً أو أرتالاً معلومة
- ٢٩٤ جواز بيع أصول الزرع أو الشجرة قبل ظهور الثمرة
- ٢٩٤ حرمة المحاقلة والمزابنة، وبيان معنيها
- ٢٩٦ جواز بيع العرية من النخل بخرصها تمراً من غيرها
- ٢٩٨ عدم اعتبار التقابض في المجلس في صحة بيع العرايا
- ٢٩٩ جواز تقبّل أحد الشريكين بحصة صاحبه بوزن معلوم من خرصه
- ٢٩٩ عدم الضمان اذا تلفت الثمرة بأفة سماوية

بيان مايتعلق بحق المارة

٣٠٠

الفصل الحادي عشر: في بيع الحيوان

جواز تملك الحيوان غير الاناسي بشراء أو أرث أو حيازة أو غيرها

٣٠٢

جواز تملك الحيوان الأناسي، واشتراط كفه الأصلي، والاستدلال عليه بالسنة

٣٠٢

جواز تملك اللقيط من دار الحرب أو الأسير منه اذا لم يكن فيه مسلم يمكن تولده

٣٠٣

منه

عدم جواز تملك اللقيط في دار الاسلام

٣٠٤

صحة بيع كل حيوان مملوك منفرداً، وبيع العبد الآبق منضماً

٣٠٦

عدم صحة بيع أم الولد مع وجود ولدها وايفاء ثمنها أو القدرة عليه

٣٠٦

انعتاق الأب اذا اشتراه ابنه، وكذا المحرمات نسباً أو رضاعاً

٣٠٦

كراهية تملك ماعدا المحارم من النساء وعموديه وابنائهن عالياً وسافلاً

٣٠٩

عدم صحة تملك الكافر للمسلم، أو المسلم للعبد الموقوف

٣١٠

استقرار الملك وبطلان النكاح فيما لو ملك أحد الزوجين صاحبه

٣١٠

جواز ابتياع أبعاض الحيوان مشاعاً

٣١١

لوشروط أحد الشريكين الرأس أو الجلد بماله كان له بنسبة ماله لا ماشروط

٣١٢

لو أمر الشريك شريكه شراء حيوان بشركته، صح ولزمه نصف الثمن

٣١٣

يجب على البائع استبراء الأمة قبل بيعها

٣١٤

يجب على المشتري استبراء الأمة اذا لم يستبرئها البائع

٣١٧

سقوط وجوب الاستبراء على البائع أو المشتري اذا كانت الأمة يائسة أو صغيرة

٣١٨

عدم وجوب استبراء الأمة المستبرأة، أو أمة المرأة

٣١٩

عدم جواز وطء الأمة الحامل المشتراة قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام

٣١٩

وجوب العزل عن الأمة الحامل اذا وطأها قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام

٣٢١

استحباب تغيير اسم العبد عند شرائه واطعامه شيئاً من الخلاوة والصدقة عنه بأربعة

٣٢٣

دراهم وأن لا يريه ثمنه في الميزان

- ٣٢٣ كراهية التفرقة بين الأم وولدها قبل سبع سنين
 لو ظهر استحقاق الأمة لغيره بعد حملها انتزعها المالك وعلى المشتري عشر قيمتها إن
 ٣٢٤ كانت بكرًا وإلاّ نصفه وقيمة الولد يوم سقوطه حيًّا
 ٣٢٦ جواز شراء ما يسيبه الظالمون من أهل الحرب، وشراء بنت الظالم واخته
 ٣٢٦ شراء الجارية المسروقة من أرض الصلح
 ٣٢٨ لو دفع إلى مملوك غيره مالاً ليعتق به نسمة ويحج عنه فاشتري أباه
 ٣٢٩ وجوب نصف الحد على الشريك إذا وطأ جارية الشركة
 ٣٣٠ تقوم أمة الشركة على الشريك إذا وطأها
 ٣٣٣ كون الولد حرّاً إذا وطأ الشريك أمة الشركة وأحبها
 ٣٣٤ بطلان العقد فيما لو اشترى كل من العبدین المأذونين صاحبه
 فروع:

- ٣٣٥ منها: بطلان البيع إذا باع أحد العبدین الخارجين
 ٣٣٧ ومنها: البحث عن ملكية الاماء والعبيد
 ٣٤١ ومنها: إذا بيع العبد ويده مال
 ٣٤٣ ومنها: لو قال العبد للمشتري: اشترني ولك عليّ كذا
 الفصل الثاني عشر: في السلف

