



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه صلوات الله  
عليه و آله

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

المكتبة العلمية الإسلامية

# الفتاوى الجليلية

في شرح المكاسب

كتاب الشيخ

إمامنا

الشيخ

عبدالله بن محمد بن عبد الوهاب  
الدينوري

ص ١٠٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى ]

كاتب:

آيت الله شيخ جواد تبريزى

نشرت فى الطباعة:

دارالصديقه الشهيدہ سلام الله عليها

رقمى الناشر:

مركز القائميہ باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
٩	ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى] المجلد ٥
٩	اشاره
١٠	اشاره
١٤	عدم جواز بيع أم الولد
٣٦	بين الرهن
٥٧	اعتبار التمكن من تسليم المبيع
٩٤	اعتبار العلم بمقدار الثمن
٩٨	اعتبار العلم بمقدار المثلث
١٠٧	الحكم فى بيع المعدود
١٠٨	التقدير بغير ما يتعارف التقدير به
١١٤	كفايه الكيل أو الوزن فى المعدود إذا كان طريقاً إليه
١١٥	تعيين المناط فى كون الشئ مكبلاً أو موزوناً
١٢٧	إخبار البائع بمقدار المبيع
١٣٢	بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء
١٣٣	القسمه وأنها ليست بيعاً
١٣٧	بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء
١٤٤	بيع الفرد المنتشر
١٤٧	بيع الكلى فى المعين
١٥٥	تلف بعض الجملة
١٦١	اقسام بيع الصبره
١٦٤	بيع العين بالرؤيه السابقه
١٨٠	الاختلاف فى تقدم التغير
١٨١	الاختلاف فى تقدم التلف على البيع وتأخره عنه

- ١٩٣ ..... بيع المجهول مع الضميمة
- ٢٠٦ ..... فيما كان المجهول تابعاً
- ٢١٦ ..... الاندثار للظروف
- ٢٣٢ ..... بيع المظروف مع ظرفه
- ٢٤٧ ..... دفع المال إلى الغير لصفه على طائفه
- ٢٥٦ ..... الاحتكار
- ٢٧٧ ..... القول في الخيار وأقسامه وأحكامه، وفيه مقدمتان: -
- ٢٧٧ ..... اشاره
- ٢٧٧ ..... الأولى: الخيار لغةً واصطلاحاً
- ٢٧٩ ..... الفرق بين الخيار والاختيار
- ٢٨٤ ..... في معنى الخيار في المعاملات
- ٢٨٧ ..... توجيه ما ذكر في تعريف الخيار
- ٢٩٠ ..... الخيار هو التمكن على فسخ النافذ بنحو الحق
- ٢٩١ ..... الثانيه: الأصل في البيع لزوم
- ٢٩١ ..... المعاني المحتمله في الأصل
- ٢٩٦ ..... ما ذكره العلامه في اصاله اللزوم
- ٢٩٨ ..... توجيه ما ذكره العلامه
- ٢٩٩ ..... رجوع إلى معاني الأصل
- ٣٠٠ ..... التمسك بالعموم والإطلاق عند الشك في لزوم العقد
- ٣٠٠ ..... الاستدلال بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ٣٠٥ ..... الاستدلال بآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وآيه «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»
- ٣٠٦ ..... الاستدلال بآيات الثلاث
- ٣٠٧ ..... الاستدلال بآيه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ»
- ٣٠٩ ..... الاستدلال بروايه «لا يحلّ مال امرئ مسلم»
- ٣٠٩ ..... الاستدلال بروايه «الناس مسلطون على أموالهم»
- ٣١١ ..... التمسك على لزوم العقد بما دلّ على لزوم الشرط

- ٣١٣ ..... مقتضى الاستصحاب أيضاً للزوم
- ٣١٤ ..... تقريب اصاله الجواز وما ذكر في الجواب
- ٣١٦ ..... ظاهر المختلف: أن الأصل عدم اللزوم، والمناقشه فيه
- ٣١٧ ..... دوران العقد بين اللازم والجائز
- ٣٢٤ ..... في أقسام الخيار
- ٣٢٤ ..... اشارة
- ٣٢٤ ..... الأول: في خيار المجلس
- ٣٢٤ ..... المراد ب «المجلس» والدليل على ثبوت هذا الخيار
- ٣٢٥ ..... في خيار المجلس وثبوته للوكيل
- ٣٢٨ ..... عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء العقد
- ٣٣١ ..... ثبوت خيار المجلس للموكل
- ٣٣٣ ..... ثبوت الخيار للوكيل المستقل في التصرف المالي
- ٣٣٦ ..... ما هو المراد من التصرف في حاله ثبوت الخيار للموكلين
- ٣٣٩ ..... عدم جواز التفويض إلى الغير
- ٣٤١ ..... عدم ثبوت الخيار للفضوليين
- ٣٤٢ ..... ثبوت الخيار فيما إذا كان أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً
- ٣٤٣ ..... هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟
- ٣٤٩ ..... هل يثبت الخيار إن لم تكن العين قابله للبقاء؟
- ٣٥١ ..... اختصاص خيار المجلس بالبيع
- ٣٥٤ ..... في مبدأ خيار المجلس
- ٣٥٦ ..... مبدأ خيار المجلس في بيع الصرف والسلم
- ٣٥٩ ..... في مسقطات خيار المجلس:
- ٣٥٩ ..... المسقط الأول: اشتراط السقوط في ضمن العقد
- ٣٦٤ ..... المناقشه في شرط سقوط الخيار في عقد البيع
- ٣٦٨ ..... صور اشتراط سقوط خيار المجلس
- ٣٧٢ ..... اشتراط إسقاط الخيار

- ٣٧٦ ..... اعتبار ذكر شرط سقوط الخيار في العقد
- ٣٨١ ..... إذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه
- ٣٨٢ ..... المسقط الثاني: الإسقاط بعد العقد
- ٣٨٣ ..... لو قال أحدهما: اختر، فاختر الآخر الفسخ انفسخ
- ٣٨٧ ..... المسقط الثالث: افتراق المتبايعين
- ٣٩٠ ..... بماذا يحصل الافتراق من المتبايعين
- ٣٩٢ ..... لا اعتبار بالافتراق عن إكراه
- ٣٩٤ ..... الاستدلال على كون المسقط هو الافتراق عن رضا
- ٣٩٩ ..... في افتراق المكره والمختار
- ٤٠٨ ..... لو زال الإكراه
- ٤١١ ..... الثاني: خيار الحيوان
- ٤١١ ..... خيار الحيوان وعمومه لكل ذي حياه
- ٤١٣ ..... هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو يعم الكلى أيضاً؟
- ٤١٦ ..... اختصاص خيار الحيوان بالمشتري
- ٤١٨ ..... عن السيد المرتضى وابن طاووس ثبوته للبائع أيضاً
- ٤٢٠ ..... القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مئماً
- ٤٢٣ ..... عدم الفرق بين الأمه وغيرها في مده الخيار
- ٤٢٤ ..... مبدأ خيار الحيوان تمام العقد
- ٤٣٠ ..... دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثه أيام
- ٤٣٢ ..... في مسقطات خيار الحيوان
- ٤٤٨ ..... الفهرس
- ٤٥٦ ..... تعريف مركز



## ارشاد الطالب في شرح المكاسب [مرتضى الانصاري] المجلد ٥

### اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان قراردادی : المكاسب. شرح

عنوان و نام پدیدآور : ارشاد الطالب في شرح المكاسب [مرتضى الانصاري] / جواد التبریزی.

مشخصات نشر : قم : دارالصدیقه الشهیده (س)، ۱۴۳۰ق. = ۱۳۸۸ -

مشخصات ظاهری : ۷ج.

شابك : دوره ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۵-۸ : ج. ۱. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۱-۰ : ج. ۲. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۲-۷ : ج. ۳. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۳-۴ :

وضعیت فهرست نویسی : برونسپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : چاپ قبلی تحت عنوان "ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب" منتشر شده است .

یادداشت : ج. ۱ و ۲ (چاپ ششم: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

یادداشت : ج. ۳ (چاپ اول: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

مندرجات : ج. ۱. کتاب المكاسب المحرمه. - ج. ۲. کتاب المكاسب الحرمه و البيع. - ج. ۳. کتاب البيع

موضوع : انصاری، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : انصاری، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب . شرح

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/الف م ۲۱۲۸ ۷۰۲۱۲۸ ۱۳۸۸

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۸۴۷۵۶۵

ص: ۱

اشاره

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

ص: ٢



الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

الجزء الخامس

ص: ٤

## عدم جواز بيع أم الولد

مسأله: ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: صيروره المملوكه أم ولد لسيدها، فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين، على الظاهر المحكي عن مجمع الفوائد، وفي بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الإسلام، مثل ما روى من قول أمير المؤمنين عليه السلام لمن سأله عن بيع أمه أرضعت ولده، قال له: «خذ بيدها، وقل: من يشتري أم ولدي؟». وفي حكم البيع كل تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق، أو مستلزم للنقل كالرهن، كما يظهر من تضايف كلماتهم في جملة من الموارد:

منها: جعل أم الولد ملكاً غير طلق، كالوقف والرهن. وقد عرفت أن المراد من الطلق: تماميه الملك والاستقلال في التصرف، فلو جاز الصلح عنها وهبتها لم تخرج عن كونها طلقاً بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها، كما أن المجهول الذي يجوز الصلح عنه وهبته والإبراء عنه ولا يجوز بيعه، لا يخرج عن كونه طلقاً.

ومنها: كلماتهم في رهن أم الولد، فلاحظها.

ومنها: كلماتهم في استيلاء المشتري في زمان خيار البائع، فإن المصرح به في كلام الشهيدين في خيار الغبن: أن البائع لو فسخ يرجع إلى قيمه، لامتناع انتقال أم الولد، وكذا في كلام العلامة وولده وجامع المقاصد ذلك أيضاً في زمان

ومنها: كلماتهم في مستثنيات بيع أم الولد ردّاً وقبولاً، فإنّها كالصريحه في أنّ الممنوع مطلق نقلها، لا خصوص البيع.

وبالجمله، فلا يبقى للمتأمل شكّ في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل.

ومع ذلك كلّه، فقد جزم بعض ساده مشايخنا بجواز غير البيع من النواقل، للأصول وخلوّ كلام المعظم عن حكم غير البيع. وقد عرفت ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم في الموارد المختلفه، ومع ذلك فهو الظاهر من المبسوط والسرائر، حيث قالوا: إذا مات ولدها جاز بيعها وهبتها والتصرّف فيها بسائر أنواع التصرّف. وقد ادّعى في الإيضاح الإجماع صريحاً على المنع عن كل ناقل، وأرسله بعضهم كصاحب الرياض وجماعه إرسال المسلّمات، بل عبارته بعضهم ظاهره في دعوى الاتفاق، حيث قال: إنّ الاستيلاء مانع من صحه التصرّفات الناقله من ملك المولى إلى ملك غيره، أو المعرّضه لها للدخول في ملك غيره كالرهن، على خلاف في ذلك. ثمّ إنّ عموم المنع لكلّ ناقل وعدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين، والوجه فيه: ظهور أدلّه المنع المعنونه بالبيع في إرادته مطلق النقل، فإنّ مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام في الروايه السابقه: «خذ بيدها، وقل: من يشتري أمّ ولدي؟» يدل على أنّ مطلق نقل أمّ الولد إلى الغير كان من المنكرات، وهو مقتضى التأمل فيما سيجيء من أخبار بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها وعدم جوازه فيما سوى ذلك. هذا مضافاً إلى ما اشتهر وإن لم نجد نصّاً عليه: من أنّ الوجه في المنع هو بقاؤها رجاءً لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها.

والحاصل: أنّه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل. ثمّ إنّ المنع مختص بعدم هلاك الولد، فلو هلك جاز اتفاقاً فتوى ونصّاً. ولو مات الولد وخلف ولداً: ففي إجراء حكم الولد عليه، لأصالة بقاء المنع، ولصدق الاسم فيندرج في إطلاق

الأدلة، وتغليباً للحريه أو العدم، لكونه حقيقه فى ولد الصلب، وظهور إرادته من جملة من الأخبار، وإطلاق ما دلّ من النصوص والإجماع على الجواز بعد موت ولدها أو التفصيل بين كونه وارثاً، لعدم ولد الصلب للمولى، وعدمه، لمساواه الأول مع ولد الصلب فى الجبهه المقتضيه للمنع، وجوه: حكى أولها عن الإيضاح، وثالثها عن المهذب البارع ونهايه المرام. وعن القواعد والدروس وغيرهما: التردّد.

بقى الكلام فى معنى «أمّ الولد»، فإنّ ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل، إذ لا يصدق الولد إلا بالولاده. لكن المراد هنا مجازاً ولدها ولو حملاً، للمشارفه. ويحتمل أن يراد الولاده من الوالد دون الوالده.

وكيف كان، فلا إشكال، بل لا خلاف فى تحقّق الموضوع بمجرّد الحمل. ويدلّ عليه: الصحيح عن محمّد بن مارد، عن أبى عبدالله عليه السلام: فى الرجل يتزوّج أمه، فتلد منه أولاداً، ثم يشترىها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له فى بيعها، قال: «هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك وإن شاء أعتق»، وفى روايه السكونى عن جعفر بن محمد، قال: «قال على بن الحسين صلوات الله عليهم أجمعين فى مكاتبه يطؤها مولاهما فتحبل، فقال: يرّد عليها مهر مثلها، وتسعى فى رقبتها، فإن عجزت فهى من أمّهات الأولاد». لكن فى دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر، لأنّ زمان الحكم بعد تحقّق السعى والعجز عقيب الحمل، والغالب ولوج الروح حينئذ.

ثم الحمل يصدق بالمضغه اتّفاقاً، على ما صرح فى الرياض، واستظهره بعض آخر وحكاه عن جماعه هنا وفى باب انقضاء عدّه الحامل. وفى صحيحه ابن الحجّاج قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبلى يطلقها زوجها ثم تضع سقطاً تمّ أو لم يتمّ أو وضعته مضغه، أتنفضى عدّتها؟ فقال عليه السلام: كلّ شىء وضعته يستبين أنّه حمل تمّ أو لم يتمّ فقد انقضت عدّتها وإن كان مضغه».



ثمّ الظاهر صدق الحمل على العلقه، وقوله عليه السلام: «وإن كانت مضغّه» تقرير لكلام السائل، لا بيان لأقلّ مراتب الحمل كما عن الإسكافي وحينئذٍ فيتّجه الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقه كما عن بعض، بل عن الإيضاح والمهذّب البارع: الإجماع عليه. وفي المبسوط فيما إذا أُلقت جسدًا ليس فيه تخطيط لا-ظاهر ولا خفيّ، لكن قالت القوابل: إنّهُ مبدأ خلق آدمي، وإنّه لو بقي لتخلّق وتصور: قال قوم: إنّها لا تصير أمّ ولد بذلك. وقال بعضهم: تصير أمّ ولد. وهو مذهبا، انتهى. ولا يخلو عن قوه، لصدق الحمل.

وأما النطفه: فهي بمجردّها لا عبره بها ما لم تستقرّ في الرحم، لعدم صدق كونها حاملًا، وعلى هذا الفرد يُنزّل إجماع الفاضل المقداد على عدم العبره بها في العدّه. وأما مع استقرارها في الرحم، فالمحكي عن نهايه الشيخ: تحقّق الاستيلاد بها، وهو الذي قوّاه في المبسوط في باب العدّه بعد أن نقل عن المخالفين عدم انقضاء العدّه به مستدلًا بعموم الآيه والأخبار، ومرجعه إلى صدق الحمل.

ودعوى: أنّ إطلاق «الحامل» حينئذٍ مجاز بالمشارفه، يكذبها التأمل في الاستعمالات. وربما يُحكى عن التحرير موافقه الشيخ، مع أنّه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ. نعم، في بعض نسخ التحرير لفظ يوهّم ذلك. نعم، قوّى التحرير موافقه فيما تقدّم عن الشيخ في مسأله الجسد الذي ليس فيه تخطيط ونُسب القول المذكور إلى الجامع أيضًا.

واعلم أنّ ثمره تحقّق الموضوع فيما إذا أُلقت المملوكه ما في بطنها، إنّما تظهر في بيعها الواقع قبل الإلقاء، فيحكم ببطلانه إذا كان الملقى حاملًا وأما بيعها بعد الإلقاء فيصحّ بلا إشكال. وحينئذٍ فلو وطأها المولى ثم جاءت بولد تامّ أو غير تامّ، فيحكم ببطلان البيع الواقع بين أوّل زمان العلق وزمان الإلقاء. وعن المسالك: الإجماع على ذلك. فذكر صور الإلقاء المضغّه، والعلقه، والنطفه في باب العدّه

إنّما هو لبيان انقضاء العده بالإلقاء، وفي باب الاستيلاء لبيان كشفها عن أنّ المملوكه بعد الوطء صارت أمّ ولد، لأنّ البيع الواقع قبل تحقّق العلقه صحيح إلى أن تصير النطفه علقه، ولذا عبّر الأصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلوق الذي هو اللقاح.

نعم، لو فرض عدم علوقها بعد الوطء إلى زمان، صحّ البيع قبل العلوق. ثم إنّ المصرّح به في كلام بعض حاكياً له عن غيره: أنّه لا يعتبر في العلوق أن يكون بالوطء، فيتحقّق بالمساحقه، لأنّ المناط هو الحمل، وكون ما يولد منها ولدًا للمولى شرعاً، فلا عبره بعد ذلك بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء. نعم، يشترط في العلوق بالوطء أن يكون الوطء على وجه يلحق الولد بالواطئ وإن كان محرّماً، كما إذا كانت في حيض، أو ممنوعه الوطء شرعاً لعارض آخر، أمّا الأمه المزوّجه فوطؤها زناً لا يوجب لحوق الولد. ثم إنّ المشهور اعتبار الحمل في زمان الملك، فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أمّ ولد. خلافاً للمحكي عن الشيخ وابن حمزه فاعتفيا بكونها أمّ ولد قبل الملك، ولعلّه لإطلاق العنوان، ووجود العله، وهي كونها في معرض الانعتاق من نصيب ولدها.

ويردّ الأول: منع إطلاق يقتضى ذلك، فإنّ المتبادر من «أمّ الولد» صنف من أصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضه لها بوصف المملوكيه، كالمدبر والمكاتب. والعهه المذكوره غير مطّرده ولا منعكسه كما لا يخفى، مضافاً إلى صريح روايه محمد بن مارد المتقدّمه. ثمّ إنّ المنع عن بيع أمّ الولد قاعده كليّه مستفاده من الأخبار كروايته السكوني ومحمد بن مارد المتقدّمين، وصحيحه عمر بن يزيد الآتيه وغيرها. ومن الإجماع على أنّها لا تباع إلاّ لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظه الحق الحاصل منها بالاستيلاء أعنى تشبّثها بالحرّيه ولذا كلّ من جوّز البيع في مقام، لم يجوّز إلاّ بعد إقامه الدليل الخاص. فلا بد من

التمسك بهذه القاعده المنصوصه المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ثبوت ما هو أولى بالملاحظه في نظر الشارع من الحق المذكور، فلا يُصغى إذاً إلى منع الدليل على المنع كلياً والتمسك بأصالة صحته البيع من حيث قاعده تسلط الناس على أموالهم حتى يثبت المخرج.

ثم إنَّ المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكليه المذكوره في الجملة، لكن المحكي في السرائر عن السيد قدس سره عموم المنع وعدم الاستثناء. وهو غير ثابت، وعلى تقدير الثبوت فهو ضعيف، يرده مضافاً إلى ما ستعرف من الأخبار قوله عليه السلام في صحيحه زراره وقد سأله عن أمِّ الولد، قال: «تباع وتورث، وحدها حد الأمه» بناءً على حملها على أنها قد يعرض لها ما يجوز ذلك.

وأما المواضع القابله للاستثناء وإن وقع التكلم في استثنائها لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظه من الحق فهي صور، يجمعها: تعلق حق للغير بها أو تعلق حقها بتعجيل العتق. أو تعلق حق سابق على الاستيلاء أو عدم تحقق الحكمة المانعه عن النقل.

فمن موارد القسم الأول: ما إذا كان على مولاها دين ولم يكن له ما يؤدى هذا الدين. والكلام في هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبته، وقد يقع فيما إذا كان غير ثمنها وعلى الأول، يقع الكلام تاره بعد موت المولى، وأخرى في حال حياته.

أما بعد الموت، فالمشهور الجواز، بل عن الروضه: أنه موضع وفاق، وعن جماعة: أنه لا خلاف فيه ولا ينافى ذلك مخالفه السيد في أصل المسأله، لأنهم يريدون نفي الخلاف بين القائلين بالاستثناء في بيع أم الولد، أو القائلين باستثناء بيعها في ثمن رقبته، في مقابل صوره حياه المولى المختلف فيها.

وكيف كان، فلا إشكال في الجواز في هذه الصوره، لا لما قيل: من قاعده

تسلط الناس على أموالهم، لما عرفت من انقلاب القاعده إلى المنع فى خصوص هذا المال، بل لما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: «قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: أسألك عن مسأله، فقال: سل. قلت: لم باع أمير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه أمهات الأولاد؟ قال: فى فكاك رقابهن. قلت: فكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جاريه فأولدها ولم يؤد ثمنها، ولم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ منها ولدها ويبيعت، وأدى ثمنها. قلت: فبيعت فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا».

وفى روايه أخرى لعمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام، قال: «سألته عن أم الولد، تباع فى الدين؟ قال: نعم، فى ثمن رقبته» ومقتضى إطلاقها، بل إطلاق الصحيحه كما قيل: ثبوت الجواز مع حياه المولى كما هو مذهب الأكثر، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً. نعم، تردّد فيه الفاضلان، وعن نهايه المرام والكفايه: أنّ المنع نادر، لكنّه لا يخلو عن قوه وربما يتوهم القوه من حيث توهم تقييدها بالصحيحه السابقه، بناءً على اختصاص الجواز فيها بصوره موت المولى، كما يشهد به قوله فيها: «ولم يدع من المال... الخ»، فيدلّ على نفى الجواز عمّا سوى هذا الفرد، إمّا لورودها فى جواب السؤال عن موارد بيع أمهات الأولاد، فيدلّ على الحصر. وإمّا لأنّ نفى الجواز فى ذيلها فيما سوى هذه الصوره يشمل بيعه فى الدين مع حياه المولى. واندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح.

نعم، يمكن أن يقال فى وجه القوه بعد الغض عن دعوى ظهور قوله: «تباع فى الدين» فى كون البائع غير المولى فى ما بعد الموت: أنّ النسبه بينها وبين روايه ابن مارد المتقدمه عموم من وجه، فيرجع إلى أصله المنع الثابته بما تقدّم من القاعده المنصوصه المجمع عليها.

نعم، ربما يمنع عموم القاعده على هذا الوجه بحيث يحتاج إلى المخصّص،

فيقال بمنع الإجماع في محل الخلاف، سيما مع كون المخالف جَلّ المجمعين، بل كلهم إلا نادراً، وحينئذٍ فالمرجع إلى قاعده «سلطنه الناس على أموالهم». لكن التحقيق خلافه، وإن صدر هو عن بعض المحققين، لأنّ المستفاد من النصوص والفتاوى: أنّ استيلاء الأمة يحدث لها حقاً مانعاً عن نقلها، إلا إذا كان هناك حقّ أولى منه بالمراعاة.

وربما توهم معارضه هذه القاعده وجوب أداء الدين، فيبقى قاعده «السلطنه» وأصاله بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء، ولا يعارضها أصاله بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها، لأنّ بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين، كما لا يخفى. ويندفع أصل المعارضه بأنّ أدلّه وجوب أداء الدين مقیده بالقدره العقلية والشرعية، وقاعده المنع تنفي القدره الشرعيه، كما في المرهون والموقوف.

فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق روايه عمر بن يزيد على إطلاق روايه ابن مارد الظاهر في عدم كون بيعها في ثمن رقبته، كما يشهد به قوله: «فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها»، مع أنّ ظاهر البداء في البيع ينافي الاضطرار إليه لأجل ثمنها.

وبالجمله، فبعد منع ظهور سياق الروايه فيما بعد الموت، لا إشكال في رجحان دلالتها على دلالة روايه ابن مارد على المنع، كما يظهر بالتأمل، مضافاً إلى اعتضاها بالشهره المحققه. والمسأله محلّ إشكال. ثمّ على المشهور من الجواز، فهل يعتبر فيه عدم ما يفى بالدين ولو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير، أو مما عداها كما عن جماعه؟ الأقوى هو الثاني، بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق، لأنّ الحكم بالجواز في هذه الصوره في النصّ والفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهه الاستيلاء، فتكون ملكاً طلقاً كسائر الأملاك التي يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات.

فحاصل السؤال في روايه عمر بن يزيد: أنه هل تباع أم الولد في الدين على حد سائر الأموال التي تباع فيه؟

وحاصل الجواب: تقرير ذلك في خصوص ثمن الرقبه، فيكون ثمن الرقبه بالنسبه إلى أم الولد كسائر الديون بالنسبه إلى سائر الأموال. ومما ذكر يظهر: أنه لو كان نفس أم الولد ممّا يحتاج إليها المولى للخدمه فلا تباع في ثمن رقبته، لأنّ غايه الأمر كونها بالنسبه إلى الثمن كجاريه أخرى يحتاج إليها. ومما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن ومؤونه التجهيز، فإذا كان للميت كفنٌ وأمّ ولد، بيعت في الدين دون الكفن، إذ يصدق أنّ الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها، لأنّ الكفن لا يؤدى عنه الدين. ثمّ إنه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع، أو استدان الثمن واشترى به. أمّا لو اشترى في الذمه ثم استدان ما أوفى به البائع فليس يبيعها في ثمن رقبته، بل ربما تؤمّل فيما قبله، فتأمّل. ولا فرق بين بقاء جميع الثمن في الذمه أو بعضه، ولا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليه. نعم، لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه، كما عن غايه المراد التصريح به.

ولو كان الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل وإن كان مأبوساً من الأداء عند الأجل. وفي اشتراط مطالبه البائع، أو الاكتفاء باستحقاقه ولو امتنع عن التسلم، أو الفرق بين رضاه بالتأخير وإسقاطه لحقّ الحلول وإن لم يسقط بذلك وبين عدم المطالبه فيجوز في الأوّل دون الثاني وجوه، أحوطها الأوّل، ومقتضى الإطلاق الثاني. ولو تبرّع متبرّع بالأداء، فإن سلّم إلى البائع برئت ذمه المشتري ولا يجوز بيعها، وإن سلّم إلى المولى أو الورثه، ففي وجوب القبول نظر، وكذا لو أرضى البائع باستساعاتها في الأداء. ولو دار الأمر بين بيعها ممّن تنعتق عليه أو بشرط العتق، ويبيعها من غيره، ففي وجوب تقديم الأوّل وجهان. ولو أدى الولد ثمن نصيبه، انعتق عليه، وحكم الباقي يعلم من مسائل السرايه. ولو أدى ثمن

جميعها، فإن أقبضه البائع فكالمتبرع، وإن كان بطريق الشراء ففي وجوب قبول ذلك على الورثة نظر: من الإطلاق، ومن الجمع بين حق الاستيلاء والدين. ولو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذر، فلجواز بيع البائع لها مقاصه مطلقاً، أو مع إذن الحاكم وجه. وربما يستوجه خلافه، لأن المنع لحق أم الولد، فلا يسقط بامتناع المولى، ولظاهر الفتاوى وتغليب جانب الحرّيه. وفي الجمع نظر. والمراد بثمانها: ما جعل عوضاً لها في عقد مساومتها وإن كان صلحاً.

وفي إلحاق الشرط المذكور في متن العقد بالثمن كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مده معينه إشكال.

وعلى العدم، لو فسخ البائع، فإن قلنا بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد بالفسخ استردت، وإن قلنا بمنعه عنه فينتقل إلى قيمه. ولو قلنا بجواز بيعها حينئذ في أداء قيمه أمكن القول بجواز استردادها، لأن المانع عنه هو عدم انتقالها، فإذا لم يكن بد من نقلها لأجل قيمه لم يمنع عن ردّها إلى البائع، كما لو بيعت على البائع في ثمن رقبته. هذا مجمل القول في بيعها في ثمنها.

وأما بيعها في دين آخر، فإن كان مولاها حياً، لم يجز إجماعاً على الظاهر المصرح به في كلام بعض. وإن كان بيعها بعد موته، فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضاً، لأصالة بقاء المنع في حال الحياه، ولإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمين منطوقاً ومفهوماً. وبهما يخصيص ما دلّ بعمومه على الجواز مميّاً يتخيّل صلاحيته لتخصيص قاعده المنع عن بيع أم الولد، كمفهوم مقطوعه يونس: «في أم ولد ليس لها ولد، مات ولدها، ومات عنها صاحبها ولم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا، لا يحل لأحد تزويجها إلاّ بعثق من الورثه، وإن كان لها ولدٌ وليس على الميت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه وتستسعى في بقيه ثمنها».

خلافاً للمحكى عن المبسوط، فجوز البيع حينئذٍ مع استغراق الدين والجواز ظاهر للمعتين وكنز العرفان والصيمرى. ولعل وجه تفصيل الشيخ: أنّ الورثة لا يرثون مع الاستغراق، فلا سبيل إلى انعقاد أمّ الولد الذى هو الغرض من المنع عن بيعها. وعن نكاح المسالك: أنّ الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً، وإن مُنع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين، فينعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين، ويلزمه أداء قيمه النصيب من ماله. وربما ينتصر للمبسوط على المسالك:

أولاً: بأنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها: أنّ ذلك من جهه استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلاً، وإتّما الكلام فى باقى الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمه أمّه، هل تقوم عليه، أو تسعى هى فى أداء قيمتها؟ وثانياً: بأنّ النصيب إذا نسب إلى الوارث، فلا يراد منه إلاّ ما يفضل من التركة بعد أداء الدين وسائر ما يخرج من الأصل. والمقصود منه النصيب المستقرّ الثابت، لا النصيب الذى يحكم بتملك الوارث له، تفصيلاً من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

وثالثاً: أنّ ما ادعاه من الانعقاد على الولد بمثل هذا الملك مما لم ينصّ عليه الأصحاب، ولا دلّ عليه دليل معتبر، وما يوهمه الأخبار وكلام الأصحاب من إطلاق الملك، فالظاهر أنّ المراد به غير هذا القسم، ولذا لا يحكم بانعقاد العبد الموقوف على من ينعتق عليه، بناءً على صحّ الوقف وانتقال الموقوف إلى الموقوف عليه.

ورابعاً: أنّه يلزم على كلامه أنّه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها ما يساوى قيمه أمّه تقوم عليه، سواء كان هناك دين مستغرق أم لا، وسواء كان نصيبه الثابت فى الباقي بعد الديون ونحوها يساوى قيمتها أم لا، وكذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك، فإنّه يقوم نصيبه عليه كائناً ما كان ويسقط من قيمه نصيبه الباقي الثابت إن كان له نصيب. ويطلب بالباقي. وهذا ممّا



لا يقوله أحد من الأصحاب، وينبغي القطع ببطلانه.

ويمكن دفع الأول: بأنّ المستفاد من ظاهر الأدلّة انعتاقها من نصيب ولدها حتّى مع الدين المستغرق، فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد، لكن ذلك لا ينافي اشتغال ذمه الولد قهراً بقيمه نصيبه أو وجوب بيعها فى قيمه جمعاً بين ما دلّ على الانعتاق على الولد الذى يكشف عنه إطلاق النهى عن بيعها، وبين ما دلّ على أنّ الوارث لا يستقرّ له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حقّ الديان، غايه الأمر سقوط حقّهم عن عين هذا المال الخاصّ وعدم كونه كسائر الأموال التى يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها ودفع عينها إلى الديان، ويكون لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين.

والحاصل: أنّ مقتضى النهى عن بيع أمّ الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى، عدم تسلّط الديان على أخذها ولو مع امتناع الولد عن فكّها بالقيمه، وعدم تسلّط الولد على دفعها وفاءً عن دين أبيه، ولازم ذلك انعتاقها على الولد. فيتردّد الأمر حينئذٍ بين سقوط حقّ الديان عن ما قابلها من الدين، فتكون أمّ الولد نظير مؤونه التجهيز التى لا يتعلّق حقّ الديان بها. وبين أن يتعلّق حقّ الديان بقيمتها على من تلتف فى ملكه وتنعتق عليه، وهو الولد. وبين أن يتعلّق حقّ الديان بقيمتها على رقبته، فتسعى فيها. وبين أن يتعلّق حقّ الديان بمنافعها، فلهم أن يؤجروها مدّه طويله يفى أجرتها بدينهم، كما قيل يتعلّق حقّ الغرماء بمنافع أمّ ولد المفلس.

ولا إشكال فى عدم جواز رفع اليد عمّا دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة، فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين، فتنتعق على كلّ حال، ويبقى الترجيح بين الوجهين محتاجاً إلى التأمل. وممّا ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثانى، فإنّ مقتضى المنع عن بيعها مطلقاً أو فى دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها.

ومنه يظهر الجواب عن الوجه الثالث، إذ بعدما ثبت عدم تعلق حقّ الديان

بعينها على أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء فلا مانع عن انعقادها. ولا جامع بينها وبين الوقف الذي هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق.

وأما ما ذكره رابعاً، فهو إنّما ينافي الجزم بكون قيمتها بعد الانعقاد متعلقاً بالولد، أما إذا قلنا باستسعادها فلا يلزم شيء.

فالمضابط حينئذٍ: أنه ينعقد على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه، فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين، كان ذلك في رقبته. ومما ذكرنا يظهر أيضاً: أنه لو كان غير ولدها أيضاً مستحقاً لشيء منها بالإرث لم يملك نصيبه مجاناً، بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى أم الولد كما لو لم يكن دين، فينعقد نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمة حصته التي فكها من الديان، وإما أن يخلى بينها وبين الديان فتنعقد أيضاً عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم. وأما حرمان الديان عنها عيناً وقيمه وإرث الورثة لها وأخذ غير ولدها قيمة حصته منها أو من ولدها وصرافها في غير الدين فهو باطل لمخالفته لأدله ثبوت حق الديان من غير أن يقتضى النهى عن التصرف في أم الولد لذلك.

ومما ذكرنا يظهر ما في قول بعض من أورد على ما في المسالك بما ذكرناه: أن الجمع بين فتاوى الأصحاب وأدلتهم مشكل جداً، حيث إنهم قيدوا الدين بكونه ثمناً وحكموا بأنّها تعقد على ولدها من نصيبه، وأن ما فضل عن نصيبه ينعقد بالسرايه وتسعى في أداء قيمته. ولو قصدوا: أن أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن عملاً بالنصوص المزبوره، فله وجه، إلا أنّهم لا يعدّون ذلك من المستثنيات، ولا ذكر في النصوص صريحاً، انتهى.

وأنت خبير بأن النصوص المزبوره لا تقتضى سقوط حق الديان، كما

ومنها: تعلق كفن مولاها بها على ما حكاه فى الروضه بشرط عدم كفايه بعضها له، بناءً على ما تقدم نظيره فى الدين: من أن المنع لغايه الإرث، وهو مفقود مع الحاجه إلى الكفن، وقد عرفت أن هذه حكمه غير مطرده ولا منعكسه. وأما بناءً على ما تقدم: من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين مع أن الكفن يتقدم على الدين فبيعها له أولى، بل اللازم ذلك أيضاً، بناءً على حصر الجواز فى بيعها فى ثمنها، بناءً على ما تقدم من أن وجود مقابل الكفن الممكن صرفه فى ثمنها لا يمنع عن بيعها، فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاد، وإلا لُصرف مقابله فى ثمنها ولم تُبع.

ومن ذلك يظهر النظر فيما قيل: من أن هذا القول مأخوذ من القول بجواز بيعها فى مطلق الدين المستوعب.

وتوضيحه: أنه إذا كان للميت المديون أم ولد ومقدار ما يجهز به، فقد اجتمع هنا حق الميت، وحق بائع أم الولد، وحق أم الولد، فإذا ثبت عدم سقوط حق بائع أم الولد، دار الأمر بين إهمال حق الميت بترك الكفن، وإهمال حق أم الولد ببيعها. فإذا حكم بجواز بيع أم الولد حينئذ بناءً على ما تقدم فى المسأله السابقه كان معناه: تقديم حق الميت على حق أم الولد، ولازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين، وانحصار الحق فى الميت وأم الولد.

اللهم إلا- أن يقال: لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أم الولد على حقها، وثبت بعموم النص تقديم الكفن على الدين، اقتضى الجمع بينهما تخصيص جواز صرفها فى ثمنها بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل، أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن، لأن مقابل الكفن غير قابل للصرف فى الدين، فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها فى الثمن تقديم الدين على الكفن. أما إذا لم يكن هناك دين

وتردّد الأمر بين حقّها وحقّ مولاها الميت، فلا دليل على تقديم حقّ مولاها، ليخصّص به قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، عدا ما يُدعى: من قاعده تعلق حق الكفن بمال الميت. لكن الظاهر اختصاص تلك القاعده بما إذا لم يتعلق به حقّ سابق مانع من التصرف فيه، والاستيلاء من ذلك الحقّ، ولو فرض تعارض الحقين فالمرجع إلى أصاله فساد بيعها قبل الحاجه إلى الكفن، فتأمل. نعم، يمكن أن يقال نظير ما قيل في الدين: من أنّ الولد يرث نصيبه وينعتق عليه ويتعلّق بذمّته مؤونه التجهيز، أو تستسعى أمّه ولو ياجار نفسها في مدّه وأخذ الأجره قبل العمل وصرفها في التجهيز. والمسأله محل إشكال.

ومنها: ما إذا جنت على غير مولاها في حياته، أمّا بعد موته، فلا إشكال في حكمها، لأنّها بعد موت المولى تخرج عن التشبّث بالحرية، إمّا إلى الحرّيه الخالصه، أو الرقيّه الخالصه. وحكم جنايتها عمداً: أنّه إن كان في موردٍ ثبت القصاص، فللمجنّى عليه القصاص، نفساً كان أو طرفاً، وله استرقاقها كلاً أو بعضاً على حسب جنايتها، فيصير المقدار المسترقّ منها ملكاً طلقاً.

وربما تخيّل بعضٌ أنّه يمكن أن يقال: إنّ رقيتها للمجنّى عليه لا تزيد على رقيتها للمالك الأول، لأنّها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول. ثم ادّعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلّه المنع خصوصاً صحيحه عمر بن يزيد المتقدّمه في عدم بيع أمّ الولد مطلقاً. والظاهر أنّ مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلاً، وإلاّ فهو احتمال مخالف للإجماع والنص الدالّ على الاسترقاق، الظاهر في صيروره الجاني رقاً خالصاً. وما وجه به هذا الاحتمال: من أنّها تنتقل إلى المجنّى عليه على حسب ما كانت عند الأول، فيه: أنّه ليس في النصّ إلاّ الاسترقاق، وهو جعلها رقاً له كسائر الرقيق، لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتى يقال: إنّها إنّما كان على النحو الذي كان للمولى الأول.

والحاصل: أنّ المستفاد بالضرورة من النصّ والفتوى: أنّ الاستيلاء يحدث للأمه حقاً على مستولدها يمنع من مباشره بيعها ومن البيع لغرضٍ عائد إليه، مثل قضاء ديونه، وكفنه، على خلافٍ في ذلك. وإن كانت الجنايه خطأً: فالمشهور أنّها كغيرها من المماليك، يتخيّر المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجنايه منها إلى المجنّي عليه، وبين أن يفديها بأقلّ الأمرين على المشهور، أو بالأرش على ما عن الشيخ وغيره. وعن الخلاف والسرائر واستيلاء المبسوط: أنّه لا خلاف في أنّ جنايتها تتعلّق برقيبتها. لكن عن ديات المبسوط: أنّ جنايتها على سيدها بلا خلاف إلا من أبي ثور، فإنّه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق وهو مخالف لما في الاستيلاء من المبسوط. وربما يوجه بإرادته نفي الخلاف بين العامه، وربما نسب إليه الغفله، كما عن المختلف. والأظهر: أنّ المراد بكونها على سيدها عود خساره الجنايه على السيد، في مقابل عدم خساره المولى لا من عين الجاني ولا من مال آخر وكونها في ذمه نفسها تتبع بها بعد العتق، وليس المراد وجوب فدائها. وعلى هذا أيضاً يحمل ما في روايه مسمع عن أبي عبدالله عليه السلام، «قال: أمّ الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها، وما كان من حقوق الله في الحدود، فإنّ ذلك في بدنها»، فمعنى كونها على سيدها: أنّ الأمه بنفسها لا تتحمّل من الجنايه شيئاً. ومثلها ما أرسل عن علي عليه السلام في: «المعتق عن دبرٍ هو من الثلث، وما جنى هو والمكاتب وأمّ الولد فالمولى ضامن لجنايتهم». والمراد من جميع ذلك: خروج ديه الجنايه من مال المولى المرّدّد بين ملكه الجاني أو ملك آخر.

وكيف كان، فإطلاقات حكم جنايه مطلق المملوك سليمه عن المخصّص. ولا يعارضها أيضاً إطلاق المنع عن بيع أمّ الولد، لأنّ ترك فدائها والتخليه بينها، وبين المجنّي عليه ليس نقلاً لها.

خلافاً للمحكي عن موضع من المبسوط والمهذّب والمختلف: من تعيين

الفداء على السيد. ولعله للروايتين المؤيدتين بأن استيلاء المولى هو الذى أبطل أحد طرفى التخيير فتعين عليه الآخر، بناءً على أنه لا فرق بين إبطال أحد طرفى التخيير بعد الجنايه كما لو قتل أو باع عبده الجانى وبين إبطاله قبلها، كالأستيلاد الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها. وقد عرفت معنى الروايتين، والمؤيد مصادره لا يبطل به إطلاق النصوص.

ومنها: ما إذا جنت على مولاها بما يوجب صحه استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى، فهل تعود ملكاً طلقاً بجنايتها على مولاها، فيجوز له التصرف الناقل فيها كما هو المحكى فى الروضه عن بعض وعدّها السيورى من صور الجواز أم لا؟ كما هو المشهور، إذ لم يتحقق بجنايتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها، وأما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل.

وما يقال فى توجيهه: من «أن الأسباب الشرعيه تؤثر بقدر الإمكان، فإذا لم تؤثر الجنايه الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد، وهو استقلال جديد فى التصرف فيها، مضافاً إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذى أنيط به الجواز فى صحيحه ابن يزيد المتقدمه مضافاً إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجانى عمداً» فمندفع بما لا يخفى.

وأما الجنايه على مولاها خطأً، فلا إشكال فى أنها لا تجوز التصرف فيها، كما لا يخفى، وروى الشيخ فى الموثق عن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام: «أمّ الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهى حرّه لا سعايه عليها». وعن الشيخ والصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب، عن جعفر، عن أبيه صلوات الله وسلامه عليهما: «أنّ أمّ الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهى حرّه لا سبيل عليها، وإن قتلت عمداً قتلت به».

وعن الشيخ، عن حماد، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «إذا قتلت أمّ الولد مولاها

سعت في قيمتها». ويمكن حملها على سعيها في بقيه قيمتها إذا قصر نصيب ولدها. وعن الشيخ في التهذيب والاستبصار: الجمع بينهما بغير ذلك، فراجع.

ومنها: ما إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديتها، فإنها لو لم تكن مستولده كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني وأخذ قيمتها، وبين إمساكها، ولا شيء له، لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض، ففي المستولده يحتمل ذلك، ويحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ قيمه، ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبه. وأمّا احتمال منع الجاني عن أخذها وعدم تملكه لها بعد أخذ الديه منه، فلا وجه له، لأنّ الاستيلاء يمنع عن المعاوضه أو ما في حكمها، لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض بحكم الشرع. والمسأله من أصلها موضع إشكال، لعدم لزوم الجمع بين العوض والمعوض، لأنّ الديه عوض شرعى عما فات بالجنايه، لا عن رقبه العبد. وتام الكلام فى محلّه.

ومنها: ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت، حكاها فى الروضه. وكذا لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون فكأنه فيما إذا أسرها غير مولاها فلم يثبت كونها أمه المولى إلا بعد القسمه، وقلنا بأن القسمه لا تنقص ويغرم الإمام قيمتها لمالكها لكن المحكى عن الأكثر والمنصوص: أنها تردّ على مالكها، ويغرم قيمتها للمقاتله.

ومنها: ما إذا خرج مولاها عن الذمه وملكت أمواله التى هى منها.

ومنها: ما إذا كان مولاها ذمياً وقتل مسلماً، فإنه يدفع هو وأمواله إلى أولياء المقتول. هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول، وهو ما إذا عرض لأمّ الولد حق للغير أقوى من الاستيلاء.

وأما القسم الثانى: وهو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعاة من حق الاستيلاء، فمن موارد:

ما إذا أسلمت وهي أمه ذمّي، فإنّها تباع عليه، بناءً على أنّ حقّ إسلامها المقتضى لعدم سلطنه الكافر عليها أولى من حقّ الاستيلاء المعرّض للعتق. ولو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع عمومات صحّح البيع دون قاعده «سلطنه الناس على أموالهم» المقتضيه لعدم جواز بيعها عليه، لأنّ المفروض: أنّ قاعده «السلطنه» قد ارتفعت بحكومه أدلّه نفى سلطنه الكافر على المسلم، فالمالك ليس مسلطاً قطعاً ولا- حقّ له في عين الملك جزمًا. إنّما الكلام في تعارض حقّي أمّ الولد من حيث كونها مسلمه فلا يجوز كونها مقهوره بيد الكافر، ومن حيث كونها في معرض العتق فلا- يجوز إخراجها عن هذه العرضه. والظاهر أنّ الأوّل أولى، للاعتبار، وحكومه قاعده «نفى السبيل» على جُلّ القواعد، ولقوله صلى الله عليه وآله: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه».

ومما ذكرنا ظهر: أنّه لا وجه للتمسّك باستصحاب المنع قبل إسلامها، لأنّ الشكّ إنّما هو في طرؤ ما هو مقدّم على حقّ الاستيلاء والأصل عدمه، مع إمكان معارضه الأصل بمثله لو فرض في بعض الصور تقدّم الإسلام على المنع عن البيع. ومع إمكان دعوى ظهور قاعده المنع في عدم سلطنه المالك وتقديم حقّ الاستيلاء على حقّ الملك، فلا ينافى تقديم حقّ آخر لها على هذا الحقّ.

ومنها: ما إذا عجز مولاها عن نفقتها ولو بكسبها، فتباع على من ينفق عليها، على ما حكى عن اللمعه وكنز العرفان وأبى العباس والصيمرى والمحقّق الثانی.

وقال في القواعد: لو عجز عن الإنفاق على أمّ الولد أمرت بالتكسّب، فإنّ عجزت أنفق عليها من بيت المال، ولا يجب عتقها، ولو كانت الكفايه بالتزويج وجب، ولو تعذّر الجميع ففي البيع إشكال، انتهى.

وظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى، أو كسبها، أو مالها، أو عوض بُضعها، أو وجود من يؤخذ بنفقتها، أو بيت المال، وهو حسن. ومع عدم ذلك كلّ فلا يبعد المنع عن البيع أيضاً، وفرضها كالحرّ في وجوب سدّ رمقها



كفأيةً على جميع من أطلع عليها. ولو فرض عدم ذلك أيضاً، أو كون ذلك ضرراً عظيماً عليها، فلا يبعد الجواز، لحكومته أدلّه نفي الضرر، ولأنّ رفع هذا عنها أولى من تحمّلها ذلك، رجاءً أن تنعتق من نصيب ولدها، مع جريان ما ذكرنا أخيراً في الصورة السابقة: من احتمال ظهور أدلّه المنع في ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكةا، لا على حقّها الآخر، فتدبر.

ومنها: بيعها على من تنعتق عليه على ما حكى من الجماعة المتقدم إليهم الإشارة لأنّ فيه تعجيل حقّها. وهو حسن لو علم أنّ العله حصول العتق، فلعلّ الحكمه انعتاق خاصّ، اللهمّ إلا أن يستند إلى ما ذكرنا أخيراً في ظهور أدلّه المنع، أو يقال: إنّ هذا عتق في الحقيقة. ويلحق بذلك بيعها بشرط العتق، فلو لم يف المشتري احتمال وجوب استردادها، كما عن الشهيد الثاني. ويحتمل إجبار الحاكم أو العدول للمشتري على الإعتاق، أو إعتاقها عليه قهراً. وكذلك بيعها ممّن أقرّ بحرّيتها. ويشكل بأنّه إن علم المولى صدق المقرّ لم يجز له البيع وأخذ الثمن في مقابل الحرّ، وإن علم بكذبه لم يجز أيضاً، لعدم جواز بيع أمّ الولد. ومجرّد صيرورتها حرّه على المشتري في ظاهر الشرع مع كونها ملكاً له في الواقع، وبقاءها في الواقع على صفه الرقيه للمشتري لا يجوز البيع، بل الحرّيه الواقعيه وإن تأخرت أولى من الظاهريه وإن تعجّلت.

ومنها: ما إذا مات قريبها وخلف تركه ولم يكن له وارث سواها فتشترى من مولاها لتعتق وترث قريبها. وهو مختار الجماعة السابقة وابن سعيد في النزاهه، وحكى عن العماني وعن المهذب: إجماع الأصحاب عليه. وبذلك يمكن ترجيح أخبار «الإرث» على قاعده «المنع»، مضافاً إلى ظهورها في رفع سلطنه المالك، والمفروض هنا عدم كون البيع باختياره، بل تباع عليه لو امتنع.

ومن القسم الثالث وهو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء ما إذا

كان علوقها بعد الرهن، فإن المحكى عن الشيخ والحلى وابن زهره والمختلف والتذكرة واللمعه والمسالك والمحقق الثانى والسيورى وأبى العباس والصيمرى: جواز بيعها حينئذٍ. ولعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض أدله حكم الرهن، وأدله المنع عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها. خلافاً للمحكى عن الشرائع والتحرير، فالمنع مطلقاً. وعن الشهيد فى بعض تحقیقاته: الفرق بين وقوع الوطء بإذن المرتهن، ووقوعه بدونه. وعن الإرشاد والقواعد: التردد، وتمام الكلام فى باب الرهن.

ومنها: ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى والحجر عليه، وكانت فاضله عن المستثنيات فى أداء الدين، فتباع حينئذٍ، كما فى القواعد واللمعه وجامع المقاصد. وعن المهذب وكنز العرفان وغايه المرام، لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها، ولا دليل على بطلانه بالاستيلاء. وهو حسن مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالأعيان. أمّا لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس فى التصرف ووجوب بيع الحاكم أمواله فى الدين، فلا يؤثر فى دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع فى نفسه، فتأمل. وتمام الكلام فى باب الحجر، إن شاء الله.

ومنها: ما إذا كان علوقها بعد جنائتها، وهذا فى الجنايه التى لا تجوز البيع لو كانت لاحقه، بل يلزم المولى الفداء وأما لو قلنا بأن الجنايه اللاحقه أيضاً ترفع المنع لم يكن فائده فى فرض تقديمها.

ومنها: ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها، فإن المحكى عن الحلى جواز استردادها مع كونها ملكاً للمشتري ولعله لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاء. خلافاً للعلامة وولده والمحقق والشهيد الثانين وغيرهم، فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمه أم الولد. ولعله لصيرورتها بمنزله التالف، والفسخ بنفسه لا يقتضى إلا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن، وأما وجوب رد العين فهو من أحكامه لو

لم يمتنع عقلاً أو شرعاً، والمانع الشرعى كالعقلى.

نعم، لو قيل: إنّ الممنوع إنّما هو نقل المالك أو النقل من قبله لديونه، أمّا الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره، فلم يثبت، فلا مانع شرعاً من استرداد عينها.

والحاصل: أنّ منع الاستيلاء عن استرداد بائعها لها يحتاج إلى دليل مفقود. اللهم إلا أن يدعى: أنّ الاستيلاء حقّ لأمّ الولد مانع عن انتقالها عن ملك المولى لحقه أو لحق غيره، إلا أن يكون للغير حق أقوى أو سابق يقتضى انتقالها، والمفروض أنّ حق الخيار لا يقتضى انتقالها بقول مطلق، بل يقتضى انتقالها مع الإمكان شرعاً، والمفروض أن تعلق حق أمّ الولد مانع شرعاً كالتعلق والبيع على القول بصحتهما في زمان الخيار، فتأمل.

ومنها: ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها، بناءً على ما استظهر الاتفاق عليه: من جواز اشتراط الأداء من مال معيّن، فيتعلق به حق المضمون له، وحيث فرض سابقاً على الاستيلاء فلا يزاحم به على قول محكّي في الروضه.

ومنها: ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقه إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطء ثم حصل بعده، بناءً على ما ذكره من خروج المنذور كونها صدقه عن ملك الناذر بمجرد النذر فى المطلق وبعد حصول الشرط فى المعلق، كما حكاه صاحب المدارك عنهم فى باب الزكاه. ويحتمل كون استيلادها كإتلافها، فيحصل الحنث ويستقرّ قيمه، جمعاً بين حقّي أمّ الولد والمنذور له.

ولو نذر التصدق بها، فإن كان مطلقاً وقلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعض فلا حكم للعلوق. وإن قلنا بعدم خروجها عن ملكه، احتمل: تقديم حق المنذور له فى العين، وتقديم حق الاستيلاء، والجمع بينهما بالقيمه.

ولو كان معلّقاً فوطأها قبل حصول الشرط صارت أمّ ولد، فإذا حصل الشرط وجب التصدّق بها، لتقدم سببه. ويحتمل انحلال النذر، لصيروره التصدق مرجوحاً بالاستيلاء مع الرجوع إلى القيمة أو بدونه. وتمام الكلام يحتاج إلى بسطٍ تمام لا يسعه الوقت.

ومنها: ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته، فللمولى أن يبيعها على ما حكاها في الروضة عن بعض الأصحاب بناءً على أنّ مستولده أمّ ولد بالفعل غير معلّق على عتقه فلا يجوز له بيع ولدها.

والقسم الرابع: وهو ما كان إبقاؤها في ملك المولى غير معرّض لها للعتق، لعدم توريث الولد من أبيه، لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب من طرف الأمّ أو الأب واقعاً، لفجور، أو ظاهراً، باعتراف. ثم إننا لم نذكر في كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلاً من كثير ما يتحمّله من الكلام، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه.

مسأله: ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً: كونه مرهوناً [١].

الشرح:

[١] لا يجوز للراهن بيع الرهن استقلالاً، أي بلا إذن المرتهن على المعروف بينهم، بل عن «الخلافة» (١) وغيره (٢) الإجماع عليه، ويستدلّ على ذلك بالأخبار المشار إليها في خلافة الشيخ رحمه الله وبما رواه في «المختلف» عن النبي صلى الله عليه وآله مرسلًا: «أن الراهن والمرتهن كلاهما ممنوعان عن التصرف» (٣) وضعف السند منجبر بفتاوى الأصحاب واتفقهم.

أقول: الظاهر أن مراد الشيخ رحمه الله من الإجماع في خلافه الأعم من الاتفاق على

ص: ٢٧

١- (١) الخلافة ٣: ٢٥٣، كتاب الرهن، ذيل المسأله، وحكاها عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٨٨.

٢- (٢) مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٩، وحكاها عنه المحقق التستري في المقابس: ١٨٨.

٣- (٣) المختلف ٥: ٤٢١، ومستدرک الوسائل ١٣: ٤٢٦، الباب ١٧ من كتاب الرهن، الحديث ٦. عن درر اللآلي.

فإنّ الظاهر بل المقطوع به : الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون وحكى عن الخلاف اجماع الفرقه وأخبارهم على ذلك. وقد حكى الإجماع عن غيره أيضاً. وعن المختلف فى باب تزويج الأمه المرهونه أنّه أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله «أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف».

الشرح:

حكم المسأله أو على القاعده التى يكون تطبيقها على المسأله واستفاده حكمها منها مبتنياً على الاجتهاد منه رحمه الله ، وهذا بقربنه دعواه الإجماع فى المسائل المختلف فيها بين الأصحاب، بل المراد من الأخبار فى ذلك الكتاب أيضاً ذلك لا خصوص ورود الخبر فى حكم المسأله. وعلى ذلك فيمكن أن يكون اعتماده رحمه الله فى منع الراهن عن بيع الرهن على زعمه بأن عدم الجواز فى موارد تعلق حق الغير بالمال مورد التسالم، مع ورود الروايه فى بعضها والمقام من تلك الموارد، ويؤيد ذلك أنه لو كان فى خصوص المسأله أخبار لنقلها فى تهذيبه واستبصاره لوضعهما لنقل الأخبار.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى المرسل المذكور فى «المختلف» وأنه لا- سبيل لنا إلى إحراز أنه المستند لمنع المشهور عن بيع الراهن، فإنه يحتمل أن يكون استنادهم إلى القاعده التى أشرنا إليها فلا مجال لدعوى انجبار ضعف المرسله بالاستناد إليها.

والحاصل: أنه لا يجوز للراهن التصرف بما ينافى عقد الرهن، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بعقده، وأمّا ما لا ينافى عقد الرهن فيجوز، باعتبار عدم ثبوت المنع عنه، بل فى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل رهن جاريته قومًا، أيحلّ له أن يطأها؟ قال: فقال: إن الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها، قلت: رأيت إن قدر عليها خالياً؟ قال: نعم، لا أرى به بأساً»<sup>(١)</sup>. وفى صحيحه الحلبي قال: «سألت

ص: ٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٩٦، الباب ١١ من كتاب الرهن، الحديث الأول.

وإنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلاً من أصله أو يقع موقوفاً على الإجازة أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟ فظاهر عبائر جماعه من القدماء وغيرهم الأول إلا أن صريح الشيخ في النهايه وابن حمزه في الوسيله وجمهور المتأخرين الشرح:

أبا عبدالله عليه السلام وذكر مثله، إلا أنه قال: نعم، لا- أرى هذا عليه حراماً<sup>(١)</sup>. والكلام في أن بيع الراهن الرهن بلا- إذن المرتهن تصرف ينافى عقد الرهن أم لا، والأظهر عدم منافاته للرهن فيلتزم بصحة بيعه وعدم وقوفه على شيء من إجازة المرتهن أو غيرها. وتعلق حق المرتهن بالعين لا- ينافى نفوذ البيع، حيث يبقى حقه في العين المنتقلة إلى المشتري، غايه الأمر لو كان المشتري عالماً بحال المبيع وأنه رهن ومع ذلك أقدم على شرائها فلا يثبت له خيار الفسخ، ويثبت مع جهله؛ لأن تعلق الرهن بالمبيع نقص فيه.

وإن شئت توضيح ذلك، فلاحظ المسألة الآتية، يعني بيع العبد الجاني فإنه يلتزم بصحة بيعه مع تعلق حق الجنايه به، ويقال: <sup>(٢)</sup> إن تعلقه به لا- يوجب خروجه عن ملك مولاه فيجوز بيعه. ويعمه «أَحْيَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، مع تعلق <sup>(٣)</sup> الجنايه به حتى بعد انتقاله إلى ملك المشتري، مع ثبوت خيار الفسخ له مع جهله بحاله لنقصه، باعتبار كونه معرضاً للاسترقاق أو القصاص الموجب لذهابه على المشتري. وفي المقام أيضاً لو امتنع المديون عن أداء دينه فللمرتهن استيفاؤه من الرهن، ويكون ذهاب المال من المشتري كما لا يخفى.

ص: ٢٩

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٢.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٦٥، والقواعد ١: ١٢٦، والدروس ٣: ٢٠٠، واللمعة دمشقيه: ١١٢، وجامع المقاصد ٤: ٩٩ وغيرهم.

٣- (٣) سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

عدا شاذّ منهم هو كونه موقوفاً وهو الأقوى للعمومات [١] السليمة عن المخصّص لأنّ معقد الاجماع والأخبار الظاهره فى المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف «المرتهن» على «الراهن» مع ما ثبت فى محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً لا باطلاً. وعلى تسليم الظهور فى بطلان التصرف الشرح:

[١] بناءً على تعلق النهى ببيع الرهن كما إذا اعتمدنا على مرسله «المختلف» (١)(٢) للآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائده: الآيه ١ (٢). أو ما فى «الخلاص» (٢) فهل يكون بيعه موقوفاً على إجازة المرتهن أو يكون كبيع الوقف وأمّ الولد فى وقوعه باطلاً؟ ذكر رحمه الله بما حاصله: أن الأظهر هو الأول، كما هو مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد (٣) وإطلاق دليل حل البيع (٤)، فإن المانع عن شمولهما وهو حق المرتهن فى العين يسقط بإجازته. ويدلّ عليه أيضاً ما ورد (٥) فى نكاح العبد بلا إذن سيده فإن ظاهره كما مر فى بيع الفضولى، أنّ كلّ عقد يكون النهى عنه باعتبار رعايه حق الآخر يرتفع عنه النهى ويتمّ ذلك العقد بسقوط ذلك الحق ورضا صاحبه به، بخلاف ما إذا كان النهى عنه لمنع الشارع عنه وضماً بالأصله فإنه لا يصحّ ولا يلحق به رضا الله وإمضاؤه.

بل يمكن استفادته لزوم عقد الراهن بإجازة المرتهن من فحوى صحه بيع الفضولى بلحوق رضا المالك به، والوجه فى الفحوى نقص بيع الفضولى من جهه عدم استناده إلى المالك وعدم رضاه به، بخلاف المقام، حيث إن النقص فيه من جهه عدم رضا المرتهن فقط، وإذا كانت الإجازة فى البيع فضولاً مصحّحه للجهتين فتصححها الجبهه الواحده أولى.

ص: ٣٠

١- (١) و

٢- مرّ آنفاً .

٣- (٣) للآيه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١: ١١٤ ١١٥، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و ٢ .

رأساً فهي موهونه بمصير جمهور المتأخرين على خلافه. هذا كله مضافاً على ما يستفاد من صحة نكاح العبد، بالإجازة معللاً بـ «أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده» إذ المستفاد منه: أن كل عقد كان النهي عنه لحقّ الآدمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا وليس ذلك كمعصية الله أصاله في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضى الله تعالى.

هذا كله مضافاً إلى فحوى أدله صحة الفضولي، لكن الظاهر من التذكرة: أن كل من أبطل عقد الفضول أبطل العقد هنا. وفيه نظر، لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله صلى الله عليه وآله «لا- بيع إلا- في ملك» لا يلزمه البطلان هنا، بل الاظهر ما سيجيء عن إيضاح النافع: من أن الظاهر وقوف هذا العقد. وإن قلنا ببطلان الفضولي.

الشرح:

نعم، ربما يناقش في الفحوى على ما عن «التذكرة»<sup>(١)</sup> بأن كل من أبطل بيع الفضولي ولم ير تمامه بالإجازة أبطل بيع الراهن ولم ير تمامه بإجازة المرتهن، فإن ظاهر ذلك عدم الفرق بين بيع الفضولي وبيع الراهن، فلا يكون الثاني أولى بالصحة بالإجازة.

ولكن لا- يخفى ما فيه، كما لا- يخفى ما ذكره بعض المعاصرين من بطلان بيع الراهن وعدم تمامه بإجازة المرتهن، باعتبار أن ظاهر النهي عن المعامله فسادها كالنهي عن بيع الوقف وأم الولد، بخلاف ما إذا كان النهي عنه لكون المنهي عنه عنواناً ينطبق على المعامله أحياناً ويعبر عن ذلك بالنهي عن المعامله بعنوان خارج عنها، فإن هذا النهي لا يقتضى فسادها.

ص: ٣١



وقد ظهر من ذلك ضعف ما قوّاه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان متمسكاً بظاهر الاجماع والاختيار المحكيه على المنع والنهي، قال: وهو موجب للبطلان وإن كان لاحقاً لغيره إذ العبره بتعلق النهي بالعقد لا- لأمر خارج عنه، وهو كافٍ في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف وأمّ الولد وغيرهما مع استواء الجميع في كون سبب النهي حقّ الغير، ثمّ أورد على نفسه بقوله: فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي وعقد المرتهن مع أنّ كثيراً من الاصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع كما دلّت عليه الروايه فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحّته فالفرق تحكّم.

قلنا: إنّ التصرف المنهى عنه إن كان انتفاعاً [١] بمال الغير فهو محرّم، الشرح:

[١] قد ذكرنا سابقاً أن الأفعال الخارجيه المتعلقة بمال الغير المحكوم به بالحرمة عند صدورها لا تخرج إلى الحلال بالإجازة؛ لأنّ تلك الأفعال قد انتهى أمرها، أما بالوجود فلا يمكن تركها، أو إلى الترك فلا يمكن فعلها، فلا يتعلق الحكم التكليفي بها بعد انتهاء زمانها؛ ولذا يحكم ببطلان الوضوء والاعتسال بماء الغير حتى مع رضا مالكة فيما بعد، فإن بطلانها باعتبار حرمتها حين صدورهما ولا- يكون انقلاب في الحرمة. نعم، ما يتعلق بمال الغير من الأفعال الاعتباريه التي لها أحكام وضعيه كالعقود فيمكن تصحيح تلك الأفعال بالإجازة.

وقد فصّل القائل المزبور فيها بأنها فيما كانت صادرة عن المالك لا تكون موقوفه؛ لأنّ المعامله الصادره عن المالك أصاله لا نيابه، ولو تعلق بها نهى تكون فاسده، وإلا صحت فعلاً، بخلاف الاعتباريات الصادره عن غير المالك فإنها لو وقعت على وجه الظلم والعدوان على المالك بحيث تكون محرمة فلا تصح بلحوق الإجازة كبيع الغاصب، بخلاف ما إذا وقعت على وجه النيابه عن المالك فإنه لا يتعلق بها

ولا- تحلله الإجازة المتعقبه وإن كان عقداً أو إيقاعاً، فإن وقع بطريق الاستقلال لا- على وجه النيابة عن المالك، فالظاهر أنه كذلك كما سبق في الفصولي وإلا فلا يعدّ تصرفاً يتعلّق به النهي، فالعقد الصادر عن الفصولي قد يكون محرّماً، وقد لا يكون كذلك. وكذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن وغصب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتهان كان منهياً عنه. وإن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرّد إجراء الصيغه، فلا- يزيد عن عقد الفصولي، فلا يتعلّق به نهى أصلاً.

وأما المالك، فلما حُجر على ماله برهنه وكان عقده لا يقع إلاّ مستنداً إلى ملكه لانحصار المالكه فيه ولا معنى لقصده النيابة، فهو منهى عنه، لكونه تصرفاً مطلقاً ومنافياً للحجر الثابت عليه، فيخصص العمومات بما ذكر. ومجرد الملك لا يقضى بالصحة، إذ الظاهر بمقتضى التأمل: أنّ الملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع ملك التصرف فيه، ولذا لم يصحّ البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك وكان ناقصاً، لل منع عن التصرف.

ثم قال: وبالجملة، فالذى يظهر بالتّبع في الأدله: أنّ العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفه على إجازته، وأما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت منه وكان تصرفه على وجه الأصالة فلا- تقع على وجهين، بل تكون فاسده أو صحيحه لازمه إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم. وأما التعليل الشّرح:

في الفرض نهى لتكون فاسده. وهذا القسم يكون تماماً بلحوق الإجازة، ومما ذكر يظهر التفصيل في بيع المرتهن الرهن بلا إذن الراهن، بخلاف بيع الراهن بلا إذن المرتهن، فإن الثاني يكون فاسداً لحقت به الإجازة أم لا، بخلاف الأول فإنها تصح بالإجازة لو صدرت على وجه النيابة.

المستفاد من الروايه المرويّه فى النكاح من قوله: «لم يعص الله وإنّما عصى سيّده . . . إلى آخره»، فهو جار فى من لم يكن مالكاً كما أنّ العبد لا يملك أمر نفسه، وأمّا المالك المحجور عليه، فهو عاصٍ لله بتصرفه. ولا يقال: إنه عصى المرتهن، لعدم كونه مالكاً، وإنّما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، وما ذكرناه جارٍ فى كلّ مالكٍ متولٍّ لأمر نفسه إذا حُجر على ماله لعارضٍ كالفلس وغيره فيحكم بفساد الجميع. وربّما يتّجه الصّحاح فيما إذا كان الغرض [١] من الحُجر رعايه مصلحه كالشفعه فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى، انتهى كلامه رفع مقامه.

ويرد عليه بعد منع الفرق فى الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة، ومنع اقتضاء مطلق النهى، لا لأمرٍ خارجٍ، للفساد [٢]:

الشرح:

[١] يعنى ربما يقال بصفحه بيع المالك بلحوق إجازة ذى الحق فيما كان نهى المالك عن بيع ماله لرعايه مصلحه الآخر، كنهى المشتري عن بيع الحصه التى اشتراها فإن الحجر عليه من بيع تلك الحصه لرعايه مصلحه الشريك الآخر؛ ليتمكن من الأخذ بالشفعه. وفى هذا القسم يقال بصفحه بيع المشتري المزبور فيما أجازة الشريك الشفيع.

أقول: وعلى ذلك يكون بيع الراهن أيضاً كذلك، فإن الحجر على الراهن باعتبار رعايه مصلحه المرتهن، والمراد ب«هنا» فى قوله: فالقول بالبطلان هنا هو الأقوى (١)، هو بيع الراهن، فتدبر.

[٢] النهى عن المعامله ظاهرها الإرشاد إلى فسادها، يعنى عدم إمضاء الشارع لها

ص: ٣٤

١- (١) مقابس الأنوار: ١٩٠.

أولاً: أن نظير ذلك يتصوّر في بيع الراهن، فإنّه قد يبيع رجاءً لإجازة المرتهن ولا ينوى الاستقلال، وقد يبيع جاهلاً بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، ولا حرمه في شيء من ذلك.

وثانياً: أنّ المتيقّن من الإجماع والأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن على ما يقتضيه عبارته معقد الإجماع والأخبار، أعنى قولهم: «الراهن والمرتهن ممنوعان»، ومعلوم أنّ المنع في المرتهن إنّما هو على وجه لا- ينافي وقوعه موقوفاً، وحاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن والوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال وعدم مراجعته صاحبه في ذلك. وإثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، ومع عدمه يرجع إلى العمومات.

الشرح:

وصرفه إلى التكليف يحتاج إلى قيام قرينه، ومع قيام القرينه على كونه تكليفاً فلا- ملازمه بين المنع عن المعاملة بمعناها المصدرى وثبوت أثرها على تقدير إنشائها؛ ولذا لا- يقتضى النهى عن المعاملة فسادها، حيث إن النهى عنها كما ذكر كون صدورها مبغوضاً. وأما ترتب الأثر عليها بعد صدورها أخذاً بعموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١)، وإطلاق دليل حل البيع (٢)، بمعنى إمضاءها، فلا ينافي النهى المزبور، وهذا حال النهى عن معاملة بعنوانها.

وأما إذا كان النهى عنها بعنوان آخر منطبق عليها، فإن كان ذلك العنوان منطبقاً على المعاملة بمعناها المصدرى فهو لا يزيد عن النهى عنها بعنوانها، وإذا كان العنوان المزبور منطبقاً على المعنى الاسم المصدرى والوفاء به كما إذا انطبق عنوان تقوية الكفر وتضعيف الحق وأهل الإيمان، أو ثبوت السبيل للكافر على المسلم على بيع

ص: ٣٥

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) للآية «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» سورة البقرة: الآية ٢٧٥ .

وأما ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستنداً إلى الفرق بينهما، فلم أتحمق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهى في كل منهما لحق الغير، فإنّ منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهى عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولى ونكاح العبد وبيع الراهن.

وأما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأمّ الولد، ففيه: أن الحكم فيهما تعبدٌ، ولذا لا يؤثر الإذن السابق في صحه البيع، فقياس الرهن عليه في غير محلّه.

وبالجملة، فالمستفاد من طريقه الأصحاب، بل الأخبار: أن المنع من المعامله إذا كان لحق الغير الذى يكفى إذنه السابق لا يقتضى الإبطال رأساً، بل إنما يقتضى الفساد، بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعه ذى الحق. ويندرج في ذلك: الفضولى وعقد الراهن، والمفلس، والمريض، وعقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، وللأمة على الحرّ وغير ذلك، فإنّ النهى في جميع ذلك إنّما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من العقد عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون مدخلية رضا غير المتعاقدين. وقد يتخيل وجه آخر [١] الشرح:

العبد المسلم منه والوفاء بها، فالظاهر عدم صحه تلك المعامله، وذلك فإن كون المعنى الاسم المصدري مبعوضاً مقتضاه عدم إمضاء الشارع له، حيث إن إمضاء الملك المزبور تقويه للكفر وجعل سبيل للكافر على المسلم.

وبتعبير آخر: لا- يمكن الأمر بالوفاء بتلك المعامله المقتضيه للقبض والإقباض مع النهى عن تقويه الكفر وترويج الباطل، وجعل الكافر أعلى من المسلم.

[١] وحاصله: أنّ إجازة المرتهن كاشفه عن دخول العين في ملك المشتري من زمان بيع الراهن، فيلزم أن يكون ملك غير المديون، يعنى المشتري، رهناً.

لبطلان البيع هنا، بناءً على ما سيجيء: من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفه، حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن وهو المشتري رهناً للبائع.

وبعبارة أخرى: الرهن والبيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد أعنى: ما قبل الإجازة، وهذا نظير ما تقدم في مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» من أنه على تقدير صحه البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع.

ويدفعه: أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع وإلا- لجرى ذلك في عقد الفضولي أيضاً، لأن فرض كون المجيز مالاً للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة. وأما ما يلزم في مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» فلا يلزم في مسأله اجازة المرتهن. نعم، يلزم في مسأله افتكاك الرهن وسيجىء التنبيه عليه إن شاء الله تعالى.

الشرح:

وبتعبير آخر: إجازة المرتهن في المقام نظير إجازة البائع في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك» ثم أجاز في عدم إمكان وقوع الإجازة كاشفه، ووقوعها بغير نحو الكشف غير صحيح. ووجه عدم الإمكان في تلك المسأله أنها لو كانت كاشفه عن انتقال المبيع إلى المشتري من حين بيع البائع لزم كون المبيع ملكاً للمشتري بمقتضى إجازة البائع وملكاً لمالكة الأولى ليصح تملك البائع منه بعد بيعه، كما يلزم في المقام كونه ملكاً للمشتري ببيع الراهن وكونه رهناً ليصح للمرتهن إجازته.

والجواب: أن إجازة المرتهن كما تكون كاشفه عن انتقال المبيع إلى المشتري من زمان البيع كذلك تكون كاشفه عن تمام الرهن من ذلك الزمان فلا محذور.

والحاصل: أن المحذور في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك» فأجاز لا يجرى في إجازة المرتهن. نعم، يجرى مثل المحذور في مسأله «افتكاك الرهن بعد بيع الراهن»، فيلزم كون ما هو ملك المشتري رهناً بحسب الواقع على دين الغير إلى زمان افتكاكه،

ثم إنَّ الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفةً أو ناقلةً هو الكلام في مسأله الفضولى. ومحصّله: أن مقتضى القاعده النقل [١] إلاّ أن الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى، لأنّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى وهى هنا من قبيل رفع المانع، ومن أجل ذلك جوّزوا عتق الرّاهن هنا [٢] مع تعقّب إجازة المرتهن، مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة. والاعتذار عن ذلك بيناء العتق على التغليب كما فعله المحقّق الثانى فى كتاب الرهن، فى مسأله عفو الرّاهن عن جنايه الجانى على العبد المرهون منافٍ لتمسّكهم فى العتق الشّرح:

فبيع الرّاهن قبل افتكاك الرهن أو إبراء المرتهن أو إسقاط حقه يشبه مسأله «من باع شيئاً ثم ملك».

وعلى الجملة، فرق بين إجازة المرتهن وفك الرهن أو الإبراء، فإنه وأن يسقط حق الرهانه بكل منها، إلا أن مبدأ السقوط فى الإجازة من حين بيع الرّاهن؛ ولذا يدخل البيع المزبور فى دليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد ولكن مبدأ انتهاء الرهن فى الفك أو الإبراء زمانهما لا حال البيع؛ ولذا يكون دخول البيع المزبور فى إطلاق دليل حل البيع (١) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) مبنياً على جواز التمسك بالعام بعد خروج فرد منه، وعلى تقدير الدخول يكون مقتضاه النقل كما يأتى.

[١] قد تقدم فى بحث الفضولى أن مقتضى القاعده الكشف الحكمى لا النقل المعروف.

[٢] أى ومن أجل كون الإجازة فى المقام من قبيل رفع المانع جوّزوا عتق الرّاهن

ص: ٣٨

١- (١) للآيه «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

بعمومات العتق، مع أنّ العلامة قدس سره فى تلك المسأله قد جوّز العفو مراعى بفكّ الرهن.

هذا إذا رضى المرتهن بالبيع وأجازة. أما إذا أسقط حقّ الرهن، ففى كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلامٌ يأتى فى افتكاك الرهن أو إبراء الدين. ثم إنّه لا إشكال فى أنّه لا ينفع الرد بعد الإجازة، وهو واضح. وهل ينفع الإجازة بعد الرد؟ وجهان:

من أنّ الردّ فى معنى عدم رفع اليد عن حقّه فله إسقاطه بعد ذلك، وليس ذلك كردّ بيع الفضولى، لأنّ المجيز هناك فى معنى أحد المتعاقدين، وقد تقرّر أنّ رد أحد العاقدين مبطلٌ لإنشاء العاقد الآخر، بخلافه هنا، فإن المرتهن أجنبى له حقّ فى العين.

ومن أنّ الإيجاب المؤثر إنما يتحقّق برضا المالك والمرتهن، فرضاً كلّ منهما جزءاً مقوم للإيجاب المؤثر، فكما أنّ ردّ المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم، كذلك ردّ المرتهن، وهذا هو الأظهر من قواعدهم.

الشرح:

مع لحوق إجازة المرتهن به (١)، مع أنهم ذكروا بعدم جريان الفضولية فى الإيقاعات فيعلم بذلك أن عدم جريانها يختص بموارد تكون الفضولية فيها باعتبار قصور المقتضى؛ ولذا جواز العلامة (٢) عفو الراهن عن الجنايه على عبده المرهون مشروطاً بفكّ الرهن فى المستقبل، فلا مجال لتوجيه (٣) عتق الراهن بلحوق إجازته بكون بناء العتق على التغليب.

ص: ٣٩

١- (١) كما فى النهايه : ٤٣٣، والشرائع ٢ : ٨٢، والجامع للشرائع : ٨٨، وانظر مفتاح الكرامه ٥ : ١١٦ .

٢- (٢) القواعد ١ : ١٦٥ .

٣- (٣) الموجّه هو المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٥ : ١٤٦ .



ثم إنّ الظاهر أنّ فكّ الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة، لسقوط حق المرتهن بذلك، كما صرّح به في التذكرة وحكى عن فخر الإسلام والشهيد في الحواشي، وهو الظاهر من المحقق والشهيد الثانيين.

ويحتمل عدم لزوم العقد بالفكّ كما احتمله في القواعد [١] بل بمطلق الشرح:

[١] وحاصله: أنه لا دليل في البين على تمام بيع الراهن ولزومه بفكّ الرهن (١) أو إبراء المرتهن أو إسقاطه حقه، وذلك فإن بيع الراهن حال حصوله كان خارجاً عن عموم وجوب الوفاء بالعقد (٢) وعن إطلاق حل البيع (٣)، وبعد انقضاء الرهن بما ذكر لا يمكن التمسك بهما؛ لما تقرر في محله من عدم جواز التمسك بالعام أو المطلق فيما إذا خرج فرد عنهما في زمان وشك في حكم ذلك الفرد بعد ذلك. إلا إذا كان للعام أو المطلق عموم أو إطلاق زمني، بأن يجب الوفاء في كل زمان بوجوب مستقل، ولكن الثابت وجوب واحد مستمرّ والحليه الثابته حكم وضعي لا تكليفي فضلاً عن كونها زمانية.

والحاصل: يكون المقام من موارد حكم الخاص، يعني استصحاب عدم لزوم المبيع المزبور، وعدم إمضاءه وبقاء الرهن على ملك الراهن، بل ما ورد (٤) في نكاح العبد من عدم تمامه بمجرد عتقه فيما إذا كان نكاحه بغير إذن سيده ظاهره أن خروج نكاحه عن عموم وجوب الوفاء بالنكاح حال حدوثه كاف في الحكم بعدم تمامه بالعتق. ولا فرق بين النكاح المزبور وبيع الراهن من هذه الجهة.

ص: ٤٠

١- (١) راجع القواعد ١: ١٦٠، وفيه: فلو افتكّ الرهن ففي لزوم العقود نظر.

٢- (٢) للآية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائدة: الآية ١.

٣- (٣) للآية «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١: ١١٧ و ١١٨، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و ٣.

السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما، نظراً إلى أنّ الرهن تصرف فيما فيه حق المرتهن، وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه.

والفرق بين الإجازة والفك: أنّ مقتضى ثبوت الحق له هو صحة إمضائه للبيع الواقع في زمان حقه، وإن لزم من الإجازة سقوط حقه، فيسقط حقه بلزوم البيع. وبالعكس، فالإجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه أعني حال العقد بما يوجب سقوط حقه، نظير إجازة المالك. بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء، فإنه ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه، فهو أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما، وقد تقدم الإشكال فيه عن جماعه مضافاً إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، بناءً على أنّ هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص. وليس ذلك محلّ التمسك بالعام، إذ ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال: إنّ المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط، فيبقى ما بعد السقوط داخلاً في العام. ويؤيد ما ذكرناه بل يدلّ عليه: ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح.

هذا، ولكنّ الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور [١] من جهة أنّ عدم تأثير بيع الشرح:

[١] المراد بالاحتمال هو احتمال بطلان بيع الرهن وعدم تمامه بفك الرهن أو الإبراء وإسقاط المرتهن حقه، ووجه ضعفه أنه لا مجال لاستصحاب عدم تمام بيع الرهن بعد حصول أحدها، فإن عدم تمامه باعتبار تراحم حق المرتهن مع وجوب الوفاء ببيع الرهن والترجيح لحق المرتهن؛ لكونه أسبق. وإذا سقط الحق المزبور بقي وجوب الوفاء بالبيع بلا مزاحم، فالمقام من مورد التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد.

المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمه حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى، وإنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضى.

ومرجع ما ذكرنا إلى أن أدله سببه البيع المستفاده من نحو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«الناس مسلطون على أموالهم» ونحو ذلك، عامه، وخروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمه حق المرتهن الذى هو أسبق، فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب. ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع، للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم.

الشرح:

وبهذا يظهر الفرق بين تمام البيع بعد انقضاء الرهن وبين نكاح العبد بلا إذن مولاه، حيث لا يصح الثانى بعته بعد النكاح، حيث إن نكاح العبد كان خارجاً عن عموم وجوب الوفاء بالعقد(1)؛ لقصور المقتضى، حيث إن العبد لقصوره لا يستقل فى نكاحه. وعدم تمام بيع الراهن كان لوجود المزاحم لا لقصور البائع.

أقول: لا- فرق بين الأمرين، والتعبير بأن خروج نكاح العبد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد لقصور المقتضى، أى لقصور نكاحه وعدم استقلال العبد فى عقوده وإيقاعاته بلا- منافاه بين كونه زوجاً وكونه عبداً، بخلاف خروج بيع الراهن فإنه ليس لقصور عقده، بل لكون بيعه منافياً لكون ماله رهناً لا- يخفى ما فيه، فإنه إذا فرض أن رسول الله صلى الله عليه وآله قد منع عن بيع الراهن وبذلك خرج البيع المزبور عن عموم وجوب الوفاء بالعقد يكون التمسك به بعد انتهاء الرهن بالفك أو الإبراء من التمسك بالعام الدال على الحكم الاستمرارى بعد خروج فرد منه فى زمان، كما أنه قد خرج نكاح العبد عن العموم المزبور بما دل على اعتبار إذن المولى فى نكاح عبده، فالتعبير عن

ص: ٤٢

١- (١) للآية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائدة: الآية ١ .

وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياس مع الفارق، لأن المانع عن سببيه نكاح العبد بدون إذن سيّده قصور تصرّفاته عن الاستقلال في التأثير، لا مزاحمه حقّ السيد لمقتضى النكاح، إذ لا منافاه بين كونه عبداً وكونه زوجاً، ولأجل ما ذكرنا لو تصرّف العبد لغير السيّد ببيع أو غيره، ثمّ انعتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف.

هذا، ولكن مقتضى ما ذكرنا: كون سقوط حق الرهانه بالفكّ أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلاً ومؤثراً من حينه، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه، خصوصاً بناءً على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا: من أنّ مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه، فإنّ هذا غير متحقّق في افتكاك الرهن، فهو نظير بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع، حيث إنّهُ لا يسع القائل بصحته إلا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد، وإلا لزم في المقام كون ملك الغير رهناً لغير مالكة كما كان يلزم في تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد.

هذا، ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. وقد تقدّم عن القواعد في مسأله عفو الراهن عن الجاني على المرهون: أنّ الفكّ يكشف عن صحته. ويدلّ على الكشف أيضاً ما استدلّوا به على الكشف في الفضولي: من أنّ العقد سبب تامّ... إلى آخر ما ذكره في الروضه وجامع المقاصد.

الشرح:

أحدهما بالمانع وعن الآخر بعدم تمام المقتضى مجرد تعبير، وإلا فالموضوع لوجوب الوفاء بعد ورود التخصيص على العقد الذي لا يكون من الراهن بلا إذن مرتهنه والنكاح الذي لا يكون من عبد بلا إذن مولاه، فتدبر.

ص: ٤٣

ثم إنَّ لازم الكشف كما عرفت [١] في مسأله الفضولي لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشترى الأصيل فلا يجوز له فسخه، بل ولا إبطاله بالإذن للمرتهن في البيع.

نعم، يمكن أن يقال بوجوب فكّه من مال آخر، إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثاني إلاً بذلك، فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع. ويمكن أن يقال: إنّه إنّما يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، وأما دفع حقوق الغير وسلطته فلا يجب، ولذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة ويدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك. وكيف كان، فلو امتنع، فهل يباع عليه، لحق المرتهن، لاقتضاء الرهن ذلك وإن لم يلزم من ذلك إبطال بيع الراهن، لتقدّم حق المرتهن؟ أو يجبر الحاكم الراهن على فكّه من مال آخر، جمعاً بين حق المشتري والمرتهن اللازمين على الراهن البائع؟ وجهان. ومع انحصار المال في المبيع فلا إشكال في تقديم حق المرتهن.

مسأله: إذا جنى العبد عمداً بما يوجب قتله أو استرقاق كله أو بعضه، فالأقوى صحه بيعه، وفقاً للمحكى عن العلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم، بل في شرح الصيمري: أنّه المشهور، لأنّه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق الشرح:

[١] لا- يخفى أن تمام العقد يكون بالإيجاب والقبول وإجازة المرتهن على الفرض، وقبل ذلك لا يكون في البين وجوب الوفاء على ما تقدم، ولو فرض القول بأنَّ وجوب الوفاء انحلالى يثبت للأصيل قبل تمام العقد فالوفاء به عبارة عن عدم نقضه بإبطال إنشائه لا- وجوب تكميل العقد وإتمامه، ولو بدفع حقوق الغير أو طلب الإسقاط من ذى الحق؛ ولذا لا يجب على من باع مال الغير شراء ذلك المال من المالك ليدفعه إلى المشتري بناءً على القول بالصحة في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك».

عن ملك مولاه، على ما هو المعروف عن عدا الشيخ في الخلاف كما سيجىء.

وتعلق حق المجنى عليه به لا- يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به. ومجرد إمكان مطالبه أولياء المجنى عليه له في كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا- يسقط اعتبار ماليته. وعلى تقدير تسليمه، فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير، فيكون موقوفاً على افتكاكه عن القتل والاسترقاق، فإن افتكك لزم، وإلا بطل البيع من أصله.

ويحتمل أن يكون البيع غير متزلزل، فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار، لوقوعه في ملكه، غايه الأمر أن كون المبيع عرضه لذلك عيب يوجب الخيار مع الجهل، كالمبيع الأرمد إذا عمى، والمريض إذا مات بمرضه.

ويردّه: أن المبيع إذا كان متعلقاً لحق الغير فلا- يقبل أن يقع لازماً، لأدائه إلى سقوط حق الغير، فلا بدّ إما أن يبطل وإما أن يقع مراعى، وقد عرفت أن مقتضى عدم استقلال البائع في ماله ومدخله الغير فيه: وقوع بيعه مراعى، لا باطلاً.

وبذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين بيع المريض الذى يخاف عليه من الموت، والأرمد الذى يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد، فإنّ الخوف فى المثالين لا يوجب نقصاناً فى سلطنه المالك مانعاً عن نفوذ تملكه منجزاً، بخلاف تعلق حق الغير. اللهم إلا أن يقال: إنّ تعلق حق المجنى عليه لا يمنع من نفوذ تملكه منجزاً، لأنّ للبائع سلطنه مطلقه عليه، وكذا للمشتري، ولذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعه ذى الحق، غايه الأمر أن له التسلّط على إزاله ملكهما ورفعها بالإتلاف أو التملك، وهذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى وعدم استقرار الملك.

وبما ذكرنا ظهر الفرق بين حق المرتهن المانع من تصرف الغير وحق المجنى عليه الغير المانع فعلاً، غايه الأمر أنه رافع شأناً. وكيف كان، فقد حكى عن الشيخ

فى الخلاف البطلان، فإنه قال فىما حكى عنه: إذا كان لرجل عبداً، فجنى، فباعه مولاة بغير إذن المجنى عليه، فإن كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع، وإن كانت جنايته توجب الأرش صح إذا التزم مولاة الأرش. ثم استدلل بأنه إذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه، لأنه قد باع منه ما لا يملكه، فإنه حق للمجنى عليه. وأما إذا وجب عليه الأرش صح، لأن رقبته سليمة، والجنايه أرشها فقد التزمه السيد، فلا وجه يفسد البيع، انتهى.

وقد حكى عن المختلف: أنه حكى عنه فى كتاب الظهار: التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمداً، حيث قال: إذا كان عبد قد جنى جنايه فإنه لا يجرى عتقه عن الكفار، وإن كان خطأً جاز ذلك. واستدل بإجماع الفرقة، فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمداً ينتقل ملكه إلى المجنى عليه، وإن كان خطأً فديه ما جناه على مولاة، انتهى.

وربما يستظهر ذلك من عبارته الإسكافية المحكيه عنه فى الرهن، وهى: أن من شرط الرهن أن يكون الراهن مثبتاً لملكه إياه، غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبه بجنايته عن ملكه، انتهى.

وربما يستظهر البطلان من عبارته الشرائع أيضاً فى كتاب القصاص، حيث قال: إنه إذا قتل العبد حرّاً عمداً فأعتقه مولاة صح، ولم يسقط القود، ولو قيل: لا يصح لئلا يبطل حق الولى من الاسترقاق، كان حسناً. وكذا بيعه وهبته، انتهى.

لكن يحتمل قوياً أن يكون مراده بالصحة: وقوعه لازماً غير متزلزل كوقوع العتق، لأنه الذى يبطل به حق الاسترقاق، دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل والاسترقاق.

وكيف كان، فالظاهر من عبارته الخلاف الاستناد فى عدم الصحة إلى عدم الملك، وهو ممنوع، لأصالة بقاء ملكه، ولظهور لفظ الاسترقاق فى بعض الأخبار

فى بقاء الملك. نعم، فى بعض الأخبار ما يدلّ على الخلاف ويمكن أن يكون مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه، فإنّه ينتقل إلى المجنىّ عليه، ويكون عدم جواز بيعه من المولى مبنياً على المنع عن بيع الفضولى المستلزم للمنع عن بيع كلّ ما يتعلّق به حقّ الغير ينافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه، كما فى الرهن.

مسألة: إذا جنى العبد خطأ صحّ بيعه على المشهور، بل فى شرح الصيمرى: أنّه لا خلاف فى جواز بيع الجانى إذا كانت الجنايه خطأً أو شبه عمد، ويضمن المولى أقلّ الأمرين من قيمته وديه الجنايه، ولو امتنع كان للمجنى عليه أو لوليه انتزاعه، فيبطل البيع. وكذا لو كان المولى معسراً، فللمشتري الفسخ مع الجهاله لتزلزل ملكه ما لم يفده المولى، انتهى.

وظاهره أنه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد، إلا أنّ المحكى عن السرائر والخلاف: أنه لا يجوز إلا إذا فداه المولى أو التزم بالفداء، لا- أنه إذا باع ضمن. والأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع، لكونه ملكاً لمولاه، وتعلّق حق الغير لا يمنع عن ذلك، لأنّ كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأساً فضلاً عن تعلّق حقّ الغير. ولعلّ ما عن الخلاف والسرائر مبنّى على أصلهما من بطلان الفضولى وما أشبهه من كل بيع يلزم من لزومه بطلان حق الغير، كما يومئ إليه استدلال الحلّى على بطلان البيع قبل التزامه وضمّانه: بأنّه قد تعلق برقبه العبد الجانى فلا يجوز إبطاله. ومرجع هذا المذهب إلى أنّه لا واسطه بين لزوم البيع وبطلانه، فإذا صحّ البيع أبطل حق الغير. وقد تقدم غير مرّه: أنّه لا مانع من وقوع البيع مراعى بإجازه ذى الحق أو سقوط حقه، فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الديه أو أقلّ الأمرين على الخلاف وقع مراعى، فإنّ فداه المولى أو رضى المجنىّ عليه بضمّانه فذاك، وإلا انتزعه المجنىّ عليه من المشتري، وعلى هذا فلا يكون البيع موجباً لضمّان البائع حقّ المجنىّ عليه.



## اعتبار التمكّن من تسليم المبيع

قال في كتاب الرهن من القواعد: ولا- يجبر السيد على فداء الجاني وإن رهنه أو باعه، بل يتسلّط المجنّي عليه، فإن استوعب الجنايه القيمه بطل الرهن، وإلاّ ففي المقابل، انتهى.

لكن ظاهر العلامه في غير هذا المقام وغيره هو أنّ البيع بنفسه التزام بالفداء. ولعلّ وجهه: أنّه يجب على المولى حيث تعلّق بالعبد وهو مالّ من أمواله، وفي يده حقّ يتخيّر المولى في نقله عنه إلى ذمّته، أن يوفّي حقّ المجنّي عليه إمّا من العين أو من ذمّته، فيجب عليه: إمّا تخليص العبد من المشتري بفسخ أو غيره، وإمّا أن يفديه من ماله، فإذا امتنع المشتري من ردّه والمفروض عدم سلطنه البائع على أخذه قهراً، للزوم الوفاء بالعقد وجب عليه دفع الفداء.