- ٣٤٤ تعريف السلف، وبيان ألفاظه
 ٣٤٦ اشتراط ذكر الجنس والوصف في السلف
 ٣٤٦ بيان المراد من الجنس والوصف
 ٣٤٨ حكم اشتراط الجيد والردى والأجود والأردأ
 ٣٥٠ اشتراط قبض الثمن قبل التفرق في السلف
 ٣٥٣ لو قبض البائع بعض الثمن صح فيه خاصة وبطل في الباقي
 ٣٥٣ لو شرط المسلم إليه أو له كون الثمن من دين عليه
 ٣٥٥ اشتراط تقدير المبيع ذي الكيل أو الوزن بمقداره في السلف

- ٣٥٦ اشتراط تعيين أجل مضبوط في السلف
- ٣٥٧ اشتراط امكان وجود العين بالسلف
- اختلاف صدق تعيين المدة في السلف في عدة مقامات:
- ٣٦٠ منها: التعيين بعنوان الربيع أو الجمادى
- ٣٦٠ ومنها: لوقال: الى شهرين، وكان البيع وسط الشهر
- ٣٦١ ومنها: لوقال في الليل: الى ثلاثة أيام
- أحكام السلف
- ٣٦٢ عدم جواز بيع المسلم فيه قبل الأجل
- ٣٦٢ اختلاف العلماء في بيع المسلم فيه بعد الأجل وقبل قبضه
- ٣٦٥ صحة دفع المسلم اليه من غير الجنس اذا رضي المسلم له
- ٣٦٥ عدم وجوب القبول عند دفع دون الصفة أو أكثر، أو قبل الأجل
- ٣٦٥ وجوب القبول عند دفع المسلم فيه في وقته بصفته أو أزيد منها
- ٣٦٦ جواز اشتراط ما هو سائغ في عقد السلف
- احتساب أجرة الكيال ووزان المتاع وبائع الأمتعة من الدالّ وغيره على البائع ٣٦٦
- ٣٦٦ عدم ضمان الدالّ عند فقد الجودة المشترطة، ولا التلف في يده اذا لم يفرط
- خاتمة: أحكام الاقالة
- ٣٦٧ مشروعية الاقالة في البيع وفي كل معاوضة لازمة
- ٣٦٨ الاستدلال على مشروعية الاقالة بالسنة
- ٣٦٨ عدم صحة الاقالة بزيادة عن الثمن
- ٣٦٨ الحكم بأن الاقالة فسخ لا عقد
- ٣٧٠ حكم جريان الاقالة في بعض العقد
- ٣٧٠ وجوب رد العين في الاقالة إن كانت موجودة، وإلا ردّ بدلها
- ٣٧٠ عدم قبول الاقالة للانتقال في الارث وغيره

الفصل الثالث عشر: في الشفعة

- ٣٧١ تبعية الشفعة للبيع
- ٣٧١ تعريف الشفعة
- ٣٧١ قابلية الشفعة للاسقاط والانتقال والارث
- ٣٧٢ ثبوت الشفعة فيما لو باع أحد الشريكين حصة في ملكه
- ٣٧٤ ثبوت الشفعة في المشاع في كل شيء، منقولاً أم لا، يقبل القسمة أم لا
- ٣٧٥ اشتراط جريان الشفعة في انتقال الحصة بالبيع
- ٣٧٧ اشتراط كون المبيع مشاعاً في ثبوت الشفعة
- ٣٨٢ اشتراط كون الشريك قادراً على الثمن في ثبوت الشفعة
- ٣٨٢ اشتراط مطالبة البائع بأخذ المال على الفور في الشفعة
- ٣٨٤ جواز أخذ صاحب الوقف بالشفعة اذا باع صاحب الشقص المطلق نصيبه
- ٣٨٥ عدم ثبوت الشفعة للذمي على المسلم، وثبوتها بالعكس
- ٣٨٧ تأجيل البائع ثلاثة أيام لو ادعى غيبة الثمن
- ٣٨٨ ثبوت الشفعة للغائب
- ٣٩٠ ثبوت الشفعة للصبي والمجنون
- ٣٩٢ لا اشكال في أخذ الشفيع من المشتري وأن دركه عليه
- فروع
- ٣٩٤ منها: تصرف المشتري في المبيع قبل أخذه
- ٣٩٩ ومنها: بيان اعتبار علم الشفيع بمقدار الثمن، وعدمه
- ٣٩٩ ومنها: عدم سقوط الشفعة بتقاييل المتبايعين
- ٤٠٢ ومنها: عدم صلاحية الشفعة المتعلقة بعين واحدة للتبعض
- ٤٠٣ أخذه الشفيع الثمن حالاً لو كان قد باعه شريكه مؤجلاً
- أحكام النزاع، وفيه عدة فروع:
- ٤٠٤ منها: الاختلاف في قدر الثمن