ويرد عليه: أنّ فداء العبد غير لازم قبل البيع، وبيعه ليس إتلافاً له حتى يتعيّن عليه الفداء، ووجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى إلاّ رفع يده، لا رفع يد الغير، بل هذا أولى بعدم وجوب الفكّ من الرهن الذي تقدّم في آخر مسألته الخدشه في وجوب الفكّ على الراهن بعد بيعه، لتعلّق الدين هناك بالذمه وتعلّق الحق هنا بالعين، فتأمل. ثمّ إنّ المصرّح به في التذكرة والمحكى عن غيرها: أنّ للمشتري فكّ العبد، وحكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

مسأله: الثالث من شروط العوضين: القدره على التسليم [١]، فإنّ الظاهر الشرح:

[١] يعنى من شروط العوضين كون تسليمهما مقدوراً، نظير ما يذكر في ناحيه كون مقدارهما معلوماً، ثم إنه قد لا يكون الشيء مع عدم التمكّن على تسليمه مالاً ولا يقع مورد رغبه ليبدل له مال، وهذا لا إشكال في عدم جواز بيعه ولو أن الشيء بعدم القدره عليه لا يخرج عن ملك الشخص، كما إذا طار الطائر الذي لا يرجى عوده أو وقعت السمكه التي اصطادها في البحر ثانياً، فإنه لو رجع الطائر اتفاقاً أو وقع بيد الآخر

الإجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد، وفي التذكرة: أنه إجماع. وفي المبسوط: الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء ولا الطير في الهواء. وعن الغنية: أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدوراً عليه تحفظاً ممّا لا يمكن فيه ذلك، كالسمك في الماء والطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف. واستدل في التذكرة على ذلك بأنه: «نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغر»، وهذا غرٌّ، والنهي هنا يوجب الفساد إجماعاً، على الظاهر المصرّح به في موضع من الإيضاح، واشتهار الخبر بين الخاصّة والعامه يجبر إرساله.

الشرح:

أو أخرج السمك عن الماء كذلك كان ملكه. ولا يجوز للآخر تملكهما بلا رضاه، فعدم جواز بيعهما لعدم كونهما من الأموال، وفي صحيحه البنزطي قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير، الذي يسوى دراهم كثيره وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه، أيحل له إمساكه؟ فقال: إذا عرف صاحبه رده عليه، وإن لم يكن يعرفه، وملك جناحه فهو له، وإن جاءك طالب لا تتهمه رده عليه» (١). فإن ظاهرها عدم خروج الشيء بعدم القدره عليه عن كونه ملكاً كما لا يخفى.

والحاصل: أن الكلام في المسألة فيما إذا لم يخرج الشيء مع عدم القدره على تسليمه عن كونه مالاً؛ لوجود المنفعة المقصوده فيه حتى مع عدم التمكن عليه كما في العبد الآبق، حيث يمكن عتقه في كفاره أو غيرها، وهذا منفعة مقصوده أو كونه مالاً لاحتمال الظفر به كما في غالب الأشياء، حيث إنها لا تخرج عن الماله رأساً مع احتمال الظفر بها. كما أن ما لا يكون من غير المقدور ملكاً للبائع كالسموك في البحار خارج عن البحث في المقام، فإن عدم جواز بيعها باعتبار عدم ملكها للبائع، لا على عدم تمكنه على تسليمها؛ ولذا لو كان متمكناً على تسليمها ولو بالاصطياد بعد البيع لم يصح بيعها.

ص: ٤٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤٦١، الباب ١٥ من كتاب اللقطه، الحديث الأول.

## الشرح:

وبتعبير آخر: الكلام فى المقام فى اعتبار القدره على التسليم بعد الفراغ عن تمام البيع من سائر الجهات.

ثم إنَّ النائىنى (1) ذكر رحمه الله أن الشىء مع عدم التمكن على تسليمه يخرج عن كونه مالاً، وهذا هو الوجه فى ذكر القدره على التسليم فى شرائط العوضين لا- فى شرائط المتبايعين، وقال: يذكر فى كلمات الفقهاء بطلان البيع مع عدم القدره على التسليم، ويذكر فيها أيضاً أن تعذر التسليم يوجب الخيار للطرف الآخر، والفرق أن فى مورد التعذر لا يتمكن البائع على تسليمه ولكن يتمكن المشتري على الظفر به، وفى هذه الصوره يصح البيع ولكن يثبت للمشتري مع جهله بالحال خيار الفسخ، وكذا فيما إذا تساهل البائع فى تسليم المبيع إلى المشتري حتى تعذر تسليمه فإن هذا يوجب الخيار.

أقول: لو صح ما ذكره أولاً، من خروج الشىء بعدم القدره عليه عن كونه مالاً لزم الحكم بفساد البيع فيما إذا تساهل فى التسليم حتى إذا تعذر بطريان التسليم، فتكون ماله المبيع تالفه قبل التسليم، نظير انقلاب الخل إلى الخمر قبل تسليمه إلى المشتري أو تعيب المبيع بعيب يخرج معه عن كونه مالاً.

ودعوى: أن التلف قبل القبض يختص بموارد التلف الحقيقى يدفعها ملا-حظه مسأله انقلاب الخل خمرأً وتعيب المبيع بعيب موجب لخروجه عن الماله قبل تسليمه إلى المشتري، والصحيح أن مسأله تعذر التسليم الموجب للخيار ما إذا أحرز التمكن عليه ولكن لا- يحصل هذا التمكن فى الزمان المعين مع استحقاق المشتري المطالبه فيه كما فى بيع السلم. ويفرض ذلك فى بيع الأعيان الشخصيه كما إذا أحرز

أمّا كون ما نحن فيه غرراً فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء وأهل اللغة، حيث مثّلوا للغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، مع أنّ معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللغة صادقٌ عليه، والمروى عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر».

الشرح:

فيها التمكن على التسليم ولكن لم يقع هذا التمكن في زمان استحقاق المشتري التسليم، نظير الأموال المستورده من الخارج التي تباع قبل وصولها إلى يد بائعها، وربما يتأخر وصولها بحيث لا يتمكن بائعها على تسليمها في الزمان المقرر للتسليم، وهذا لا يوجب بطلان البيع ولا يكشف عن بطلانه، بل يثبت للمشتري خيار الفسخ؛ لأن مرجع ذلك إلى التخلف في شرط القبض كما لا يخفى.

ثم إنه يستدلّ على اعتبار قدره بروايه النهى عن بيع الغرر<sup>(١)</sup>، حيث يصدق عنوان بيع الغرر على بيع ما لا- يتمكن فيه على التسليم والتسلم، كما يشهد بذلك مافى كلمات اللغويين<sup>(٢)</sup> والفقهاء<sup>(٣)</sup> من التمثيل لبيع الغرر ببيع الطير في الهواء والسمك في البحر.

وبتعبير آخر: المعنى الظاهر للغرر ولو قلنا بعدم إحرازه تفصيلاً إلا أن صدقه على موارد عدم التمكن على تسليم الشيء وتسلمه محرز، كما هو مقتضى التمثيل المزبور، كما يصدق عليه في الجملة المنقوله عن أمير المؤمنين عليه السلام «أن الغرر عمل ما لا يؤمن معه من الضرر»<sup>(٤)</sup>، ولا يبعد أن يكون المنقول عن الصحاح وهو كون الغرر

ص: ٥١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ ، ومسنند أحمد ١ : ٣٠٢ .

٢- (٢) الصحاح ٢ : ٧٦٨ ماده «غرر»، والمغرب : ٣٣٨ ، ومجمل اللغة : ٥٣٢ ماده «غرر» .

٣- (٣) راجع الوسيله : ٢٤٥ ٢٤٦ ، والسرائر ٢ : ٣٢٣ ٣٢٤ ، والجامع للشرائع : ٢٥٥ ، والتذكرة ١ : ٤٨٥ ، وغيرها .

٤- (٤) نقله صاحب الجواهر ٢٢ : ٣٨٧ .

وفى الصحاح: الغَرَّة: الغفلة، والغاز: الغافل، وأغرّه، أى: أتاه على غرّه منه، واغتَرَّ بالشيء، أى: خدع به، والغرر: الخطر، ونهى رسول صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك فى الماء والطير فى الهواء إلى أن قال: والتغريز: حمل النفس على الغرر، انتهى.

وعن القاموس ما ملخصه: غَرّه غَرّاً وغروراً وغِرّةً بالكسر فهو مغرورٌ وغريزٌ كأمير: خدعه وأطمعه فى الباطل إلى أن قال: غَرَّر بنفسه تغريراً وتغرةً، أى: عرّضها للهلكه، والاسم الغَرَر محرّكه إلى أن قال: والغاز: الغافل، واغتَرَّ: غفل، والاسم الغِرّه بالكسر، انتهى.

الشرح:

بمعنى الخطر يساقق النقل المزبور، حيث إن الخطر هو الإشراف والعرضه للتلف، سواءً كان المتلف مالاً أو نفساً. وهذا ظاهر «القاموس» (١) أيضاً، حيث ذكر: غرر بنفسه تغريراً أو تغره أشرفها على الهلكه، والاسم الغرر محرّكه. وعن «النهايه» (٢): أن بيع الغرر ما كان له ظاهر يغرّ المشتري وباطن مجهول، يعنى ما كان له ظاهر يدعو إلى شرائه مع الجهل بباطنه. وعن الأزهري: بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقّه، أى لا يكون بئعه متعهداً به، وكأنّه يعمّ عدم العهده بتسليمه إلى المشتري ولا يكون ثقّه بحصوله ووصوله إلى يد مشتريه.

وذكر المصنف رحمه الله: وبالجملة، فالكل متفقون على أخذ الجهاله فى معنى الغرر، ولعله استفاد ذلك بأن كون الشيء عرضه للتلف والضرر يكون بالجهل بالحال، سواءً كان الجهل متعلقاً بأصل وجود المبيع أو بأوصافه كماً وكيفاً أو بحصوله بيد المشتري.

ولكن قد يقال: إنّ الغرر يختصّ بموارد الجهل بصفات المبيع ومقداره ولا يعمّ

ص: ٥٢

١- (١) القاموس المحيط ٢: ١٠٠ ١٠١ ماده «غرر» .

٢- (٢) النهايه (لابن الأثير) ٣: ٣٥٥ ٣٥٦ ماده «غرر»، وذكر قول الأزهري .

وعن النهايه بعد تفسير الغره بالكسر بالغفله: أنه نهى عن بيع الغرر، وهو ما كان له ظاهر يغتر المشتري، وباطن مجهول. وقال الأزهرى: بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقته، ويدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول، وقد تكرر فى الحديث، ومنه حديث مطرف: «إن لى نفساً واحده، وإنى لأكره أن أغرر بها»، أى أحملها على غير ثقته، وبه سمى الشيطان غروراً، لأنه يحمل الإنسان على محابته، ووراء ذلك ما يسوؤه، انتهى.

وقد حكى أيضاً عن الأساس والمصباح والمغرب والمجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر، ممثلاً له فى الثلاثه الأخيره بيع السمك فى الماء والطيور فى الهواء. وفى التذكرة: أن أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين، ومراده من التفسير التوضيح بالمثل، وليس فى المحكى عن النهايه منافاة لهذا التفسير، كما يظهر بالتأمل.

وبالجمله، فالكل متفقون على أخذ الجهاله فى معنى الغرر، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده، أم بحصوله فى يد من انتقل إليه، أم بصفاته كتيماً وكيفاً وربما يقال: إن المنساق من الغرر المنهى عنه: الخطر، من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره، لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه وعدمه، ضروره حصوله فى بيع كل غائب، خصوصاً إذا كان فى بحرٍ ونحوه، بل هو أوضح شىء فى بيع الثمار والزرع ونحوهما.

الشرح:

موارد الجهل بحصوله بيد المشتري، وإلا لكان بيع كل مبيع غائب غريباً، خصوصاً إذا كان المبيع حال بيعه فى الطريق البحرى؛ لاحتمال غرق السفينه وضياع المال، وفى بيع الثمار والزرع، حيث يحتمل تلفهما بآفه، عدم وصولهما بيد المشتري.

وبتعبير آخر: لا- خطر فى بيع المجهول حاله بالإضافه إلى التسليم والتسلم، خصوصاً بعد جبر ذلك بالخيار على تقدير اتفاق التعذر. وأجاب رحمه الله عن ذلك، بأن

والحاصل: أنّ من الواضح عدم لزوم المخاطره في مبيع مجهول الحال بالنسبه إلى التسلم وعدمه، خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذر.

وفيه: أنّ الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله، فلا وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثاليين المذكورين. واحتمال إرادتهم ذكر المثاليين لجهاله صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده، يدفعه ملاحظه اشتهاار التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهاله بالصفات.

هذا، مضافاً إلى استدلال الفريقين من العامه والخاصه بالنبوى المذكور على اعتبار القدره على التسليم، كما يظهر من الانتصار، حيث قال فيما حكى عنه: ومما انفردت به الإماميه القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمه، ولا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الآبق على كلّ حال إلى أن قال: ويعول مخالفتونا في منع بيعه على أنه بيع غرر، وأن نبينا صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الغرر إلى أن قال: وهذا ليس بصحيح، لأنّ هذا البيع يخرج عن أن يكون غرراً، انضمام غيره إليه، انتهى.

الشرح:

الخطر من حيث الجهل بحصول المبيع بيد المشتري وعدمه أعظم من الجهل بصفات المبيع، حيث في الثاني يعلم بحصول المبيع بيد المشتري ولو مع عدم العلم بخصوصياته، وفي الأول لا يعلم حتى بحصول شيء بيد المشتري؛ لاحتمال ذهاب مال المشتري من غير أن يحصل له عوضه.

والمتحصل: أنه لا مجال لدعوى اختصاص الغرر بالجهل بالصفات والمقدار بشهاده التمثيل للغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهوى، ودعوى أن التمثيل بهما باعتبار الجهل بصفات المبيع يدفعها ملاحظه كلمات الفقهاء وتمثيلهم بها للعجز عن

وهو صريح في استدلال جميع العامه بالنبوى على اشتراط قدره على التسليم. والظاهر اتفاق أصحابنا أيضاً على الاستدلال به له، كما يظهر للمتتبع، وسيجىء في عبارته الشهيد التصريح به.

وكيف كان، فالدعوى المذكوره ممّا لا يساعدها اللغه ولا العرف ولا كلمات أهل الشرع. وما أبعد ما بينه وبين ما عن قواعد الشهيد قدس سره، حيث قال: الغرر لغه ما كان له ظاهرٌ محبوبٌ وباطنٌ مكروه، قاله بعضهم، ومنه قوله تعالى: «مَتَاعُ الْغُرُورِ»، وشرعاً هو جهل الحصول. وأما المجهول المعلوم الحصول ومجهول الصفه فليس غرراً. وبينهما عموم وخصوص من وجه، لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفه من قبل أو وُصف الآن، ووجود الجهل بدون الغرر في المكيل والموزون والمعدود إذا لم يعتبر. وقد يتوغّل في الجهاله، كحجر لا يُدرى أذهب، الشرح:

التسليم. أضف إلى ذلك شهره الاستدلال على اعتبار قدره على التسليم في كلمات العامه والخاصه بالنبوى المزبور.

وعن الشهيد رحمه الله في قواعد<sup>(١)</sup> أن الغرر شرعاً هو الجهل بالحصول وبيع مجهول الصفه لا يكون غرراً، وأن النسبه بين الجهل بالصفه والجهل بالحصول العموم من وجه، يجتمعان في عبد آبق لا يعلم وصفه ويفترقان في المكيل والموزون إذا لم يعتبر ليعلم الكيل أو الوزن، فإن ذلك بيع مجهول ولا- يكون غرراً، وفي عبد آبق معلوم الصفه حيث يكون بيعه غرراً من غير كونه بيعاً مجهولاً- والمراد بالجنس في قوله: «ويتعلق الجهل والغرر تارة بالوجود...» هو الحقيقه كبذر لا يدرى أنه حنطه أو شعير، وبالنوع وصف الحقيقه كعبد لا- يدرى أنه زنجى أو رومى، كبير أو صغير... إلى غير ذلك. كما أن مراده بالغرر هو الجهل لا معناه الشرعى الذى ذكره أولاً.

ص: ٥٥

١- (١) القواعد والفوائد ٢: ١٣٧ ١٣٨، القاعده ١٩٩.



أم فضة، أم نحاس، أم صَيخَرٌ، ويوجدان معاً في العبد الآبق المجهول الصفه. ويتعلق الغرر والجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود، وتارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود، وبالجنس كحبّ لا- يُدرى ما هو، وسلعه من سلع مختلفه، وبالنوع كعبد من عبيد، وبالقدر ككيل لا يعرف قدره والبيع إلى مبلغ السهم، وبالعين كشوب من ثوبين مختلفين، وبالبقاء كبيع الثمره قبل بدو الصلاح عند بعض الأصحاب. ولو اشترط أن يبدو الصّلاح لا محاله كان غرراً عند الكلّ [١] كما لو شرط صيروره الزرع سنبلًا. والغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع إجماعاً. وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته، كأسّ الجدار وقطن الجبه، وهو معفو عنه إجماعاً، ونحوه اشتراط الحمل. وقد يكون بينهما، وهو محل الخلاف، كالجزاف في مال الإجاره والمضاربه، والثمره قبل بدو الصّلاح، والآبق بغير ضميمه، انتهى.

الشرح:

[١] مراده (١) أن بيع الثمره قبل بدو صلاحها مع اشتراط أن يبدو صلاحها مستقبلاً غرر عند الكل، ونظيره في الغرر بيع الزرع على أن يصير سنبلًا، ثم ذكر أن الغرر أى الجهاله قد تكون في المبيع بالإضافة إلى جهاته التى لها مدخل ظاهر في ماليته كمقداره وأوصافه، فهذه الجهاله توجب بطلان البيع إجماعاً، وقد تكون بالإضافة إلى الجهات التى تسامح فيها عادة لقله دخلها في ماليته كأسّ الجدار وقطن باطن الجبه وعدم العلم بأنه من القسم الجيد أو لا، فإن الجهاله فى مثل ذلك لا تضر بصحة البيع. وقد تتردد الجهه فى أنها من الجهه الظاهره الموجبه للجهل بها بطلان المعامله أو أنها من الجهه التى يتسامح فيها، وفى كون الجهاله مع تردد الجهه الموجبه للبطلان أم لا؟

ص: ٥٦

وفى بعض كلامه تأملاً، ككلامه الآخر فى شرح الإرشاد، حيث ذكر فى مسأله تعيين الأثمان [١] بالتعيين عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامه : تعيينها غرر، فيكون منهياً عنه. أما الصغرى، فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقه فيفسخ البيع. وأما الكبرى، فظاهرة إلى أن قال : قلنا: نمنع الصغرى، لأن الغرر إجمال مجتنب عنه فى العرف بحيث لو تركه ويبيخ عليه، وما ذكره لا يخطر ببال فضلاً عن اللوم عليه، انتهى.

فإن مقتضاه: أنه لو اشترى الآبق أو الضالَّ المرجوَّ الحصول بثمن قليل، لم يكن غرراً، لأنَّ العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاءً للنفع الكثير. وكذا لو اشترى المجهول المرذد بين ذهب ونحاس بقيمه النحاس، بناءً على المعروف من تحقق الغرر بالجهل بالصفه. وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه، فإن ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبخون من عدل عنه اعتذاراً بكونه خطراً.

الشرح:

خلاف كالجُزاف فى أوصاف العين المستأجره أو فى رأس المال فى المضاربه، وكالجهاله فى الثمره المباعه قبل بدو صلاحها بلا اشتراط صلاحها وبيع الآبق بلا ضميمه.

[١] كأنه يستفاد من كلامه فى شرح الإرشاد (١) معنى آخر للغرر، وقد ذكر ذلك المعنى فى مسأله جواز كون الثمن فى البيع شخصياً حيث منعه العامه بدعوى أن البيع مع كون الثمن شخصياً غررى لإمكان ظهور تلفه أو كونه مستحقاً للغير فيبطل البيع، حيث منع عن كون البيع مع الثمن الشخصى غررياً، فإن الغرر هو الاحتمال المجتنب عنه فى العرف بحيث يوبخ على عدم اجتنابه. ويرد على ذلك ما ذكره فى المتن من أن شراء المرذد بين الذهب والفضه بقيمه الفضه لا يكون غررياً، كما يرد على استدلال

ص: ٥٧

فالأولى: أنّ هذا النهى من الشارع لسدّ باب المخاطره المفضيه إلى التنازع فى المعاملات، وليس منوطاً بالنهى من العقلاء ليخصّ مورده بالسفهاء أو المتسّفهه. ثمّ إنّّه قد حكى عن الصدوق فى معانى الأخبار: تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفه فى الجاهليه كبيع المنابذه والملاّمسه وبيع الحصاه بكونها غرراً، مع أنّه لا جهاله فى بعضها كبيع المنابذه، بناءً على ما فسّره به من أنّه قول أحدهما لصاحبه: أنبذ إلى الثوب أو أنبذه إليك فقد وجب البيع، وبيع الحصاه بأن يقول: إذا نبذت الحصاه فقد وجب البيع. ولعله كان على وجه خاصّ ولعله كان على وجه خاصّ [١] يكون فيه خطر والله العالم.

وكيف كان فلا إشكال فى صحّحه التمسك لاعتبار القدره على التسليم بالنبوى المذكور إلاّ أنّه أخصّ من المدعى، لأنّ ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق فى بحرٍ يمتنع خروجه منه عادةً ونحوه ليس فى بيعه خطر: لأنّ الخطر إنّما يطلق فى مقام يحتمل السلامه ولو ضعيفاً لكنّ هذا الفرد يكفى [٢] فى الاستدلال على بطلانه الشرح:

العامة فى مسأله تعين الأثمان أنّه لو صحّ ما ذكر لما جاز كون المبيع أيضاً شخصياً.

[١] بأن كان نبذ الحصاه أو الثوب معيناً للمبيع، كما إذا جرى البيع على مبهم بشرط تعيينه بعده بالنبذ.

[٢] مجرد كون البيع سفهياً لا- يوجب بطلانه، وليس كونه عقلياً من شرائطه بعد حصول تمليك عين بعوض وكون كل من العين وعوضه مالاً. نعم، بيع السفينه باعتبار الحجر عليه فى أمواله محكوم بالبطلان، وأما كون أكل المال فى مقابله باطلاً فلا يعم، بل يختص بما إذا لم يكن المبيع مع عدم التمكّن عليه مالاً، بأن لم يكن من قبيل العبد الآبق.

ودعوى: أن مثل العبد أيضاً مع عدم التمكّن عليه يخرج عن كونه مالاً وإن بقى

بلزوم السفاهه وكون أكل الثمن فى مقابله أكلاً للمال بالباطل بل لا يعدّ مالاً عرفاً وإن كان ملكاً فيصحّ عتقه ويكون لملكه لو فرض التمكّن منه، إلاّ أنّه لا ينافى سلب صفه التمّول عنه عرفاً، ولذا يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته الى المالك فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور. ثمّ إنّّه ربما يستدلّ على هذا الشرط بوجوه آخر:

منها: ما اشتهر عن النّبى صلى الله عليه و آله من قوله: «لا تبع ما ليس عندك» [١] بناءً على أنّ الشرح:

على ملك مالكة لا يمكن المساعده عليها، ولذا ذكروا (١) جواز بيع العبد الآبق بلا ضميمه ممن ينعق عليه. نعم، مع عدم المالىه له يكون أكل العوض فى مقابله باطلاً- وإن لم يخرج مع عدم التمكّن عن الملكيه؛ ولذا لو اتفق عوده يكون لملكه كما لا يخفى.

[١] وتقريب الاستدلال بهذا النبوى (٢) المروى من طرق أصحابنا أيضاً هو أنه ليس المراد به بيع خصوص ما لا يملكه البائع، وإلا لكان الأنسب ترك الكنايه والإتيان باللام الظاهره فى الملك، بأن كان التعبير: كذا لا تبع ما ليس لك، وأيضاً ليس المراد خصوص ما لا يتمكن على تسليمه إلى المشتري مع كونه ملكاً لبائعه. فإن هذا ينافى استدلال الفقهاء على حكم من باع شيئاً ثم ملكه، حيث إن المفروض فى تلك المسأله التمكّن على الإقباض فى زمان استحقاق التسلم، خصوصاً فيما إذا كان البائع فيها وكياً فى بيعه ولو عن نفسه، بأن يبيع المال من شخص آخر أو من نفسه.

والحاصل: أن المراد بقوله: «ما ليس عنده»، ما لا يكون لبائعه سلطنه تامه، سواءً

ص: ٥٩

١- (١) انظر مصباح الفقاهه ٣: ٥٧٦، ومنيه الطالب ٢: ٣٥٠.

٢- (٢) سنن البيهقى ٥: ٢٦٧ و ٣١٧ و ٣٣٩، وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٧، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٢.

«كونه عنده» لا- يراد به الحضور، لجواز بيع الغائب والسلف إجماعاً، فهي كناية، لا عن مجرد الملك، لأنّ المناسب حينئذ ذكر لفظه «اللام»، ولا عن مجرّد السلطنه عليه والقدره على تسليمه، لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصه والعامه به على عدم جواز بيع العين الشخصيه المملوكه للغير ثم شرائها من مالكها، خصوصاً إذا كان وكيلاً عنه في بيعه ولو من نفسه، فإنّ السلطنه والقدره على التسليم حاصله هنا، مع أنّه مورد الروايه عند الفقهاء. فتعيّن أن يكون كناية عن السلطنه التامه الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده وإن كان غائباً. وعلى أيّ حال، فلا بد من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلته، أو بحمله على النهي المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

الشرح:

كان عدمها من جهة عدم الملك أو من جهة عدم تمكنه على التسليم والإقباض، وهذه السلطنه التامه من شرائط البيع.

لا يقال: على ذلك فلا يصح بيع الفضولي.

فإنه يقال: ما دل على صحته يكون مخصّياً لهذا النبوي، أو يقال: إن النهي عن البيع المزبور إرشاد إلى عدم وقوعه لبائعه فلا ينافي وقوعه لمالكه مع إجازته، فإنه عند استناد البيع إلى المالك بإجازته لا يكون بيعه داخلياً في المنهي عنه.

لا- يقال: لا- يمكن الاستدلال في المسألة بالنبوي المزبور؛ لأن المراد منه هو بيع عين خارجيه لا يملكها ثم تملكها بالاشتراف أو غيره عن مالكها وتسليمها إلى المشتري الأول.

فانه يقال: لا قرينه في البين على اختصاص المراد به. وفي حديث المناهي قال: «ونهي عن بيع وسلف، ونهي عن بيعين في بيع، ونهي عن بيع ما ليس عندك»<sup>(١)</sup>.

ص: ٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٧ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٢ .

وكيف كان، فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن. وأما الإيراد عليه بدعوى: أن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة، من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه ودفعه إلى المشتري، فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد، وليس في الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

الشرح:

ووروده جواباً لحكيم بن حزام وقد سأله عن بيع الشيء قبل تملكه على ما رواه العامه (1)، لا يوجب تخصيصاً في عمومه.

لا- يقال: عموم الجواب باعتبار أن الجواب لا يختص بالحكيم بن حزام، بل يعم كل من كان من قبيله بأن باع مال الغير ثم تملكه ودفعه إلى مشتريه على ما هو شأن الدالين، وأما عمومه بالإضافه إلى بيع ملكه مع عدم قدرته على تسليمه فلا- يكون شأن الدال.

فإنه يقال: لو سلم كون حكيم بن حزام دلالاً- كان يبيع مال الغير لنفسه أو لغيره إلا أنه لا مانع من توجيه خطاب إليه، يتضمن الكبرى الكلية المتضمنة للحكم في بيع مال الغير لنفسه والحكم في بيع ماله مع عدم التمكّن على تسليمه. أضف إلى ذلك ورود النهي في مناهي رسول الله صلى الله عليه و آله مستقلاً من غير سبق سؤال.

نعم، ناقش المصنف رحمه الله في الاستدلال المزبور، بأن مفاد النبوي، بل حديث النهي عن بيع الغرر (2) عدم تمام البيع مع عدم السلطنه التامه لبائعه فلا ينافي وقوعه مراعى بحصول تلك السلطنه، فلو حصلت في زمان لا يفوت مع التسليم فيه الانتفاع المعتد به من المبيع كفى.

ص: ٦١

١- (١) سنن البيهقي ٥ : ٢٦٧ و ٣١٧ و ٣٣٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب التجاره، الحديث ٣ ، ومسند أحمد ١ : ٣٠٢ .

نعم، يمكن أن يقال: إنَّ غايه ما يدلُّ عليه هذا النبويُّ بل النبويُّ الأولُ أيضاً: فساد البيع، بمعنى عدم كونه تامَّه لترتب الأثر المقصود، فلا- ينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفه الغرر وتحقق كونه عنده. ولو أبيت إلا عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغويه العقد رأساً المنافيه لوقوعه مراعى، دار الأمر بين ارتكاب الشرح:

ودعوى: أنَّ النهى عن بيع ما ليس عنده كالنهي عن بيع الغرر ظاهر في فساد رأساً، يدفعها: بأنَّ الأمر في المقام دائر بين حمل النهى على الإرشاد إلى الفساد المحض بتخصيص النهى المزبور في بيع الراهن الذى يتم بلحوق إجازة المرتهن وفي بيع ما يملكه البائع بعد بيعه، كما إذا باع الوارث عن مورثه ما يملكه بموته فإنه إذا أجاز الوارث ذلك البيع بعد موته تم البيع على أحد الأقوال. وكذا بيع المولى عبده الجانى عمداً، حيث لا سلطنه تامه لبائعه باعتبار كونه معرضاً للقصاص أو الاسترقاق، ومثله بيع المالك المحجور، سواءً كان الحجر عليه لكونه رقياً أو سفيهاً أو مفلساً، حيث يتم البيع بإجازة المولى أو الولي أو الغرماء وبين حمل النهى عن بيع ما ليس عنده على عدم تمام البيع مع عدم السلطنه التامه وكونه مراعى، ولا ترجيح للأول على الثانى.

أقول: يتعين في المقام الالتزام بالأول، وإلا- لزم القول بعدم تعين تخصيص العموم فيما إذا دار الأمر بين تخصيصه أو حمل الحكم في العام على ما لا- ينافي العموم، مثلاً- إذا ورد في خطاب: «أكرم العلماء»، وفي خطاب آخر: «عدم وجوب إكرام زيد وعمرو وخالد»، ودار الأمر بين تخصيص العام والالتزام بالوجوب في باقى الأفراد أو حمل الأمر في العام على الاستحباب والأخذ بعمومه، فإنه يتعين ترجيح التخصيص بلا كلام. هذا أولاً.

وثانياً: أنَّ مفاد حديث النهى عن بيع الغرر(1) غير مفاد النهى عن بيع ما ليس

ص: ٦٢

خلاف هذا الظاهر، وبين إخراج بيع الرهن، وبيع ما يملكه بعد البيع وبيع العبد الجاني عمداً وبيع المحجور لرقاً أو سفه أو فلس، فإنَّ البائع في هذه الموارد عاجز شرعاً عن التسليم، ولا رجحان لهذه التخصيصات، فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكّن منه مراعى بالتمكّن منه في زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به. وقد صرح الشهيد في اللمعه بجواز بيع الضالّ والمجحود من غير إباقٍ مراعى بإمكان التسليم، واحتمله في التذكرة.

لكن الإنصاف: أنّ الظاهر من حال الفقهاء اتفاهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأساً، كما عرفت من الإيضاح.

الشرح:

عنده (1)، فإن مفاد الثاني اعتبار قدره على التسليم في ظرف لزوم الوفاء بالبيع ولا يعتبر تحققها حال البيع. نعم، لابد من إحرازها بوجه معتبر حال البيع؛ لئلا ينطبق على البيع عنوان بيع الغرر. ودعوى: كفايه انتفاء الغرر بعد البيع لا يمكن المساعدة عليها، فإن ظاهر النبوى اعتبار عدم كون البيع في تحقّقه غريباً؛ ولذا لا يصح البيع بمعلومية مساحه المبيع وعدده بعد البيع.

ومما ذكر يظهر أنه لو احرز وصول المبيع بيد المشتري ولو مع عدم تمكن البائع على التسليم كفى في انتفاء الغرر، واعتبار التمكّن على التسليم كما يأتي لو وصول المبيع بيد المشتري لا لخصوصيه في تسليم البائع.

ثم إنه في الاعتماد في اعتبار التمكّن على التسليم أو التسلم على حديث النهى عن بيع الغرر إشكال؛ لضعف الروايه سنداً، بل دلالة، فإن الجهل بوصول المبيع بيد المشتري لا يوجب صدق الغرر على نفس البيع الذى هو في حقيقته تملك عين

ص: ٦٣

١- (١) مرّ آنفاً .



ومنها: أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدوراً، لاستحاله التكليف بالمتنع. ويضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً [١] منعنا الملازمه، وإن أريد مطلق وجوبه، فلا ينافي كونه مشروطاً بالتمكن، كما لو تجدد العجز بعد العقد. وقد يعترض بأصالة عدم تقيّد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط. وفي الاعتراض والمعارضه نظر واضح، فافهم.

الشرح:

بعوض. وحكم الأصحاب في اعتبار قدره لعلمهم اعتمدوا على ما ورد في بيع مثل العبد الآبق بلا ضميمه وما ورد في بطلان البيع بالتلف قبل القبض وغير ذلك، فلا مجال لدعوى انجبار ضعفه سنداً، بل دلالة بعملهم كما لا يخفى.

[١] وتوضيحه: أن كل تكليف ومنه وجوب تسليم المبيع إلى المشتري مشروط بالتمكن على متعلقه ولو بنحو الشرط المتأخر، وعلى ذلك فإن كانت قدره على التسليم متحققه في المعامله يصح مع تحققها فعلاً التكليف الفعلي بالتسليم، بخلاف ما إذا احتمل حصولها مستقبلاً فإنه لا يصح التكليف الفعلي به وإنما يصح ايجابه بنحو الاشتراط والتعليق بحصوله مستقبلاً. وبما أن المستفاد من خطاب «أوفوا بالعقود» (١) ترتب التكليف الفعلي بتسليم العوضين على العقد فيستكشف من ترتبه عليه اعتبار تحقق قدره على التسليم في صحته.

والجواب عن هذا الاستدلال ظاهر، فإنه لا يستفاد من وجوب الوفاء بالعقد ترتب وجوب التسليم فعلاً، بل يترتب عليه مطلق وجوب التسليم، سواء كان فعلياً أو مشروطاً بحصول التمكن على التسليم مستقبلاً، فلاحظ طريان العجز على التسليم

ص: ٦٤

ومنها: أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، ولا يتم إلا بالتسليم. ويضعفه: منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم، بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق.

ومنها: أن بذل الثمن على غير المقدور سفه، فيكون ممنوعاً وأكله أكلاً بالباطل.

الشرح:

بعد تمام العقد وبعد التمكن عليه، حيث لا يكون التكليف بالتسليم بعد طريانه إلا مشروطاً بحصول قدره، وإن شئت فلاحظ وجوب الوفاء بالنذر فإنه يترتب على تمام النذر. وكما إذا نذر التصدق بدرهم على تقدير شفاء ولده مستقبلاً لا يكون وجوب التصدق فعلياً بمجرد النذر كذلك البيع في المقام، حيث لا يتضمّن في المقام إلا الالتزام بدفع المبيع إلى المشتري على تقدير الظفر به مستقبلاً.

وقد يعترض لهذا الجواب بأن الأصل عدم تقييد الوجوب كما يرد هذا الاعتراض بأن الأصل عدم اشتراط البيع على تحقق قدره على التسليم، وكل من الاعتراض والرد فاسد؛ أما الاعتراض فلأن المستفاد من «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) على تقدير كونه تكليفاً ليس إلا مطلق وجوب التسليم لا وجوبه الفعلي بلا تقدير، كما ذكرناه في وجوب الوفاء بالنذر. ومقتضى الأصل العملي أيضاً هو مطلق الوجوب، حيث إنه المتيقن كما لا يخفى.

وأما الرد فلأن اشتراط البيع بالتمكن على التسليم مقتضى الأصل العملي، حيث إن الأصل في المعاملات الفساد، ولو أُريد من الأصل التمسك بإطلاق حل البيع فله وجه، على تقدير عدم تمام الدليل على التقييد من حديث النهي عن بيع الغرر (٢) أو

ص: ٦٥

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

وفيه: أنّ بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً، بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض سفهً، فافهم. ثم إن ظاهر معاهد الإجماعات كما عرفت كون القدره شرطاً، كما هو كذلك في التكليف، وقد أكد الشرطيّه في عبارته الغنيه المتقدّمه، حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط. ومع ذلك كلّه فقد استظهر بعض من تلك العباره: أنّ العجز مانع، لا- أنّ القدره شرط. قال: ويظهر الثمره في موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسأله الضالّ والضالّه [١] وجعله دليلاً على أنّ القدر المتفق عليه ما إذا تحقّق العجز.

الشرح:

الروايات الواردة في بيع مثل العبد الآبق مع الضميمه (١)، فتدبر جيّداً.

[١] كان مراد صاحب «الجواهر» (٢) رحمه الله: أنّ اختلافهم في تلك المسأله باعتبار عدم تسالمهم على اشتراط القدره على التسليم، وإلاّ كان مقتضى لزوم إحراز الشرط عدم جواز بيعهما، فالمقدار المتيقن كون العجز مانعاً فلا يجوز البيع مع إحرازه لا مع الشك فيه؛ لأن مقتضى الأصل عدم المانع.

وأورد عليه المصنف رحمه الله أولاً: بأن العجز لا يمكن اعتباره مانعاً عن البيع، فإنه أمر عدميّ والمانع يكون وجودياً يمنع عن الأثر، والتقابل بين القدره والعجز تقابل العدم والملكه، فيطلق العجز على عدم القدره فيما يمكن اتصافه بالقدره باعتبار شخصه أو كليّه.

أقول: المانع في المعاملات والعبادات غير المانع المعدّ عدمه من أجزاء العلّه التامه، حيث إن المانع المزبور لا يمكن كونه أمراً عدمياً؛ لأن العدم لا يمنع عن تأثير

ص: ٦٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٣٥٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١ و ٢.

٢- (٢) الجواهر ٢٢: ٣٨٥.

وفيه مع ما عرفت من أنّ صريح معاهد الإجماع، خصوصاً عبارته الغنيه المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء، هي شرطية القدره : أنّ العجز أمر عدمي، لأنه عدم القدره عمن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر، فكيف يكون مانعاً؟ مع أنّ المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم؟ ثمّ لو سلّم صحّه إطلاق المانع عليه لا- ثمره فيه، لا- في صورته الشك الموضوعي أو الحكمي، ولا في غيرهما، فإنّنا إذا شككنا في تحقّق القدره والعجز مع سبق القدره فالأصل بقاؤها، أو لا معه فالأصل عدمها أعني العجز سواء جعل القدره شرطاً أو العجز مانعاً، وإذا الشرح:

شئ، بل المراد به ما يكون عدمه مأخوذاً في متعلق الحكم أو موضوعه وضعياً كان أو تكليفيّاً، وتقييد المتعلق أو الموضوع في جعل الحكم كتقييدهما بأمر وجودي أمر ممكن.

وبتعبير آخر: لو كان التقييد بأمر وجودي فيطلق على ذلك الأمر الوجودي الشرط، ولو كان بأمر عدمي يطلق على ذلك الأمر العدمي المانع، فالمانعيّه ترجع إلى الاشتراط لا- محاله، وبهذا يظهر أن ما ذكر من أن الالتزام برجوع المانع في حقيقته إلى الاشتراط فرار من المطر إلى الميزاب؛ لأنّ العدم إذا لم يمكن كونه مانعاً فكيف يمكن كونه شرطاً، حيث إن الشرط ما يكون واسطه في التأثير لا يخفى ما فيه من خلطه بين الشرط الفلسفي والشرط باصطلاح الفقيه.

وأورد المصنف رحمه الله ثانياً: بأنه لا مجال للفرق بين كون شئ شرطاً أو عدمه مانعاً وإنما يكون الفرق فيما إذا كان في البين أمران وجوديان، مثل الفسق والعداله، ودار الأمر بين كون الفسق أي المعصيه مانعاً عن جواز الاقتداء في الصلاه مثلاً أو العداله شرطاً، فإن في مثل ذلك يجوز الاقتداء مع الشك في عداله الشخص وفسقه بناءً على مانعيه الفسق باستصحاب عدم كون الإمام فاسقاً. وأما بناءً على اعتبار العداله فالأصل عدم كونه عادلاً، فلا يجوز الاقتداء به.

شككنا فى أنّ الخارج عن عمومات الصحه هو العجز المستمرّ أو العجز فى الجملة أو شككنا فى أنّ المراد بالعجز ما يعمّ التعسّر كما حكى أم خصوص التعذّر، فاللازم التمسك بعمومات الصحه من غير فرقٍ بين تسميه القدره شرطاً أو العجز مانعاً.

الشرح:

والسر فى عدم الفرق فى المقام هو أن مع استصحاب عدم القدره على التسليم يحرز عدم صحه بيعه، فإن كانت القدره شرطاً فباعتماد عدم الشرط وإن كان العجز مانعاً فباعتماد وجود المانع، حيث إن العجز هو عدم القدره، ولو كانت الحاله السابقه هى القدره فيحكم بالصحه على كلا الفرضين. وهذا فى الشبهات الموضوعيه، وأما الحكميه فكما إذا شك فى أن الشرط فى البيع القدره على التسليم فى الجملة أو مستمراً وأن المانع العجز حال العقد أو مستمراً، ففى غير مورد الدليل على الاشتراط أو المنع يؤخذ بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) وإطلاق دليل حل البيع (٢)، بلا فرق بين اشتراط القدره أو مانعيه العجز.

وقد يقال: إن استصحاب بقاء القدره على التسليم لا- يثمر فى إحراز الشرط، فإن الشرط هو التمكن على تسليم العوضين واستصحاب التمكن على تسليم ماله إلى الغير لا- يثبت التمكن على تسليم المال بعنوان العوضين. ولكن لا- يخفى ما فيه من الوهن، فإن عنوان التمكن على تسليم العوضين مذكور فى كلمات الأصحاب، وأما الوارد فى الأدله أى المستفاد من النهى عن بيع ما ليس عنده (٣) اعتبار كون المال تحت سلطانه فى جواز بيعه.

ص: ٦٨

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

٢- (٢) للآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآية ٢٧٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٧ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٢ .

والحاصل: أنّ التردّد بين شرطيه الشيء ومانعيه مقابله إنما يصحّ ويثمر في الضدين مثل الفسق والعدالة، لا فيما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل. وأمّا اختلاف الأصحاب في مسألة الضالّ والضالّه فليس لشك المالك في القدره والعجز، ومبتياً على كون القدره شرطاً أو العجز مانعاً كما يظهر من أدلّتهم على الصحه والفساد بل لما سيجيء عند التعرّض لحكمها. ثم إنّ العبره في الشرط المذكور إنّما هو في زمان استحقاق التسليم [١] فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال الشرح:

وأيضاً قد يقال: إن استصحاب بقاء القدره أو استصحاب العجز يثمر بناءً على كون القدره على التسليم شرطاً أو كون العجز مانعاً، كما إذا اعتمدنا على النهى عن بيع ما ليس عنده، وأما إذا اعتمدنا على النهى عن بيع الغرر (١)، فبمجرد الجهل بكون المال في سلطانه يثبت الغرر في البيع فيحكم بفساده. ولكن يمكن الجواب بأن استصحاب القدره يرفع الغرر، فإن مفاد دليل الاستصحاب اعتبار المكلف عالماً بالبقاء كما ذكرنا ذلك في وجه قيام الاستصحاب مقام القطع المأخوذ في الموضوع. والحاصل: ما نحن فيه من قبيل استصحاب بقاء المبيع على كيله السابق أو وزنه السابق في ارتفاع الغرر.

ثم إن اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضالّه فليس وجهه أن القدره شرط أو العجز مانع، بل وجهه خلافهم في جريان دليل نفى الغرر في بيعهما، حيث لا يكون على المشتري مع عدم قبض المبيع ضمانه، بل ضمانه على بائعه قبل القبض، فيقال: لا غرر. ولذا من التزم بالصحه حكم ببطلان البيع من زمان ظهور العجز لا من الأول ولو كان العجز الواقعي مانعاً لقال بانكشاف البطلان من الأول.

[١] حاصل ما ذكره رحمه الله في المقام أنه لا يعتبر التمكن على التسليم في بيع لا يكون

ص: ٦٩

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣، ومسنّد أحمد ١ : ٣٠٢ .

استحقاق التسليم، كما لا يقدح عدمها قبل الاستحقاق ولو حين العقد. ويتفرّع على ذلك: عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري، وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا اشترى من ينعق عليه، فإنه ينعق بمجرد الشراء ولا سبيل لأحد عليه. وفيما إذا لم يستحقّ التسليم بمجرد العقد، إمّا لاشتراط تأخيره مدّة، وإمّا لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولاً، فإنه لا يستحقّ التسليم إلاّ بعد إجازة المالك، فلا يعتبر القدره على التسليم قبلها. لكن يشكل على الكشف، من حيث إنّه لازم من طرف الأصيل، فيتحقّق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لا يقدر على تحصيله. نعم، هو حسن في الفضولي من الطرفين. ومثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكّه. الشرح:

فيه استحقاق التسليم أصلاً، كما في بيع العبد ممن ينعق عليه وكما في بيع الشيء ممن يكون ذلك الشيء بيده، وكذا لا يعتبر التمكن على التسليم في زمان لا يكون فيه استحقاق التسليم للآخر، فلا يضرّ عدم التمكن عليه حال الإيجاب أو القبول في جميع البيوع أو بعد البيع فيما إذا باع على اشتراط التأخير في التسليم إلى زمان كبيع السلف أو النسيئة.

ويتفرّع على عدم اعتبار التمكن على التسليم قبل تمام العقد أنه لا بأس بعدم التمكن على التسليم في بيع الفضولي قبل إجازة المالك، حيث إن المشتري لا يستحقّ التسليم قبل إجازته، وهذا على النقل ظاهر، وأما على الكشف يعنى الحقيقي فلا يخلو عن الإشكال، باعتبار أن المعاملة لازمه على الاصيل واقعاً، مع أنه لا يتمكن على تحصيل ما انتقل إليه، فيكون البيع المزبور باعتبار عدم تمكّنه على تحصيل ماله غررياً. ويجرى هذا الإشكال في مثل بيع الرهن أيضاً قبل إجازة المرتهن أو فكّ الرهن، ولا يجرى فيما إذا كانت المعاملة فضولية من الطرفين.

وأيضاً يتفرّع على عدم اعتبار التمكن على التسليم في غير زمان الاستحقاق أنه

بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم، لأنّ تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحقّقه فلا يلزم غرر. ولو تعذّر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذّر الشرط، ومن المعلوم: أنّ تعذّر الشرط المتأخّر حال العقد غير قاذح، بل لا يقدر العلم بتعذّره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله، فإنّ الشروط المتأخّره لا يجب إحرازها حال العقد ولا العلم بتحققها فيما بعد.

الشرح:

لو لم يتمكن على التسليم في بيع الصرف إلى زمان ثم اتفق القبض تمّ به البيع المزبور، وهذا لعدم انتقال المال قبل القبض ليقال: إن البيع مع انتقال المال إلى الطرف وعدم تمكّنه على تحصيل ذلك غرر.

وبتعبير آخر: يكون عدم التمكّن على التسليم في موارد اشتراط القبض، نظير عدم تمكّن المشتري على تحصيل المبيع حال إيجاب البائع أو حال قبوله في عدم إيجابه الغرر، وإلى ذلك يشير رحمه الله . «وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم» يعنى لا يقدر في المعاملة عدم التمكّن على تسليم ثمن السلم؛ لأنّ نفس تسليم الثمن شرط فيه، ولو وقع التسليم تم البيع بلا غرر ولو لم يقع فلا بيع ليكون غررياً.

وعلى ذلك، فلو كان عند إنشاء السلم متمكناً على التسليم وبعد إنشائه لم يتمكن على التسليم فبعروض العجز لا يكون البيع غررياً؛ لأنّ المفروض عدم تمام البيع ليكون غررياً، بل لو كان عروض العجز بعد الإنشاء معلوماً حال العقد فلا يضر ذلك في صحة بيع السلم وتماهه لو اتفق التسليم قبل تفرقهما. وقد تحصل مما ذكر أمران:

الأول: أن المعتمد من التمكّن على التسليم حصول التمكّن في زمان يستحق الآخرفيه التسلم فلا- اشتراط في بيع لا- يكون فيه استحقاق التسلم أصلاً كيبيع العبد ممن ينعق عليه، أو بيع المال ممن تجرى يده على المال مع الضمان كيبيع العين المستعاره من مستعيرها المشروط عليه ضمانها. كما لا اشتراط بالإضافة إلى غير زمان استحقاق

ص: ٧١



والحاصل: أنّ تعذّر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه، لا من شروط تأثيره. والسّرّ فيه: أنّ التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غرر من تعلّقه بغير المقدور.

الشرح:

التسليم، نظير بيع السلم وبيع النسيئة.

والثاني: أنه يثبت الغرر في البيع أو غيره مع عدم التمكن على التسليم، ويبطل به البيع في غير موارد يعتبر فيها اشتراط التسليم في نفس المعاملة، كما في بيع الصرف والسلم والرهن وغير ذلك مما يعتبر فيه القبض.

أقول: لو باع المتاع الذي لا يتمكن فعلاً على تسليمه بشرط تسليمه في زمان معين معتقداً تمكنه في ذلك الزمان ولكن ظهر بعد البيع عدم تمكنه عليه في خصوص ذلك الزمان فلازم ما ذكر من كون التمكن على التسليم في زمان استحقاق التسلم شرطاً بطلان البيع المزبور. ولا أظن التزامه أو التزام غيره بذلك.

وقد ذكروا في باب السلف أنه لو لم يتمكن البائع على أداء ما عليه عند حلول الأجل فللمشتري الصبر إلى وجدان المال أو فسخ العقد، ولو كان التمكن حال استحقاق التسلم شرطاً لزم بطلان البيع المزبور لا تخيير المشتري، والأظهر أن تسليم البائع المبيع بعد تمام البيع عند إطلاقه أو في الزمان المعين مع تقييد البيع بالتسليم في ذلك الزمان شرط في المعاملة بجعل من المتعاقدين، ولو تخلف هذا الشرط ولو بظهور عدم تمكن البائع على تسليمه في ذلك الزمان يثبت للآخر خيار الفسخ. وأما الشرط في صحة المعاملة شرعاً فهو إمكان وصول المبيع بيد المشتري بعدم امتناع البائع عن التسليم أو امتناع المشتري عن التسلم، سواء كان هذا الوصول حال العقد أو بعده في أيّ زمان.

نعم، بتعيين زمان التسليم يحصل أمر آخر معتبر في البيع وهو ارتفاع الغرر

وبعبارة أخرى: الاعتبار بالقدره على التسليم بعد تمام الناقل، ولهذا لا يقدر كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدد قدره بعده، والمفروض أن المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل وهو القبض حاصل في يد المشتري، فالقبض مثل الإجازة بناءً على النقل [١] وأولى منها بناءً على الكشف. وكذلك الكلام في عقد الرهن، فإنَّ اشتراط قدره على التسليم فيه بناءً على اشتراط القبض إنما هو من الشرح:

والجهالة عنه، ولكن ولا- يعتبر في التعيين إحراز التمكّن على التسليم في ذلك الزمان، بل يكفي فيه احتمال التمكّن عليه فيه، والشرط الأول اعتباره مستفاد من النهي عن بيع ما ليس عنده (١)، وما ورد في بيع العبد الأبق أو غيره مع الضميمة (٢).

واعتبار الأمر الثاني مستفاد من حديث نفي الغرر (٣)، ومما ورد في لزوم تعيين المدة في بيع السلم (٤) ونحوه، ولا ينافي ذلك ما تقدم من أن التعيين بالإطلاق أو بالقرينه الخاصه شرط جعلي من المتعاقدين، فإنَّ الشرط الجعلي يمكن أن يحصل به الشرط الشرعي المعتبر في المعامله، نظير ما إذا باع المكيل على أن يكون كيله كذا فإنه بهذا الاشتراط الموجب تخلفه الخيار يرتفع الغرر عن المعامله، فتدبر جيداً.

[١] يعني القبض في موارد اعتباره في تمام المعامله كبيع الصرف وعقد الرهن، مثل الإجازة بناءً على النقل وأولى من الإجازة بناءً على كشفها في أنه كما لا يعتبر التمكّن على التسليم قبل الإجازة كذلك لا يعتبر التمكّن على التسليم قبل القبض في تلك الموارد.

ص: ٧٣

- 
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٧ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١٢ .
  - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٣ ، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١ و ٢ .
  - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ ، ومسند أحمد ١ : ٣٠٢ .
  - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨٨ ، الباب ٣ من أبواب السلف .

حيث اشتراط القبض، فلا- يجب إحرازه حين الرهن ولا- العلم بتحقيقه بعده فلو رهن ما يتعدّر تسليمه ثم إتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره، وسيجيء الكلام في باب الرهن. اللهم إلا أن يقال: إن المنفى في النبوي [١] هو كلّ معاملة تكون بحسب العرف غرراً، فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو غير مقدور، غرراً عرفاً، لأنّ اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي، فيصدق الغرر والخطر عرفاً وإن لم يتحقق شرعاً، إذ قبل التسليم لا انتقال وبعده لا خطر، لكن النهي والفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً. ومن هنا الشرح:

[١] وحاصله: أنه لا وجه للالتزام بأن النهي عن بيع الغرر ناظر إلى مانعيه عدم التمكن على التسليم في بيع يكون تاماً حتى من قبل الشرط الشرعي أيضاً؛ ليقال إنه لا مورد للنهي في موارد اشتراط القبض في البيع، بل ظاهره مانعيه الجهل في بيع يكون تاماً بنظر العرف واعتبار العقلاء كما هو مقتضى كون متعلق النهي بيعاً عرفياً، فيكون المقام نظير الجهالة بمقدار المبيع في بيع الصرف فيما إذا علم بمقداره بالقبض، فإن الجهل بمقداره عند إنشائه يكون مبطلاً ولا يفيد العلم به عند القبض.

أقول: لا يخفى ما فيه، فإن مع اشتراط القبض في البيع لا- يكون ذلك البيع غررياً ولو مع عدم إحراز التمكن على التسليم قبل القبض، حيث إن القدره المعتمده إنما هي القدره عند استحقاق المشتري التسلم، فلا مورد لاعتبار هذه القدره في بيع يكون القبض من شرط تمامه ليكون الجهالة بها موجباً للغرر، بخلاف معلوميه مقدار المبيع فإنه يمكن أن يقال باشتراط المعلوميه في زمان إنشاء العقد كما مر، فلا تفيد المعلوميه بعد ذلك.

والمتحصل: الجهالة بالتمكن على التسليم الموجب للغرر في سائر الموارد لا يوجب مع اشتراط القبض في البيع، بخلاف الجهالة على مقدار البيع فإنه وإن

يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا- عن المالك ما لا يقدر على تسليمه. اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر المعامله شرعاً على وجه لا- يلزم منه خطر، فإنّ العرف إذا اطلعوا على اعتناق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلاً، وهكذا... فالمناط صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظه الآثار الشرعيه للمعامله، فتأمل.

ثم إنّ الخلاف في أصل المسأله لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني، حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع: إنّ القدره على التسليم من مصالح المشتري فقط، لا أنّها شرط في أصل صحه البيع، فلو قدر على التسلم صحّ البيع وإن لم يكن البائع قادراً عليه، بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكّن البائع من التسليم جاز وينتقل إليه، ولا يرجع على البائع، لعدم القدره إذا كان البيع على ذلك مع العلم، فيصحّ بيع المغصوب ونحوه. نعم، إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يُقبض عرفاً لم يصحّ المعاوضه عليه بالبيع، لأنّه في معنى أكل مال بالباطل، وربما احتمل إمكان المصالحه عليه. ومن هنا يعلم: أنّ قوله يعنى المحقق في النافع: «لو باع الآبق منفرداً لم يصحّ»، إنّما هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه بحيث لا يتمكّن منه عرفاً، ولو أراد غير ذلك فهو غير مسلم، انتهى.

وفيه: ما عرفت من الإجماع، ولزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري، لأنّ الشارع نهى عن الإقدام عليه، إلا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعه، فيبطل في موضع تحقّقه، وهو عند جهل المشتري. وفيه ما فيه.

الشرح:

لا يوجب الغرر في البيع مع معلوميه المقدار قبل القبض، إلا أنه يمكن أن يقال ببطان البيع المزبور، لا للغرر بل لأن الشرط في بيع المكيل أو الموزون ونحوهما معلوميه المقدار حين الإنشاء كما لا يخفى.

ص: ٧٥

ثم إنَّ الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين : أنَّ القدره على التسليم ليست مقصوده بالاشتراط إلا بالتبع، وإنما المقصد الأصلي هو التسلم، ومن هنا لو كان المشتري قادراً دون البائع كفى في الصحه، كما عن الإسكافي والعلامة وكاشف الرموز والشهيدان والمحقق الثاني وعن ظاهر الانتصار: أنَّ صحه بيع الآبق على من يقدر على تسلمه ممَّا انفردت به الإماميه، وهو المتجه، لأنَّ ظاهر معاهد الإجماع بضميمه التتبع في كلماتهم وفي استدلالهم بالغرر وغيره مختصّ بغير ذلك. ومنه يعلم أيضاً: أنه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل، لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم، كما لو اعتاد الطائر العود صح، وفاقاً للفاضلين والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم.

نعم، عن نهايه الأحكام: احتمال العدم، بسبب انتفاء القدره في الحال على التسليم، وأنَّ عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث.

وفيه: أنَّ العاده باعثه كالعقل، مع أنَّ الكلام على تقدير الوثوق. ولو لم يقدر على التحصيل وتعذر عليهما [١] إلا بعد مدّه مقدّره عادةً وكانت مما لا يتسامح فيه كسنيه أو أزيد، ففي بطلان البيع لظاهر الاجتماعات المحكيه ولثبوت الغرر، أو صحته، لأنَّ ظاهر معقد الاجماع التعذر رأساً، ولذا حكم مدّعيه بالصحه هنا، والغرر منفيّ مع العلم بوجوب الصبر عليه إلى انقضاء مدّه كما إذا اشترط تأخير التسليم مدّه وجهان بل قولان، تردد فيهما في الشرائع، ثم قوّى الصحه وتبعه في محكى التحرير والمسالك والكفايه وغيرها.

الشرح:

[١] يعنى لو لم يقدر المشتري على تحصيل المبيع وتعذر التسليم على البائع والتسلم على المشتري إلا بعد مده مقدّره عادةً، بحيث تكون تلك المده مما لا يتسامح فيها، فلو كان البيع باعتبار علمهما بالحال فلا خيار للمشتري، بل عليه الصبر إلى تلك

نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعه الملك عليه مدّة. ولو كان مدّه التّعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المُنفذ إلى الهند لحاجه لا يعلم زمان قضائها ففي الصّححه إشكال<sup>[١]</sup>: من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلّقه المعتدّه بالأقراء لجهاله وقت تسليم العين. وقد تقدّم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع. ثمّ إنّ الشرط هي القدره المعلومه للمتبايعين، لأنّ الغرر لا يندفع بمجرد القدره الواقعيه. ولو باع ما يعتقد التمكّن فتبيّن عجزه في زمان البيع وتجددّها بعد ذلك صحّ، ولو لم يتجدّد بطل. والمعتبر هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظن ولا يعتبر اليقين.

ثمّ لا إشكال في اعتبار قدره العاقد إذا كان مالكاً لا ما إذا كان وكيلاً في مجرد العقد، فإنّه لا عبره بقدرته كما لا عبره بعلمه. وأمّا لو كان وكيلاً في البيع ولوازمه بحيث يعد الموكل أجنبياً عن هذه المعامله. فلا إشكال في كفايه قدرته. وهل يكفي قدره الموكل؟ الظاهر نعم، مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد، فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك.

الشرح:

المدّه، فإن البيع مع علمهما بالحال بمنزله اشتراط التسليم بعدها. ولو كان المشتري جاهلاً بالحال مع إطلاق البيع يثبت له الخيار؛ لرجوعه إلى تخلف شرط التسليم بعد العقد، حيث إن ظاهر إطلاق البيع الالتزام بالتسليم بعده.

ولو كانت مدّه التّعذر غير مضبوطة فالأظهر بطلانه، فإنه ظهر مما تقدم اعتبار تعيين زمان استحقاق التسلم، وأنه لا يكفي في رفع الغرر مجرد إحراز التمكّن على التسليم في زمان ما.

[١] يكفي في تمام البيع تمكّن المالك على التسليم حتى فيما إذا كان العاقد وكيله، كما أنه يكفي فيه تمكّن الوكيل عليه، سواء كان مفوضاً أو مأذوناً في إجراء العقد

وربما قيّد الحكم بالكفايه [١] بما اذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشتري عليه وفرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى، لأنّ التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة وقدره المالك إنّما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضى بها حال البيع، لأنّ بيع المأذون لا يكفى فيه قدره الآذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور وهو غير متحقّق فى الفضولى، والبناء على قدره الواقعيّ باطل، إذ الشرط هى قدره المعلومه دون الواقعيّ إلى أن قال والحاصل: أنّ قدره قبل الإجازة لم توجد وبعدها إن وجدت لم تنفع، ثمّ قال: لا يقال: إنّ قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك وأنّه لا يخرج عن رأيه الشّرح:

وإقباض المبيع، والوجه فى الكفايه أن المعتبر من قدره المالك على التسليم الأعم من التسليم بالمباشره أو بالاستتابه، وحيث إن التسليم المعتبر أعم من كونه بالمباشره أو بالاستتابه فلا يضر الخطأ فى الاعتقاد بأن اعتقد المشتري تمكن العاقد ثم ظهر عجزه وأن المتمكن هو المالك. وكذا الحال فى تعيين مقدار المبيع، فإنه يمكن الالتزام بكفايه إحراز مقدار الكيل أو الوزن من الوكيل العاقد إذا كان وكيلاً فى تعيين مقداره، فما ذكره المصنّف رحمه الله من عدم العبره بقدره العاقد كما لا عبره بعلمه ضعيف.

[١] حكى فى «الجواهر» (١) عن بعض أن كفايه تمكن المالك على التسليم مع عجز وكيله العاقد فيما إذا كان المشتري حال العقد راضياً بتسلم المال من الموكل وكان الموكل أيضاً راضياً برجوع المشتري عليه، ومع عدم رضاهما بذلك يكون البيع محكوماً بالبطلان، ولا- عبره بمجرد تمكن المالك بدون التراضى المزبور. وفرع على ذلك بطلان بيع الفضولى وعدم تمامه بإجازة المالك.

ص: ٧٨

فيتحقق له بذلك القدره على التسليم حال العقد، لأن هذا الفرض يُخرج الفضولي عن كونه فضولياً لمصاحبه الإذن للبيع غايه الأمر حصوله بالفحوى وشاهد الحال، وهما من أنواع الإذن فلا يكون فضولياً ولا يتوقف صحته على الإجازة، ولو سلمنا بقاءه على الصفة، فمعلوم أنّ القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض. وفيما ذكره من مبنى مسأله الفضولي [١] ثم في تفریع الفضولي، ثم في الاعتراض الذي ذكره، ثم في الجواب عنه أولاً وثانياً، تأمل، بل نظر، فتدبر.

الشرح:

ووجه التفریع أن العاقد الفضولي لا- يتمكن على التسليم، باعتبار عدم كونه مالکاً ومأذوناً من المالك ولم يقع التراضى حال العقد من المشتري والمالك، ثم اعترض على التفریع بأنه قد يكون العاقد الفضولي متمكناً على تسليم المال؛ لعلمه بتمكّنه على إرضاء المالك، فيكون بهذا الاعتبار متمكناً على تسليم المال. وأجاب عن الاعتراض بخروج الفرض عن بيع الفضولي، ولا يكون مثل هذا البيع موقوفاً على إجازة المالك. هذا، ولو فرض عدم خروجه بذلك عن الفضولي فلا ريب في أن القائلين بصحة الفضولي وتمامه بالإجازة لا- يقتصرون بالفرض المزبور، بل يلتزمون بتمامه بالإجازة حتى فيما إذا لم يكن العاقد متمكناً على إرضاء المالك.

[١] وأما ما ذكره (١) من مبنى المسأله من عدم كفايه تمكّن المالك على التسليم إلا- مع رضاء المشتري برجوعه إليه ورضاء المالك بذلك، ففساده باعتبار ما تقدم من عدم اشتراط ذلك، نعم إذا وقع البيع بشرط إقباض العاقد ثم ظهر عدم حصوله إلا من المالك يثبت للمشتري الخيار، وهذا أمر آخر غير بطلان البيع.

وأما فساد التفریع، فإنه يجب الالتزام بصحة عقد الفضولي وتمامه بإجازة المالك حتى إذا التزمنا بمبنى المسأله، وذلك فإن المالك بإجازته يكون طرفاً للمعامله ويكون

ص: ٧٩



مسأله: لا- يجوز بيع الآبق منفرداً على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة، بل إجماعاً كما عن الخلاف والغنيه والرياض، وبلا خلافٍ كما عن كشف الرموز، لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزله التالف، ومع احتمال بيع غررٍ منفى إجماعاً نصاً وفتوى. خلافاً لما حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا، ولعله الإسكافي، حيث إن المحكى عنه: أنه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمنه البائع، انتهى.

وقد تقدّم عن الفاضل القطيفي في إيضاح النافع: منع اشتراط القدره على التسليم. وقد عرفت ضعفه.

لكن يمكن أن يقال بالصحة في خصوص الآبق، لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصاً مع تقييد الإسكافي بصوره ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفاً، لكن سيأتى ما فيه.

فالعمده الانتفاع بعتقه، وله وجه لو لا- النصّ الآتى والإجماعات المتقدمه، مع أنّ قابليته المبيع لبعض الانتفاعات لا تخرجه عن الغرر. وكما لا يجوز جعله مثنياً، لا يجوز جعله منفرداً ثمناً، لاشتراكهما في الأدله.

الشرح:

البيع بيعه وهو حال الانتساب متمكن على التسليم، ولا يكون العاقد الفضولي طرفاً في المعامله ليعتبر تمكنه على التسليم.

وأما ضعف الاعتراض، فباعتبار أن تمكن العاقد الفضولي بإرضاء المالك ليس إلا كعلمه بحصول الإجازة، وهذا غير تمكن العاقد على تسليم المال. وأما ضعف الجواب عن الاعتراض، فلأن مع تمكن العاقد على إرضاء المالك مستقبلاً لا يكون رضا المالك بالبيع فعلياً ليخرج عن الفضولي، بل خروج البيع عن الفضولي بالرضا المقارن أيضاً مشكل.

ص: ٨٠

وقد تردّد في اللمعه في جعله ثمناً بعد الجزم بمنع جعله مثنياً، وإن قرّب أخيراً المنع منفرداً ولعل الوجه: الاستناد في المنع عن جعله مثنياً إلى النصّ والإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمشمن، دون نفى الغرر، الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق. ويؤيده: حكمه بجواز بيع الضالّ والمجحد، مع خفاء الفرق بينهما وبين الآبق في عدم القدره على التسليم. ونظير ذلك ما في التذكرة، حيث ادّعى أولاً الإجماع على اشتراط القدره على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر، ثم قال: والمشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفرداً إلى أن قال: وقال بعض علمائنا بالجواز، وحكاه عن بعض العامه أيضاً. ثم ذكر الضالّ ولم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفرداً واشتراط الضميمة. فإنّ التنافي بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر، والتوجيه يحتاج إلى تأمل.

وكيف كان، فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعدّر تسليمه، فيعتبر فيه القدره على التسليم؟ وجهان، بل قولان: من عمومات الصلح وما علم من التوسّع فيه، كجهاله المصالح عنه إذا تعدّر أو تعسّر معرفته بل مطلقاً واختصاص الغرر المنفى بالبيع. ومن أنّ الدائر على ألسنه الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع، حتّى أنّهم يستدلّون به في غير المعاوزات كالوكاله، فضلاً عن المعاوزات كالإجاره والمزارعه والمساقاه والجعله، بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي صلى الله عليه وآله: أنه نهى عن الغرر.

وقد رجّح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم بين على المسامحه من الصلح. وظاهر المسالك في مسأله رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه.

وأما الضالّ والمجحد والمغصوب ونحوها ممّا لا يقدر على تسليمه، فالأقوى فيها عدم الجواز، وفاقاً لجماعه، للغرر المنفى المعتضد بالإجماع المدّعى

على اشتراط القدره على التسليم، إلا- أن يوهن بتردد مدعيه كالعالمه فى التذكرة فى صحه بيع الضالّ منفرداً، ويمنع الغرر خصوصاً فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضموناً على البائع. وأما فوات منفعتة مدّة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه، وجهالته غير مضرّه مع إمكان العلم بتلك المدّة كضالّه يعلم أنّها لو لم توجد بعد ثلاثه أيام فلن توجد بعد ذلك. وكذا فى المغصوب والمنهوب.

والحاصل: أنّه لا غرر عرفاً بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من أصله، وفرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم الثمن، فإنّه لا خطر حينئذٍ فى البيع، خصوصاً مع العلم بمدّة الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

هذا، ولكن يدفع جميع ما ذكر: أنّ المنفّى فى حديث الغرر كما تقدم هو ما كان غرراً فى نفسه عرفاً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعيه الثابته للبيع، ولذا قوّينا فيما سلف جريان نفي الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعاً بالتسليم. ومن المعلوم أنّ بيع الضالّ وشبهه ليس محكوماً عليه فى العرف بكونه فى ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظه إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه، فالانفساخ بالتلف حكم شرعىّ عارض للبيع الصحيح الذى ليس فى نفسه غرراً عرفاً.

ومما ذكر يظهر: أنّه لا يجدى فى رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم، فإن تسلّم قبل مدّه لا يفوت الانتفاع المعتدّ به، وإلاّ تخير بين الفسخ والإمضاء كما استقره فى اللمعه فإن ثبوت الخيار حكم شرعىّ عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلّم المبيع، فلا- يندفع به الغرر الثابت عرفاً فى البيع المبطل له. لكن قد مرّت المناقشه فى ذلك بمنع إطلاق العرف الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعىّ اللاحق للمبيع من ضمانه قبل التسليم ومن عدم التسلط على مطالبه الثمن، فافهم.

ولو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده إلى ثلاثة أيام، أمكن جوازه، لعدم الغرر حينئذ عرفاً، ولذا لا- يُعدّ بيع العين الغير المرثيه الموصوفه بالصفات المعينه من بيع الغرر، لأنّ ذكر الوصف بمنزله اشتراطه فيه الموجب للتسلط على الردّ. ولعلّه لهذا اختار في محكّي المختلف تبعاً للإسكافي جواز بيع الآبق. إذا ضمنه البائع. فإنّ الظاهر منه اشتراط ضمانه. وعن حاشيه الشهيد ظهور الميل إليه وإن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمل.

مسأله: يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة كما عن الانتصار وكشف الرموز والتنقيح، بل بلا خلاف كما عن الخلاف حاكياً فيه كما عن الانتصار إطباق العامه على خلافه. وظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غرراً، حيث حكى احتجاج العامه ب «الغرر»، فأنكره عليهم مع الضميمة. وفيه إشكال. والأولى لنا التمسك قبل الإجماعات المحكيه، المعتضده بمخالفه من جعل الرشد في مخالفته بصحيحه رفاعه النخاس: «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: أ يصلح لى أن أشتري من القوم الجاريه الآبقه وأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئاً ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانه وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإنّ ذلك جائز». وموثقه سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام: «فى الرجل قد يشتري العبد وهو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، فيقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشتري معه».

وظاهر السؤال فى الأولى والجواب فى الثانيه: الاختصاص بصوره رجاء الوجدان، وهو الظاهر أيضاً من معاهد الإجماعات المنقوله، فالمأبوس عاده من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله جزءاً من المبيع، لأنّ بذل جزء من الثمن

فى مقابلته لو لم يكن سفهاً أو أكلاً للمال بالباطل لجاز جعله ثمناً يباع به مستقلاً، فالمانع عن استقلاله بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع، للنهى عن الغرر، السليم عن المخصص.

نعم، يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باسئراطٍ ونحوه. وأيضاً الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها، وأما صحة بيعها منفردة فلا يظهر من الرواية، فلو أضاف إلى الضميمة من تعذر تسليمه كفى، ولا يكفى ضم المنفعة إلا إذا فهمنا من قوله: «فإن لم يقدر... إلى آخر الرواية» تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابلته بالثمن، فيكون ذكر اسئراط الضميمة معه من باب المثال أو كناية عن نقل مالٍ أو حقٍ إليه مع الآبق، لئلا يخلو الثمن عن المقابل، فتأمل.

ثم إنه لا إشكال فى انتقال الآبق إلى المشتري، إلا أنه لو بقى على إباقه وصار فى حكم التالف لم يرجع على البائع بشىء وإن اقتضى قاعده «التلف قبل القبض» استرداد ما قابله من الثمن، فليس معنى الرواية: أنه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة والثمن، ليكون المعاوضة على المجموع مراعاةً بحصول الآبق فى يده، كما يوهمه ظاهر المحكى عن كاشف الرموز: من أن الآبق ما دام آبقاً ليس مبيعاً فى الحقيقة، ولا جزء مبيع، مع أنه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادته ما ذكرنا، بل معناها: أنه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق الذى هو فى حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابله التالف بما يقابله من الثمن.

ولو تلف قبل اليأس، ففى ذهابه على المشتري إشكال. ولو تلفت الضميمة قبل القبض: فإن كان بعد حصول الآبق فى اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة، لا مجموع الثمن، لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن ما دام آبقاً، لا بعد الحصول فى اليد. وكذا لو كان بعد إتلاف المشتري له مع العجز عن التسليم، كما لو أرسل إليه طعاماً مسموماً، لأنه بمنزلة القبض. وإن كان قبله، ففى انفساخ البيع فى الآبق تبعاً

للضميمه، أو بقائه بما قابله من الثمن، وجهان: من أن العقد على الضميمة إذا صار كأن لم يكن تبعه العقد على الآبق، لأنه كان سبباً في صحته. ومن أنه كان تابعاً له في الحدوث، فإذا تحقق تملك المشتري له، فاللازم من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً، هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه وبين ما يخصه من الثمن، لا الحكم الآخر الذي كان يتبعه في الابتداء. لكن ظاهر النص أنه لا- يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلاً، ولا يوضع له شيء منه أبداً على تقدير عدم الظفر به. ومن هنا ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط، لاشتراط خيارٍ يخص بها.

نعم، لو عقد على الضميمة فضولاً ولم يجز مالها انفسخ العقد بالنسبة إلى المجموع. ثم لو وجد المشتري في الآبق عيباً سابقاً، إما بعد قدره عليه أو قبلها، كان له الرجوع بأرشه، كذا قيل.

مسألة: المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرًا [١] فلو باع بحكم أحدهما الشرح:

[١] المشهور على اعتبار تعيين الثمن في البيع فلا يصح البيع بحكم أحدهما، ويستدل على ذلك بروايه النهي عن بيع الغرر (١) تاره، فإن كون البيع غرراً مع جهاله الثمن ولو بتردده بين الأقل والأكثر لا يحتاج إلى البيان. وأخرى بروايه حماد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «يكره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم؛ لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم» (٢). بدعوى أن عدم صحه استثناء الدرهم عن الدينار لجهاله نسبتها وترددها بين الأقل والأكثر.

ولكن ظاهر المصنف رحمه الله كونها تأييداً لا دليلاً، ولعل ذلك باعتبار عدم ظهور

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ ، ومسند أحمد ١ : ٣٠٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٨٠ ، الباب ٢٣ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول .

بطل إجماعاً، كما عن المختلف والتذكرة، واتفاقاً، كما عن الروضة وحاشية الفقيه للسلطان. وفي السرائر في مسأله البيع بحكم المشتري إبطاله بأن كل مبيع لم يُذكر فيه الثمن فإنه باطل، بلا- خلافاً بين المسلمين والأصل في ذلك: حديث نفي الغرر المشهور بين المسلمين.

ويؤيده: التعليل في روايه حمّاد بن ميسر، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يُدري كم الدينار من الدرهم». لكن في صحيحه رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاه، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلاً بجاريه له فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له: هذه ألف درهم حكمي عليك فأبى أن يقبلها مني وقد كنت مستتها قبل أن أبعث إليه بألف درهم؟ فقال: أرى أن تقوم الجاريه بقيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد ما نقص من قيمه، وإن كان قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له. قال: قلت: رأيت إن أصبت بها عيباً بعد أن مستها؟ قال: ليس عليك أن تردّها عليه، ولك أن تأخذ قيمه ما بين الصحه والعيب».

الشرح:

الكراهه في بطلان البيع. نعم، روايه السكوني ظاهرها بطلان البيع، فإنّ فيها: «رجل يشتري السلعه بدينار غير درهم إلى أجل، قال: فاسد، فلعل الدينار يصير بدرهم» (1).

ولكن الروايه مقتضاها كون البطلان باعتبار عدم إحراز أصل الثمن في البيع لا للجهل بمقداره، هذا مع أنه يعارضها على ما قيل صحيحه رفاعه النحاس قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ساومت رجلاً بجاريه فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن

ص: ٨٦

لكن التأويل فيها متعين لمنافاه ظاهرها لصحة البيع وفساده، فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع، إذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى لوجوب قيمه مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص. نعم، هي محتاجة إلى مزيد من هذا التأويل، بناءً على القول بالفساد بأن يراد من قوله: «باعنيها بحكمي» قطع المساومه على أن أقومها على نفسي بقيمتها العادله في نظري حيث إن رفاعه كان نخاساً يبيع ويشترى الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم إما معاطاة، وإما مع إنشاء الإيجاب الشرح:

يقبلها منى وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن. فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من قيمه، وإن كان ثمنها أقل ممّا بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك، إن وجدت بها عيباً بعد ما مسستها، قال: ليس لك أن تردّها ولك أن تأخذ قيمه ما بين الصحة والعيب منه<sup>(١)</sup>. ووجه المعارضه ظهورها في صحة البيع بحكم المشتري .

وقد يجاب عن المعارضه كما عن المصنف رحمه الله ، بأنه لا يمكن الأخذ بظاهر هذه، واللازم طرحها سواءً قيل بصحة البيع بحكم المشتري أو بفساده، وذلك فإنه لو كان البيع بحكمه صحيحاً فلا وجه لضمان المشتري قيمه المثل فلا بد من توجيه ذلك ولو بالقول بتعيين الثمن في قيمه المثل كما في «الحدائق»<sup>(٢)</sup>. كما أنه لا بد من توجيهها على تقدير فساد البيع بحكم أحدهما بحملها على التوكيل في بيع الجارية ولو من نفسه، وأن الوكيل بعد ما باعها من نفسه بالمعاطاه أو غيره ادعى البائع الغبن في بيعها، فيكون دفع المشتري قيمه مثلها تخلصاً من فسخ بيعها بخيار الغبن أو بحملها على حمل الجارية بعد بيع الوكيل وصيرورتها أم الولد، حيث إن صيرورتها أم الولد مانع عن

ص: ٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٤ ، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

٢- (٢) انظر الحدائق ١٨ : ٤٦١ ٤٦٣ .



وكالهُ والقبول أصلهُ، فلمّا مسّها وبعث الدراهم لم يقبلها المالك، لظهور غيبٍ له في البيع، وأنّ رفاعة مخطئٌ في قيمه، أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به. وقوله: «إن كان قيمتها أكثر فعليك أن تردّ ما نقص» إمّا أن يراد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد إمساك الجارية، حيث إنّ المالك لا حاجة له في الجارية فيسقط خياره ببذل التفاوت، وإمّا أن يحمل على حصول الحَيْل بعد المسّ، فصارت أمّ ولد تعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع. وقد يحمل على صورته تلف الجارية، وينافيه قوله فيما بعد: «فليس عليك أن تردّها . . . الخ».

الشرح:

ردّها، لا أن الرواية تحمل على صورته تلف الجارية؛ ليقال: إن قوله عليه السلام في ذيل الرواية: «وليس لك أن تردّها» قرينه على عدم تلفها. هذا كله مع ظهور الغيب، وأما مع عدم ثبوته فلا يكون للمشتري حق استرداد ما بعث به إلى البائع من الزيادة على قيمتها.

والحاصل: أن ما عن «الحدائق» عن حكمه بصحة البيع بحكم أحدهما وانصراف الثمن إلى قيمه المثل ضعيف كما ترى، وأن ما ذكره الإسكافي من صحة البيع فيما إذا لم يعين الثمن، بأن قال: «بعتك بسعر ما بعث من غيرك»، ويكون للمشتري خيار الفسخ (١). وبه يرتفع الغرر ضعيف، فإن الخيار حكم شرعي يترتب على البيع الصحيح. ثم لو كان مجعولاً من المتعاقدين يمكن كونه رافعاً للغرر، كما في بيع العين الغايبه بالتوصيف، إلا أنه لا يجرى في ذكر الثمن بوصف مجهول كما لا يخفى.

ويمكن استظهار اعتبار تعيين الثمن وعدم جواز كونه مجهولاً ممّا ورد في لزوم الاعتبار في المثل (٢) وتعيين المده المضروبه له بما يرتفع معه التردّد بين الأقل والأكثر كما في تعيين السلف بالشهور لا بوقت الحصاد ونحوه، فإنه لا يحتمل مع

ص: ٨٨

١- (١) حكاة العلامة في المختلف ٥ : ٢٤٤ .

٢- (٢) سيأتي ذكره .

وكيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري، وانصراف الثمن إلى القيمة السوقية، لهذه الرواية كما حكى عن ظاهر الحدائق ضعيف. وأضعف منه ما عن الإسكافي: من تجويز قول البائع: «بعتك بسعر ما بعت» ويكون للمشتري الخيار.

ويردّه: أنّ البيع في نفسه إذا كان غرراً فهو باطل فلا يجبره الخيار. وأما بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر، كما تقدّم عند حكاية قول الإسكافي في مسأله القدره على التسليم.

مسأله: العلم بقدر المثل كالثمن [١] شرط، بإجماع علمائنا، كما عن التذكرة. الشرح:

اعتبار ذلك في ناحيه المثل أن لا يعتبر في ناحيه الثمن؛ ولذا استدلوا على اعتبار تعيين المده في بيع النسيه بالأخبار الوارده في السلف (١).

لا يقال: فما وجه ضعف ما عليه «الحدائق» مع كونه موافقاً للصحيحه؟ (٢)

فإنه يقال: ظاهر الصحيحه تمام البيع بحكم أحدهما وانتقال المبيع إلى المشتري بالثمن الواقع عليه الحكم فيما إذا لم يكن أقل من ثمن المثل، ومع كونه أقل يكون عليه ثمن المثل، وترديد الثمن بين الأمرين؛ أحدهما جعلى والآخر من الشرع، غير معهود. ولو كان هذا الحكم مع كثره الابتلاء بمثل هذه المعامله ثابتاً لكان من الواضحات عند الأصحاب، فكيف الظن مع عدم الإفتاء بالظهور المزبور في كلام أحد.

[١] يعتبر العلم بقدر المثل كالعالم بقدر الثمن بلا خلاف ظاهر، وعن «التذكرة» (٣) وغيرها (٤) دعوى الإجماع عليه، ويشهد له مضافاً إلى حديث النهي عن

ص: ٨٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨٨ ، الباب ٣ من أبواب السلف .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٤ ، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

٣- (٣) التذكرة ١ : ٤٦٧ .

٤- (٤) الخلاف ٣ : ١٦٢ ، المسأله ٢٥٨ .

وعن الغنية: العقد على المجهول باطل، بلا-خلاف. وعن الخلاف: ما يباع كيلاً فلا يصح بيعه جزافاً وإن شوهده، إجماعاً. وفي السرائر: ما يباع وزناً فلا يباع كيلاً، بلا خلاف. والأصل في ذلك ما تقدّم من النبوي المشهور. وفي خصوص الكيل والوزن خصوص الأخبار المعتبرة:

منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم، وأنّ صاحبه قال للمشتري: ابتع منّي هذا العدل الآخر بغير كيل، فإنّ فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت؟ قال: لا يصلح إلا بكيل. قال: وما كان من الشرح:

بيع الغرر(١) ما ورد في خصوص المكيل كصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: «في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم، وأنّ صاحبه قال للمشتري: ابتع منّي من هذا العدل الآخر بغير كيل، فإنّ فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت، قال: لا يصلح إلا بكيل، وقال: وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنّه لا يصلح مجازفه، هذا ممّا يكره من بيع الطعام»(٢). فإنّ ظاهر «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً» الكناية عن كونها مكيلاً، كما أنّ ظاهر عدم صلاح بيعه مجازفه بطلانه، ولا ينافي ذلك ما في ذيلها: «هذا ممّا يكره من بيع الطعام»، فإنّ الكراهة في الروايات لا تكون ظاهره في المعنى الاصطلاحي المقابل للحرمة وعدم الجواز، بل معناها ما يناسب مع كل منهما.

وكذا لا ينافي ما في صدرها من عدم الاعتبار بقول البائع بأن العدل الآخر على قدر ما اشتراه بكيل، ووجه عدم المنافاه أنه ليس المراد عدم جواز الاعتماد بإخبار البائع في الشراء على شرط ذلك الكيل المخبر به، بل المراد شراؤه بلا اشتراط زاد أو

ص: ٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣، ومسنّد أحمد ١ : ٣٠٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٢ ، الباب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢ .

طعام سميت فيه كيلاً، فإنه لا يصلح مجازفةً، هذا ممّا يكره من بيع الطعام». وفي روايه الفقيه: «فلا يصحّ بيعه مجازفه». والإيراد على دلاله الصحيحه بالإجمال، أو باشمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع، غير وجيه، لأنّ الظاهر من قوله: «سميت فيه كيلاً»، أنّه يذكر فيه الكيل، فهي كناية عن كونه مكياً في العاده، اللهمّ إلا أن يقال: إنّ توصيف الطعام بكونه كذلك الظاهر في التنوع، مع أنّه ليس من الطعام ما لا- يكال ولا- يوزن إلا مثل الزرع قائماً ببيع إرادته هذا المعنى، فتأمل. وأمّا الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أو نقص، خصوصاً إذا لم يطمئنّ بتصديقه، لا شرائه على أنّه القدر المعين الذي أخبر به البائع، الشرح:

نقص. وعلى تقدير إطلاق الصدر يرفع اليد عنه بما يدل على جواز الشراء بشرط الكيل المخبر به، فيبقى تحت الصدر صورته وقوع الشراء بلا شرط وبنحو المجازفه.

لا يقال: توصيف الطعام بكونه مما سميت فيه الكيل ظاهره كون الطعام نوعين، مع أنّه ليس الطعام خارجاً غير المكيل، حيث لا يقال للزرع القائم على الأرض إنه طعام. والحاصل: أنّ الوصف المزبور لا يكون كناية عن كون الطعام مكياً كما ذكر في وجه الاستدلال؛ لأنّ لازم كونه كناية كونه توضيحياً، فلا بد من كون المراد: مما سميت فيه الكيل المعنى الآخر، كاشتراط الكيل في بيعه أو إخبار البائع به، ومن الظاهر أن لزوم رعايه الكيل في صورته الاشتراط أو الإخبار به لا يقتضى لزوم رعايته في غير فرضهما كما هو المدعى.

فإنه يقال: لو لم يعتبر الكيل في بيع الطعام يكون اشتراط الكيل فيه كسائر الشروط في كون لزوم العمل بها حقاً فيصح للمشروط له إسقاط حقه، ولا يناسب ذلك قوله عليه السلام: «فإنه لا يصلح مجازفه»، وكذا في صورته إخبار البائع به فالمتعين حمل قوله عليه السلام: ما سميت فيه كيلاً، على الكناية عن كون المبيع كيلاً، حتى مع اقتضاء ذلك

فإنّ هذا لا يصدق عليه الجزاف. قال في التذكرة: لو أخبره البائع بكيّله ثم باعه بذلك الكيل، صحّ عندنا. وقال في التحرير: لو أعلمه بالكيل، فباعه بثمن، سواء زاد أو نقص، لم يجز. وأمّا نسبه الكراهه إلى هذا البيع، فليس فيه ظهور في المعنى المصطلح يعارض ظهور «لا يصلح» و«لا يصحّ» في الفساد.

وفي الصحيح عن ابن محبوب، عن زرعه، عن سماعه، قال: «سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن، بغير كيل ولا وزن؟ فقال: أمّا أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل أو وزن تشتري منه مراحه، فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تنه، إذا أخذه المشتري الأول بكيل أو وزن وقلت له عند البيع: إني أربحك كذا وكذا... ودلالاتها أوضح من الأولى.

الشرح:

كون الوصف توضيحياً فضلاً عن الاحتراز عن صورته كونه موزوناً كما في بعض البلاد.

وأما دعوى أن الطعام يعمّ مثل اللحم ونحوه من غير المكيل فالقيّد احتراز عنه، يدفعها ملاحظه موارد استعمال الطعام بلا قرينه، حيث إن ظاهرها الحنطه والشعير في الروايات وغيرها، فلاحظها.

وموثقه سماعه قال: «سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن، هل يصلح شراؤه بغير كيل ولا وزن؟ فقال: أما أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل ووزن تشتري منه مراحه فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تنه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن. وقلت له عند البيع: إني أربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس»<sup>(١)</sup>، حيث إن دلالتها على عدم جواز بيع الطعام وسائر ما يكال أو يوزن بغير الاعتبار فيما إذا لم يكن معتبراً في السابق أوضح من الصحيحه السابقه، حيث ليس فيها مورد للمناقشه السابقه ولو كانت المناقشه ضعيفه.

ص: ٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٥ ٣٤٦ ، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه .

وروايه أبان عن محمّد بن حمران [١] قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدّقناه وأخذناه بكيله؟ قال: لا- بأس قلت: أيجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال: أما أنت فلا تبعه حتى تكيله»، دلّت على عدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبره البائع فصدّقه.

وفحوى مفهوم روايه أبى العطار د وفيها: «قلت: فأخرج الكُرّ والكُرّين فيقول الرجل أعطنيه بكيلك فقال: إذا ائتمنك فلا بأس به».

الشرح:

[١] ثم إن في البين روايات باعتبار ضعف سندها أو دلالتها لا تصلح للاستدلال ولكن لا تخلو عن التأييد بها، منها: صحيحه محمد بن حمران قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدّقناه وأخذناه بكيله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله» (١).

فإنه ربما يقال بدلالاتها على عدم جواز بيع المكيل بدون الكيل ولكنه لا- يخلو عن التأمل، فإن اللازم حمل المنع فيها على الكراهه؛ لأن إخبار البائع بكيل المبيع طريق شرعى إلى إحراز كيله، فبيعه ثانياً من شخص آخر اعتماداً على إخبار بائعه سابقاً ليس من بيع الطعام بلا- تعيين كيله ليحكم بفساده، ولعل النهى المزبور باعتبار أن إخبار البائع ظاهر فى الشهاده التى لا تصح بمجرد إخبار البائع الأول.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من دلالتها على عدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبر به البائع فصدقه المشتري، فلا يمكن المساعدة عليه، فإن فرض كيل الطعام وإخبار البائع به مأخوذ فى السؤال لا قيد لنفى البأس فى الجواب ليدل القيد على عدم الجواز بدونه.

ومنها: روايه أبى العطار د عن أبى عبد الله عليه السلام، «قلت: فأخرج الكُرّ والكُرّين،

ص: ٩٣

---

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٣٤٥، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤.

ومرسله ابن بكير عن رجل سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال: إما أن يأخذ كله بتصديقه، وإما أن يكيه كله». فإنّ المنع من التبعض المستفاد منه ارشادى محمول على أنه إن صدّقه فلا حاجة إلى كلفه كيل البعض وإلا فلا يحزى كيل البعض. ويحتمل الروايه الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء.

الشرح:

فيقول الرجل: أعطنيه بكيلك، قال: إذا ائتمنك فلا بأس<sup>(١)</sup>. فإنها بفحوى مفهومها داله على اعتبار الكيل وأنه لا يصح البيع بدونه، فإنه إذا لم يجز البيع بكيل لا يصدقه المشتري كما هو المفهوم، لم يجز البيع فيما إذا لم يكن كيل أصلاً.

ومنها: مرسله عن ابن بكير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال: إما أن يأخذ كله بتصديقه، وإما أن يكيه كله»<sup>(٢)</sup>. فإنّ ظاهر هذه أيضاً عدم جواز الشراء بلا اعتبار المبيع وتعيين كيله ولو بإخبار البائع والنهي عن التفكيك إرشاد إلى عدم الجدوى فيه، فإنّ مع تصديق البائع لا حاجة إلى كيل بعضه أيضاً، ومع العلم بكذب البائع لا يقيد كيل البعض المزبور من اعتبار الباقي، هذا لو كان المراد بكيل البعض وتصديق بائعه في البعض الآخر عند البيع، وأما بناءً على كون المراد شراء الكلي وكيل البعض والتصديق في البعض الآخر في مقام الاستيفاء وقبض الكلي فعدم دلالتها على اشتراط البيع، أي بيع العين الخارجيه بالكيل أو بإخبار بائعه به ظاهر.

ص: ٩٤

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٤، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٣.

وكيف كان، ففي مجموع ما ذكر من الأخبار وما لم يذكر ممّا فيه إيماء الى المطب من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغاً عنه عند السائل وتقرير الامام عليه السلام كما في روايه «كيل ما لا- يستطاع عدّه» وغيرها مع ما ذكر من الشهره المحقّقه والاتّفاقات المنقوله كفايه في المسأله. ثمّ إنّ ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أنّ الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصى [١] وإن كان حكمته سدّ باب المسامحه المفضيه إلى الوقوع في الغرر. كما أنّ حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعه المتوقّعه عند إهمال ذلك الشرط. فحينئذٍ فيعتبر التقدير بالكيل والوزن وإن لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المساوى له في القيمه، فإنّه لا يتصوّر هنا غرر أصلاً مع الجهل بمقدار كلّ من العوضين، لأنّه مساو للآخر في المقدار.

الشرح:

[١] اعتبار الكيل والوزن مترتبان في الروايات على كون المبيع مكيلاً أو موزوناً لا على كون البيع مع عدمهما غرراً.

وبتعبير آخر: لو كان المدرك لاعتبار الكيل والوزن روايه النهى عن بيع الغرر (١) لكان لزوم الكيل والوزن وعدم لزومهما دائراً مدار الغرر وعدمه، ولولم يكن غرر بدونهما فلا بأس بعدم الاعتبار. كما إذا كان جنساً مساوياً لجنس آخر في القيمه السوقيه وأريد معاوضه أحدهما بالآخر، فإنه لو وضعاً في كفتى الميزان بحيث أحرز تساويهما في المقدار كفى في ارتفاع الغرر وإن لم يكن وزن كل منهما معلوماً.

والمراد من الاعتبار بالغرر الشخصى ملاحظه كل فرد من البيع وكونه مع عدم الكيل أو الوزن غررياً أم لا، ولكن العمده في اعتبار الكيل أو الوزن الروايات المتقدمه

ص: ٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ ، ومسنند أحمد ١ : ٣٠٢ .



ويحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيّما الأخبار على المورد الغالب، وهو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفاً على التقدير، فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى، كما في الفرض المزبور، وكما إذا كان للمتبايعين حدس قوياً بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، وكما إذا كان المبيع قليلاً لم يتعارف وضع الميزان لمثله، كما لو دفع فلساً وأراد به دهنًا لحاجه، فإن الميزان لم يوضع لمثله، فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين.

الشرح:

الظاهرة في اعتبارهما، ومقتضاها عدم الجواز في المثال وأنه لا يكون دائراً مدار حصول الغرر وعدمه، بل المدار كون المبيع مكيلاً أو موزوناً. نعم، يمكن أن يكون ارتفاع الغرر حكمه في اعتبار الكيل والوزن في بيع المكيل أو الوزن، والظاهر أن الحكم يتبع موضوعه لا حكمته، وهذا هو المراد بالغرر نوعاً.

وقد تحضّل مما ذكرنا أن الغرر وإن لم يكن في الأمثلة المذكورة في عبارته المصنف رحمه الله ولا يعمها حديث النهي عن بيع الغرر (١) ولكن يعمها الروايات الظاهرة في أن المكيل أو الموزون لا يصلح بيعه إلا بالكيل أو الوزن هذا مع قصد البيع، وأما إذا أريد إنشاء المعاوضة بين الجنسين فلا تدخل في تلك الأخبار أيضاً. وقد تقدم في أول الكتاب أن المعاوضة بإنشائها لا تدخل في عنوان البيع، بل المعاوضة عنوان مستقل يعمها مثل قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢).

ثم لا يخفى أنه ربما يكون جنس مكيلاً أو موزوناً في حال ويكون معدوداً في حال آخر، فإن الفضه أو النحاس من الموزون عند عدم كونهما بصورة الدرهم والفلس، وإذا كانا بصورتها مع رواج سكتها كالمعمول في عصرنا الحاضر فلا يعتبر

ص: ٩٤

١- (١) مَرَّ آتِئاً .

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ١ .

ولا- منافاه بين كون الشىء من جنس المكيل والموزون، وعدم دخول الكيل والوزن فيه، لقلته كالحببتين والثلاثة من الحنطه، أو لكثرتة كزبره الحديد، كما نبه عليه فى القواعد وشرحها وحاشيتها.

ومما ذكرنا يتتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكه، فإنها وإن كانت من الموزون ولذا صرح فى التذكرة بوقوع الربا فيها إلا أنها عند وقوعها ثمناً حكمها كالمعدود فى أن معرفه مقدار ماليتها لا تتوقف على وزنها، فهى كالقليل والكثير من الموزون الذى لا يدخله الوزن وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبه من النحاس والفضه كأكثر نقود بغداد فى هذا الزمان. وكذا الدرهم والدينار الخالصان، فإنها وإن كانت من الموزون ويدخل فيها الربا إجماعاً، إلا أن ذلك لا ينافى جواز جعلها عوضاً من دون معرفه بوزنها، لعدم غرر فى ذلك أصلاً. ويؤيد ذلك جريان سيره الناس على المعامله بها من دون معرفه الأغلب بوزنها.

نعم، يعتبرون فيها عدم نقصها عن وزنها المقرّر فى وضعها من حيث تفاوت قيمتها بذلك، فالنقص فيها عندهم بمنزله العيب، ومن هنا لا يجوز إعطاء الناقص منها، لكونه غشاً وخيانه. وبهذا يمتاز الدرهم والدينار عن الفلوس السود وشبهها حيث إن نقصان الوزن لا يؤثر فى قيمتها، فلا بأس بإعطاء ما يعلم نقصه.

الشرح:

وزنهما، ولا بأس بجعل أحدهما ثمناً مع الجهاله بوزنه. وأيضاً لو كان العوض أقل من الآخر المفروض كونهما من جنس واحد، كما إذا أعطى المسكوك بسكه مئه فلس بدرهمين مسكوكين كل منهما بخمسين فلساً، مع كون العوضين عن جنس واحد ووزن أحدهما أكثر من العوض الآخر، فلا يكون من الربا فى المعاوضه، حيث إن الربا لا يجرى فى المعدود.

ص: ٩٧

وإلى ما ذكرنا من الفرق أشير في صحيحه ابن عبد الرحمن، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الشيء بالدرهم فأعطي الناقص الحبه والحبتين؟ قال: لا، حتى تبينه. ثم قال: إلا أن تكون نحو هذه الدراهم الأوضاحيه التي تكون عندنا عدداً».

وبالجملة، فإناطه الحكم بوجوب معرفه وزن المبيع وكيله مدار الغرر الشخصى قريب فى الغايه، إلا أن الظاهر كونه مخالفاً لكلمات الأصحاب فى موارد كثيره. ثم إن الحكم فى المعدود ووجوب معرفه العدد فيه حكم المكيل والموزون [١] بلا خلاف ظاهر. ويشير إليه بل يدل عليه: تقرير الامام عليه السلام فى الروايه الآتيه المصرحه بتجويز الكيل فى المعدود المتعذر عدّه. ويظهر من المحكى عن المحقق الأردبيلى المناقشه فى ذلك، بل الميل الى منعه وجواز بيع المعدود مشاهده، ويردّه روايه الجوز الآتيه.

الشرح:

[١] يعتبر فى بيع المعدود العدّ بلا خلاف ظاهر قديماً وحديثاً، إلا عن الأردبيلى رحمه الله (١)، حيث منع الاعتبار واستدل عليه بصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكّال بمكيال، ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به» (٢). وقيل (٣): بعدم الدلاله لها على اعتبار العدد، فإنه وإن يظهر فيها أن الاعتبار كان مرتكزاً للسائل ولكن لا يلزم الردع عن مثل هذا الارتكاز، مما لا يوجب ارتكاب الحرام أو ترك الواجب، خصوصاً مع تجويزه عليه السلام الكيل فى الفرض، مع وضوح أن المعدود مع اختلاف حجمه من حيث الصغر والكبر لا يحرز عدده بالكيل إلا على وجه التخمين.

ص: ٩٨

١- (١) راجع مجمع الفائده ٨ : ١٧٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٨ ، الباب ٧ من أبواب شروط عقد البيع، الحديث الأول .

٣- (٣) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٢ : ٣٦١ .

## التقدير بغير ما يتعارف التقدير به

والمراد بالمعدودات: ما يعرف مقدار ما ليّتها بأعدادها كالجوز والبيض بخلاف مثل الشاه والفرس والثوب. وعدّ العلامة البّطيخ والبادنجان [١] في المعدوات حيث قال في شروط السلم من القواعد: ولا- يكفى العد في المعدودات بل لا بدّ من الوزن في البّطيخ والبادنجان والرمان، وإنّما اكتفى بعدها في البيع للمعائنه، انتهى.

وقد صرّح في التذكرة بعدم الربا في البّطيخ والرمان إذا كان رطباً لعدم الوزن وثبوته مع الجفاف، بل يظهر منه كون القثاء والخوخ والمشمش أيضاً غير موزونه. وكلّ ذلك محلّ تأمل لحصول الغرر أحياناً بعدم الوزن.

فالظاهر أنّ تقدير المال عرفاً في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز والبيض.

مسأله: لو قلنا بأنّ المناط في اعتبار تقدير المبيع [٢] في المكيل والموزون الشرح:

ولا- يخفى ما فيه، فإن لزوم إرشاد الجاهل في الشبهه الحكميه وبيان الحكم الشرعى فيها لا يختص بالواجبات والمحرمات، وأن الكيل في مثل الفرض يجعل طريقاً إلى إحراز العدد؛ ولذا لا يكفى فيه مجرد التخمين.

[١] هذا (١) راجع إلى تعيين الصغرى، وأنه في السلم لا بد من اعتبار الوزن حتى في المعدودات، وإنّما يعتبر العدد فيها في بيع الحال، باعتبار إحراز وصفها بالمشاهده وفيه ما لا- يخفى، فإن الوصف فيها حتى من حيث الحجم يعرف بالوصف ومقداره بالعدد فلا وجه لاعتبار الوزن فيها حتى في السلم.

[٢] وحاصله: أنه لو قيل: بأنّ المعبر في البيع انتفاء الغرر فيه، أى الجهاله

ص: ٩٩

والمعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي، فلا إشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك، بل في كفايه المشاهدة فيها من غير تقدير أصلاً. لكن تقدّم: أنّ ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظه الغرر الشخصي، لحكمه سدّ باب الغرر المؤدّي إلى التنازع، المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في أكثر المعاملات زياده على التراضي الفعلي حال معامله. وحينئذ فيقع الكلام والإشكال في تقدير بعض المقدّرات بغير ما تعارف فيه، فنقول: اختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً وبالعكس وعدمه على أقوال، ثالثها: جواز المكيل وزناً، دون العكس، لأنّ الوزن أصل الكيل وأضبط، وإنّما عدل إليه في المكيلات تسهيلاً. الشرح:

الموجبه للخطر والضرر، فلا- ينبغي التأمل في جواز بيع المكيل بالوزن وبالعكس، وكذا بيع المعدود بالوزن أو الكيل مع فرض انتفاء الغرر بهذا النحو من الاعتبار، بل يكفي في بيع ما ذكر المشاهده مع فرض انتفائه. ولكن كون المعيار انتفاء الغرر خلاف ظاهر كلماتهم<sup>(١)</sup>، وأن انتفاءه في تقدير المبيع بالمكيل أو الوزن أو العمد حكمه سداً لباب التنازع فيما بعد كما هو الحال في حكمه بعض الأمور المعتره في أكثر المعاملات.

وإذا كان الأمر كذلك فيقع الكلام في جواز تقدير كل من المكيل والموزون والمعدود بالآخر، بأن جعل التقدير الآخر طريقاً إلى إحراز التقدير المعتر فيه بأن يجعل الكيل طريقاً إلى وزنه أو عدّه وبالعكس، وجعله طريقاً لا يحصل بمجرد القصد ليقال: إنه لا- دخل للقصد في خروج البيع عن الجزاف وعدم خروجه، بل المراد من الجعل نظير الكيل الوارد في بيع الجوز في استكشاف العدد بالمكيل أو بالعكس، وإذا

ص: ١٠٠

---

١- (١) انظر منيه الطالب في شرح المكاسب ٢: ٣٦٤، ومصباح الفقاهه ٣: ٦٣٥ ٦٣٨.

فالمحكى عن الدروس فى السِّلْم جوازهُ مطلقاً، حيث قال: ولو أسلم فى المكيل وزناً وبالعكس فالوجه الصحّح، لروايه وهب عن الصادق عليه السلام، وكأنّه أشار بها إلى روايه وهب، عن جعفر، عن أبيه، عن على صلوات الله عليهم، قال: «لا بأس بسلف ما يوزن فيما يكال، وما يكال فيما يوزن». ولا يخفى قصور الروايه سنداً ب «وهب»، و دلالة بأنّ الظاهر منها جواز إسلاف الموزون فى المكيل وبالعكس، لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن وبالعكس، ويعضده ذكر الشيخ للروايه فى باب إسلاف الزيت فى السمن. فالذى ينبغى أن يقال: إنّ الكلام تارةً فى كفايه كلّ من التقديرين فى المقدّر بالآخر من حيث جعله دليلاً على التقدير المعبر فيه، بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون وبالعكس. وتارة فى كفايته فيه أصلاً من غير ملاحظه تقديره المتعارف.

الشرح:

كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه فيمكن أن يقال بجواز ذلك، خصوصاً فيما إذا كان التقدير المعبر فيه عسراً.

والوجه فى الجواز أن البيع فى هذه الصورة قد بيع بالتقدير المعبر فيه، غايه الأمر قد أحرز ذلك التقدير بالطريق الآخر، ويؤيد ذلك روايه عبدالملك بن عمرو قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: «أشترى مئه راويه من زيت فأعترض راويه أو اثنتين فأترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك، قال: لا بأس»<sup>(١)</sup>. فإن أخذ سائره بقدر ما فرض وزنه إنما يكون بجعل ظرف الزيت طريقاً إلى إحراز وزنه، واستدل بها فى «التذكرة»<sup>(٢)</sup> على جواز بيع الموزون عند تعدّره بوزن واحد من المتعدّد ونسبه الباقي إليه. وعطف على الاستدلال بها قوله: ولأنه يحصل العلم بالوزن، ومقتضى المعطوف عدم انحصار

ص: ١٠١

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٣ ، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .  
٢- (٢) التذكرة ١ : ٤٦٩ .

أمّا الأول، فقد يكون التفاوت المحتمل ممّا يتسامح فيه عادة، وقد يكون ممّا لا يتسامح فيه.

أمّا الأول، فالظاهر جوازه، خصوصاً مع تعسير تقديره بما يتعارف فيه، لأنّ ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره ممّا يتعارف فيه، غايه ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقاً إليه. ويؤيده روايه عبدالملك بن عمرو، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام : أشتري مائه راويه من زيت، فأعترض راويه أو اثنتين فأزنيهما، ثم آخذ سائره على قدر ذلك. قال: لا بأس». استدل بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعدّر وزنه بوزن واحد من المتعدّد ونسبه الباقي إليه، وأردفه بقوله: ولأنّه الشرح:

جواز التقدير بالنحو المزبور بصورة تعدّر الوزن، وتقييد الجواز في كلامه بصورة التعذر لاستظهاره القيد المزبور من الروايه المشار إليها، وبما أنه قيد غالبى لا يقتضى انحصار الجواز بتلك الصوره. ولكن عدم الاقتضاء مع فرض أن الجواز في التقدير بالنحو المزبور على القاعده؛ لما ذكرنا من أنه في الحقيقة بيع ذلك الشيء بذلك التقدير، وإلا لما كان التجويز في فرض التعذر تجويزاً لما ذكر مطلقاً.

وإذا كان التفاوت المحتمل فيه غير متسامح فيه فالظاهر الجواز أيضاً مع البناء على المقدار المستكشف، ومعنى البناء هو الاشتراط، بأن لو علم التفاوت لكان للمشتري الرجوع إلى البائع بمقدار النقص أو للبائع الرجوع إلى المشتري بمقدار الزيادة، نظير الاشتراء بإخبار البائع بالوزن أو الكيل، وما تقدم في صحيحه الحلبي من المنع عن كيل أحد العدلين وشراء الآخر بحسابه محمول على الشراء بدون البناء.

أقول: إذا جعل الكيل في الوزن طريقاً إلى الوزن أو في المعدود طريقاً إلى العدّ، بحيث لو انكشف تخلف الكيل المزبور عن العدّ المكشوف، يثبت للمشتري حق المطالبه بمقدار النقص أو للبائع باسترداد الزائد، فلا يفرق في ذلك بين كون التفاوت

يُحصل المطلوب وهو العلم. واستدلّاه الثاني يدلّ على عدم اختصاص الحكم بصوره التعدّر، والتقييد بالتعدّر لعلّه استنبطه من الغالب في مورد السؤال، وهو تعدّر وزن مائه راويه من الزيت، ولا يخفى أنّ هذه العله لو سلّمت على وجه يقدر في عموم ترك الاستفصال إنّما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفاً لعمومات وجوب التقدير، وقد عرفت أنّ هذا في الحقيقة تقدير وليس بجزاف. نعم، ربما ينافي ذلك التقرير المستفاد من الصحيحه الآتية في بيع الجوز، كما سيجيء، وأمّا لو كان التفاوت ممّا لا يتسامح فيه، فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدار المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقدير أماره على ذلك المقدار، لأنّ ذلك أيضاً خارج عن الجزاف، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل. ويتخيّر المشتري لو نقص. وما تقدّم من صحيحه الحلبي في أوّل الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك هذا كلّه مع جعل التقدير الغير المتعارف أماره على المتعارف. وأمّا كفايه أحد التقديرين عن الآخر أصالة من غير ملاحظه التقدير المتعارف، فالظاهر جواز بيع المكيل وزناً على المشهور، كما عن الرياض، لأنّ ذلك ليس من بيع المكيل مجازفه، المنهية عنه في الأخبار ومعقد الإجماعات، لأنّ الوزن أضبط من الكيل، و مقدار مائه المكيلات معلومٌ به أصالة من دون إرجاع إلى الكيل. والمحكى المؤيد بالتبع: أنّ الوزن أصلٌ للكيل، وأنّ العدول إلى الكيل من باب الرخصه، وهذا معلوم لمن تتبّع موارد تعارف الكيل في الموزونات. ويشهد لأصالة الوزن: أنّ المكايل المتعارفه الشرح:

المحتمل ممّا يتسامح فيه وعدمه، ويكون الفرض كما لو اشترى الموزون بالوزن وانكشف بعد ذلك نقصان الوزن بمقدار يتسامح فيه، فإنه يكون للمشتري حق المطالبه بمقدار النقص.



فى الأماكن المتفرقة على اختلافها فى المقدار لىس لها مأخذ إلا الوزن، إذ لىس هنا كىلٌ واحدٌ يقاس المكابىل عىله. وأما كفاىه الكىل فى الموزون من دون ملاحظه كشفه عن الوزن، ففىه إشكال، بل لا بىعد عدم الجواز، وقد عرفت عن السرائر: أن ما بىاع وزناً لا بىاع كىلاً بلا خلاف، فإن هذه مجازفة صرفه، إذ لىس الكىل فىما لم يتعارف فىه، وعاءٌ منضباً، فهو بىعنه ما منعه من التقدير بقصعه حاضره أو ملء الید، فإن الكىل من حیث هو لا یوجب فى الموزونات معرفه زائده على ما یحصل بالمشاهده، فالقول بالجواز فىما نحن فىه مرجعه إلى كفاىه المشاهده.

ثم إنه قد علم مما ذكرنا: أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم [١] الشرح:

وأما إذا لم یكن الوزن فى المكىل أو بالعكس طریقاً فالأظهر عدم الجواز، بلا فرق بین الموزون والمكىل، وذلك فإن المالىه فى الموزون یعلم بالوزن وفى المكىل بالكىل، حتى لو سلم بأن الوزن أصل فى الكىل، فإن كونه أصلاً لا ینافى هجره فعلاً فى تقدير مالىه المكىل، بحیث یكون بىعه بلا كىل من بىعه جزافاً، نظیر بىعه بملء الید أو بقصعه مجهوله المقدار. مع أن ما ذكر رحمه الله من أن المكىل المتعارف على اختلافه فى المقدار لىس له مأخذ إلا الوزن، یمكن عكسه بأن الموازن المتعارفه المختلفه فى الأماكن المختلفه لىس لها مأخذ إلا الكىل.

[١] لم یعلم مما تقدم عدم جواز البىع فى الموزون بالوزن المتعارف فى ذلك البلد فىما إذا لم یعرفه المشترى، ولا بىكفى معلومیه عنوان الحقه أو الوزنه أو غیر ذلك من العناوین، وكیف یكون الفرض مثل بىع الشىء بالمشاهده مع أن فى الأول لو أحرز نقص المبیع عن المقدار المعنون لكان للمشترى المطالبه بما یقابله من الثمن، بخلاف بىعه بالمشاهده. أضف إلى ذلك جریان السیره على البىع والشراء من الغرباء الواردين فى البلاد المختلفه، والمعامله مع أهلها بالكىل أو الوزن المعروف عند أهل تلك البلاد

## كفايه الكيل أو الوزن في المعدود إذا كان طريقاً إليه

عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقّه والرطل والوَزْنَه باصطلاح أهل العراق الذى لا يعرفه غيرهم خصوصاً الأعاجم غير جائز لأنّ مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه وجعله فى الميزان ووضع صخره مجهوله المقدار معلومه الاسم فى مقابله لا يوجب للجاهل معرفه زائده على ما يحصل بالمشاهده. هذا كلّ فى المكيل والموزون.

وأما المعدود: فإن كان الكيل أو الوزن طريقاً اليه فالكلام فيه كما عرفت فى أخويه وربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام «أنّه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه. ثمّ يكال ما بقى على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به».

فإنّ ظاهر السّؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك فى غير حال الضّروره [١] ولم يردعه الإمام عليه السلام بالتنبيه على أنّ ذلك غير مختصّ بصوره الاضطرار.

الشرح:

من غير علمهم بنسبه ذلك الكيل أو الوزن إلى الكيل أو الوزن المعروفين فى بلادهم، فتدبر جيداً.

[١] لم يعلم من ظاهر السّؤال (١) ما ذكر، بل ظاهره ارتكاز اعتبار إحراز العدد فى بيع مثل الجوز وعدم التعرض فى الجواب لردعه مقتضاه تقريره على مرتكزه، وعلى ذلك فلا بأس بجعل الكيل أو الوزن طريقاً إلى العدد على قرار ما تقدم من جعل الكيل طريقاً إلى الوزن وعكسه، أما بيع المعدود بالكيل أو الوزن بما هو من غير جعلهما طريقاً إلى العدد فالأظهر عدم جوازه فيما إذا كان تعيين ماله المتاع بالعدد دون الوزن أو الكيل، بل يبيعه بأحدهما لا يخرج البيع عن الجراف والمشاهده. وما قيل (٢)

من كفايه

ص: ١٠٥

١- (١) أى سؤال الراوى كما فى المتن، وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٨ ، الباب ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه .

٢- (٢) الغنيه : ٢٢٧ ، والسرائر ٢ : ٣١٨ ، والشرائع ١ : ٦٣ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٤٥٣ .

## تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً

لكن التقرير غير واضح، فلا تنهض الروايه لتخصيص العمومات، ولذا قوّى في الروضه الجواز مطلقاً. وأما كفايه الكيل فيه أصاله: فهو مشكل، لأنه لا يخرج عن المجازفه، والكيل لا يزيد على المشاهده.

وأما الوزن: فالظاهر كفايته، بل ظاهر قولهم في السلم: إنه لا يكفى العدّ في المعدودات وإن جاز بيعها معجلاً بالعدّ، بل لا بدّ من الوزن: أنه لا خلاف في أنه أضبط، وأنه يغنى عن العدّ. فقولهم في شروط العوضين: إنه لا بدّ من العدّ في المعدودات محمول على أقلّ مراتب التقدير. لكنّه ربما ينافى ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم: «ويكفى الوزن عن العدّ» فإنّه يوهّم كونه الأصل في الضبط، إلا أن يريدوا هنا الأصاله والفرعيّه بحسب الضبط المتعارف، لا بحسب الحقيقه، فافهم.

بقى الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً [١] أو موزوناً فقد قيل: إنّ الشرح:

الوزن في بيع المعدود أو تعينه في السلم لا- يمكن المساعدة عليه، إلا- إذا أريد ما يكون تعيين الماليه فيه بالعدد أو بالكيل أو بالوزن أيضاً، والله سبحانه هو العالم.

[١] وحاصله: أنه قد ذكر (١) أن المعيار في كون المتاع مكيلاً أو موزوناً عصر النبي صلى الله عليه وآله، فكل متاع كان في عصره مكيلاً فاللزام بيعه كيلاً- في جميع البلاد وجميع الأعصار، وكذلك ما كان في عصره موزوناً فاللزام أن يباع وزناً كما ذكر، حتى فيما جرت العاده على بيعه بالعدّ والمشاهده، حيث إن البيع على العاده المتأخره محكوم بالبطلان. نعم، لو لم يكن شيء في زمانه صلى الله عليه وآله مبيعاً بالكيل أو الوزن ولو بعدم وجود ذلك الشيء في ذلك العصر فالمتبع فيه عادة البلدان، فإن كان في بلد مكيلاً فيباع في ذلك البلد بالكيل وفي الآخر موزوناً فيباع في ذلك الآخر بالوزن، وقد نسب ذلك في

ص: ١٠٦

الموجود فى كلام الأصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما بيع بهما فى زمن الشارع، وحكم الباقي فى البلدان ما هو المتعارف فيها، فما كان مكيلاً أو موزوناً فى بلد يباع كذا، وإلا فلا. وعن ظاهر مجمع البرهان وصريح الحدائق نسبته إلى الأصحاب. وربما منع ذلك بعض المعاصرين، قائلاً: إن دعوى الإجماع على كون الممدار هنا على زمانه صلى الله عليه وآله على الوجه المذكور، غريبه! فإننى لم أجد ذلك فى كلام أحد من الأساطين، فضلاً عن أن يكون إجماعاً. نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا، لا أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة والغرر الذى من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صلى الله عليه وآله فى رفع شىء من ذلك وإثباته، انتهى.

الشرح:

«مجمع البرهان» (١) و«الحدائق» (٢) إلى إجماع الأصحاب واتفاقهم.

وقد أورد على ذلك فى «الجواهر» (٣) بأن ما فى كلمات الأصحاب من أن ما كان يباع كيلاً فى عصره صلى الله عليه وآله يباع كيلاً فى جميع البلدان و ما كان يباع وزناً يباع فى جميع البلدان بالوزن، راجع إلى جريان الربا فى معاوضه الشىء بجنسه لا إلى مسأله اعتبار التعيين فى العوضين فى البيع.

وبتعبير آخر: كل متاع كان يباع فى عصره كيلاً فلا يجوز مبادلته بجنسه بالزيادة أو النقصه، حتى ما إذا صار ذلك المتاع فى العصور التاليه من المعدود أو يباع بالمشاهده، وكذلك ما إذا كان فى عصره صلى الله عليه وآله موزوناً. وأما أنه يعتبر فى بيع الأول الكيل حتى فى العصور التاليه، وفى بيع الثانى الوزن مع خروجهما إلى المعدود فلا دلالة فى كلماتهم على ذلك، فضلاً عن أن يكون إجماعاً، بل المعيار فى اعتبار الكيل أو الوزن أو العدد فى

ص: ١٠٧

١- (١) مجمع الفائده ٨ : ١٧٧ ، وحكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٢٢٨ .

٢- (٢) الحدائق ١٨ : ٤٧١ ، وحكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٢٢٨ .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ : ٤٢٧ ٤٢٨ .

أقول: ما ذكره دام ظله : من عدم تعرّض جُلّ الفقهاء لذلك هنا يعنى فى شروط العوضين وأن ما ذكره فى باب الربا، حق، إلا أن المدار وجوداً وعدمًا فى الربا على اشتراط الكيل والوزن فى صحه بيع جنس ذلك الشىء، وأكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط والمعيار فيه هنا يعنى فى شروط العوضين إلا أن الأكثر ذكروا فى باب الربا ما هو المعيار هنا وفى ذلك الباب.

وأما اختصاص هذا المعيار بمسأله الربا وعدم جريانه فى شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع:

الشرح:

بيع شىء عاده كل بلد فى كل عصر، ودخول الربا فى المعاوضه مسأله، واعتبار الكيل أو الوزن فى بيع الشىء مسأله أخرى، فلا يكون الإجماع فى الأولى إجماعاً فى الثانية.

وناقش المصنف فى كلام صاحب «الجواهر» بأن ما ذكره معياراً فى كون الشىء مكيلاً أو موزوناً فى باب الربا فهو معيار لاعتبار الكيل أو الوزن فى بيع الشىء فى جميع البلاد وجميع العصور.

واستشهد لذلك بوجوه ثلاثه:

الأول: ملاحظه كلام الشيخ رحمه الله فى «المبسوط»<sup>(١)</sup>، حيث ذكر فيه: أنه لو كانت العاده فى عصره صلى الله عليه و آله الكيل فى بيع شىء لم يجز بيعه إلا كيلاً فى سائر البلاد، وما كان فى عصره صلى الله عليه و آله بيعه وزناً لم يجز بيعه إلا وزناً فى سائر البلاد، والأصل فى بيع شىء كيلاً الكيل عند أهل المدينه وفى بيعه وزناً الوزن عند أهل مكه، هذا كله بلا خلاف.

وأما إذا لم تعرف العاده فى عصره صلى الله عليه و آله فالمتبع فى بيع ذلك الشىء عاده كل بلد.

الثانى: أن الموضوع فى المسألتين، أى مسأله جريان الربا فى المعاوضه ومسأله

ص: ١٠٨

أما أولاً، فلشهادته تتبع كلمات الأصحاب بخلافه. قال في المبسوط في باب الربا: إذا كانت عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه وآله في شيء الكيل، لم يجز إلا كيلاً في سائر البلاد، وما كانت فيه وزناً لم يجز إلا وزناً في سائر البلاد، والمكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة، هذا كله بلا خلاف. فإن كان مما لا يعرف عاداته في عهده صلى الله عليه وآله حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء، فما عرف بالكيل لا يباع إلا كيلاً، وما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزناً، انتهى. ولا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع، لا لخصوص مبيعه المتماثلين. ونحوه كلام العلامة في التذكرة.

الشرح:

اعتبار العوضين بالكيل أو الوزن أمر واحد، وهو كون الشيء ما يكال أو يوزن، وإذا ذكر تحديد الموضوع في المسألة الأولى يكون ذلك تحديداً للموضوع في المسألة الثانية أيضاً.

الثالث: القياس الاستثنائي، وهو أن الربا إذا جرى في معاوضه شيء بجنسه يعتبر الكيل أو الوزن في بيعه في جميع الأعصار والبلدان على ما هو ظاهر كلماتهم (1)، ولكن الربا يجرى فيما كان موزوناً أو مكيلاً في زمان الشارع صلى الله عليه وآله، فتكون النتيجة أنه إذا كان شيء في زمانه صلى الله عليه وآله مكيلاً أو موزوناً فيعتبر الكيل أو الوزن في بيعه في جميع البلدان والعصور، حتى إذا صارت بعد ذلك عادة البلدان على خلاف ذلك وانتفاء الغرر فيه بالعد أو بالمشاهدة، فإن انتفاء الغرر كما تقدم حكمه، لا أنه عله في اعتبار المبيع وتعيين مقداره.

ص: ١٠٩

---

١- (١) أنظر الرياض ١ : ٥٤٢، والشرائع ٢ : ٤٥، والدروس ٣ : ٢٩٧، والمسالك ٣ : ٣٢٣، وجامع المقاصد ٤ : ٢٧١، ومفتاح الكرامه ٤ : ٥١٧.

وأما ثانياً، فلأن ما يقطع به بعد التتبع في كلماتهم هنا، وفي باب الربا أن الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد أعني المكيل والموزون قد حمل عليه حكمان: أحدهما عدم صحه بيعه جزافاً، والآخر عدم صحه بيع بعضه ببعض متفاضلاً، ويزيده وضوحاً ملاحظه أخبار المسألتين المعنونه بما يكال أو يوزن، فإذا ذكروا ضابطه لتحديد الموضوع فهي مرعيه في كلتا المسألتين.

وأما ثالثاً، فلأنه يظهر من جماعه تصريحاً أو ظهوراً: أن من شرط الربا كون الكيل والوزن شرطاً في صحه بيعه. قال المحقق في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل والوزن في الربا تفريراً على ذلك: إنه لا- ربا في الماء، إذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن. وقال في الدروس: ولا يجرى الربا في الماء وإن وزن أو كيل، لعدم اشتراطهما في صحه بيعه نقداً ثم قال: وكذا الحجاره والتراب والحطب، ولا عبره ببيع الحطب وزناً في بعض البلدان، لأن الوزن غير شرط في صحته، انتهى.

الشرح:

ويترتب على ما ذكر أنه لو ثبت بيع شيء في عصر النبي صلى الله عليه وآله بالمشاهده ثم جرت العاده في العصور التاليه بيعه بالوزن أو الكيل فلا يعتبر في بيعه الوزن أو الكيل، مع أن ذلك خلاف ظاهر الروايات، مثل قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً- فلا يصلح بيعه مجازفه»<sup>(١)</sup>، فإن ظاهرها وضع المكيال في بيعه في عصر الإمام عليه السلام أو في عاده عرف السائل أو المتبايعين. وأجاب رحمه الله عن ذلك، بأنه يمكن أن يكون هذا التعبير ونظيره باعتبار أنه لو لم تتغير الأشياء في زمانه عليه السلام عما كانت عليه في زمان النبي صلى الله عليه وآله، ولكن يبقى في البين أنه مع إرجاع الأخبار إلى اعتبار الكيل أو الوزن في الأشياء التي

ص: ١١٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤١، الباب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول.

وهذا المضمون سهل الإصابه لمن لاحظ كلماتهم، فلاحظ المسالك هنا، وشرح القواعد وحاشيتها للمحقق الثاني والشهيد عند قول العلامة: «والمراد بالمكيل والموزون هنا جنسه وإن لم يدخلاه لقلته كالحبّه والحبتين من الحنطه، أو لكثرتّه كالزبره»، ولازم ذلك يعنى اشتراط دخول الربا فى جنس باشتراط الكيل والوزن فى صحه بيعه : أنّه إذا ثبت الربا فى زماننا فى جنس، لثبوت كونه مكيلاً- أو موزوناً على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله ، لزم أن لا- يجوز بيعه جزافاً، وإلا- لم يصدق ما ذكره: من اشتراط الربا باشتراط التقدير فى صحه بيعه.

وبالجملة، فتلازم الحكمين أعنى دخول الربا فى جنس، واشتراط بيعه بالكيل أو الوزن مما لا- يخفى على المتتبع فى كتب الأصحاب. وحينئذ فنقول: كلّ ما ثبت كونه مكيلاً أو موزوناً فى عصره صلى الله عليه و آله فهو ربوىّ فى زماننا ولا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً وإن لم يلزم غرر، للإجماع، ولما عرفت: من أنّ اعتبار الكيل والوزن لحكمه سدّ باب نوع الغرر لا شخصه، فهو حكم لحكمه غير مطرّده، نظير النهى عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع، واعتبار الانضباط فى المسلم فيه، لأنّ فى تركه مظنّه التنازع والتغابن، ونحو ذلك. والظاهر كما عرفت من غير واحد أنّ المسأله اتّفاقيه.

الشرح:

كانت تباع فى زمانهم بالكيل أو الوزن فلا وجه للالتزام بأنه إذا لم يحرز فى شيء ذلك يكون المتبع فيه العرف العام فعلاً. ومع عدم العرف العام واختلافه فالمتبع فى كل بلد عاده عرفه، فإنّ الأخبار المشار إليها لا تكون ظاهره فى رعايه هذه الأمور، خصوصاً بنحو الترتب على ما نطقت به كلماتهم.

وقد تصدّى رحمه الله للجواب عن ذلك كله بحمل الأخبار المشار إليها على لزوم

ص: ١١١



وأما ما علم أنه كان يباع جزافاً في زمانه صلى الله عليه وآله ، فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً، والظاهر أنه إجماعى، كما يشهد به دعوى بعضهم الإجماع على أنّ مثل هذا ليس بربوى، والشهره محققه على ذلك. نعم، ينافى ذلك بعض ما تقدّم من إطلاق النهى عن بيع المكيال والموزون جزافاً، الظاهر فيما تعارف كيله في زمان الإمام عليه السلام أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو أحدهما، وإن لم يتعارف في غيره. وكذلك قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فلا يصلح مجازقه» الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب وفي عرفه وإن لم يكن كذلك في عرف الشارع. اللهم إلا أن يقال: إنه لم يعلم أنّ ما تعارف كليه أو وزنه في عرف الأئمه وأصحابهم، كان غير مقدّر في زمان الشارع حتى يتحقّق المنافاه. والأصل في ذلك: أنّ مفهوم المكيال والموزون في الأخبار لا يراد بهما «كل ما فرض صيرورته كذلك» حتّى يعمّ ما علم كونه غير مقدّر في زمن الشارع، بل المراد بهما المصداق الفعلى المعنون بهما في زمان المتكلم، وهذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيله ولا موزونه في زمن النبي صلى الله عليه وآله .

الشرح:

رعايه العاده المعروفه بين المتبايعين في كل عصر، فان ظاهر تلك الأخبار بيان جعل الحكم بمفاد القضيّه الحقيقه، غايه الأمر يؤخذ في الأحكام الثابته على خلاف ذلك بالإجماع، بأن يقال: لو كان شيء في عرف المتبايعين يباع بالمشاهده ولكن أحرز أنه كان في عصر النبي صلى الله عليه وآله مكيلاً أو موزوناً لا يجوز فيه الربا ولا يجوز بيعه إلا بالكيل أو الوزن في جميع البلاد وجميع العصور.

أقول: أما دعوى الإجماع على أن العبره في حرمه الربا ولزوم تعيين العوضين بالكيل أو الوزن كون طبيعى الشيء في عصر النبي صلى الله عليه وآله مكيلاً أو موزوناً، بحيث لو خرج عن كونه مكيلاً أو موزوناً بعد ذلك فيحرم الربا فيه، بل يعتبر الكيل أو الوزن في

ص: ١١٢

لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفاً للظاهر المستفاد من عنوان «ما يكال و يوزن»: أنه لا دليل حينئذ على اعتبار فيما شك في كونه مقدراً في ذلك الزمان، مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر، إذ لا يكفي في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكيل والموزون، بل لابد من كونه أحد المصاديق الفعلية في زمان صدور الأخبار، ولا دليل أيضاً على إلحاق كل بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان.

الشرح:

بيعه إلى الأبد لازماً، فهذا خارج عن الأخبار الواردة في البابين، فإن ظاهرها اعتبار الكيل أو الوزن وحرمة الربا في بيع الشيء والمعاوضه عليه مادام كونه معنوياً بعنوان المكيل أو الموزون، كما هو الظاهر الأولى في كل حكم جعل بعنوان القضية الحقيقية، وحمل الأخبار على القضية الخارجية أو على القضية الحقيقية، بمعنى أن كون الطبيعي معنوياً بعنوان المكيل والموزون في زمان صدور الأخبار يوجب حرمة الربا فيه واعتبار الكيل والوزن في بيعه لازماً إلى الأبد، خلاف الظاهر الأولى في الحكم المجعول بنحو القضية الحقيقية. وما ذكر من أن العبرة في الحكم بزمان النبي صلى الله عليه وآله لا يحرز عمومه لاعتبار العوضين، ولا يثبت الإجماع في البابين بمجرد كلام الشيخ في «المبسوط» (١) والعلامة في «التذكرة» (٢)، مع أن الإجماع في باب حرمة الربا في المعاوضه أيضاً مخدوش؛ لعدم إحراز أصل الاتفاق، وعدم إحراز كونه إجماعاً تعبيرياً؛ لاحتمال أنهم أفتوا بما ذكر لزعمهم أن ما ذكر مقتضى «بقاء حلال محمد صلى الله عليه وآله على حلاله وحرمة على حرمة إلى يوم القيامة» (٣)، وأن حكمي على واحد حكمي على الجماعة، فتدبر.

ص: ١١٣

١- (١) المبسوط ٢ : ٩٠ .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٤٨٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ١٦٩ ، الباب ١٢ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٥٢ ، وفيه : عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال جدّي رسول الله صلى الله عليه وآله : أيها الناس! حلالي حلال إلى يوم القيامة، وحرامي حرام إلى يوم القيامة...».

والحاصل: أنّ الاستدلال بأخبار المسأله المعنونه بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبره فى التقدير بزمان النبى صلى الله عليه وآله ، ثمّ بما اتفق عليه البلاد، ثم بما تعارف فى كل بلده بالنسبه إلى نفسه فى غايه الإشكال. فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين وإثبات ما ينافى ذلك من الأحكام المشهوره بالإجماع المنقول المعتضد بالشهره المحققه. وكذا الإشكال لو علم التقدير فى زمن الشارع ولم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن. وممّا ذكرنا ظهر ضعف ما فى كلام جماعه من التمسك لكون الاعتبار فى التقدير بعاده الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع، ولكون المرجع فيما لم يعلم عاده الشرع هى العاده المتعارفه فى البلدان بأنّ الحقيقه العرفيه هى المرجع عند انتفاء الشرعيه، ولكون المرجع عاده كلّ بلد إذا اختلف البلدان، بأنّ العرف الخاص قائم مقام العامّ عند انتفائه، انتهى.

وذكر المحقق الثانى أيضاً: أنّ الحقيقه العرفيه يعتبر فيها ما كان يعتبر فى حمل إطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت فى عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو العرف السابق، ولا أثر للعرف الطارئ للاستصحاب، ولظاهر قوله صلى الله عليه وآله : «حكى على الواحد حكى على الجماعه». وأمّا فى الأقارير والأيمان ونحوها، فالظاهر الحواله على عرف ذلك العصر الواقع فيه شىء منها، حملاً له على ما يفهمه الموقع، انتهى.

أقول: ليس الكلام فى مفهوم المكيل والموزون، بل الكلام فيما هو المعتبر فى تحقّق هذا المفهوم، فإنّ المراد بقولهم عليهم السلام : «ما كان مكيلاً فلا يباع جزافاً» أو «لا يباع بعضه ببعض إلاّ متساوياً»، إمّا أن يكون ما هو المكيل فى عرف المتكلم، أو يراد به ما هو المكيل فى العرف العام، أو ما هو المكيل فى عرف كلّ مكلف، وعلى أىّ تقدير فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا بدّ لبيان حكم غير المراد من

دليل خارجي. وإرادته جميع هذه الثلاثة خصوصاً مع ترتيبٍ خاصّ في ثبوت الحكم بها، وخصوصاً مع كون مرتبه كلّ لاحقٍ مع عدم العلم بسابقه لا- مع عدمه غير صحيحه، كما لا يخفى. ولعلّ المقدّس الأردبيلي أراد ما ذكرنا، حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع، والعرف العام، والعرف الخاص، معللاً باحتمال إرادته الكيل والوزن المتعارف عرفاً عامّاً، أو في أكثر البلدان، أو في الجملة مطلقاً، أو بالنسبة إلى كلّ بلدٍ بلد كما قيل في المأكول والملبوس في السجده من الأمر الوارد بهما لو سلّم، والظاهر هو الأخير، انتهى.

وقد ردّه في الحقائق: بأنّ الواجب في معانى الألفاظ الواردة في الأخبار حملها على عرفهم صلوات الله عليهم، فكلّ ما كان مكيلاً- أو موزوناً في عرفهم وجب إجراء الحكم عليه في الأزمنة المتأخّره، وما لم يعلم فهو بناءً على قواعدهم يرجع إلى العرف العام وإلى آخر ما ذكره من التفصيل. ثمّ قال: ويمكن أن يستدلّ للعرف العام بما تقدّم في صحيحه الحلبي من قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً»، فإنّ الظاهر أنّ المرجع في كونه مكيلاً إلى تسميته عرفاً مكيلاً. ويمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم عليهم السلام، انتهى.

أقول: قد عرفت أنّ الكلام هنا ليس في معنى اللفظ، لأنّ مفهوم الكيل معلوم لغّه، وإنّما الكلام في تعيين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم. ثمّ لو فرض كون الكلام في معنى اللفظ، كان اللازم حمله على العرف العامّ إذا لم يكن عرف شرعيّ، لا إذا جهل عرفه الشرعيّ، فإنّه لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذ على المعنى العرفيّ، بل لا بد من الاجتهاد في تعيين ذلك المعنى الشرعيّ، ومع العجز يحكم بإجمال اللفظ، كما هو واضح. هذا كلّ مع أنّ الأخبار إنّما وصلت إلينا من الأئمه صلوات الله وسلامه عليهم، فاللازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع. وأمّا ما استشهد به للرجوع إلى العرف العامّ من قوله عليه السلام: «ما سمّيت فيه كيلاً... الخ»

فيحتمل أن يراد عرف المخاطب، فيكون المعيار العرف الخاص بالمتبايعين. نعم، مع العلم بالعرف العام لا عبره بالعرف الخاص، لمقطوعه ابن هاشم الآتيه، فتأمل.

وأبعد شيء في المقام: ما ذكره في جامع المقاصد، من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله . . . الخ.

وبالجملة، فإنّ مسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكن الظاهر أنّ كلّها متفق عليها. نعم، اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفه في أنّ لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا، أو أنّه يغلب جانب التحريم، كما عليه جماعه من أصحابنا. لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا، لا في جواز البيع جزافاً في بلد لا يتعارف فيه التقدير. ثمّ إنّ يشكل الأمر فيما لو علم كونه مقدراً في زمان الشارع لكن لم يعلم أنّ تقديره بالكيل أو بالوزن، ففيه وجوه: أقواها وأحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر. وأشكل من ذلك: ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشارع أو في العرف العام، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص، ولا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافاً تخصيصاً لأدله نفي الغرر، لاحتمال كون ذلك الشيء من المبتدلات في زمن الشارع أو في العرف بحيث يتحرّز عن الغرر بمشاهدته وقد بلغ عند قوم في العزّه إلى حيث لا يتسامح فيها. فالأقوى وجوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع فيه الغرر من الكيل أو الوزن أو العدّ.

وبالجملة، فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على وجوب التقدير بما بنى الأمر في مقام استعمال ما يه الشيء على ذلك التقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز، فيجاب بذكر العدد، بخلاف ما إذا سئل عن مقدار ما عنده من الرمان والبطيخ، فإنّه لا- يجاب إلا- بالوزن، وإذا سئل عن مقدار الحنطة والشعير فربما يجاب بالكيل وربما يجاب بالوزن، لكن الجواب بالكيل مختص بمن يعرف مقدار

الكيل من حيث الوزن، إذ الكيل بنفسه غير منضبط، بخلاف الوزن، وقد تقدّم أنّ الوزن أصل في الكيل. وما ذكرنا هو المراد بالكيل والموزون اللذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل والوزن عند البيع، وبدخول الربا فيهما. وأمّا ما لا يعتبر مقدار ماليته بالتقدير بأحد الثلاثة كالماء والتبن والخضريات فالظاهر كفايه المشاهده فيها من غير تقدير.

فإن اختلف البلاد في التقدير والعدم، فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير. وأمّا بلد عدم التقدير، فإن كان ذلك لا بتذال الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهده كفت المشاهده، وإن كان لعدم مبالاتهم بالغرر وإقدامهم عليه خرساً مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهده فلا اعتبار بعادتهم، بل يجب مخالفتها، فإنّ النواهي الوارده في الشرع عن بيوع الغرر والمجازفات كبيع الملائح والمضامين والملامسه والمنازده والحصاه، على بعض تفاسيرها، وثمر الشجر قبل الوجود، وغير ذلك لم يرد إلا ردّاً على من تعارف عندهم الإقدام على الغرر والبناء على المجازفات، الموجب لفتح أبواب المنازعات.

وإلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن رجاله ذكره في حديث طويل، قال: «ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامه، ولا يؤخذ فيه بالخاصه فإن كان قوم يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن أصل اللحم أن يوزن وأصل الجوز أن يعدّ». وعلى ما ذكرنا، فالعبره ببلد وجود المبيع، لا ببلد العقد ولا ببلد المتعاقدين. وفي شرح القواعد لبعض الأساطين: ثم الرجوع إلى العاده مع اتّفاقها اتّفاقي، ولو اختلف فللكل بلد حكمه كما هو المشهور. وهل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين؟ الأقوى الأول. ولو تعاقدا في الصحراء رجعا إلى حكم بلدهما. ولو اختلفا رجيح الأقرب، أو الأعظم، أو ذو الاختبار على ذى الجزاف، أو

البائع في مبيعه والمشتري في ثمنه، أو يبنى على الإقراع مع الاختلاف وما اتفقا عليه مع الاتفاق، أو التخيير، ولعله الأقوى. ويجرى مثله في معاملة الغرباء في الصحراء مع اختلاف البلدان. والأولى التخلّص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهالة، من صلح أو هبة بعوض أو معاطاه ونحوها. ولو حصل الاختلاف في البلد الواحد على وجه التساوى فالأقوى التخيير. ومع الاختصاص بجمع قليل إشكال، انتهى.

مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور، وعبارته التذكرة مشعره بالاتفاق عليه، ويدلّ عليه غير واحد من الأخبار المتقدمة. وما تقدّم من صحيحه الحلبى الظاهره في المنع عن ذلك محمول على صورته إيقاع المعاملة غير مبنيّه على المقدار المخبر به وإن كان الإخبار داعياً إليها، فإنّها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر، وقد تقدّم عن التحرير ما يوافق ذلك.