- ٤٠٧ ومنها: اذا ادعى البائع بيع شقصه من أجنبي فأنكر الأجنبي
- ومنها: اذا ادعى الشفيع المالك لشقص من أنه المالك للشقص الأخير بابتياح
- ٤٠٨ جديد عن شريكه الأول، فأنكر ذلك غيره
- ومنها: لو ادعى كل من الشريكين سبقه في الابتياح عن غيره على وجه يستحق
- ٤٠٩ الشفعة
- ومنها: اذا ادعى الشفيع على شريكه بأنه انتقل اليه بابتياح جديد، وأنكر الآخر
- ٤١٠ ذلك
- ٤١٠ بيان حكم توريث الشفعة وعدمه
- ٤١٢ عدم بطلان الشفعة عند اسقاطها قبل البيع
- فروع:
- ٤١٣ منها: اذا باع الشفيع سهمه بعد البيع
- ٤١٣ ومنها: لو باع محابة في مرض موته
- ٤١٤ ومنها: لو صالح المشتري مع الشفيع على ترك الشفعة
- ومنها: لو تبايعا وضمن الشفيع الدرك من المبيع أو الثمن أو شرط المتبايعان الخيار
- ٤١٤ للشفيع
- ٤١٥ ومنها: لو باع المالك شقصه بثمن قيمى
- ٤١٥ ومنها: بيان بعض الحيل في ترك الشفيع الشفعة

كتاب الاجارة والوديعة وتوابعهما

الفصل الأول: في الاجارة

- ٤١٦ تعريف الاجارة، وبيان حقيقتها
- شروط الاجارة
- ٤١٧ اشتراط العقد في الاجارة
- ٤١٧ تعريف العقد

- ٤٢٠ البحث في أن التملك هل هو عين مفاد العقد أو لازمه؟
- ٤٢١ اشتراط تحديد المنفعة في عقد الاجارة
- ٤٢١ اشتراط صدور الاجارة ممن هو جائز التصرف
- ٤٢٢ اشتراط العلم بالأجرة كيلاً أو وزناً أو عدداً
- فروع:
- منها: جواز اشتراط حمل متاع الى موضع معين بأجرة معينة في وقت معين، وان أُحْلَ
- ٤٢٤ بهذه الشروط نقص من الاجرة
- ٤٢٥ ومنها: كراهة استعمال الأجير قبل أن يقاطعه على الأجرة
- ٤٢٦ ومنها: لو قدر العمل الخاص بمدة مخصوصة
- ٤٢٦ اشتراط كون المنفعة في عقد الاجارة مملوكة أو في حكمها
- ٤٢٧ اشتراط ضبط المدة بما لا يزيد ولا ينقص في عقد الاجارة
- ٤٢٧ لزوم عقد الاجارة، وعدم بطلانها إلا بالتراضي
- ٤٢٩ عدم بطلان الاجارة بالبيع أو الموت
- ٤٣١ عدم بطلان الاجارة بوجود مانع عن استيفاء المنفعة من طرف المستأجر
- ٤٣٤ عدم بطلان عقد الاجارة بتعيين مدة المنفعة في زمان منفصل عن العقد
- ٤٣٥ المستأجر أمين لا يضمن إلا مع التعدي
- ٤٣٧ اطلاق العقد يقتضي تعجيل الأجرة
- ٤٣٩ صحة الاجارة اذا اشترط دفعها نحوماً معينة أو بعد المدة
- ٤٣٩ للمستأجر أن يؤجر بالأقل أو الأكثر إن لم يشترط عليه المباشرة
- فروع: عدم جواز اجارة البيت والدار والحانوت والأجير بالأكثر إلا اذا أحدث عملاً
- ٤٤٤ فيها
- ٤٤٧ بطلان الاجارة اذا هلكت العين المستأجرة قبل القبض
- ٤٥٠ صحة الاجارة فيما لو منعه ظالم عن العين بعد القبض، ورجوع المستأجر على الظالم
- ٤٥١ صحة الاجارة وعدمها فيما لو انهدم المسكن من غير تفريط
- بيان عدة أمور:

- ٤٥٢ منها: الاستشكال في اجارة المربعة والآبار والحمّام
- ٤٥٣ اجارة المكان للصلاة
- ٤٥٤ اجارة الأراضي لكلاؤها والأشجار والبساتين لأثمارها
- ٤٥٤ اجارة الشبكة للصيد
- ٤٥٥ ومنها: اعتبار اذن الزوج في صحة اجارة الزوجة نفسها للارضاع
- ٤٥٦ ومنها: لابد من مشاهدة الصبي أو الصبية في صحة الاجارة للارضاع
- ٤٥٧ ومنها: التنازع بين المربعة والمستأجر في تسليم العمل
- ٤٥٧ ومنها: اعتبار قابلية العين للانتفاع به في زمان الاجارة بمنفعة معتدة عقلائيّه
- عدم وجوب تعيين زمان الاختلاف قبال الاجرة المعينة فيما لو اختلفت مالية المنفعة
- في زمان دون زمان
- ٤٥٨ ومنها: لو آجر دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من الخنطة فحمل عليها أزيد
- ٤٦٢ ومنها: اعتبار اباحة المنفعة في صحة الاجارة
- ٤٦٣ بيان معنى القدرة على التسليم المعتبرة في صحة الاجارة
- بيان صور التنازع
- ٤٦٤ ومنها: تنازع في أصل وقوع الاجارة
- ٤٦٤ ثبوت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة
- ٤٦٧ صحة اجارة المشاع
- ٤٦٧ ضمان الصانع ما يجنيه وإن كان حاذقاً
- خاتمة: في مسائل مهمة
- ٤٦٩ منها: بيان أنّ نفقة الأجير عليه أو على المستأجر
- ٤٦٩ ومنها: اعتبار سلطنة المؤجر على الايجار
- ٤٧٠ ومنها: الاعتبار بالأجرة السوقية اذا لم يعيّن الأجرة للأجير
- ٤٧٠ ومنها: وجوب تهينة مقدمات الانتفاع على المؤجر
- ٤٧٣ فهرس الموضوعات



الحمد لله وصلى الله على محمد نبي الله وعلى آله آل الله

لقد قامت مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم
المشرفة بنشاطات واسعة في مجال نشر المعرفة وإحياء التراث الإسلامي وإيكم سرداً
لبعض منشوراتها:

من الكتب التي تم طبعها

- | | |
|-----------------------------------|--|
| إعداد السيد محمد جواد الجلاي | ١ - أحاديث المهدي من مسند أحد بن حنبل |
| تأليف الشيخ أحمد الصابري الهمداني | ٢ - أدب الحسين وحماسته |
| = العلامة الحلبي | ٣ - إرشاد الأذهان ج ١ و ٢ |
| = السيد طالب الخرسان | ٤ - الاسلام السعودي الممسوخ |
| = الشيخ ياسين عيسى العاملي | ٥ - الاصطلاحات في الرسائل العملية |
| = الشيخ محمد حسين المظفر | ٦ - الامام الصادق (ع) ج ١ و ٢ |
| إشراف الشيخ ناصر مكارم الشيرازي | ٧ - الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل ج ١ و ٢ |
| = الشيخ محمد حسن القديري | ٨ - البحث في رسالات عشر |
| = الشيخ محمد حسين الاصفهاني | ٩ - بحوث في الفقه، وتشمل على: |

أ - صلاة الجماعة

ب - صلاة المسافر

ج - الاجارة

تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي

١٠ - بحوث في الاصول، وتشمل على: تأليف الشيخ محمد حسين الاصفهاني

أ - الاصول على النهج الحديث

تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي

ب - الطلب والإرادة

ج - الاجتهاد والتقنين

١١ - تأويل الآيات الظاهرة = السيد علي الحسيني الاسترآبادي

١٢ - التوضيح النافع في شرح نزوات صاحب الشرايع = الشيخ حسين علي الفرطوسي

١٣ - الحدائق الناضرة ج ١ - ٢٥ = الشيخ يوسف البحراني

١٤ - حقائق هامة حول القرآن = السيد جعفر مرتضى العاملي

١٥ - الخلاف ج ١ - ٣ = شيخ الطائفة الطوسي

١٦ - دراسات وبحوث في التاريخ والاسلام ج ١ و٢ = السيد جعفر مرتضى العاملي

١٧ - درر الفوائد ج ١ و٢ = آية الله الشيخ عبد الكريم الحائري

١٨ - الذرية الطاهرة = محمد الرازي الدولابي

١٩ - رياض السالكين ج ١ - ٥ = السيد علي خان المدني

٢٠ - السرائر ج ١ - ٣ = ابن إدريس الحلبي

٢١ - شرح الأخبار ج ١ - ٣ = القاضي النعمان المغربي

٢٢ - الصلاة ج ١ (تقريرات بحث المحقق الداماد) = الشيخ محمد المؤمن

٢٣ - الصلاة ج ٢ و٣ (تقريرات بحث المحقق الداماد) = الشيخ عبد الله الجوادي الآملي

٢٤ - صلاة الجمعة = الشيخ مرتضى الحائري

٢٥ - فرائد الاصول = الشيخ مرتضى الأنصاري

٢٦ - فوائد الاصول ج ١ و٢ (تقرير بحث آية الله الثاني) = الكاظميني الخراساني

٢٧ - فوائد الاصول ج ٣ (و ٤) (تقرير بحث آية الله الثاني) = = =

مع حواشي آية الله آغاضياء الدين العراقي