ثم إنّ الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً [١] عرفياً للمقدار كما يشهد به الروايات

الشرح:

[١] اعتبار خبر البائع في صورته كونه مفيداً للاطمينان والوثوق أو كون المخبر ثقّه لا إشكال فيه، وفي صحيحه محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنّه كاله فصدقناه وأخذناه بكيّله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز أن أبيعه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله» (١). وأما إذا لم يكن خبر البائع كذلك فهل يكفي إخباره في جواز الشراء؟ فقد أشكل المصنف رحمه الله وذكر أن الأقوى اعتبار الظن بناء على أن اعتبار تقدير المبيع بالكيل أو الوزن والعد لا يدور مدار الغرر الشخصى فيكفى الإخبار المزبور فيما إذا كان البيع مبنياً على المقدار المخبر به؛

ص: ١١٨

المتقدمه، فلو لم يُفد ظناً فإشكال: من بقاء الجهاله الموجبه للغرر، ومن عدم تقييدهم الإخبار بإفاده الظن ولا المخبر بالعداله. والأقوى، بناءً على اعتبار التقدير وإن لم يلزم الغرر الفعلى: هو الاعتبار.

نعم، لو دار الحكم مدار الغرر كفى فى صحه معامله إيقاعها مبتيه على المقدار المخبر به وإن كان مجهولاً. ويندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار، فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبه على أوصاف المذكوره فى العقد، فيقول: بعثك هذه الصبره على أنها كذا وكذا صاعاً، وعلى كل تقدير الحكم فيه بالصحه.

الشرح:

لارتفاع الغرر بالاشتراط.

أقول: لو كان الملاك اعتبار رفع الغرر فلا حاجه إلى الإخبار أيضاً، بل لو كان البيع بشرط كونه كذا مقداراً صح، ولو لم يخبر البائع بذلك المقدار بأن قال: إنى لا أعلم وزنه ولكن أبيع على أن يكون كذا مقداراً، أو يرتفع الخطر باشتراط الخيار للطرفين من غير تعيين للمقدار أيضاً وصحه البيع كذلك يشكل الالتزام بها؛ لقوله عليه السلام: «أما أنت فلا تبعه حتى تكيله»، فإنه لو لم يجز البيع استناداً إلى إخبار البائع الأول فكيف يجوز مع اشتراط الخيار كما لا يخرج عن المجازفه بمجرد اشتراط المقدار.

والحاصل: إنما يجوز الشراء بإخبار البائع فيما إذا خرج البيع بالاعتماد عليه عن البيع بالمجازفه، وخروجه به عنها يحصل بأمرين: كون إخباره موجباً للوثوق والاطمينان، وكون الشراء مبنياً على المقدار المخبر به، والنهى عن البيع قبل الكيل محمول على صورته وقوع البيع بدون الإخبار المزبور وغير مبنى على المقدار المعين. ومما ذكرنا يظهر الفرق بين أوصاف المبيع وبين كيله ووزنه فإن المعبر فيه خروج

ص: ١١٩



فلو تبين [١] الخلاف، فإما أن يكون بالنقيصه، وإما أن يكون بالزيادة. فإن كان بالنقيصه تخير المشتري بين الفسخ وبين الإمضاء، بل في جامع المقاصد: احتمال البطلان، كما لو باعه ثوباً على أنه كتان فبان قطناً. ثم رده بكون ذلك من غير الجنس وهذا منه وإنما الفاتئ الوصف. لكن يمكن أن يقال: إن مغايره الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقه مغايره حقيقته لا تشبه مغايره الفاقد للوصف لواجده، لاشتراكهما في أصل الحقيقه، بخلاف الجزء والكل، فتأمل، فإن المتعين الصّحّه والخيار.

الشرح:

البيع عن الغرر، وفي الثانى إحراز كيله أو وزنه كما هو مفاد الأخبار (١)، وعلى ذلك فيكفى فى الأوصاف اشتراطها ولا يكفى فى الكيل والوزن إلا إحرازهما بوجه معتبر كما تقدم.

[١] أقول: قد تقدم انحلال البيع بالإضافه إلى الأجزاء الخارجيه فيما إذا كان بيعه من قبيل بيع المتعدد، وعليه فظهور النقص يكون من قبيل عدم بعض المبيعات ولازمه رجوع ما يقابله من الثمن إلى المشتري، وفي صورته ظهور الزيادة يبقى الزائد على ملكه ولا يكون ذلك موجبا لبطلان البيع رأساً كما فى صورته اختلاف الموجود خارجاً مع عنوان المبيع عرفاً، كما إذا باع فرساً فبان حماراً. ولا يكون من قبيل تخلف الوصف الموجب للخيار بين إبقاء البيع بحاله أو فسخه. نعم، يجرى فيما نحن فيه مع التخلف بالزيادة والنقيصه خيار فسخ البيع؛ لتبعض الصفقه كما لا يخفى.

ص: ١٢٠

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٤ ٣٤٥، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٣ و ٤ و ٦ و ٧.

ثم إنه قد عبّر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة وللمشتري مع النقيضه بقوله: تخير المغبون، فربما تخيل بعض تبعاً لبعض أنّ هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء، معللاً بأن خيار الوصف إنّما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد. ويدفعه: تصريح العلامة في هذه المسألة من التذكرة: بأنّه لو ظهر النقصان رجوع المشتري بالناقص وفي باب الصرف من القواعد: بأنّه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخير المشتري بين الفسخ والإمضاء بحصّه معيّنه من الثمن وتصريح جامع المقاصد في المسألة الأخيره بابتنائها على المسألة المعروفه، وهى «ما لو باع متساوى الأجزاء على أنّه مقدار معيّن فبان أقلّ»، ومن المعلوم أنّ الخيار فى تلك المسألة إمّا لفوات الوصف، وإمّا لفوات الجزء، على الخلاف الآتى.

وأما التعبير ب«المغبون» فيشمل البائع على تقدير الزيادة، والمشتري على تقدير النقيضه، نظير تعبير الشهيد فى اللمعه عن البائع والمشتري فى بيع العين الغائبه برؤيتها السابقه مع تبين الخلاف، حيث قال: تخير المغبون منهما. وأمّا ما ذكره: من أنّ الخيار إنّما يثبت فى تخلف الوصف إذا اشترط فى متن العقد، ففيه: أنّ ذلك فى الأوصاف الخارجة التى لا يشترط اعتبارها فى صحه البيع، ككتابه العبد وخطاطته. وأمّا الملحوظ فى عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معيّن من الكيل أو الوزن أو العدّ فهذا لا يحتاج إلى ذكره فى متن العقد، فإنّ هذا أولى من وصف الصحه الذى يغنى بناءً العقد عليه عن ذكره فى العقد، فإنّ معرفه وجود ملاحظه الصّحه ليست من مصحّحات العقد، بخلاف معرفه وجود المقدار المعيّن.

وكيف كان، فلا إشكال فى كون هذا الخيار خيار التخلف وإنّما الإشكال فى أنّ المتخلف فى الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من أوصافه؟ فلذلك اختلف

فى أن الإمضاء هل هو بجمیع الثمن، أو بحصّه منه نسبتها إليه كنسبه الموجود من الأجزاء إلى المعدوم؟ وتمام الكلام فى موضع تعرّض الأصحاب للمسأله.

ثم إن فى حکم إخبار البائع بالكيل والوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف، كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار المبيع وأوقع العقد بناءً عليه، كما إذا جعلنا الكيل فى المعدود والموزون طريقاً إلى عدّه أو وزنه.

مسأله: قال فى الشرائع: يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهده وإن لم يُمسحاً، ولو مُسحاً كان أحوط، لتفاوت الغرض فى ذلك، وتعدّد إدراكه بالمشاهده، انتهى. وفى التذکره: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهده صح كالثوب والدار والغنم إجماعاً. وصرّح فى التحرير بجواز بيع قطع الغنم وإن لم يعلم عددها.

أقول: يشکل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب وعدد قطع الغنم والاعتماد فى عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهده عين المجازفه.

وبالجملة: فإذا فرضنا أن مقدار مائه الغنم قلّه وكثره يعلم بالعدد فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها وبين الجهل بالمقدار فى المكيل والموزون والمعدود. وكذا الحكم فى عدد الأذرع والطاقت فى الكرايبس والجربان فى كثير من الأراضى المقدره عاده بالجرب. نعم، ربما يتفق تعارف عدد خاصّ فى أذرع بعض طاقت الكرايبس، لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً إلى عدد الأذرع، نظير إخبار البائع، وليس هذا معنى كفايه المشاهده. وتظهر الثمره فى ثبوت الخيار، إذ على تقدير كفايه المشاهده لا يثبت خيار مع تبين قلّه الأذرع بالنسبه إلى ما حصل التخمين به من المشاهده، إلا إذا كان النقص عيباً أو اشترط عدداً خاصياً من حيث الذراع طوياً وعرضاً.

## بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء

وبالجملة، فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصى، إذ لم يرد هنا نصّ بالتقدير ليحتمل إناطه الحكم به ولو لم يكن غرر، كما استظهرناه فى المكيل والموزون، فافهم.

مسألة: بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء [١] كصاع من صبره مجتمعه الصيعان أو متفرقتها، أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيدین وشبه ذلك يتصوّر على وجوه:

الشرح:

[١] المراد بالبعض ما يقابل تمام المجموع فيعم البعض جميع الأقسام الآتية، كما أن المراد بمتساويه الأجزاء كون الجملة مشتمله على أبعاض يساوى بعضها مع البعض فى العنوان كصاع من صبره، فيمكن أن يريد بقوله: «بعت صاعاً من هذه الصبره» الحصه التى يكون كيلها صاعاً، وبقوله: «بعت ذراعاً من هذا الكرباس» الحصه التى تكون مساحتها ذراعاً، وبقوله: «عبداً من العبيدین» نصف كل منهما. ولا ينبغي التأمل فى صحه بيع البعض من الجملة كذلك وكون المشتري شريكاً مع البائع بالحصه المقدره بعنوان الصاع ونحوه، أخذاً بأدله حل البيع ووجوب الوفاء بالعقود، ولكن اختار فى «التذکره» (١) فى بيع عبد من عبيدین أو شاه من شاتين البطلان فيما إذا كان المراد بالعبد أو الشاه الحصه المشاعه، وحيث إنه لا يمكن للعلامه أن يلتزم بعدم جواز تمليك الحصه من العبيدین أو الشاتين للآخر مجاناً أو بالعوض فلا بد من أن يكون حكمه بالبطلان فى الفرضين، باعتبار عدم ظهور عبد من عبيدین أو شاه من شاتين فى الإشاعه. ويعتبر فى صحه البيع ظهور الكلام فى المراد بالإضافه إلى العوضين أيضاً.

وبتعبير آخر: لا يظهر من لفظ عبد نصف عبيدین ومن الشاه نصف الشاتين بنحو

ص: ١٢٣

الشرح:

الإشاعه، ولكن لا يخفى ما فيه:

أولاً: بأن المعتبر في إنشاء البيع ظهور الكلام في التمليك بالعوض، وأما كون العوضين أى شىء فالمعتبر فيه علم المتعاقدين به وتعيينهما، سواء كان للكلام ظهور فيه أم لا؛ لأن مع العلم المزبور يخرج البيع عن كونه غريباً كما تقدم في اعتبار العلم بوزن المبيع أو كيله، والمفروض في المقام علم الطرفين بالمراد.

وثانياً: لو كان ظهور الكلام معتبراً في صحه البيع لما يصح البيع مع إرادته الإشاعه حتى في قوله: «بعت صاعاً من هذه الصبره» لما سيأتى من عدم ظهوره في الإشاعه.

وممّا ذكرنا يظهر ما في كلام النائيني رحمه الله (1) في الإيراد على «التذكره» من أن مقام الإثبات لا دخل له في مورد البحث وإنما الكلام في مقام الثبوت، ووجه الظهور أن ظاهر كلام «التذكره» البطلان فيما إذا أراد بقوله: «بعت عبداً من عبدين أو شاه من شاتين» الحصه المشاعه، وهذا الحكم صحيح لو قلنا باعتبار ظهور الكلام في تعيين العوضين زائداً على ظهوره في تمليك العين بعوض. وليس مراد العلامه أن بيع الحصه من العبدین غير جائز، وإلا- كما تقدم تمليك الغير الحصه منهما بالعوض أو مجاناً من الواضحات.

ثم إنه قد أشار النائيني رحمه الله في المقام إلى المسأله المعروفه من كون القسمه وتعيين حصه كل من الشركاء بيعاً أو أنها إفراز، وبني ذلك على الاختلاف في أن ماده الجسم المطلق تنتهى إلى أجزاء لا يقبل شىء منها القسمه خارجاً ولا ذهنياً ويسمى بالجزء الذى لا يتجزأ، أو أنه لا ينتهى إلى ذلك وكل ما يكون به الجسم قابلاً للقسمه إلى

ص: ١٢٤

الشرح:

غير النهايه كما هو المذهب المعروف، أو أن الأجزاء إلى غير النهايه بالفعل وأن الجسم مؤلف منها كما هو مذهب النظام(1). وعلى القول بالجزء الذى لا- يتجزى تكون القسمة بيعاً، حيث إنَّ الجزء المزبور لا- يقبل الإشاعه فيكون ملكاً لأحد الشريكين وبالقسمة تقع المعاوضه بين تلك الأ-جزاء، بخلاف الالتزام بأن الجسم لا ينتهى إلى الجزء كذلك، وأن كل جزء مفروض فيه مشترك ويفرز حصه كل من الشركاء فى فرد من تلك الحصه.

وبتعبير آخر: المملوك لكل من الشركاء حصه من السهم وتلك الحصه فى نفسها كلى يقبل الانطباق على غير المعين من المجموع وعلى المعين منه، وبالقسمة يفرز ويعين فى المعين.

أقول: فى المقام أمران:

أحدهما: ابتناء القول بكون القسمة بيعاً ليجرى عليه أحكامه من ثبوت خيار المجلس مطلقاً، وخيار الحيوان فيما إذا كان المال المشترك حيواناً وغير ذلك من الأحكام. أو كونها إفراداً وتعيين الحصه فيلزم بحصولها، ولا يجرى عليه أحكام البيع حتى على الاختلاف فى ماده الجسم وأنها تنتهى إلى الجزء الذى لا يقبل القسمة خارجاً ولا ذهنياً.

والثانى: فى أن المملوك لكل من الشركاء فى نفسه كلى يقبل الانطباق على المعين وغيره وبالقسمة يتعين.

أمّا الأمر الأول، فالظاهر أن الاختلاف فى ماده الجسم وأنها تنتهى إلى الجزء الذى

ص: ١٢٥

الشرح:

لا يتجزأ أم لا.

وعلى الثانى، تكون القسمة فيها غير النهايه فعلية أم بالقوه لا يرتبط بمسأله كون القسمة بيعاً أو إفرازاً، حيث إن الجزء الذى لا يتجزأ وكذا الأجزاء غير المتناهيه لا تعتبر ملكاً أو مالاً بدون فعلية الشىء وحصوله بصوره مستقله، ومع حصوله كذلك يقبل القسمة ويكون مورد الإشاعه كما أن الاشتراك بالإشاعه يجرى فى الأعمال والمنافع وفى بعض الحقوق أيضاً، مع أن شيئاً منها لا يرتبط بالجسم وانتهائه إلى الأجزاء وعدمه.

وأما كون المملوك لكل من الشركاء كلياً فلائن السهم كالنصف فى نفسه كلى ينطبق على كل نصف خارجى على البدل وعلى ما يفرض من الشىء بعد الإفراز، وكل ما فى الخارج وإن كان متعيناً فى نفسه إلا أن السهم المملوك لأحد الشركاء لا يتعين فى الخارج إلا- بالاعتبار المعبر عنه بالقسمة، فلا تكون القسمة بيعاً ليجرى عليها أحكام البيع، ولا معاوضه ليجرى عليها مثل ربا المعاوضه؛ كما إذا كانت فى الخارج صبرتان إحداهما حنطه والأخرى شعير، وكانت صبره الشعير ضِعْف الحنطه كيبلاً والحنطه ضِعْف الشعير قيمه. فيجوز لأحد الشركاء فى مقام القسمة اختيار صبره الشعير مع التراضى من غير لزوم ربا المعاوضه، حيث إن حقيقه القسمة اعتبار تعيين السهم، أى النصف الكلى فى المعين، غايه الأمر يكون اعتبار التعيين فى موارد القسمة الإفرازيه بحسب المالىه واجزاء العين، وفى موارد قسمة التعديل بحسب القيمه؛ ولذا لا يجبر بعض الشركاء على قسمة التعديل مع إمكان القسمة الإفرازيه، بل يكون الإفراز مقدماً على التعديل بحسب المرتبه.

لا يقال: إذا كان السهم من الشركاء كلياً فى موارد الشركه بنحو الإشاعه فما الفرق

ص: ١٢٦

## الشرح:

بينه وبين الكلى فى المعين، وأيضاً لو كان السهم كلياً فلا- واقع معيّن لذلك الكلى قبل القسمة فكيف يرجع فى تعيين ذلك السهم فى المعين الخارجى إلى القرعه؟ ويعين بها على ما هو ظاهر كلماتهم، مع أن القرعه لا مورد لها إلا إذا كان الواقع فيه مجهولاً؛ ولذا التزم صاحب «الجواهر»<sup>(١)</sup> بأن المملوك لكل من الشركاء سهم معين فى علم الله، ولو باعتبار علمه سبحانه بما يخرج بالقرعه مردد بين مصاديق إلى أن يخرج عن التريد.

فإنه يقال: كل من السهم فى الإشاعه والكلى فى المعين وإن كان كلياً فى نفسه إلا أن الثانى يتعين بحسب الخارج بالاعتبار مع تعدد الأفراد وبالانحصار مع عدمه، بخلاف الأول فإنه ينطبق على الكسور الخارجيه من الجملة وأجزائها ولا يتعين فى شىء إلا بالاعتبار والقسمة كما تقدم.

وبتعبير آخر: فيما إذا كان الشىء الخارجى واحداً كالشاه الواحد فلا مورد فيها للكلى فى المعين ويمكن تحقق الإشاعه فيها، وإذا كان ما فى الخارج متعدداً بحيث يمكن إخراج الكلى منه، فكما يمكن فيه بيع الكلى فى المعين كذلك يمكن بيع بعض منه بنحو الإشاعه، غايه الأمر الكلى فى المعين ينطبق على بعض يكون له وجود مستقل، بخلاف البعض بنحو الإشاعه فإنه ينطبق على الكسور ولكن يصلح تطبيقه على البعض الذى له وجود مستقل، ويعبر عن هذا التطبيق بالقسمة. وما فى «الجواهر»<sup>(٢)</sup> من فرض تعيين السهم فى الواقع بحسب علم الله قبل القرعه لا دليل

ص: ١٢٧

١- (١) الجواهر ٢٦ : ٣١١ ٣١٢ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .



الأول: أن يريد بذلك البعض كسراً واقعيّاً من الجملة مقدراً بذلك العنوان فيريد بالصاع مثلاً من صبره تكون عشره أصوع عشرها، ومن عبد من العبدین نصفهما. ولا إشكال في صحّه ذلك. ولا في كون المبيع مشاعاً في الجملة. ولا فرق بين اختلاف العبدین في قيمه وعدمه ولا بين العلم بعدد صيعان الصبره [١]

الشرح:

عليه، بل مخالف لما يعتبره العقلاء في موارد الإشاعه، نعم يمكن دعوى استفاده التعيين بالقرعه في مقام تنازع الشركاء في مقام القسمه وعدم رضاهم بها بدون القرعه من بعض الروايات، وفي صحيحه أبي بصير: «ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله عز وجل إلا خرج سهم المحق» (١).

لا يقال: المملوك في مورد الإشاعه هي العين الخارجيه وكيف يصير الملك لأحدهما السهم الكلي، مثال: إذا ورث اثنان البيت الخارجى تدخل نفس ما في الخارج في ملك الوارثين وإلا يبقى الخارج في ملك الميت أو يصير بلا مالك.

فإنه يقال: نعم، يكون البيت الخارجى ملكاً لهما ويكون الكلى المنطبق على الكسور الخارجيه من البيت أيضاً مورداً لاعتبار الملكيه، حيث لهذا الاعتبار أثر، وبما أن الكلى لا وجود له سوى ما في الخارج فلا يعتبر الكلى ملكاً والموجود الخارجى ملكاً آخر. وإن شئت فلاحظ موارد بيع الكلى في المعين، فإن ما هو ملك للبائع هو الخارج وإذا باع منها صاعاً بنحو الكلى في المعين يكون ذلك الكلى أيضاً ملكاً لا أنه ملك آخر، حيث إن اعتبار الملكيه في ناحيه الكلى باعتبار وجوده وليس للكلى وجود آخر غير ما في الخارج، فتدبر.

[١] وذلك فإن الجهل بصيعان الصبره لا يوجب جهاله في مقدار المبيع بعد تحديد الكسر المشاع من المبيع بالصاع من تلك الصبره.

ص: ١٢٨

وعدمه، لأنّ الكسر مقدّر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع.

هذا، ولكن قال في التذكرة: والأقرب أنّه لو قصد الإشاعه في عبد من عبدين أو شاه من شاتين بطل، بخلاف الذراع من الأرض، انتهى.

ولم يعلم وجه الفرق، إلاّ منع ظهور الكسر المشاع من لفظ «العبد» و«الشاه».

الثاني: أن يراد به بعض مردّد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصوّره في المجموع، نظير تردّد الفرد المنتشر بين الأفراد، وهذا يتّضح في صاع من الصيعان المتفرّقه. ولا إشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق في القيمه كالعبدين المختلفين، لأنّه غرر، لأنّ المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منهما. وأمّا مع اتّفاقهما في القيمه كما في الصيعان المتفرّقه، فالمشهور أيضاً كما في كلام بعض المنع، بل في الرياض نسبته إلى الأصحاب، وعن المحقّق الأردبيلي قدس سره أيضاً نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين أحد طرفيه إلى الأصحاب.

واستدلّ على المنع بعضهم: بالجهاله التي يبطل معها البيع إجماعاً. وآخر: بأن الإبهام في البيع مبطل له، لا من حيث الجهاله. ويؤيّدّه أنّه حكم في التذكرة [١] مع الشرح:

[١] ووجه التأييد (١) أنه لو كانت الجهاله موجه لبطلان البيع دون الإبهام لكان على العلامه الحكم بالصحه في الصورة الأولى أيضاً، فحكمه بالبطلان فيها وبالصحه في الصورة الثانيه، أي فيما إذا تلف أحد العبدین المتساويين من غير علم بعين التالف، ظاهر في أن الإبهام في المبيع في نفسه موجب لبطلان البيع؛ ولذا يحكم بالصحه مع ارتفاعه كما في الصورة الثانيه.

ص: ١٢٩

منعه عن بيع أحد العبدین المشاهدين المتساويين بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقي ولم يدر أيهما هو، صحّ، خلافاً لبعض العامّة. وثالث: بلزوم الغرر. ورابع: بأنّ الملك صفه وجوديّة محتاجه إلى محلّ تقوم به كسائر الصفات الموجوده في الخارج وأحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به، لأنّه أمر انتزاعي من أمرين معيّنين. ويضعّف الأول بمنع المقدّمين، لأنّ الواحد على سبيل البدل غير مجهول، إذ لا تعيّن له في الواقع حتى يُجهل، والمنع عن بيع المجهول ولو لم يلزم غرر، غير مسلّم. نعم، وقع في معقد بعض الإجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المقدّمين. ففي السرائر بعد نقل الروايه التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبيد قال: إنّ ما اشتملت عليه الروايه مخالف لما عليه الأئمّه بأسرها، مناف لأصول مذهب أصحابنا وفتاويهم وتصانيفهم، لأنّ المبيع إذا كان مجهولاً كان البيع باطلاً بغير خلاف، انتهى.

وعن الخلاف في باب السلم: أنّه لو قال: «أشترى منك أحد هذين العبدین أو هؤلاء العبيد» لم يصح الشراء. دليلنا: أنّه بيع مجهول فيجب أن لا يصحّ، ولأنّه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبدین، ولأنّه لا دليل على صحّ ذلك في الشرع. وقد ذكرنا هذه المسأله في البيوع وقلنا: إنّ أصحابنا رووا جواز ذلك في العبدین، فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الروايه، ولم يقس غيرها عليها، انتهى. وعبارته المحكيه في باب البيوع هي: أنّه روى أصحابنا أنّه إذا اشترى عبداً من عبيدین على أنّ للمشتري أن يختار أيهما شاء، أنّه جائز، ولم يرووا في الثوبين شيئاً. ثمّ قال: دليلنا إجماع الفرقه، وقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»، انتهى. وسيأتى أيضاً في كلام فخر الدين أنّ عدم تشخيص المبيع، من الغرر الذي يوجب النهي عنه الفساد إجماعاً.

وظاهر هذه الكلمات صدق الجهاله وكون مثلها قادحه اتّفاقاً مع فرض عدم

نصّ، بل قد عرفت ردّ الحليّ للنصّ المجوّز بمخالفته لإجماع الأئمّه. وممّا ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثاني من وجوه المنع، أعنى كون الإبهام مبطلاً.

وأما الوجه الثالث، فيردّه منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الأفراد فى الصفات الموجبه لاختلاف قيمه، ولذا يجوز الإسلاف فى الكلى من هذه الأفراد، مع أنّ الانضباط فى السلم آكد. وأيضاً فقد جوّزوا بيع الصاع الكلى من الصبره، ولا فرق بينهما من حيث الغرر قطعاً، ولذا ردّ فى الإيضاح حمل الصاع من الصبره على الكلى برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد إجماعاً.

وأما الرابع، فبمنع احتياج صفه الملك إلى موجود خارجي، فإنّ الكلى المبيع سلماً أو حالاً مملوك للمشتري، ولا وجود لفرد منه فى الخارج بصفه كونه مملوكاً للمشتري، فالوجه أنّ الملكيه أمر اعتباريّ يعتبره العرف والشرع أو أحدهما فى موارد، وليست صفه وجوديه متأصله كالحموضه والسواد، ولذا صرّحوا بصحّه الوصيه بأحد الشيتين، بل لأحد الشخصين ونحوهما.

فالإنصاف كما اعترف به جماعه أولهم المحقق الأردبيلي عدم دليل معتبر على المنع. قال فى شرح الإرشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أى الطرفين، قال: وفيه تأمل، إذ لم يقم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم، فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أى طرف أراد المشتري أو من أى جانب كان من الأرض، فما المانع بعد العلم بذلك؟ انتهى.

فالدليل هو الإجماع لو ثبت، وقد عرفت من غير واحد نسبته إلى الأصحاب.

قال بعض الأساطين فى شرحه على القواعد بعد حكم المصنّف بصحّه بيع

الذراع من الثوب والأرض، الراجع إلى بيع الكسر المشاع قال: وإن قصدا معيّنًا من عين [١] أو كلياً لا- على وجه الإشاعة بطل، لحصول الغرر بالإبهام في الأوّل وكونه بيع المعدوم وباختلاف الأغراض في الثاني غالباً فيلحق به النادر وللإجماع المنقول فيه إلى أن قال: والظاهر بعد إمعان النظر ونهايه التتبع أنّ الغرر الشرعي لا- يستلزم الغرر العرفي وبالعكس وارتفاع الجهالة في الخصوصيّة [٢] قد لا يثمر مع حصولها في أصل الماهيّة ولعلّ الدائر في الشرع أضيّق وإن كان بين المصطلحين عموم وخصوص من وجهين، وفهم الأصحاب مقدّم، لأنهم أدري بمذاق الشارع وأعلم، انتهى.

الشرح:

[١] المراد (١) بالمعين من عين مقابل الكلي في المعين، أي الفرد الخارجي المنتشر والمردّد، سواءً كان التردد بحسب صوره العقد فقط، أو المردّد الواقعي كما يشهد بذلك تعليل حكمه بالبطان بالغرر وكونه من بيع المعدوم، حيث إن الغرر يجري في المردد بحسب صورته العقد والمعدوم في المردد الواقعي، ولو كان مراده المردد بحسب صورته العقد فقط لاختصر التعليل بالغرر.

[٢] يعني أن تحقق الغرر الشرعي لا- يلازم تحقق الغرر العرفي كما في بيع الفرد المنتشر، كبيع أحد العبدین المتساويين في القيمة، كما أن الغرر العرفي لا يلازم الغرر الشرعي فيتحقق الأول دون الثاني في بيع العبد الأبق مع الضميمة، وإذا كان لا يدري أن المبيع حنطه أو أرز وفرض تساويهما في القيمة السوقية تكون الجهالة بالماهية موجه للغرر شرعاً مع عدمه عرفاً؛ لتساويهما في خصوصية القيمة المنظورة في البيع عند العرف. ومما ذكرنا يظهر أن النسبة بين الغررين عموم من وجه، فلا بد من أن يكون

ص: ١٣٢

---

١- (١) أي مراد كاشف الغطاء في شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٩٠ ٩١، ذيل قول العلامة: وإن قصدا معيّنًا.

## الشرح:

مراده بأنّ دائره الغرر فى الشرع أضيق، لكثرة موارد تحقق الغرر شرعاً بالإضافة إلى موارد الغرر العرفى.

أقول: إن أريد بيع الرد المنتشر ما هو مفاد: «جاء رجل من أقصى المدينة» فبطلان البيع فى مثل بيع صاع من الصيعان المتفرقه مبنى على اعتبار رفع الإبهام عن العوضين فى عقد البيع، وإن أريد بيع المرّد الواقعى فالبيع محكوم بالبطلان باعتبار عدم الوجود للمرّد، فكل ما فى الخارج معين. وإن أريد مفاد قوله: «جئنى برجل من هؤلاء الرجال»، فمرجهه إلى بيع الكلى فى المعين المحكوم بالصحة كما يأتى، غايه الأمر اختيار تطبيق الكلى على الفرد الخارجى يكون بيد البائع، وإذا اقترن إنشاء العقد بما يكون قرينه على أن التطبيق بيد المشتري فيتبع، كما إذا قال: «بعتك صاعاً صاعاً أى شئت من هذه الصيعان».

والحاصل: مقتضى إطلاق خطاب «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) صحة البيع كما ذكر، ولزومه والإجماع المدعى على كون الإبهام مبطلاً لا يجرى فى المقام كما يأتى فى بيع الكلى فى المعين، كما لا يعم الفرض خطاب النهى عن بيع الغرر.

وربما يستدل على جواز بيع الفرد المنتشر بمعتبره محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان، فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيهما شئت، وردّ الآخر، وقد قبض المال، وذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده إلى أن قال: «فإن وجدته اختار أيهما شاء ورد النصف

ص: ١٣٣

١- (١) سورة البقره : الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائده : الآيه ١ .

## الشرح:

الذى أخذ، وإن لم يوجد كان العبد بينهما، نصفه للبائع، ونصفه للمبتاع»(١).

ولكن لا يخفى أن ظاهر الرواية هو بيع الكلى فى المعين، ولا وجه لحمله على بيع الكسر المشاع، أى نصف كل من العبدین، وما ورد فى ذيلها من الإشاعه باعتبار أن كلاً من البائع والمشتري يملك الكلى فى المعين الموجود بيد المشتري وقد تلف أحدهما وبقي الآخر، وحيث لم يتعين شىء منهما فى عبد معين يحسب التالف عليهما ويكون الباقي لهما. وما يأتى من أنه لو تلفت الجملة وبقي منها فرد واحد يكون ذلك للمشتري الذى يملك الكلى فى المعين، إنما هو فى التلف قبل القبض لا فى تلف الجملة بعد قبضها من المشتري، كما هو ظاهر الرواية.

وما عن بعض الأجله(٢) من أن التلف فى مثل ذلك، أى فيما يقبض الكلى فى ضمن جملة يحسب على المالك فقط؛ لأنه يملك الجملة الخارجيه، لا يمكن المساعده عليه، فإن ملك المالك لا يبقى على تمام الجملة بعد البيع على ما تقدم.

وأيضاً قد قيل بتعلق البيع بالفرد المنتشر بما ورد فى الوصيه بعق البعض من الجملة بدعوى عدم الفرق بين البيع والوصيه من هذه الجهه، وفى صحيحه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام «عن الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعق ثلثهم، فقال: كان على عليه السلام يسهم بينهم»(٣). وفى روايه محمد بن مروان عن موسى بن جعفر عليه السلام «عن أبيه أن أبا جعفر مات، وترك ستين مملوكاً، وأوصى بعق ثلثهم،

ص: ١٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٦٨ ، الباب ١٦ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأول .

٢- (٢) منيه الطالب ٢ : ٣٨٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٣ : ١٠٣ ، الباب ٦٥ من كتاب العتق، الحديث الأول.

ولقد أجاد حيث إلتجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

فرع: على المشهور [١] من المنع، لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع، لاتفاقهما على بطلانه. ولو اختلفا فادعى المشتري الإشاعه فيصح البيع، وقال البائع: أردت معيّنًا، ففي التذكرة: الأقرب قبول قول المشتري عملاً بأصالة الصحه وأصالة عدم التعيين، انتهى.

الشرح:

فأقرت بينهم، فأعتقت الثلث (١). وظاهرهما الوصيه بعق ثلث العبيد ويحتمل الثاني بالنحو المشاع، ولكن لا دلالة لهما على الفرد المنتشر الذي ذكرنا أن مرجعه إلى الكلى فى المعين، بل ظاهرهما نحو المشاع كما هو ظاهر الألفاظ الموضوعه على الكسر، والقرعه فى المقام لتعيين السهم الذى يعتق عملاً بالوصيه أو لتعيين ما أعتقه المولى حال حياته، نظير تعيين الوقف بالنحو المشاع بالقسمه. ويمكن أن يحمل على الكلى فى المعين، نظير ما فى صحيحه جميل بن دراج عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل تزوج خمساً فى عقده، قال: «يخلى سبيل أيتهن شاء ويمسك الأربع» (٢)، بأن يقال: النكاح المحكوم بالبطلان هو الواحد بنحو الكلى المشاع والممضى هو الأربع كما ذكر، ويمكن أن يكون المراد بالإمساك بعقد جديد كما لا يخفى.

[١] المفروض فى التفرع على بطلان بيع الفرد المنتشر هو تردّد المبيع بين الإشاعه والفرد المنتشر وفرض عدم وقوعه على الكلى فى المعين، فإن تسالما أيضاً على عدم وقوعه بنحو الإشاعه يكون ذلك تسالماً على بطلان البيع، وإن لم يكن هذا التسالم بأن ادعى المشتري وقوعه على البعض بالنحو المشاع فى قصدهما حال العقد وأنكر البائع ذلك وادعى قصدهما أو قصده الفرد المنتشر، فقد يقال بأن مقتضى أصالة

ص: ١٣٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٥٨ ، الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ : ٥٢٢ ، الباب ٤ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد .



الشرح:

الصحة الجارية في البيع وقوعه على البعض بنحو الإشاعة. وأضاف في «التذكرة»<sup>(١)</sup> إلى ذلك بأن الصحة مقتضى أصالة عدم التعيين.

وذكر المصنف رحمه الله بما حاصله: أن الحمل على الإشاعة بأصالة الصحة لا بأس به ولكن فيما إذا تسالما على صورته العقد الظاهره في وقوعه على الفرد المنتشر، كقوله: «بعت عبداً من هذه العبيد»، فيحكم بفساد البيع؛ لعدم جريان أصالة الصحة مع أصالة الظهور، فإن الظهور أماره على المقصود فلا يجرى معها الأصل العملى، بل على تقدير كون أصالة الصحة أماره فلا دليل على اعتبارها في مقابل أصالة الظهور كسائر الأمارات التي يكون اعتبار بعضها في طول بعضها الآخر.

وأما أصالة عدم التعيين، فإن أريد بها أصالة عدم وقوع العقد على الفرد المنتشر فهي معارضة بأصالة عدم وقوعه على البعض بنحو الإشاعة، وإن أريد غير ذلك فلا نتعلها.

أقول: كلام العلامة في الحكم بالصحة ناظر إلى عدم تسالمهما على صورته العقد الظاهره في الفرد المنتشر بقريته حكمه بالفساد، مع ظهور العقد في غير الإشاعة حتى مع قصدتها كما تقدم.

ثم إنه قد يورد على التمسك بأصالة الصحة بأنه لا تعين للمبيع، كما إذا تردد وقوع البيع على الشاه أو الخنزير بأن ادعى المشتري وقوعه على الخنزير والبائع وقوعه على الشاه، نظير عدم إمكان الحكم في الكلام المردد بين الشتم والسلام أنه سلام بأصالة الصحة ليجب رده.

ص: ١٣٦

١- (١) التذكرة ١ : ٤٧٠ .

وهذا حسن لو لم يتسالما على صيغته ظاهره في أحد المعنيين أمّا معه فالمتبع هو الظاهر وأصالة الصّحه لا تصرف الظواهر. وأمّا أصاله عدم التعيين فلم أتحقّقها. وذكر بعض من قارب عصرنا أنّه لو فرض للكلام ظهور في عدم الإشاعه كان حمل الفعل على الصّحه قرينه صارفه. وفيه نظر [١]

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكلّ: أن يكون المبيع طبيعه كليّه منحصره المصاديق في الأفراد المتصوّره في تلك الجملة.

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني كما حقّقه في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني بما إذا فرّق الصيعان، وقال: «بعتك أحدها» : أنّ المبيع هناك واحد من الصيعان المتميّزه المتشخّصه غير معيّن فيكون بيعه مشتتملاً على الغرر. وفي هذا الوجه أمر كلّى غير متشخّص ولا متميّز بنفسه ويتقوّم بكلّ واحد من صيعان الشرح:

وفيه: أن الدليل على أصاله الصّحه هي السيره العمليه الثابته وموردها ما إذا أحرز عنوان المعامله وأركانها وشك في سائر شرائطها، والمبيع في باب البيع ركن ومع عدم إحرار وقوع البيع على الشاه لا مجرى لها. وأمّا إذا أحرز وقوعه على الشاه وشك في فساده وصحته، كما إذا ادعى المشتري جهله بحال الشاه حال البيع وأنكره البائع، فيحكم بصحته، وما نحن فيه من هذا القبيل، حيث يعلم أن متعلق البيع بعض من الجملة ويحتمل وقوعه عليه بوجه صحيح، وأمّا أصاله الصّحه في الكلام المردد فهي أجنبيّه عن المقام، فإن مفادها عدم صدور الحرام عن الفاعل بحيث يكون ذلك منه فسقاً ولا يرتبط بأصاله الصّحه الجاريه في المعامله كما لا يخفى.

[١] وذلك، فإن الموجب لانعقاد الظهور أو للعلم للمراد منه القرينه العامه أو الخاصه وأصاله الصّحه لا تحسب قرينه أو موجب للعلم بالمراد، بل هي أصل عملي لا مجرى له مع الأماره وهي أصاله ظهور العقد كما تقدم.

الصبره ويوجد به، ومثله ما لو قسّم الأرباع وباع ربعاً منها من غير تعيين. ولو باع ربعاً قبل القسّمه صحّ وتترّل على واحد منها مشاعاً لأنه حينئذ أمر كلي [١] [فإن قلت: المبيع في الأولى [٢] أيضاً أمر كلي. قلنا: ليس كذلك، بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصه، مبهم بحسب صورته العباره، فيشبه الأمر الكلي، وبحسب الواقع جزئى غير معيّن ولا معلوم. والمقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان، وجعل كل واحد منها برأسه، فصار إطلاق أحدها منزلاً على شخصى غير معلوم، فصار كبيع أحد الشياه وأحد العبيد. ولو أنه قال: «بعتك صاعاً من هذه شائعاً في جملة»، لحكمتنا بالصحة، انتهى.

وحاصله: أنّ المبيع مع التردد جزئى حقيقى، فيمتاز عن المبيع الكلى الصادق على الأفراد المتصوره في تلك الجملة.

الشرح:

[١] يعنى وجه الحكم بالصحة فيما لو باع ربعاً قبل القسّمه بحمله على الإشاعه هو كون الربع المزبور كلياً لا جزئياً خارجياً مبهماً ليحكم بفساده.

[٢] الإشكال هو أن المبيع في الأولى، أى فى صورته جريان البيع على الفرد المنتشر، أيضاً كلى فلا- موجب للحكم بفساده. وأجاب عن ذلك بالفرق وأن المبيع فى صورته جريانه على الفرد المنتشر جزئى خارجى مبهم بحسب صورته العقد، فيشبه المبيع الكلى.

أقول: قد تقدم أن المبيع إذا كان مفاد قوله: «جئنى برجل»، لا يمكن أن يكون جزئياً خارجياً، بل هو أمر كلى لا محاله فلا نعيد، وعلى ما ذكر يحكم بصحة البيع فى جميع الفروض المتقدمه فيما إذا لم يكن فى البين جهه أخرى موجبه للبطلان، كما فى بيع الكلى من جملة تكون أجزاءها مختلفه.

وفى الإيضاح: أنّ الفرق بينهما هو الفرق بين الكلّي المقيّد بالوحده وبين الفرد المنتشر. ثمّ الظاهر صحّه بيع الكلّي بهذا المعنى، كما هو صريح جماعه، منهم الشيخ والشهيدان والمحقّق الثّاني وغيرهم، بل الظاهر عدم الخلاف فيه وإن اختلفوا فى تنزيل الصّاع من الصبره على الكلّي أو الإشاعه. لكن يظهر ممّا عن الإيضاح وجود الخلاف فى صحّه بيع الكلّي وأنّ منشأ القول بالتنزيل على الإشاعه هو بطلان بيع الكلّي بهذا المعنى، والكلّي الذى يجوز بيعه هو ما يكون فى الذمه. قال فى الإيضاح فى ترجيح التنزيل على الإشاعه: إنّه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معين، فلا يكون معلوم العين، وهو الغرر الذى يدلّ النهى عنه على الفساد إجماعاً، ولأنّ أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترخّج من غير مرجّح، ولا بعينه هو المبهم، وإبهام المبيع مبطل، انتهى.

وتبعه بعض المعاصرين مستنداً تارةً إلى ما فى الإيضاح من لزوم الإبهام والغرر، وأخرى إلى عدم معهوديّة ملك الكلّي فى غير الذمه لا على وجه الإشاعه، وثالثهً باتّفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناه من بيع الثمره على الإشاعه.

ويردّ الأول: ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلم فى الكلّي. والثّانى: بأنّه معهود فى الوصيّه [١] والإصداق، مع أنّه لم يفهم مراده من المعهوديّة، فإنّ أنواع الملك بل كلّ جنس لا يعهد تحقّق أحدها فى مورد الآخر، إلّا أن يراد منه عدم وجود موردٍ يقينىّ حكم فيه الشارع بملكه الكلّي المشترك بين أفراد موجوده، فيكفى فى ردّه النقص بالوصيه وشبهها. هذا كله مضافاً إلى صحّحه الأطنان الآتية، فإنّ موردها إمّا بيع الفرد المنتشر، وإمّا بيع الكلّي فى الخارج.

الشرح:

[١] يعنى أن ملكه الكلّي فى المعين ثابت فى مورد الوصيّه التملكه وكذا فى جعل المهر فكيف لا تكون معهوده.

وأما الثالث: فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

مسأله: لو باع صاعاً من صبره، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمه أعني: الكسر المشاع أو على الوجه الثالث وهو الكلّي، بناءً على المشهور من صحته؟ وجهان، بل قولان، حكى ثانيهما عن الشيخ والشهيد والمحقق الثاني وجماعه. واستدل له في جامع المقاصد: بأنه السابق إلى الفهم، وبروايه بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل اشترى عشرة آلاف طنّ من أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده، والأنبار فيه ثلاثون ألف طنّ، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طنّ. فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت، فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم، و وكل من يقبضه، فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طنّ وبقي عشرة آلاف طنّ، فقال عليه السلام: العشرة آلاف طنّ التي بقيت هي للمشتري، والعشرون التي احترقت من مال البائع.

ويمكن دفع الأول [١]: بأن مقتضى الوضع في قوله: «صاعاً من صبره» هو الشرح:

ولو قيل: بأنها غير معهوده في البيع الذي لا يكون متعلقه كلياً في المعين.

قلنا: بأن كل قسم من الملكيه غير معهود في قسمها الآخر، فإنه إذا كان متعلق البيع كلياً بنحو الإشاعه أو الفرد المعين فلا يمكن ملكيه الكلّي في المعين فيهما، كما لا تتحقق الملكيه بنحو الإشاعه أو ملكيه الفرد المعين في مورد بيع الكلّي في المعين.

[١] أقول: لم يعلم كون الوضع مقتضاه الفرد المنتشر، فإن التنوين الداخلة على الصاع لو سلّم ظهورها في الوحده إلا أن تقييد الطبيعي بالوحده باعتبار الوجود لا يستلزم كون مدلوله فرداً خاصاً ليكون جزئياً خارجياً.

وبتعبير آخر: مقتضى الوضع كالمعنى العرفي هو الكلّي في المعين، والشاهد لكون المعنى العرفي كذلك أنهم يرون اختيار التطبيق بيد البائع، خصوصاً فيما إذا

الفرد المنتشر الذي عرفت سابقاً أنّ المشهور بل الإجماع على بطلانه. ومقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع، وظاهره حينئذ الإشاعه، لأنّ المقدار المذكور من مجموع الصبره مشاع فيه. وأمّا الروايه فهي أيضاً ظاهره في الفرد المنتشر، كما اعترف به في الرياض.

لكنّ الإنصاف: أنّ العرف يعاملون في البيع المذكور معامله الكلّي فيجعلون الخيار في التعيين إلى البائع، وهذه أماره فهمهم الكلّي.

وأما الروايه، فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلّي لأجل القرينه الخارجيه، وتدللّ على عدم الإشاعه من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع وكونه مالا للمشتري. فالقول الثاني لا يخلو من قوّه، بل لم نظفر بمن جزم بالأول وإن حكاه في الإيضاح قولاً. ثمّ إنّ يتفرّع على المختار من كون المبيع كلياً أمور:

أحدها: كون التّخير في تعيينه بيد البائع [١] لأنّ المفروض أنّ المشتري لم يملك إلاّ الطبيعه المعزّاه عن التشخّص الخاصّ، فلا يستحقّ على البائع خصوصيّة فإذا طالب بخصوصيّة زائده على الطبيعه فقد طالب ما ليس حقاً له. وهذا جارٍ الشرح:

كانت الصيعان مجتمعه كما هو فرض الصبره، ودعوى أن المعنى العرفي هي الإشاعه، أي الحصه المقدره بالصاع، لا- يمكن المساعده عليها؛ لأنّ الصاع ليس موضوعاً للسهام والحصص. وأمّا الصحيحه فظاهرها أيضاً كون المبيع كلياً في المعين ولا حاجه في حملها عليه إلى القرينه الخارجيه، أي الإجماع على بطلان بيع الفرد المنتشر، مع ملاحظه أن حساب التلف بتمامه على البائع مقتضاه عدم الإشاعه.

[١] المعروف أن مقتضى كون المبيع كلياً في المعين كون التّخير في تعيين الكلّي في فرد بخصوصه بيد البائع؛ لأنّ المشتري لا يستحقّ المطالبه بخصوصيه ذلك

فى كلّ من ملك كلياً فى الذمه أو فى الخارج، فليس لمالكه اقتراح الخصوصيه على من عليه الكلى، ولذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا أوصى الميت لرجل بواحد من متعدّد يملكه الميت، كعبدٍ من عبيده ونحو ذلك. إلاّ أنّه قد جزم المحقق القمى قدس سره فى غير موضع من أجوبه مسأله: بأنّ الاختيار فى التعيين بيد المشتري، ولم يعلم له وجه مصحح، فيا ليته قاس ذلك على طلب الطبيعه! حيث إنّ الطالب لثبوت ملك الطبيعه على المأمور واستحقاقها منه لم يجر له بحكم العقل مطالبه خصوصيه دون أخرى، وكذلك مسأله التمليك كما لا يخفى.

الشرح:

الفرد، فما عن المحقق القمى (١) من أن اختيار التعيين بيد المشتري، لا وجه له. وأيضاً المعروف أن مقتضى كون المبيع كلياً فى المعين انحصار ذلك الكلى فى الفرد الباقي من الجملة فى صورته تلفه، حيث إن التلف يحسب على البائع فقط؛ لكونه قبل القبض وباعتبار بقاء فرد من الكلى لا يبطل البيع فيجب دفعه إلى المشتري. بخلاف التلف فيما إذا كان المبيع بنحو الإشاعه، فإن مقتضى الإشاعه كون كل جزء من الجملة مشتركاً بين البائع والمشتري، فتلف البعض يتلف بعض المبيع وإن كان هذا التلف يحسب على البائع لكونه قبل القبض، فتكون النتيجة بطلان البيع فى بعضه وبقاءه فى البعض.

ولكن ذكر المحقق الإيروانى رحمه الله (٢) بما حاصله عدم الفرق فى الحكمين المتقدمين بين كون المبيع بنحو الإشاعه أو بنحو الكلى فى المعين، وأن كل ما يذكر فيما إذا كان المبيع من الجملة بنحو الإشاعه يترتب على البيع فيما إذا كان المبيع كلياً فى المعين، فيكون اختيار المبيع بالتراضى وتلف بعض من الجملة يوجب بطلان البيع فى بعض المبيع؛ لأنّ المبيع لو كان كلياً فى المعين يكون الباقي على ملك البائع أيضاً

ص: ١٤٢

١- (١) منها ما قاله فى جامع الشتات ٢ : ٩٥ ، المسأله ٧٢ .

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٥٨٣ ٥٨٤ .

وأما على الإشاعة: فلا اختيار لأحدهما، لحصول الشركة، فيحتاج القسمة إلى التراضي.

ومنها: أنه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق طبيعه انحصر حق المشتري فيه، لأن كل فرد من أفراد الطبيعه وإن كان قابلاً لتعلق ملكه به بخصوصه، إلا أنه يتوقف على تعيين مالك المجموع وإقباضه، فكل ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلاً فينحصر في الموجود. وهذا بخلاف المشاع، فإن ملك المشتري فعلاً ثابت في كل جزء من المال من دون حاجه إلى اختيار وإقباض، فكل ما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبه حصته.

الشرح:

كلياً في المعين. وحيث إنه لا امتياز بين المالكين تكون الجملة الموجوده خارجاً مشتركاً بينهما بمقدار الكليين، ولو عمل بالصحيحه الوارده في احتراق القصب (1) وتعدى منها فيتعدى إلى موارد كون المبيع بعضاً بنحو الإشاعه أيضاً، وإلا لاقتصر إلى موردها وهو بيع القصب.

أقول: الشركه الواقعيه غير الشركه الصوريه، والاختلاط الموجب للشركه الواقعيه هو اختلاط المالكين الشخصيين الذين لكل منهما مالِك ولا يكون بينهما مئز بعد الاختلاط كامتراج الخلين أو الحنطتين، وأما إذا كان المال الخارجى لمالكين بحيث يكون كل منهما مالِكاً منه الكلى في المعين كما هو الفرض في المقام، فلا دليل على حصول الشركه بالحصص في ذلك المال، بل اختلاف نحوى اعتبار المبيع في بيع البعض من الجملة عند العرف دليل على خلافه. ولو كانت الشركه الواقعيه حاصله بكل من بيع الحصه من الجملة وبين بيع الكلى منها على حد سواء في الأثر لما كان لاعتبار الاختلاف وجه.

ص: ١٤٣

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٥ ٣٦٦، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع وشروطه .



ومنها: أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر، فالظاهر أنه إذا بقي صاع واحد كان للأول [١] لأن الكلي المبيع ثانياً إنما هو سارٍ في مال البائع وهو ما عدا الصاع من الصبره، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه سارياً فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض، وهذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة.

ثم اعلم: أن المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض. وأما إذا قبض، فإن قبض منفرداً عمّا عداه كان مختصاً بالمشتري، وإن قبض في ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبره فيكون بعضه وفاءً، والباقي أمانه حصلت الشركه، لحصول ماله في يده وعدم توقّفه على تعيين وإقباض حتى يخرج التالف عن قابليته تملك المشتري له فعلاً وينحصر حقه في الباقي، فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح، فيحسب عليهما.

الشرح:

نعم، إذا كان المبيع بنحو الكلي في المعين وقد قبضه في ضمن قبض الجملة كما هو الفرض، فلا يمكن أن يحسب تلف البعض على أحد المالكين بخصوصه فإنه ترجيح بلا مرجح، بخلاف ما إذا كان هذا التلف قبل القبض فإنه بما أن المبيع في ضمان البائع ويقع تلفه في ماله فلا يكون حساب التلف عليه ترجيحاً بلا مرجح، ولا يكون قبل القبض شركه صوريه، بخلاف صورته التلف بعد القبض فإنه يعبر عن حساب التلف على البائع والمشتري معاً بالشركه الصوريه. ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون اختيار التعيين بيد البائع فيما لم يشترط في البيع كونه بيد المشتري؛ لأن ما يملكه المشتري هو الكلي وعلى البائع تسليمه إلى المشتري.

[١] لما تقدم من أن البائع بعد بيع الأول يملك من الجملة الكلي في المعين كالمشتري والبيع الثاني واقع على مال البائع، وحيث إن التالف تمام الكلي الذي كان

والحاصل: أنّ كلّ جزء معيّن قبل الإقباض قابل لكونه كلاًّ- أو بعضاً ملكاً فعلياً للمشتري، والملك الفعلي له حينئذٍ هو الكلي الساري، فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوباً على المشتري، لأنّ تملكه لمعيّن موقوف على اختيار البائع وإقباضه، فيحسب على البائع. بخلاف التالف بعد الإقباض، فإنّ تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً، لتحقق الإقباض، فنسبه كلّ جزء معيّن من الجملة إلى كلّ من البائع والمشتري على حدّ سواء.

نعم، لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء [١] بل على وجه التوكيل في التعيين، أو على وجه الأمانة حتّى يعيّن البائع بعد ذلك، كان حكمه حكم ما قبل القبض. هذا كلّ ممّا لا إشكال فيه، وإنّما الإشكال في أنّهم ذكروا فيما لو باع ثمره شجرات واستثنى منها أرتالاً معلومه: أنّه لو خاست الثمره سقط من المستثنى بحسابه. وظاهر ذلك تنزيل الأرتال المستثناه على الإشاعه، ولذا قال الشرح:

للبيع قبل وقوع البيع الثاني فلا موجب لشمول ما ورد في التلف قبل القبض للكلي في المعين الذي بيع أولاً، وهذا بخلاف ما إذا كان كل من البيعين أو خصوص الأول بنحو الإشاعه فإنه يحكم بفساده بنسبه التالف كما لا يخفى.

[١] أقول: الظاهر عدم تصور ذلك، فإنه إذا كان الكلي في المعين من الجملة ملكاً للمشتري يكون دفع الجملة إليه دفعاً للمبيع، وإذا لم يكن تمام الجملة ملكاً للبائع كما هو الفرض، فكيف يكون تمامها أمانه بيد المشتري، حيث لا يعقل أن يكون ما للمشتري من الجملة أمانه بيد للبائع؟! نعم، يتصور ذلك في الكلي على العهده، باعتبار كون المال المدفوع إلى المشتري بعنوان الأمانة ملكاً بتمامه للبائع، فلا ينطبق الوفاء على المدفوع ولو بنحو الإجمال كما هو مقتضى كون أداء الدين عنواناً قصدياً كما لا يخفى.

فى الدروس: إن فى هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبره على الإشاعة. وحينئذ يقع الإشكال فى الفرق بين المسألتين، حيث إن مسأله الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة. والمشهور هنا التنزيل على الكلى، بل لم يعرف من جزم بالإشاعة. وربما يفرق بين المسألتين بالنص فيما نحن فيه على التنزيل على الكلى، وهو ما تقدم من الصحيحه المتقدمه.

وفيه: أن النص إن استفيد منه حكم القاعده لزم التعدى عن مورده إلى مسأله الاستثناء، أو بيان الفارق وخروجها عن القاعده. وإن اقتصر على مورده لم يتعد إلى غير مورده حتى فى البيع إلا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدى وبين مسأله الاستثناء.

وبالجملة، فالنص بنفسه لا يصلح فارقاً مع البناء على التعدى عن مورده الشخصى. وأضعف من ذلك: الفرق بقيام الإجماع على الإشاعة فى مسأله الاستثناء، لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص. وأضعف من هذين، الفرق بين مسأله الاستثناء ومسأله الزكاه [١] وغيرهما مما يحمل الكلى

الشرح:

[١] قيل (١) فى الفرق بين مسأله استثناء الأبطال ومسأله الزكاه ونحوها مما يحمل الكلى فيه على الإشاعة وبين بيع الكلى فى المعين الذى تقدم تعين الباقي بكونه مبيعاً بتلف بعض الجملة وجوب القبض فى الثانى وكونه دخيلاً فى لزوم البيع، فمع وجود فرد من المبيع يجب دفعه إلى المشتري. وأجاب المصنف رحمه الله بأن وجوب القبض حاصل فى مسألتى استثناء الأبطال والزكاه أيضاً، حيث يجب فى الأول دفع الأبطال إلى البائع وفى الثانى إلى أرباب الزكاه، مع أن وجوب دفع الباقي فى بيع الكلى

ص: ١٤٦

فيها على الإشاعه، وبين البيع، باعتبار القبض في لزوم البيع وإيجابه على البائع، فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري، إذ هو شبه الكلي في الذمه.

وفيه مع أنّ إيجاب القبض متحقق في مسألتى الزكاه والاستثناء: أنّ إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه، إذ مع عدم بقائه كلاً- أو بعضاً يفسخ البيع في التالف، والحكم بالبقاء يتوقف على نفي الإشاعه، فنفي الإشاعه بوجود الإقباض لا- يخلو عن مصادره، كما لا- يخفى. وأمّا مدخلية القبض في اللزوم فلا دخل له أصلاً في الفرق. ومثله في الضعف لو لم يكن عينه ما في مفتاح الكرامه من الفرق: بأنّ التلف من الصبره قبل القبض، فيلزم على البائع تسليم المبيع منها وإن بقي قدره، فلا ينقص المبيع لأجله. بخلاف الاستثناء، فإنّ التلف فيه بعد القبض، والمستثنى بيد المشتري أمانه على الإشاعه بينهما، فيوزع الناقص عليهما، ولهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا، بخلاف البائع هناك، انتهى.

الشرح:

فرع عدم الإشاعه وإثبات عدم الإشاعه بوجود دفع الباقي تكون مصادره، وأما مسأله لزوم البيع بالقبض فلا دخل له في الفرق أصلاً.

ثم ذكر رحمه الله الفرق المذكور في «مفتاح الكرامه»<sup>(١)</sup> وهو كون ضمان المبيع في بيع الكلي في المعين على البائع فيجب دفع الباقي إلى المشتري، بخلاف مسأله الأبطال، فإن الأبطال المستثناه أمانه للبائع بيد المشتري، حيث إن البائع قد أقبض الكل فيكون الكل بيد المشتري فيدخل النقص على المالكين أي حصه البائع وحصه المشتري.

ص: ١٤٧

وفيه مع ما عرفت [١] من أن التلف من الصبره قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعه، فكيف يثبت به؟ أنه: إن أُريد من كون التلف في مسأله الاستثناء بعد القبض: أنه بعد قبض المشتري؟

ففيه: أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري ولا- كلام فيه ولا- إشكال، وإنما الإشكال في الفرق بين المشتري في مسأله الصاع والبائع في مسأله الاستثناء، حيث إنَّ كلاً منهما يستحقّ مقداراً من المجموع لم يقبضه مستحقّه، فكيف يحسب نقص التالف على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقّه الكلى. وإن أُريد من كون التلف بعد القبض: أن الكلى الذى يستحقّه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك، فإذا دفع الكلّ إلى المشتري فقد دفع مالاً مشتركاً، فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبره إلى المشتري، فالاشتراك كان قبل القبض.

الشرح:

[١] وحاصل ما ذكره في ردّ «مفتاح الكرامه» هو أنه لو باع الكلى في المعين وتلف بعض الجملة قبل القبض يكون وجوب دفع الباقي إلى المشتري متفرعاً على عدم الإشاعه ولو لم يكن في هذا الفرض إشاعه فما الموجب لها في مسأله استثناء الأبطال، مع أن البائع يملك فيها الكلى في المعين ويكون تمام الجملة بيد المشتري، وكون التلف فيها بعد إقباض البائع يوجب عدم كون البائع ضامناً لتلف مال المشتري. ويبقى الإشكال في أنه لم يكون تلف بعض الجملة في مسأله الاستثناء بنحو الإشاعه مع أن ما للبائع بيد المشتري من قبيل الكلى في المعين؟ ولم لا يحسب التلف على المشتري فقط؛ لأن ما يستحقه البائع لا يتعين في جزء معين إلا بعد إقباض مالك الكل، يعنى المشتري؟

وإن أُريد أنه بعد ما باع الثمره مع استثناء الأبطال يكون ما بيده مشتركاً بينه وبين

ففيه: أنّ الإشكال بحاله، إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: «بعتك صاعاً من هذه الصبره» وبين قوله: «بعتك هذه الصبره أو هذه الثمره إلّا- صاعاً منها»، وما الموجب للاشتراك في الثاني دون الأوّل؟ مع كون مقتضى الكلّي عدم تعيّن فردٍ منه أو جزءٍ منه لمالكة إلّا- بعد إقباض مالك الكلّ الذى هو المشتري في مسأله الاستثناء، فإنّ كون الكلّ بيد البائع المالك للكلّي لا يوجب الاشتراك. هذا، مع أنّه لم يعلم من الأصحاب في مسأله الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك وعدم جواز تصرف المشتري إلّا بإذن البائع، كما يشعر به فتوى جماعه، منهم الشهيدان والمحقّق الثانی بأنّه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي.

الشرح:

المشتري، وإذا دفع الكل إلى المشتري فقد دفع المال المشترك، فيقال: الموجب لهذا الاشتراك في بيع الكلّي في المعين أيضاً موجود، فيحسب فيه أيضاً التلف على المبيع والباقي على ملك البائع. هذا مع أنه لم يظهر التزام القوم بالإشاعه في مسأله الاستثناء حتى بعد دفع الكل إلى المشتري، فإنهم لم يذكروا عدم جواز تصرف المشتري في الثمره بلا استئذان من البائع.

وذكر بعضهم (1) أنه لو فرط المشتري وتلف بعض الثمر بإفراطه يجب أداء المستثنى إلى البائع من الباقي، ولو كان في البين إشاعه لم يصح القول بالأداء من الباقي كما لا يخفى.

أقول: قد تقدم عدم الإشاعه في المسألتين، وأن حساب التلف على كل من المشتري والبائع في مسأله الاستثناء باعتبار عدم الترجيح في الضمان، حيث إن كلاّ منهما يملك الكلّي في المعين، بخلاف مسأله بيع الصاع من الصبره فإن تلف بعض

ص: ١٤٩

١- (١) الدروس ٣: ٢٣٩، والروضه البهيه ٣: ٣٦٠، وراجع جامع المقاصد ٤: ١٦٨.

ويمكن أن يقال: إن بناء المشهور في مسأله استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعه قبل التلف واختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعه منهم: بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصه البائع فى الباقي، ويؤيده استمرار السيره فى صوره استثناء أبطال معلومه من الثمره على استقلال المشتري فى التصرف وعدم المعامله مع البائع معامله الشركاء فالمسألان مشتركان فى التنزيل على الكلى، ولا فرق بينهما إلا فى بعض ثمرات التنزيل على الكلى وهو حساب التالف عليهما. ولا يحضرني وجه واضح لهذا الفرق، إلا دعوى أن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشتري، لا مطلق الموجود وقت البيع. وإن كان بناؤهم على الإشاعه من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه فى ذلك: أن المستثنى كما يكون ظاهراً فى الكلى، كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً، بمعنى أنه ملحوظ

الشرح:

الجملة فيها قبل القبض وكون ضمان المبيع على البائع مقتضاه خروج البائع من ضمان المبيع بدفع الكلى من الباقي. ومما ذكرنا يظهر وجه عدم جريان أحكام الإشاعه فى مسأله الاستثناء وأنه يجوز للمشتري التصرف فى الثمره بلا استيدان من البائع، وأنه لو تلف الثمره بإفراطه لا ينقص عما يستحقه البائع شىء ويجب عليه الدفع من الباقي.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله فى وجه حساب التلف فى مسأله الاستثناء على المشتري والبائع معاً من دعوى أن المتبادر من الاستثناء تمام المستثنى على تقدير سلامه تمام المبيع للمشتري، وإذا تلف بعضه سقط من الأبطال بحسابه، بأن تكون نتيجة ذلك هى الإشاعه بالإضافة إلى التالف ولا تجرى أحكام الإشاعه على الباقي، فلا يمكن المساعدة عليه. فإن لازم ذلك جهاله مقدار المبيع، فإنه على تقدير بقاء المبيع بمقدار وعلى تقدير تلف بعضه مقدار آخر كما لا يخفى.

ص: ١٥٠

بعنوان كلى يقع عليه البيع، فمعنى «بعتك هذه الصبره إلا- صاعا منها»: «بعتك الكلى الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع» فهو كلى كنفس الصاع، فكلّ منهما مالك لعنوان كلى، فالموجود مشترك بينهما، لأنّ نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح، وكذا التالف نسبته إليهما على سواء، فيحسب عليهما. وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإنّ مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلى فى قولنا: «بعتك صاعاً من هذه الصبره»، إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتّى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع.

فإن قلت: إنّ مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً فى الخارج فيكون كلياً كنفس الصاع.

الشرح:

ثم ذكر رحمه الله فى مقام الفرق أنه على تقدير الالتزام بالإشاعة فى مسأله الاستثناء من أول الأمر أن المستثنى منه المبيع فيها كالمستثنى كلى معين، ولا ترجيح فى حساب التلف على خصوص المستثنى منه، بخلاف مسأله بيع الصاع من الصبره، فإن مال البائع فيها لا يكون بعنوان الكلى فى المعين، بخلاف ما تملكه المشتري فلا وجه لحساب التلف عليهما.

لا يقال: يكون ملك البائع بعد بيع الصاع كلياً لا محاله.

فإنه يقال: نعم، ولكن ملك الباقي ليس بعنوان تملك الكلى فى المعين لىوجب تخصيص التلف على ملك الباقي دون ما تملكه المشتري ترجيحاً بلا مرجح.

أقول: التملك بالعنوان وعدمه لا- يكون فارقاً، وإلا- فالمستثنى فى مسأله الاستثناء أيضاً ليس مملوكاً للبائع بعنوان الكلى فى المعين، حيث إنّ ملك البائع كان ثابتاً لجميع المال من الأول، فيكون بيعه المال باستثناء الأبطال تملكاً للكلى فى المعين من المشتري، فيكون بعد البيع الباقي فى ملكه كلياً فى المعين لا محاله، فتدبر جيداً.



قلت: نعم، ولكن ملكيه البائع له ليس بعنوان كلى حتى يبقى ما بقى ذلك العنوان، ليكون الباقي بعد تلف البعض صادقاً على هذا العنوان وعلى عنوان الصاع على نهج سواء، ليلزم من تخصيصه بأحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك، فإذا لم يبق إلا صاع كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكا له، ولا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع، فتأمل. هذا ما خطر عاجلاً بالبال، وقد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ إليه ذهنى القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر، عفى الله عن الزلل فى المعائر. قال فى الروضه تبعاً للمحكى عن حواشى الشهيد: إن أقسام بيع الصبره عشره، لأنها إما أن تكون معلومه المقدار أو مجهولته، فإن كانت معلومه صحَّ بيعها أجمع، وبيع جزء منها معلوم مشاع، وبيع مقدار كقفيزٍ تشتمل عليه [١] وبيعها كل قفيز بكذا، لا يبيع

الشرح:

[١] لا يخفى أنه إذا كان مقدار الصبره معلوماً وبيع جميعها كل قفيز منها بكذا فلا بد من الحكم بصحته؛ لعدم اعتبار جمع مقدار الثمن بالذكر فى العقد، وهذا هو القسم الرابع فى كلام «الروضه» (١)، والمحكوم بالفساد فى كلام «الروضه» وغيرها عدم بيع جميعها، بل إيكال اختيار مقدار المبيع إلى المشتري، بأن يقول: «بعتك من الصبره ما أردت كل صاع منها بكذا»، وهذا هو القسم الخامس فى كلام «الروضه». ووجه الحكم بالبطلان هو عدم تعيين مقدار المبيع فى عقد البيع، نظير ما يقال فى قوله: «آجرتك الدار كل شهر بكذا».

ولكن لا يبعد أن يقال بتمام البيع بالإضافة إلى قفيز واحد، نظير ما ذكرنا من صحه الإجاره فى الشهر الأول، بل يمكن أن يقال: إن قول البائع: «بع من الصبره كل قفيز

ص: ١٥٢

كل قفيز منها بكذا. والمجهوله كلها باطله إلا الثالث وهو بيع مقدار معلوم يشتمل الصبره عليه. ولو لم يعلم باشمالها عليه، فظاهر القواعد والمحكى عن حواشى الشهيد وغيرها عدم الصحه، واستحسنه فى الروضه، ثم قال: ولو قيل بالاكْتفاء بالظن باشمالها عليه كان متّجهاً والمحكى عن ظاهر الدروس واللمعه الصحه قال فيها: فإن نقصت تخيّر بين أخذ الموجود منها بحصّته من الثمن وبين الفسخ،

الشرح:

بكذا»، بمنزله الإيجابات المتعدده، كما قال: «بعت قفيزاً منها بكذا وقفيزاً آخر بذلك السعر وقفيزاً ثالثاً كذلك . . .» وهكذا وإذا ذكر المشتري فى قبوله ما يعين به مقدار المبيع، كما إذا قال: اشتريت قفيزين، كما هو المتعارف فى البيوع المتعارفه فى زماننا الحاضر، فيتم البيع بالإضافه إلى ذلك المقدار؛ لعدم الجهاله فى مقدار المبيع عند تمام البيع، ولا يستفاد من الأدله المتقدمه إلا بطلان البيع الغررى أو تمام البيع من غير تعيين الكيل أو الوزن أو العدد فيه.

ولو لم يذكر المشتري فى قبوله ما يعين ذلك، فالحكم بالبطلان مبنى على أن يكون المنهى عنه فى الأخبار المتقدمه بيع الشىء من غير تعيين مقدار المبيع كيلاً أو وزناً أو عدداً، وأما إذا قيل بأن مدلولها بيع الشىء جزافاً فلا يحكم ببطلانه فى الفرض، حيث لا جزاف فى ناحيه المبيع أو فى ناحيه الثمن. وبهذا يظهر أنه لا يختلف فى الحكم بالصحه أو الفساد بين كون الصبره معلومه من حيث المقدار أم لا، وما ذكر المصنف رحمه الله فى وجه الصحه فيما إذا كانت الصبره مجهوله المقدار من كون المبيع معلوم بالمشاهده، فلا بد من أن يكون مراده العلم بأوصافه لا- كيله أو وزنه، ومع الإيجاب المفروض لا- يكون فى البين جزاف لا فى ناحيه المبيع ولا فى ناحيه الثمن.

ص: ١٥٣

لتبعض الصفقه. وربما يحكى عن المبسوط، والمحكى خلافه، ولا يخلو عن قوه [١] وإن كان فى تعيينه نظر، لا لتدارك الغرر بالخيار، لما عرفت غير مرّه: من أنّ الغرر إنّما يلاحظ فى البيع مع قطع النظر عن الخيار الذى هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر.

وإن قيل: عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر.

قلنا: نعم، إذا بنى العقد على جعل الثمن فى مقابل الموجود. وأمّا إذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير المعلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفاً، وربما يحتمل الصحة مراعىً بتبيين اشتمالها عليه.

الشرح:

[١] أى لا يخلو الحكم بالصحة عن قوه، وليس الوجه هو تدارك الضرر المحتمل بالخيار على تقدير عدم اشتمال الصبره، حيث إن ارتفاع الغرر بالخيار لا يفيد فى صحه البيع؛ لأن الخيار حكم يترتب على البيع الصحيح، ولولم يتعلق دليل الإمضاء للبيع المنشأ فلا يعمه خطاب الخيار، بل الوجه فى الحكم بالصحة عدم الغرر فى البيع المزبور.

لا- يقال: الجهل بوجود المبيع من أعظم الغرر، فإنه يقال: الثمن المزبور لم يقع فى مقابل الموجود مطلقاً ولو على تقدير عدم الاشتمال، بل البيع الجارى على المقدار المزبور انحلالى، وإذا قال: «بعت الكر من هذا الصبره بكذا»، فهو بمنزله قوله: «بعت نصف الكر بنصف الثمن». وإذا ظهر عدم اشتمال الصبره إلا لنصف الكر يستكشف بطلان البيع فى نصفه ويثبت خيار التبعض للمشتري.

أقول: ما ذكره من أن ثبوت الخيار لا ينعف فى ارتفاع الغرر صحيح بالإضافة إلى الخيارات الشرعيه، فإن خطاباتها تثبت الخيار فى البيع الممضى، وأما الخيارات المشروطه بالإمضائه فلا بأس بارتفاع الغرر بها، وخيار تبعض الصفقه منها وتفصيل

وفيه: أنّ الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفذ تبيين الاشتمال. هذا، ولكنّ الأوفق بكلماتهم في موارد الغرر عدم الصحة، إلا مع العلم بالاشتمال، أو الظنّ الذي يتعارف الاعتماد عليه ولو كان من جهه استصحاب الاشتمال [١].

وأما الرابع مع الجهالة وهو بيعها كلّ قفيز بكذا فالمحكى عن جماعه المنع. وعن ظاهر إطلاق المحكّي من عبارتي المبسوط والخلاف أنه لو قال: «بعتك هذه الصبره كلّ قفيز بدرهم» صحّ البيع. قال في الخلاف: «لأنّه لا مانع منه، والأصل جوازه». وظاهر إطلاقه يعمّ صورته الجهل بالاشتمال. وعن الكفايه: نفى البعد عنه، إذ المبيع معلوم بالمشاهده، والثمن ممّا يمكن أن يعرف، بأن تكال الصبره ويوزّع الثمن على قفزاتها، قال: وله نظائر ذكر جملة منها في التذكرة. وفيه نظر.

مسألة: إذا شاهد عيناً في زمان سابق [٢] على العقد عليها، فإن اقتضت العاده تغييرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصحّ البيع إلا بذكر صفاتٍ تصحّح بيع الغائب، لأنّ الرؤية القديمه غير نافعه. وإن اقتضت العاده الشرح:

الكلام موكول إلى بحث الخيارات.

[١] لا يخفى أن استصحاب الاشتمال لا يفيد في نفى الغرر عن البيع؛ لأن الغرر ليس مطلق الجهل، بل الجهل الخاص وهو ما فيه خطر وضرر واستصحاب الاشتمال لا ينفيه، نظير ما يقال من أن فوت الفريضه عدم خاص واستصحاب عدم الاتيان بالصلاه في وقتها لا يثبتته.

[٢] وحاصل ما ذكره رحمه الله في المقام: من أنه إذا بيعت العين المرثيه سابقاً فإن علم تغير أوصافها السابقة إلى غيرها عاده فيعتبر في بيعها ذكر الأوصاف الفعلية فيصير ذكرها اشتراطاً رافعاً للغرر، وإذا لم يعلم من العاده التغير أو عدمه فيجوز بيعها اعتماداً

بقاءها عليها فلا إشكال في الصحة، ولا خلاف أيضاً إلا من بعض الشافعيّين. وإن احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصله عدم التغير والبناء عليها في العقد، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل والوزن، لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها.

ولو فرضناه في مقام لا يمكن التعويل عليه لحصول أماره على خلافه، فإن بلغت قوه الظنّ حدّاً يلحقه بالقسم الأول وهو ما اقتضى العادة تغيّره لم يجز البيع، وإلاّ- جاز مع ذكر تلك الصفات، لا- بدونها، لأنّه لا- ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصحة في القسم الأوّل إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغواً. لكن هذا كلّ خارج عن البيع بالرؤية القديمه.

الشرح:

على أصله عدم تغيّرها، ولو فرض في مورد عدم جواز الاعتماد على الاستصحاب للاطمينان بتغير أوصافها فيجوز بيعها باشتراط أوصافها السابقة؛ لأن العين المرثيه سابقاً لا تزيد عن العين المعيوبه التي لم يرها المشتري ويشترطها باشتراط أوصافها الفعلية.

ثم إنه إذا اشترى العين بالرؤية السابقة فانكشف التغير ثبت الخيار للمشتري فيما إذا تغيرت بالنقصه وللبيع فيما إذا تغيرت بالزيادة، حيث إن لزوم البيع في الفرض ضررى على المشتري أو على البائع، فيثبت الخيار لأحدهما بانتفاء اللزوم.

أقول: قد تقدم أن استصحاب بقاء العين بحالها لا يفيد في انتفاء الغرر؛ لأن الغرر هو الجهل الخاص وهو ما فيه خطر، غايه الأمر أن مع الاستصحاب ينتفى مطلق الجهل لا- الجهل الخاص، وعلى ما ذكر فلو احتمل التغير وعدمه في العين المرثيه سابقاً يكون بيعها باشتراط بقائها على تلك الأوصاف محكوماً بالصحة؛ لانتفاء الغرر في بيعها بالاشتراط المزبور، ومع بيعها كيف اتفقت يحكم بطلان بيعها ولا يفيد الاستصحاب

ص: ١٥٦

وكيف كان، فإذا باع أو اشترى برؤيه قديمه فأنكشف التغيّر تخيّر المغبون وهو البائع إن تغيّر إلى صفات زادت في ماله، والمشتري إن نقصت عن تلك الصفات لقاعده «الضرر»، ولأن الصفات المبنية عليها في حكم الصفات المشروطة، فهي من قبيل تخلف الشرط، كما أشار إليه في نهايه الأحكام والمسالك بقولهما: الرؤيه بمثابة الشرط في الصفات الكائنه في المرئي، فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف في الشرط، انتهى.

وتوهم: أنّ الشروط إذا لم تُذكر في متن العقد لا عبره بها، فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط في متن العقد، مدفوع: بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذةً فيه حتّى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاءً بالعقد. والصفات المرثيه سابقاً حيث إنّ البيع لا يصحّ إلاّ مبتئاً عليها كانت دخولها في العقد أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطيه، ولذا لو لم يبين البيع عليها ولم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلاً فالذكر اللفظي إنّما يحتاج إليه في شروط خارجه لا يجب ملاحظتها في العقد.

الشرح:

في انتفاء الغرر شيئاً. ولا يخفى أن شراء العين بالرؤيه السابقه الذي مرجعه إلى اشتراط الأوصاف السابقه مقتضاه ثبوت الخيار مع التخلف، حيث لا معنى لاشتراط الأوصاف في بيع العين الخارجيه إلا ثبوت الخيار مع عدمها وليس ثبوته مقتضى قاعده نفى الضرر؛ لما يأتي ذكره في بحث الخيارات من أنه لو جرت قاعده نفيه في بيع كان مقتضاه بطلانه؛ لأن منشأ الغرر والحكم الضرري صحته لا لزومه، وليس مفاد القاعده تدارك الضرر ليكون مقتضاه نفى لزومه.

والحاصل: بيع العين المرثيه سابقاً باشتراط بقائها على أوصافها لا يكون غريباً، والبيع المزبور مع تخلف الأوصاف وإن يكون ضرورياً إلا أن صحته لا تنتفى بالقاعده،

ص: ١٥٧

واحتمل فى نهايه الإحكام البطلان. ولعلّه لأنّ المضىّ على البيع وعدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان وفاءً بالعقد وجب، فلا خيار. وإن لم يكن وفاءً لم يدلّ دليل على جوازه. وبعبارة أخرى: العقد إذا وقع على الشىء الموصوف انتفى متعلّقه بانتفاء صفته، وإلا فلا وجه للخيار مع أصاله اللزوم.

ويضعفه أنّ الأوصاف الخارجة عن حقيقه المبيع [١] إذا اعتبرت فيه عند البيع إمّا ببناء العقد عليها، وإمّا بذكرها فى متن العقد لا تعدّ مقوماتٍ للعقد كما أنّها ليست مقومات المبيع، ففواتها فوات حقّ للمشتري ثبت بسببه الخيار، دفعاً لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه. وتمام الكلام فى باب الخيارات إن شاء الله.

فرعان: الأوّل: لو اختلفا فى التّغيير [٢] فادّعاه المشتري، ففي المبسوط والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك: تقديم قول المشتري، لأنّ يده على الثمن، كما فى الدروس، وهو راجع إلى ما فى المبسوط والسرائر: الشّرح:

حيث إن نفي صحته مع اشتراط الخيار مناف للامتنان ومقتضى القاعده نفي الحكم حيث يكون فى نفيه امتناناً.

[١] وحاصله: أنّ الوصف المذكور إن كان مقوماً للمبيع فبانكشاف الخلاف يحكم ببطلان البيع حتى فيما إذا أتى الوصف بصورة الاشتراط، كما إذا قال: «بعتك هذا المال على أنه أرز فبان حنطه، والوجه فى البطلان أن انكشاف فقد الوصف فى الفرض يساوى عدم وجود المبيع خارجاً، بخلاف ما إذا كان الوصف فى بنائهم خارجاً عن حقيقه المبيع بحيث لا يكون مقوماً له، فإن انكشاف الخلاف فى هذه الصورة يوجب الخيار؛ لأن الوصف مرجعه إلى اشتراط الخيار على ما يأتى فى بحث الخيارات.

[٢] وحاصله: أنه لو بيعت العين بالرؤية السابقه وادعى المشتري تغييرها بالنقيصه فله الخيار فى فسخ العقد، وادعى البائع كونها على ما كانت فالبيع لازم،

من أنّ المشتري هو الذى ينتزع منه الثمن، ولا- ينتزع منه إلا- بإقراره أو بيّنه تقوم عليه، انتهى. وتبعهما العلامة أيضاً في صورته الاختلاف في أوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه رؤيه، حيث تمسك بأصالة براءة ذمه المشتري من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرب به أو يثبت بالبينه. ولأنّ البائع يدعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود والرضا به، والأصل عدمه كما في التذكرة. ولأنّ الأصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد.

الشرح:

قيل (١) بتقديم قول المشتري بوجوه ثلاثه:

الأول: الأصل عدم جواز انتزاع الثمن من يده وبرائه عهدته من الثمن، حيث لا ينتزع الثمن من يده ولا يثبت عهدته به إلا بالبينه أو إقراره.

الثاني: الأصل عدم علم المشتري بالوصف الموجود فعلاً- في العين الخارجيه ودعوى البائع علمه بالوصف المزبور يحتاج إلى الإثبات بالبينه أو إقرار المشتري.

الثالث: الأصل عدم وصول حق المشتري إلى يده عن البائع ليستحقق عليه المطالبه بالثمن.

وذكر المصنف رحمه الله في ردّ الوجه الأول: أن الثمن بيد المشتري ملك للبائع بإقرار المشتري بوقوع البيع الناقل، فالثمن بيده أمانه للغير فيجب رده عليه بمطالبته، غايه الأمر أن المشتري يدعى سلطنته على تملكه بفسخ البيع فعليه إثبات تلك السلطنه، اللهم إلا- أن يقال: الأصل عدم وجوب رد الثمن على البائع بناءً على ما ذكروا من أنه لا يجب على ذى الخيار زمان خياره رد ما بيده من مال الغير ولو مع تسلمه العوض

ص: ١٥٩

---

١- (١) القائل هو الشيخ في مبسوطه ٢ : ٧٧، والعلامة في تذكرته ١ : ٤٦٨، والشهيد في دروسه ٣ : ١٩٩، والشهيد الثاني في مسالكة ٣ : ١٧٨، والمحقق الثاني في جامعه ٤ : ١٠٩، وفخر المحققين في إيضاحه ١ : ٤٣٢.



ويمكن أن يضعف الأول: بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحيح يد أمانه، غايه الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبته باليد. إلا أن يقال: إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنه البائع على الثمن، بناءً على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة، ولم ينسب خلافه إلا إلى بعض الشافعيه، من عدم وجوب تسليم الثمن والمثمن في مدّه الخيار وإن تسلّم الآخر، وحينئذ فالشكّ في ثبوت الخيار يوجب الشكّ في سلطنه البائع على أخذ الثمن، فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصاله عدم سبب الخيار لو تمّ، كما سيجيء.

والثاني مع معارضته بأصاله عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر حتّى يكون حقاً له يوجب الخيار: بأنّ الشكّ في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبّب عن الشكّ في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصاله عدم تغيّر المبيع لم يجر أصاله عدم علمه بهذا الوصف.

الشرح:

الآخر من صاحبه. ولكن لا- يخفى أنه لو جرت أصاله لزوم البيع، فعدم ثبوت الخيار يكون حاكماً على الأصل المزبور؛ لأن الموضوع لجواز الإمساك الخيار المنفى بأصاله اللزوم.

وفي ردّ الوجه الثاني: مع أن أصاله عدم علم المشتري بالوصف الموجود فعلاً- معارض بأصاله عدم علمه بوصف آخر مفقود ليثبت له الخيار، أنّ الشكّ في علم المشتري بالوصف الموجود أو المفقود مسبب عن الشكّ في تغير العين عما كانت عليه، والأصل عدم تغيّرها.

وفي الوجه الثالث: بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه، ولذا يمكنه إبقاء البيع وعدم فسخه، وثبوت حق آخر له موجب للخيار غير محرز، والأصل لزوم

ص: ١٦٠

والثالث: بأنَّ حقَّ المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً، ولذا يجوز له إمضاء العقد، وثبوت حقِّ له من حيث الوصف المفقود غير ثابت، فعليه الإثبات، والمرجع أصاله لزوم العقد. ولأجل ما ذكرنا قوَى بعض تقديم قول البائع.

هذا، ويمكن بناء المسألة [١] على أنَّ بناء المتبايعين حين العقد على الشرح:

البيع؛ ولذا حكم بعض في المقام بتقديم قول البائع.

أقول: لا- يخفى أن دعوى البائع علم المشتري بالوصف الموجود وجريان البيع على العين بالوصف المزبور لا- يكون احتمال صدقها مسبباً عن الشك في التغير وعدمه ليكون استصحاب بقاء العين بحالها رافعاً للاحتمال المزبور، مع أنَّ استصحاب بقاء العين بحالها لا- مجرى له لاتفاقها على الوصف الموجود فعلاً- والشك في أنه كان هذا الوصف في السابق أيضاً أم لا، فترجع أصاله عدم التغير إلى الاستصحاب القهقري ولا دليل على اعتباره.

والحاصل: لا مجال في المقام لأصاله عدم التغير ولا تصل النوبة أيضاً إلى أصاله عدم علم المشتري بالوصف الموجود، مع قطع النظر عن المعارضه بأصاله عدم علمه بوصف آخر مفقود؛ لأن علم المشتري بالوصف الموجود أو بغيره بنفسه لا يكون حكماً ولا موضوعاً للخيار على ما يأتي.

[١] وحاصله: أن الموضوع للخيار بحسب جعل المتعاقدين هو أخذ الوصف في العين المبيعه وكأن الخيار حكم لهذا الأخذ، فيقع الكلام في أن أخذ الوصف فيها هل بمعنى اشتراطه في العقد، نظير سائر الشرائط في أنه التزام زائد على أصل البيع ويرتبط بالبيع بكون البيع ظرفاً له مثلاً، أو أن أخذ الوصف عبارته عن كونه مأخوذاً في متعلق البيع، بمعنى جريان البيع على العين المقيدة، فليس في البين إلا التزام واحد وهو التزام بالبيع، غايه الأمر أن جريانه على العين المقيدة يشترك مع البيع المشروط

الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هو كاشتراطها في العقد، فهي كشروط مضمرة في نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهايه والمسالك ولذا لا يحصل من فقدها إلا خيار لمن اشترطت له ولا يلزم بطلان العقد، أو أنها مأخوذة في نفس الشرح:

فيه التزام آخر في ضمنه في كون كل منهما موجبا للخيار على تقدير التخلف؟ ولو قيل بالوجه الأول فمقتضى الأصل العملي عدم تحقق التزام آخر غير الالتزام البيعي، فيكون قول البائع موافقا للأصل فيحلف على عدم التغير. وأما إذا قيل بكون الوصف مأخوذاً في المبيع، بمعنى جريان البيع على العين المقيده، فالأصل عدم وقوع العقد على ما ينطبق على العين بالوصف الموجود فيكون البيع جائزاً، أي يثبت الخيار للمشتري.

لا يقال: الأصل عدم جريان البيع على العين بالوصف المفقود، فإنه يقال: هذا الأصل لا يفيد ولا يثبت جريان العقد على العين بالوصف الموجود ليرتب لزوم البيع، إلا بنحو الأصل المثبت.

والحاصل: مادام لم يثبت جريان البيع على العين بما ينطبق على الوصف الموجود لا- يكون دفع العين بالوصف الموجود وفاءً للعقد ليجب على المشتري دفع ثمنه، والبيع المفروض في المقام نظير الماء المخلوق دفعه فيما إذا شك في كونه كراً فإن أصاله عدم كون الماء المزبور كراً بمفاد كان الناقصه ليست له حاله سابقه، وأصاله عدم الماء الكر بمفاد كان التامه وإن كان لها حاله سابقه إلا أنه لا تفيد في إثبات مفاد كان الناقصه، بمعنى أن الماء المفروض ليس بكر.

أقول: الظاهر وقوع الوهم في كلامه رحمه الله بين الوصف المأخوذ في المبيع بنحو الكلى وبين الوصف الملحوظ في المبيع الذي يكون عيناً خارجيه، فإن الوصف في العين الخارجيه لا- يمكن أن يكون مقيداً للعين والمفروض أن الوصف في المقام ليس

المعقود عليه، بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد، ولذا لا يجوز إلغاؤها[١] في المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط؟

فعلى الأول: يرجع النزاع في التغير وعدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع وعدمه، والأصل مع البائع.

الشرح:

أمراً مقوماً، ومعنى ذلك جريان البيع على العين كان له الوصف السابق أم لا، وإذا فرض جريان البيع عليها كذلك فلا معنى للحاظ الوصف السابق إلا جعل الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف، وإذا جرى البيع على عين خارجيه بالرؤيه القديمه يكون اختلاف المتبايعين في التغير وعدمه راجعاً إلى دعوى المشتري، وحيث جعل الخيار له على تقدير فقد الوصف وهو مفقود، وينكر البائع هذا الجعل والأصل مع البائع.

وهذا بخلاف الوصف المأخوذ في المبيع بنحو الكلى، فإن أخذ وصف فيه عباره عن تقييد متعلق البيع وتضييق دائرته، ولو ادعى البائع تقييده بوصف والمشتري تقييده بوصف مضاد يكون المورد من موارد التداعى والتخالف، وإذا ادعى البائع جريانه على المطلق والمشتري جريانه على المقيد ففي مثل ذلك الأصل عدم جريانه على المطلق، فإن تسليم ما ينطبق عليه عنوان المقيد وفاءً للبيع باتفاقهما وما يدعيه البائع من كون تسليم الفاقد أيضاً وفاءً ينكره المشتري. وأصالة عدم جريان البيع على المطلق جاريه من غير أن تعارضها أصالة عدم جريانه على المقيد، حيث إن أصالة عدم جريانه على المقيد لا أثر لها؛ لأن دفع المقيد وفاءً للبيع باتفاقهما وإثبات جريانه على المطلق بها من الأصل المثبت كما لا يخفى.

[١] أقول: الوصف الذى لا يجوز إلغاؤه هو المأخوذ في المبيع بنحو الكلى، ووجه عدم الجواز وقوع البيع على المقيد وإنشاء البيع على المطلق يحتاج إلى بيع جديد بعد إقاله الأول، وأما فيما إذا كان المبيع عيناً خارجيه كما هو الفرض في المقام،

ص: ١٦٣

وبعبارة أخرى: النزاع في أنّ العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود، أم لا؟ لكنّ الإنصاف: أنّ هذا البناء في حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار، لكنّه ليس شيئاً مستقلاًّ حتّى يدفع عند الشك بالأصل، بل المراد به إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متّصفاً بهذا الوصف، وليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متّصفاً بذلك الوصف، فهو قيد ملحوظ في المعقود عليه نظير الأجزاء، لا شرط ملزم في العقد، فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه، والأصل عدمه.

ودعوى: معارضته بأصله عدم وقوع العقد على العين المقيّده بالوصف المفقود ليثبت الجواز، مدفوعه: بأنّ عدم وقوع العقد على العين المقيّده لا يثبت جواز العقد الواقع إلّا بعد إثبات وقوع العقد على العين الغير المقيّده بأصله عدم وقوع العقد على المقيّده، وهو غير جائز كما حقّق في الأصول.

وعلى الثاني: يرجع النزاع إلى وقوع العقد والتراضى على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود وعدمه، والأصل مع المشتري.

الشرح:

فإلغاء الوصف عبارته عن إسقاط الخيار المترتب على تخلفه، وهذا الإلغاء صحيح، نظير إسقاط خيار العيب المترتب على اشتراط عدم النقص في المبيع، بلا فرق بينهما أصلاً.

وما ذكر رحمه الله من أنّ الوصف قيد ملحوظ في المعقود عليه كالجاء، كأنه يريد كما أنّ الجزء يؤخذ في متعلق البيع كذلك وصف المبيع مأخوذ فيه، ولكن لا يخفى أنّ أخذ الوصف ولحاظه في المتعلق صحيح، ولكن لحاظه فيه يكون بالتزام آخر غير الالتزام البيعى. وهذا فيما إذا كان المبيع عيناً خارجيه ولم يكن الوصف مقوماً كما هو الفرض في المقام، بخلاف لحاظ الجزء فإنه أخذه في متعلق البيع يكون بنفس الالتزام البيعى؛ ولذا لو تخلف الجزء وانكشف عدمه يكون البيع بالإضافه إليه باطلاً من الأول، فتدبر جيداً.

ودعوى: معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفه المفقوده، مدفوعه: بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذاك تعلقه بهذا حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا، وهو غير ثابت والأصل عدمه، وقد تقرّر في الأصول: أنّ نفى أحد الضدين بالأصل لا يثبت الضد الآخر ليرتب عليه حكمه. وبما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم، حيث إنّ المبيع ملك المشتري، والتمن ملك البائع اتفاقاً، وإنما اختلافهما في تسلط المشتري على الفسخ، فينفي بما تقدّم من قاعده اللزوم.

توضيح الفساد: أنّ الشكّ في اللزوم وعدمه من حيث الشكّ في متعلق العقد، فإنّا نقول: الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى يثبت اللزوم، وهو وارد على أصالة اللزوم.

والحاصل: أنّ هنا أمرين:

أحدهما: عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود وأخذه فيه. وهذا الأصل ينفع في عدم الخيار، لكنّه غير جارٍ، لعدم الحالة السابقه.

والثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود. وهذا جارٍ غير نافع، نظير الشكّ في كون الماء المخلوق دفعه كراً من أصله، فإنّ أصالة عدم كزّيته نفعه غير جاريه، وأصالة عدم وجود الكزّ جاريه غير نفعه في ترتّب آثار القلّه على الماء المذكور، فافهم واغتنم.

وبما ذكرنا يظهر حال [١] التمسك بالعمومات المقتضيه للزوم العقد الحاكمه الشرح:

[١] قد يتمسك في تقديم (١) قول البائع في فرض اختلافه مع المشتري في تغير المبيع بالعمومات الداله على عدم جواز استقلال الغير في تملك مال أحد، وتلك

ص: ١٦٥

على الأصول العمليه المتقدمه، مثل ما دلّ على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجاره عن تراض، وعموم: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»، وعموم: «الناس مسلطون على أموالهم»، بناءً على أنها تدلّ على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع، لأنّ المفروض صيرورته ملكاً له، إذ لا يخفى عليك أنّ هذه الشرح:

العمومات تعم الثمن في مفروض الكلام، حيث إنه ملك للبائع فلا يجوز للمشتري تملكه بزعم ثبوت الخيار كقوله سبحانه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١)، فإن فسخ المشتري لا يكون تجارةً عن تراض، ووضع يده على الثمن مع عدم ثبوت الخيار له أكلٌ له بالباطل. وكذلك قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (٢)، فإن مقتضاه عدم جواز تملك الثمن بلا رضا البائع، وقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (٣)، فإن مقتضاه ولايه التصرف في المال تثبت للمالك دون غيره، وكل هذه العمومات حاكمه على الأصول العمليه المتقدمه القاضيه بعدم لزوم البيع على المشتري، كما في سائر الأدله الاجتهاديه في مقابل الأصل العملي.

وحاصل ما ذكره رحمه الله في الجواب عن العمومات هو أن العمومات المزبوره مخيصة في المال الذي لم يدفع عوضه في المعامله إلى المشتري، وإذا شك في وصول العوض المزبور فالأصل عدمه، وبهذا يدخل الثمن المفروض في المستثنى المحكوم بجواز أكله وحله وسلطنه غير المالك عليه. وما تقدم من أن الأصل عدم

ص: ١٦٦

١- (١) سورة النساء: الآية ٢٩.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣٠ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١، وعوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

٣- (٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

العمومات مخصّصة قد خرج عنها بحكم أدلّة الخيار المال الذي لم يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري، فإذا شكّ في ذلك فالأصل عدم دفع العوض. وهذا هو الذي تقدّم: من أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه، فإن عدم وصول حقّه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف.

فإن قلت: لا- دليل على كون الخارج من العمومات المذكوره معنوّناً بالعنوان المذكور، بل نقول: قد خرج من تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه وبين ما لم ينطبق على المدفوع، فإذا شكّ في ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكوره.

قلت: السبب في الخيار وسلطنه المشتري على فسخ العقد وعدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجيه منطبقه على ما وقع العقد عليه. وبعبارة أخرى: هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، الشرح:

وصول حق المشتري إليه يراد به ما ذكر، ويرجع إلى أصاله عدم التزام المشتري بتملك ما يدعى تغيره ليجب عليه الوفاء بما التزم.

لا- يقال: لم يعلم أن الخارج من تلك العمومات معنون بالعنوان المزبور ليكون مقتضى الأصل إخراج الفرد المشكوك عن عموم المستثنى منه ودخوله في المستثنى، بل نقول: الخارج منها المال الذي وقعت المعامله بينه وبين ما لا ينطبق على المدفوع، والأصل عدم وقوع المعامله على ما لا ينطبق، وبذلك يثبت بقاء الثمن المفروض في المستثنى منه.

فإنه يقال: أصاله عدم وقوع المعامله على ما لا ينطبق على الموجود خارجاً لا يثبت وقوعها على ما ينطبق وكون أداء العين أداءً لما وقع عليه العقد ووفاءً له، وهذا الانطباق والدفع موضوع لزوم العقد وعدمهما موضوع الخيار.



لا وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجيه. كما أنّ السبب في لزوم العقد تحقّق مقتضاه: من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها إلى ملك المشتري. والأصل موافق للأوّل، ومخالف للثاني. مثلاً إذا وقع العقد على العين على أنّها سمينه فبانت مهزوله، فالموجب للخيار هو: أنّه لم ينتقل إليه في الخارج ما عُقد عليه وهو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإنّ ذلك لا يقتضى الجواز، وإنّما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجيه على متعلق العقد، ومن المعلوم أن عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك.

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: صحّ ما تقدّم: من أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه، وكذا صحّ ما في التذكرة: من أصاله عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتّى يجب الوفاء بما ألزم.

نعم، ما في المبسوط والسرائر والدروس: من أصاله بقاء يد المشتري [١] على الثمن، كأنّه لا يناسب أصاله اللزوم بل يناسب أصاله الجواز عند الشكّ في لزوم العقد كما يظهر من المختلف في باب السبق والرمايه. وسيأتى تحقيق الحال في باب الخيار.

الشرح:

[١] ولعل مراده (١) أصاله بقاء يد المشتري على الثمن الراجع إلى استصحاب بقاء أولويته عليه، فإنه قبل البيع كان أولى به والآن كذلك، ويتمسك بها عند الشك في لزوم العقد وجوازه ولو بالشبهه الحكميه، كما إذا شك في كون المعاطاه لازمه أو جائزه وكأن مقتضى الأصل عند هؤلاء عدم لزوم العقد في كل مورد، بخلاف الوجهين السابقين فإنهما يجتمعان مع الالتزام بأصاله لزوم العقد المستفاد من العمومات

ص: ١٦٨

---

١- (١) أي مراده قدس سره من الذي جاء في المبسوط ٢: ٧٧، والسرائر ٢: ٢٤٣، والدروس ٣: ١٩٩.

وأما دعوى ورود أصله عدم تغيّر [١] المبيع على الأصول المذكوره، لأنّ الشكّ فيها مسبّب عن الشكّ في تغيّر المبيع، فهي مدفوعه مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسيّمن قبل المشاهده فاختلف في زمان المشاهده، كما إذا علم بكونها سمينه وأنها صارت مهزوله، ولا يعلم أنها في زمان المشاهده كانت باقيه على السمن أو لا، فحينئذ مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهده، فالأصل تأخر التغيّر، لا عدمه الموجب للزوم العقد: بأنّ مرجع أصله عدم تغيّر المبيع الشرح:

المتقدمه. ويخرج مورد الاختلاف في تغيّر المبيع عن تلك العمومات بالوجهين المزبورين، باعتبار إدخالهما المفروض في المقام في عنوان المخصّص كما تقدم.

وبتعبير آخر: يختص الوجهان بمثل المزبوره في المقام، بخلاف أصله بقاء يد المشتري على الثمن فإنها تجرى في عقد شكّ في جوازه ولزومه ولو بالشبهه الحكميه، ولكن لا تصل النوبه إليها مع العمومات المتقدمه.

أقول: لا- يجرى الأصل المزبور في نفسه، فإنّ الأولويه المزبوره إن كانت بمعنى الملك فقد ارتفعت بالبيع قطعاً، وإن كانت بمعنى آخر فليست لها حاله سابقه كما لا يخفى.

[١] قد أجاب رحمه الله عما قيل من حكومه أصله عدم التغير على الأصول المقتضيه لجواز البيع في مفروض الكلام بوجهين.

الأول: أن أصله عدم التغيّر لا- تجرى فيما إذا اتفقا على كون الحيوان سميناً قبل المشاهده واختلفا في التغير حين المشاهده فادعى البائع حصوله حين المشاهده فلا خيار للمشتري، وقال المشتري حصوله بعدها فله الخيار، فإنه لا يجرى في الفرض أصله عدم التغير، بل الجارى أصله تأخر التغيّر عن زمان المشاهده المقتضيه لتقديم قول المشتري.

إلى عدم كونها حين المشاهده سمينه، ومن المعلوم: أنّ هذا بنفسه لا- يوجب لزوم العقد، نظير أصله عدم وقوع العقد على السمين. نعم، لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهده وتعلّق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، ولكنّ الاصول العدميه فى مجاريها لا- تثبت وجود أضدادها. هذا كلّ مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار. ولو ادّعى البائع الزيادة الموجبه لخيار البائع، فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشتري تقديم قول البائع، لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. وظاهر عبارته اللعنه تقديم قول المشتري هنا. ولم يعلم وجهه.

الشرح:

الثانى: أن أصله عدم التغير الراجع إلى عدم كون المبيع حين المشاهده سميناً لا- يثبت جريان البيع على الحيوان المهزول إلاّ بنحو الأصل المثبت. وتعبير آخر: أصله عدم كون الحيوان حين المشاهده سميناً كأصله عدم جريان البيع على الحيوان السمين، لا يفيد فى إثبات موضوع لزوم العقد، وهو جريان البيع على الحيوان المهزول.

أقول: لا يخفى أن مقتضى العمومات المتقدمه بضميمه أصله عدم اشتراط السمن فى الحيوان المبيع يثبت بقاء الثمن فى مدلول تلك العمومات، حيث إن الخارج عنها موارد ثبوت الخيار بالأصله أو الاشتراط، ولا يكون فى مفروض الكلام خيار بالأصله ومقتضى الأصل عدم اشتراطه.

وأما الأصول العمليه المتقدمه فلا- مجال لشيء منها فيما إذا كان المبيع عيناً خارجيه لجريان البيع على تلك العين على كل تقدير، وكونها عوضاً عن الثمن كذلك واشتراط وصف مفقود مدفوع بالأصل كما مرّ، وبهذا يظهر الحال فيما إذا اختلفا فى العين الخارجيه فادّعى البائع تغيّرها بالزيادة فله الخيار وقال المشتري: لا زياده فيها، فإن مقتضى أصله عدم الاشتراط عدم الخيار للبائع كما لا يخفى.

ص: ١٧٠

[الفرع] الثاني: لو اتّفقا على التغيّر بعد المشاهدة [١] و وقوع العقد على الوصف المشاهد، واختلفا في تقدّم التغيّر على البيع ليثبت الخيار، وتأخّره عنه على وجه لا- يوجب الخيار، تعارض كلٌّ من أصاله عدم تقدّم البيع والتغيّر على صاحبه. وحيث إن مرجع الأصلين إلى أصاله عدم وقوع البيع حال السمن مثلاً، وأصاله بقاء السمن، وعدم وجود الهزال حال البيع والظاهر أنّه لا يترتب على شيء منهما الحكم بالجواز أو اللزوم، لأنّ اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه وانتقاله إلى المشتري، وأصاله بقاء السمن لا يثبت وصول السمين، كما أنّ أصاله عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه فالمرجع إلى أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه كما في المسألة السابقة، إلاّ- أنّ الفرق بينهما هو: أنّ الشكّ في وصول الحقّ هناك ناشٍ عن الشكّ في نفس الحقّ، وهنا ناشٍ عن الشكّ في وصول الحقّ المعلوم. وبعبارة أخرى: الشكّ هنا في وصول الحقّ، وهناك في حقيّه الواصل، ومقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم.

الشرح:

[١] تعلق البيع في الفرض بالعين الخارجيّه بوصف خاصّ متّفقٍ عليه بين المتبايعين واختلافهما في التغير إلى زمان البيع ليكون التغير المزبور موجباً للخيار للمشتري، أو حصوله بعد البيع بوجه لا يكون له خيار.

وذكر رحمه الله الموضوع للزوم العقد وصول العين بذلك الوصف إلى المشتري، بأن ينتقل إليه ذلك الوصف عند البيع، ومع الشكّ في هذا الوصول والانتقال يكون مقتضى الأصل عدمه، فينتفي موضوع لزوم العقد واستصحاب بقاء السمين إلى حال البيع لا يثبت وصول السمين إلى المشتري؛ لأن الوصول ليس أثراً شرعياً لبقاء السمين، كما أن استصحاب عدم جريان البيع إلى زمان فقد ذلك الوصف لا ينفى الوصول المزبور؛ لعدم كونه أثراً شرعياً أيضاً.

## الاختلاف في تقدّم التلف على البيع وتأخره عنه

ومن ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع، بأن اتّفقا على مشاهدته مهزولاً و وقوع العقد على المشاهد وحصل السمن، واختلفا في تقدّمه على البيع ليثبت الخيار للبائع، فافهم وتدبّر، فإنّ المقام لا يخلو عن إشكال واشتباه.

ولو وجد المبيع تالفاً [١] بعد القبض فيما يكفى في قبضه التخليه، واختلفا في الشرح:

أقول: قد تقدم أن تعلق البيع بالعين الموجوده فعلاً متفق عليه كما أن اشتراط الوصف الموجود زمان المشاهده أيضاً متفق عليه بينهما، ومعنى اشتراطه أنه لولم يكن في البين ذلك الوصف زمان البيع لكان للمشتري خيار الفسخ، واستصحاب بقاء الوصف إلى زمان البيع ينفي تحقق ما علق عليه الخيار فلا- خيار للمشتري، وهذا ليس من الأصل المثبت في شيء؛ لما تقدم من أن موضوع الخيار في الخيارات الجعليه للمتعاقدين يؤخذ على وفق جعل المتعاقدين.

وأما استصحاب عدم وصول حق المشتري إلى المشتري، فإن أريد به عدم انتقال العين الموجوده فعلاً- فهو متفق عليه بين المتعاقدين وأن العين على كل تقدير تعلق بها البيع، وإلا لكان فقد الوصف وانكشاف التغير موجباً لبطلان البيع كما في تخلف الأوصاف المقومه.

وإن أريد عدم الوصف المشروط زمان العقد فالمفروض أن استصحاب بقاء الوصف جار بلا معارض، وبهذا يظهر الحال فيما إذا ادعى البائع حصول التغير إلى زمان البيع بالزيادة فله خيار الفسخ، وقال المشتري بحصول الزيادة بعد البيع فلا خيار للبائع، وأنه يقدم مدعى اللزوم. فإن استصحاب بقاء الوصف المشاهد إلى زمان البيع ينفي تحقق ما عليه خيار البائع على ما تقدم، ولا يعارضه أصاله عدم وقوع البيع إلى زمان حصول الزيادة فإنها لا تثبت وقوعه في زمان حصولها كما لا يخفى.

[١] ولعل فرض كفايه التخليه في القبض لتصوير فرض الاختلاف في تقدم البيع

تقدّم التلف على البيع وتأخره، فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن، لأصالة عدم تأثير البيع. وقد يتوهم جريان أصالة صحه البيع هنا، للشك في بعض شروطه، وهو وجود المبيع.

وفيه: أنّ صحه العقد عباره عن كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعاً، فإذا فرضنا أنّه عقد على شيء معدوم في الواقع فلا تأثير له عقلاً. في تملك العين، لأنّ تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود، ولا على قصد تملكه بدلاً أو قيمته غير معقول. ومجرد إنشائه باللفظ لغو عرفاً، يقبح مع العلم دون الجهل الشرح:

على التلف وتأخره عنه بحيث يكون تأخره عن البيع موجباً لذهابه على المشتري، ولكن لو قلنا بعدم كفايتها فيمكن أيضاً فرض الاختلاف، كما إذا كان المبيع قبل البيع أمانة بيد المشتري فباعه البائع منه، ثم ظهر تلفه واختلفاً في تقدّمه على البيع وتأخره عنه. وعلى كل تقدير، فالأظهر تقديم قول المشتري وعلى البائع إثبات وقوع البيع قبل التلف، أخذاً بأصالة بقاء الثمن على ملك المشتري.

ودعوى أنه لا مجال للاستصحاب المزبور؛ لأن أصالة الصحه الجارية في البيع حاكمه عليه، لا يمكن المساعدة عليه؛ لأن أصالة الصحه الجارية في المعاملات تجرى فيما إذا أحرز تحقق المعامله وشك في تحقق ما يعتبر في إمضائها وأما إذا لم يحرز تحققها بأن شك في حصول المقوم لها أو في ولايه المنشأ لها فلا مورد لها ولا دليل على اعتبارها في إحرازهما. ومن الظاهر أن تملك المعدوم لا- بلحاظ وجوده ولا- بلحاظ تملكه بدلاً من المثل أو قيمه، أمر غير معتبر عند العقلاء؛ لأن البيع عندهم تملك الموجود بعوض.

وبتعبير آخر: إنّما تجرى أصالة الصحه بعد الفراغ عن أصل وجود المعامله، ونظير دعوى أصالة الصحه في المقام ما تقدم عن بعض فيما إذا باع الراهن الرهن بإذن

بالحال، فإذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم، لأن التمليك الحقيقي غير متحقق، والصورى وإن تحقق لكنه ليس بفساد، إذ اللغو فاسد عرفاً أى قبيح إذا صدر عن علم بالحال.

وبالجملة، الفاسد شرعاً الذى تنزه عنه فعل المسلم هو التمليك الحقيقي المقصود الذى لم يمضه الشارع. فافهم هذا، فإنه قد غفل عنه بعض فى مسأله الاختلاف فى تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع وتأخره عنه، حيث تمسك بأصالة صحه الرجوع عن الإذن، لأن الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسداً، لعدم مصادفته محلاً يؤثر فيه.

نعم، لو تحققت قابليته التأثير عقلاً- وتحقق الإنشاء الحقيقي عرفاً ولو فيما إذا باع بلا- ثمن، أو باع ما هو غير مملوك كالخمر والخنزير وكالتالف شرعاً كالغريق والمسروق، أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمره المعدومه، أو قصد تملكه بدله مثلاً أو قيمه، كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو، أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك فى بدله تحققت مورد الصحه والفساد، فإذا حكم بفساد شىء من ذلك ثم شك فى أن العقد الخارجى منه أم من الصحيح، حمل على الصحيح.

مسأله: لا بد من اختبار الطعم واللون والرائحه فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، كما فى كل وصف يكون كذلك، إذ لا فرق فى توقف رفع الغرر على العلم، الشرح:

المرتهن ورجع المرتهن عن إذنه وشك فى تقدم البيع على الرجوع ليكون الرجوع لغواً؛ لعدم المورد له، أو تقدم الرجوع على البيع ليكون له مورد من إجراء أصاله الصحه فى الرجوع، ولكن كما تقدم أنه لا مجال لأصاله الصحه فى الرجوع مع عدم إحراز المورد له، لا سيما لو قيل بأصاله الصحه فى البيوع المقتضيه لانتهاه الرهن كما لا يخفى.

بين هذه الأوصاف وبين تقدير العوضين بالكيل والوزن والعد. ويغنى الوصف عن الاختبار فيما ينضبط من الأوصاف، دون ما لا ينضبط، كمقدار الطعم والرائحة واللون وكيفياتها، فإن ذلك ممّا لا يمكن ضبطه إلا باختبار شيء من جنسه، ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف، مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة، فيبيع منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف. وكذا الكلام في الطعم والرائحة لمن كان مسلوب الذائقه والشامه. نعم، لو لم يُرد من اختبار الأوصاف إلا استعمال صحته وفساده، جاز شراؤها بوصف الصحه، كما في الدبس والدهن مثلاً فإن المقصود من طعمهما ملاحظه عدم فسادهما. بخلاف بعض أنواع الفواكه والروائح التي تختلف قيمتها باختلاف طعمها ورائحتها، ولا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظه صحتها وفسادها.

وإطلاق كلمات الأصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته بالوصف محمول على ما إذا أريد الأوصاف التي لها مدخل في الصحه، لا الزائده على الصحه التي يختلف بها قيمه، بقرينه تعرّضهم بعد هذا لبيان جواز شرائها من دون اختبار ولا وصف، بناء على أصاله الصحه.

وكيف كان، فقد قوى في السرائر عدم الجواز أخيراً بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف، وفاقاً للمشهور المدعى عليه الاجماع في الغنيه. قال: يمكن أن يقال: إنّ بيع العين المشاهده المرثيه لا يجوز أن يكون بالوصف، لأنه غير غائب فيباع مع خيار الرؤيه بالوصف، فإذا لا بد من شمّه وذوقه، لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف، وهذا قوى، انتهى.

ويضعفه: أن المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر والغائب تحكماً. بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار ولا وصف، بناءً على أصاله الصحه، وفاقاً للفاضلين ومن تأخر عنهما، لأنه إذا كان



المفروض ملاحظه الوصف من جهة دوران الصحة معه، فذكره في الحقيقه يرجع إلى ذكر وصف الصحة، ومن المعلوم أنه غير معتبر في البيع إجماعاً، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. وأمّا روايه محمد بن العيص: «عن الرجل يشتري ما يذاق، أيدوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، ولا يذوق ما لا يشتري». فالسؤال فيها عن جواز الذوق، لا عن وجوبه. ثم إنه ربما نسب الخلاف في هذه المسأله إلى المفيد والقاضي وسالار وأبي الصلاح وابن حمزه. قال في المقنعه: كل شيء من المطعومات والمشموحات يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له كالأدهان المختبره بالشّم وصنوف الطيب والحلوات المذوقه فإنه لا يصح بيعه بغير اختباره، فإن ابتاع بغير اختبار كان البيع باطلاً، والمتبايعان فيه بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس، انتهى. وعن القاضي: أنه لا يجوز بيعه إلا بعد أن يختبر، فإن بيع من غير اختبار كان المشتري مخيراً في ردّه له على البائع. والمحكي عن سالار وأبي الصلاح وابن حمزه: إطلاق القول بعدم صحة البيع من غير اختبار في ما لا يفسده الاختبار من غير تعرّض لخيار للمتبايعين كالمفيد، أو للمشتري كالقاضي. ثم المحكي عن المفيد وسالار: أن ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة. وعن النهايه والكافي: أن بيعه جائز على شرط الصحة أو البراءة من العيوب. وعن القاضي: لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب. قال في محكي المختلف بعد ذكر عبارته القاضي: إن هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدين: إما الصحة أو البراءة من العيوب، وليس بجيد، بل الأولى انعقاد البيع، سواء شرط أحدهما أو خلا عنهما أو شرط العيب. والظاهر أنه إنما صار إلى الإيهام من عبارته الشيخين، حيث قالوا: إنه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة. ومقصودهما: أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز، لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة، انتهى.

أقول: ولعلّه لنكتته بيان أنّ مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد عبّر في القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله: «جاز بشرط الصحة»، لكن الإنصاف أنّ الظاهر من عبارتي المقنعه والنهائية ونحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد، كما يظهر بالتدبّر في عبارته المقنعه من أولها إلى آخرها، وعبارته النهائية هنا هي عبارته المقنعه بعينها، فلاحظ. وظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده، كما تقدم من الحلّي. فلا يكفي ذكر الأوصاف، فضلاً عن الاستغناء عنها بأصالة السلامه. ويدلّ عليه: أنّ هؤلاء اشترطوا في ظاهر عبارتهم المتقدّمه اشتراط الوصف أو السلامه من العيوب فيما يفسده الاختبار، وإن فهم في المختلف خلاف ذلك. لكن قدّمنا ما فيه. فينبغي أن يكون كلامهم في الأمور التي لا تنضبط خصوصيه طعمها وريحها بالوصف. والظاهر أنّ ذلك في غير الأوصاف التي يدور عليها السلامه من العيب، إلّا أنّ تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار كالشاهد على أنّ المراد بالأوصاف التي لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامه، كما أنّ مقابله وهو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض والبطيخ كذلك غالباً. ويؤيده حكم القاضي بخيار المشتري.

وكيف كان، فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا ينضبط بالأوصاف، فلا خلاف معهم ممّا ولا من الأصحاب. وإن كان مذهبهم موافقاً للحلّي بناءً على إرادته الأوصاف التي بها قوام السلامه من العيب، فقد عرفت أنه ضعيف في الغايه.

وإن كان مذهبهم عدم كفايه البناء على أصالة السلامه عن الاختبار والوصف وإن كان ذكر الوصف كافياً عن الاختبار، فقد عرفت: أنّ الظاهر من حالهم وحال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف الرجوعه إلى السلامه من العيوب في بيع الأعيان الشخصيه.

ويمكن أن يقال بعد منع جريان أصالة السلامه في الأعيان، لعدم الدليل

عليها، لا- من بناء العقلاء إلا- فيما إذا كان الشك في طرؤ المفسد، مع أنّ الكلام في كفايه أصاله السلامه عن ذكر الأوصاف أعم، ولا من الشرع، لعدم الدليل عليه : إنّ السلامه من العيب الخاص متى ما كانت مقصوده على جهه الركنيه للمال كالحلاوه في الدبس، والرئحه في الجلاب، والحموضه في الخلّ، وغير ذلك مما يذهب بذهابه معظم المائيه فلا بد في دفع الغرر من إحراز السلامه من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات، وحيث فرض عدم اعتبار أصاله السلامه، فلا بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها لأماره عرفيه مغنيه عن الاختبار والوصف. ومتى ما كانت مقصوده لا- على هذا الوجه لم يجب إحرازها. نعم، لمّا كان الإطلاق منصرفاً إلى الصحيح جاء الخيار عند تبين العيب، فالخيار من جهه الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النقد لا النسيئه، وانصراف إطلاق الملك في المبيع إلى غير مسلوب المنفعه مدّه يعتدّ بها، لا من جهه الاعتماد في إحراز الصحه والبناء عليها على أصاله السلامه.

وبعبارة أخرى: الشك في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجاربه ممّن لا تحيض في سنّ الحيض، ومثل هذا لا يعتبر إحراز السلامه عنه. وقد يستلزمه، ككون الجاربه خنثى وكون الدابّه لا تستطيع المشى أو الركوب والحمل عليها، وهذه ممّا يعتبر إحراز السلامه عنها، وحيث فرض عدم إحرازها بالأصل، فلا بدّ من الاختبار أو الوصف. هذا، ويؤيد ما ذكرنا من التفصيل: أنّ بعضهم كالمحقّق في النافع والعلامه في القواعد عنون المسأله بما كان المراد طعمه أو ريحه. هذا، ولكنّ الإنصاف أنّ مطلق العيب إذا التفت إليه المشتري وشكّ فيه، فلا بد في رفع الغرر من إحراز السلامه عنه إمّا بالاختبار، وإمّا بالوصف، وإمّا بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف إمّا لأجل الانصراف وإمّا لأصاله السلامه، من غير تفرقه بين العيوب أصلاً. فلا بدّ إمّا من كفايه الإطلاق في الكل، للأصل

والانصراف، وإما من عدم كفايته فى الكل، نظراً إلى أنه لا يندفع به الغرر إلا إذا حصل منه الوثوق، حتى أنه لو شك فى أن هذا العبد صحيح أو أنه أجزم لم يجر البناء على أصاله السلامه إذا لم يفد الوثوق، بل لا بد من الاختبار أو وصف كونه غير أجزم. وهذا وإن كان لا يخلو عن وجه، إلا أنه مخالف لما يستفاد من كلماتهم فى غير موضع: من عدم وجوب اختبار غير ما يرد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب وعدمها.

مسألة: يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار إجماعاً على الظاهر، والأقوى عدم اعتبار اشتراط الصحه فى العقد وكفايه الاعتماد على أصاله السلامه كما فيما لا يفسده الاختبار. خلافاً لظاهر جماعه تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحه أو البراءه من العيوب أو خصوص أحدهما. وقد عرفت تأويل العلامه فى المختلف لعبارتى المقنعه والنهائيه الظاهرتين فى ذلك وإرجاعهما إلى ما أراه من قوله فى القواعد: «جاز بيعه بشرط الصحه»: من أنه مع الصحه يمضى البيع، ولا معها يتخير المشتري. وعرفت أن هذا التأويل مخالف للظاهر، حتى أن قوله فى القواعد ظاهر فى اعتبار شرط الصحه، ولذا قال فى جامع المقاصد: وكما يجوز بيعه بشرط الصحه يجوز بيعه مطلقاً.

وكيف كان، فإذا تبين فساد المبيع، فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر ونحوه، فإن كان لفاسته قيمه كبيض النعامه والجوز تخير بين الردّ والأرش. ولو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعد الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفاً كالجوز الأجوف الذى لا يصلح إلا للإحراق فيحتمل قوياً بطلان البيع. وإن لم يكن لفاسته قيمه تبين بطلان البيع، لوقوعه على ما ليس بمتمول. وإن كان تبين الفساد بعد الكسر، ففي الأول يتعين الأرش خاصه، لمكان التصرف. ويظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم به فساد المبيع لم يسقط الرد، والمراد بالأرش:

تفاوت ما بين صحيحه وفساده الغير المكسور، لأن الكسر نقص حصل في يد المشتري. ومنه يعلم ثبوت الأرش أيضاً ولو لم يكن لمكسوره قيمه، لأن العبره في التمول بالفساد الغير المكسور، ولا عبره بخروجه بالكسر عن التمول. ويبطل البيع في الثاني أعنى ما لم يكن لفساده قيمه وفاقاً للمبسوط والسرائر، وظاهر من تأخر عنهما. وظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرح به الشيخ والحلى والعلامة في التذكرة، مستدلين بوقوعه على ما لا قيمه له، كالحشرات. وهو صريح جملة ممن تأخر عنهم وظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس، فإن ظاهره انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا من أصله، وجعل الثاني احتمالاً ونسبه إلى ظاهر الجماعة. ولم يعلم وجه ما اختاره، ولذا نسب في الروضه خلافه إلى الوضوح. وهو كذلك، فإن الفساد الواقعي إن لم يكن من الأموال الواقعيه كان العقد عليه فاسداً، لأن اشتراط تمول العوضين واقعي لا علمي. وإن كان من الأموال الواقعيه، فإن لم يكن بينه وبين الصحيح تفاوت في قيمه لم يكن هنا أرش ولا رد، بل كان البيع لازماً وقد تلف المبيع بعد قبضه. وإن كان بينه وبين الصحيح الواقعي تفاوت، فاللازم هو استرجاع نسبه تفاوت ما بين الصحيح والفساد من الثمن لا جميع الثمن. اللهم إلا أن يقال: إنه مال واقعي إلى حين تبين الفساد، فإذا سقط عن المالىه لأمر سابق على العقد وهو فساده واقعاً كان في ضمان البائع، فينسخ البيع حينئذ. بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ، فيجوز له الإمضاء فيكون المكسور ملكاً له وإن خرج عن المالىه بالكسر، وحيث إن خروجه عن المالىه لأمر سابق على العقد كان مضموناً على البائع، وتدارك هذا العيب أعنى فوات المالىه لا يكون إلا بدفع تمام الثمن. لكن سيجيء ما فيه من مخالفه القواعد والفتاوى.

وفيه: وضوح كون ماليتة عرفاً وشرعاً من حيث الظاهر، وأما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالىه الواقعيه من أول الأمر، مع أنه لو كان مالاً واقعاً فالعيب

حادث في ملك المشتري، فإن العلم مخرج له عن المايه، لا كاشف، فليس هذا عيباً مجهولاً، ولو سلم فهو كالأرمد يعمي بعد  
الاشترأ والمريض يموت، مع أن فوات المايه يعد تلفاً، لا عيباً.

ثم إن فائده الخلاف تظهر في ترتب آثار مالكيه المشتري الثمن إلى حين تبين الفساد. وعن الدروس واللمعه: أنها تظهر في  
مؤونه نقله عن الموضع الذي اشترأ فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع، وعلى الثاني على المشتري، لوقوعه في ملكه.  
وفي جامع المقاصد: الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها، لانتفاء المقتضى. وتبعه الشهيد الثاني، قال: لأنه نقله  
بغير أمره، فلا يتجه الرجوع عليه بها، وكون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع بما غرم، إنما يتجه مع الغرور، وهو  
منفئ هنا، لاشترأكهما في الجهل، انتهى. واعترض عليه: بأن الغرور لا يختص بصوره علم الغار. وهنا قول ثالث نفى عنه البعد  
بعض الأساطين، وهو: كونه على البائع على التقديرين. وهو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد.

هذا كله في مؤونه النقل من موضع الاشترأ إلى موضع الكسر. وأما مؤونه نقله من موضع الكسر لو وجب تفريغه منه لمطالبه  
مالكه أو لكونه مسجداً أو مشهداً فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكاً نظير حبه الحنطه، فالظاهر أنه على البائع على التقديرين،  
لأنه بعد الفسخ ملكه، وأما لو لم يكن قابلاً للتملك، فلا يبعد مؤاخذه المشتري به. وفي رجوعه على البائع ما تقدم في مؤونه نقله  
إلى موضع الكسر. ثم إن المحكي في الدروس عن الشيخ وأتباعه: أنه لو تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمه لمكسوره صح، قال:  
ويشكل: أنه أكل مال بالباطل. وتبعه الشهيد والمحقق الثانيان. وقد تصدى بعض لتوجيه صحه اشتراط البراءه بما حاصله: منع  
بطلان البيع وإن استحق المشتري مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب، فإن

الأرش غرامه أوجبها الشارع بسبب العيب، لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من المثلن، ولذا يسقط بالإسقاط، ولا يتعين على البائع الإعطاء من نفس الثمن، ويسقط بالتبري. وليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع، إذ المثلن متحقق على حسب معاملة العقلاء، ولم يعلم اعتبار أزيد من ذلك في صحة البيع، فمع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا النحو. نعم، لو لم يشترط استحق الرجوع بالأرش المستوعب. ولعله لذا لم يعبروا بالبطلان وإن ذكر المحقق وغيره الرجوع بالثلثن وفهم منه جماعه بطلان البيع. لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المايه وإن لم يكن له قيمه، وهو أعم من بطلان البيع، انتهى محصيه له. ولا يخفى فيه مواقع النظر، فإن المتعرضين للمسأله بين مصرح ببطلان البيع كالشيخ في المبسوط، والحلي في السرائر، والعلامة في التذكرة، معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمه له وبين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن، الظاهر في البطلان، فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان. ويكفي في ذلك ما تقدم من الدروس: من أن ظاهر الجماعه البطلان من أول الأمر، واختياره قدس سره الانفساخ من حيث تبيين الفساد. فعلم أن لا قول بالصحة مع الأرش، بل ظاهر العلامة رحمه الله في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين، حيث إنه بعد حكمه بفساد البيع، معللاً بوقوع العقد على ما لا قيمه له، وحكاية ذلك عن بعض الشافعية قال: وقال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العله، بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامه، وكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع، كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع. ويظهر فائده الخلاف في أن القشور الباقيه بمن تختص حتى يجب عليه تطهير الموضوع عنها، انتهى. هذا، مع أنه لا مجال للتأمل في البطلان، بناءً على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بماليه المبيع هنا شرعاً وعرفاً حكم ظاهري، وتمول العوضين واقعاً شرط واقعي لا علمي، ولذا لم يتأمل ذو مسكه في بطلان

بيع من بانّ حرّاً أو ما بانّ خمرّاً، وغير ذلك، إذ انكشف فقد العوض مشترك بينهما. ثم إنّ الجمع بين عدم خروجه عن المالىه، وبين عدم قيمه لمكسوره ممّا لم يفهم، فلعلّه أراد الملكيه. مضافاً إلى أنّ الأرش المستوعب للثمن لا يخلو تصوّره عن إشكال، لأنّ الأرش كما صرّحوا به تفاوت ما بين قيمتى الصحيح والمعيب.

نعم، ذكر العلامه فى التذكرة والتحرير والقواعد: أنّ المشتري للعبء الجانى عمداً، يتخيّر مع الجهل بين الفسخ فيستردّ الثمن، أو طلب الأرش، فإن استوعب الجنايه قيمه كان الأرش جميع الثمن أيضاً. وقد تصدّى جامع المقاصد لتوجيه عباره القواعد فى هذا المقام بما لا يخلو عن بُعد، فراجع.

وكيف كان، فلا أجد وجهاً لما ذكره. وأضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر: من منع حكم الشيخ وأتباعه بصحّه البيع، واشترط البائع على المشتري البراءه من العيوب، وزعم: أنّ معنى اشتراط البراءه فى كلامهم: اشتراط المشتري على البائع البراءه من العيوب، فيكون مرادفاً لاشتراط الصحه. وأنت خير بفساد ذلك بعد ملاحظه عباره الشيخ والأتباع، فإنّ كلامهم ظاهر أو صريح فى أنّ المراد براءه البائع من العيوب، لا المشتري. نعم، لم أجد فى كلام الشيخين والمحكّين عن غيرهما تعرّض لذكر هذا الشرط فى خصوص ما لا قيمه لمكسوره.

ثمّ إنّه ربما يستشكل فى جواز اشتراط البراءه من العيوب الغير المخرجه عن المالىه أيضاً بلزوم الغرر، فإنّ بيع ما لا يعلم صحته وفساده لا يجوز إلا بناءً على أصاله الصحه، فإذا اشترط البراءه كان بمنزله البيع من غير اعتدادٍ بوجود العيوب وعدمها. وقد صرّح العلامه وجماعه بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤيه فى العين الغائبه. وسيجىء توضيحه فى باب الخيارات إن شاء الله تعالى.

مسأله: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فأره. والفأر بالهمزه قيل: جمع فأره، كتمر وتمره. وعن النهايه: أنّه قد لا يهمز تخفيفاً. ومستند



الحكم: العمومات الغير المزاحمه بما يصلح للتخصيص، عدا توهم النجاسه المندفع فى باب النجاسات بالنص والإجماع، أو توهم جهالته، بناءً على ما تقدم من احتمال عدم العبره بأصالة الصحه فى دفع الغرر. ويندفع بما تقدم: من بناء العرف على الأصل فى نفى الفساد، وبناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار فى الأوصاف التى تدور معها الصحه.

لكنك خبير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد. وأما الغرر من جهه تفاوت أفراد الصحيح الذى لا يعلم إلا بالاختبار، فلا رافع له. نعم، قد روى فى التذكرة مرسلًا عن الصادق عليه السلام جواز بيعه. لكن لم يعلم إرادته ما فى الفأره.

وكيف كان، فإذا فرض أنه ليس له أوصاف خارجيه يعرف بها الوصف الذى له دخل فى قيمه، فالأحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيط فيها بإبره، ثم إخراجها وشمه. ثم لو شمه ولم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخلى عليه من جهه الفتق لو فرض حصوله فيه ولو بكونه جزءاً أخيراً لسبب النقص، بأن فتق قبله بإدخال الخيط والإبره مراراً؟ وجه مبنئ على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم، فالأولى أن يباشر البائع ذلك فيشم المشتري الخيط. ثم إن الظاهر من العلامه عدم جواز بيع اللؤلؤ فى الصدف، وهو كذلك. وصرح بعدم جواز بيع البيض فى بطن الدجاج للجهاله، وهو حسن إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر والصغر.

مسأله: لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول [١] بين ضم معلوم إليه وعدمه، الشرح:

[١] وحاصله: أنه إذا كان بيع شىء لكونه مجهولاً محكوماً بالبطلان، فلا يخرج ذلك البيع إلى الصحه بضم معلوم إليه وبيعهما معاً؛ لأن ضم معلوم إليه لا يخرج بيعه

لأنَّ ضمَّ المعلوم إليه لا- يخرجُه عن الجهالة فيكون المجموع مجهولاً- إذ لا يُعنى بالمجهول ما كان كل جزءٍ جزءٍ منه مجهولاً. ويتفرَّع على ذلك: أنه لا- يجوز بيع سمك الآجام ولو كان مملوكاً، لجهالته وإن ضمَّ إليه القصب أو غيره. ولا اللبن في الضرع ولو ضمَّ إليه ما يحلب منه، أو غيره، على المشهور كما في الروضة وعن الحدائق.

الشرح:

عن كونه غريباً، بل يكون البيع بالإضافة إلى المجموع محكوماً بالبطلان، باعتبار كون البيع بالإضافة إلى المجموع غريباً أو مجهولاً؛ لأن ما يكون بيعه محكوماً بالبطلان باعتبار جهالته لا يراد به جهاله كل جزء منه. ألا ترى أنه إذا بيع قطع غنم لا يعلم عدده ولا وصفه بمقدار من الثمن ولم يعلم ولم يشاهد المتعاقدان من القطيع إلا واحداً أو اثنين يكون البيع بالإضافة إلى القطيع غريباً ولا- ينفع مشاهدته الواحد أو الاثنين؟ وكذلك إذا اشترى مزرعه شاهد بعضها ولم يعلم أو يوصف الباقي يكون البيع المزبور محكوماً بالبطلان، وعلى ذلك فلا يفيد في بيع الصبره المجهوله مقدارها ضم مقدار معلوم إليها، أو في بيع السمك في الأجمه المجهول عدداً أو وصفاً مع ضم القصب ليكفي في بيعه المشاهده.

وربما يقال(1): إن بيع المجهول إنما يحكم ببطلانه فيما كان المجهول مقصوداً بالبيع استقلالاً أو كان المقصود بالبيع منضمّاً إلى المعلوم بحيث يكون متعلق البيع والمقصود تملكه هو المركب من المجهول والضميمه، وأما إذا كان المجهول يعدّ تابعاً للمبيع كأساس الجدار فلا تكون جهالته موجباً لبطلان البيع.

ص: ١٨٥

---

١- (١) القائلون هم العلامه في المختلف ٥: ٢٤٨ و ٢٥٤ [وحكاه عنه صاحب مفتاح الكرامه ٤: ٢٨٢]، وصاحب المقتصر: ١٦٧، واستحسنه الشهيد الثاني في الروضة البهيه ٣: ٢٨٢ والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ١١٠.

## الشرح:

وهذا على ما ذكر المصنف رحمه الله ليس تفصيلاً؛ لأن المانعين عن بيع المجهول ولو بالضميمه يريدون بيعه استقلالاً أو منضمّاً، وأما إذا كان بحيث يعد تابعاً فلا يضر، حيث لا يخلو بيع الشيء كالدار والثوب ونحوهما عن مثل هذه الجهاله.

هذا كله خلافاً للشيخ (١) وابن حمزه (٢) والإسكافي (٣) والقاضي (٤)، بل المنسوب إلى المشهور كما في «مفتاح الكرامه» (٥) صحه بيع المجهول مع الضميمه، واستدلوا على ذلك بعده من الروايات.

منها: مرسله البزنطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا كانت أجمه ليس فيها قصب أخرج شيئاً من السمك فيباع وما في الأجمه» (٦). وذكر المصنف رحمه الله أن وجود (سهل) في سندها كإرسالها سهل لا يضرّ باعتبارها، ولعل نظره رحمه الله إلى ما يقال في توثيق سهل من كثره رواياته التي تصدّى لنقلها أرباب الحديث كالكليني والصدوق والشيخ قدس سرهم، وقد يبلغ ما روي عنه ما بين الألفين والألفين وخمسئته حديث، وقد ورد عن المعصومين عليهم السلام؛ «اعرفوا منازل الرجال منا على قدر رواياتهم عنا» (٧). ومن كونه شيخ الإجازة ومن أن الشيخ قدس سره وثقه في رجاله.

ص: ١٨٦

١- (١) النهاية ٤٠٠ : ٤٠١.

٢- (٢) الوسيله ٢٤٦ .

٣- (٣) حكاة العلامه في المختلف ٥ : ٢٤٨ .

٤- (٤) حكاة العلامه في المختلف ٥ : ٢٤٧ .

٥- (٥) مفتاح الكرامه ٤ : ٢٨٢ .

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٤ ، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢ .

٧- (٧) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٤٩ ، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣٧ و ٤١ .

## الشرح:

ولكن لا يخفى ما فى الوجوه، فإن كثرة الروايه بمجردھا لا تقتضى وثاقه الراوى حتى مع تصدى أرباب الحديث لنقلھا؛ لأن غايه ما يمكن أن يقال فى حق أرباب الحديث أن شأنهم نقل الروايات التى يصلح الاعتماد عليها ولو بعد اعتضاها بروايه أو روايات أخرى.

وما ورد فى أن كثرة الروايه طريق لمعرفة منزله الراوى ضعيف سنداً، وظاهره أن كثرة الروايه بوجه معتبر تكون طريقاً إلى جلاله الرجل ومحافظة على دينه لا مجرد كثرة الروايه ولولم تكن بذلك الوجه، وكذلك لا دلالة لكون الشخص من مشايخ الإجازة على وثاقته، حيث يكون تحمل الروايه بقراءه الشيخ أو القراءه على الشيخ أو وجدانه فى نسخه منسوب إلى شخص والإجازة تحتاج إليها فى القسم الثالث، فإنه يمكن معها أن ينسب الراوى إليه كما لا يخفى.

وأما توثيق الشيخ قدس سره فى رجاله (١) فهو سهو من قلمه الشريف أو من السّاخ، حيث لم يذكر التوثيق فى موضع آخر من رجاله، بل ذكر فى فهرسته (٢) أنه عند نقاد الحديث ضعيف، وكيف ما كان فقد ضعف الرجل النجاشى (٣) وغيره (٤) واستثناء ابن الوليد من روايات محمد بن أحمد بن يحيى (٥)، ولولم يكن تضعيفه ثابتاً فلا أقل من عدم ثبوت توثيقه، خصوصاً بملاحظه ما فعل فى حقه أحمد بن محمد بن عيسى

ص: ١٨٧

١- (١) رجال الطوسى : ٣٨٧ / ٥٦٩٩ .

٢- (٢) الفهرست : ١٤٢ / ٣٣٩ .

٣- (٣) رجال النجاشى : ١٨٥ / ٤٩ .

٤- (٤) رجال ابن داود : ٢٤٩ / ٢٢٩ .

٥- (٥) رجال النجاشى : ٣٤٨ / ٤٣٩ ، وراجع معجم رجال الحديث ٩ : ٣٥٥ ٣٥٦ .

## الشرح:

الأشعري من إخراجهم من (قم) إلى (رى) والنهي عن الاستماع إلى حديثه (١). فإن هذا الفعل وإن لا يكون حجة على ضعفه في الحديث كما فعل ذلك في حق أحمد بن أبي عبدالله البرقي، إلا أنه لا يخلو عن تأييد ضعفه.

والوجه في عدم كون الإرسال مضرراً لما ذكر الشيخ قدس سره في «العدة» (٢) في حق جماعه، منهم ابن أبي عمير والبرزنطي، من أنهم لا يروون ولا يرسلون إلا عن ثقة، ولكن قد تقدم في التكلم في مراسيل ابن أبي عمير أنه لا يمكن الاعتماد على المراسيل أولاً؛ لأن كلام الشيخ قدس سره اجتهاد في القول المنقول في حق أصحاب الإجماع.

وثانياً: أنه قد علم روايه هؤلاء عن بعض الضعفاء كما يظهر ذلك لمن لاحظ أسناد الروايات، وعلى ذلك فمن المحتمل أن يكون المرسل عنه في الحديث المفروض في المقام ذلك الراوي الضعيف.

ومنها: موثقه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب» (٣)، والمصنف وإن عبر عن هذه بالرواية، إلا أنها موثقه؛ لأن الشيخ رواها بسنده عن حسن بن محمد بن سماعه، ومحمد بن زياد في سندها هو محمد بن حسن بن زياد العطار الكوفي ثقة يروي عنه ابن سماعه فلاحظ. وأما دلالتها على المقام، فإن المراد في بيع الآجام هو بيع سمكها مع ضميمة القصب الموجود فيها بقرينه ما تقدم وما يأتي، مثل روايه أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام «في شراء الأجمه ليس فيها قصب إنما هي ماء، قال: تصيد كفاً من سمك، تقول: أشتري منك هذا السمك

ص: ١٨٨

١- (١) انظر رجال النجاشي: ١٨٥ / ٤٩٠ .

٢- (٢) العدة في أصول الفقه ١: ١٥٤، الكلام في الأخبار الفصل الخامس .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٥، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٥، والتهذيب ٧: ١٢٦/٥٥٠ .

الشرح:

وما فى الأجمه بكذا وبكذا»(١).

ومنها: موثقه سماعه قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو فى الضرع؟ فقال: لا، إلا أن يحلب لك منه اسكرجه فيقول: اشتر منى هذا اللبن الذى فى السكرجه وما فى ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى السكرجه»(٢). وعلى ذلك يحمل صحيحه عيص ابن القاسم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام «عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع أو شىء منها»(٣)، بناءً على أن المراد منها بيع اللبن فى الضرع تماماً أو بعضه فى الضرع وبعضه مخلوباً. وفى الصحيح إلى ابن محبوب عن إبراهيم أبى زياد الكرخى قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مئه نعجه وما فى بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ فقال: لا بأس بذلك، إن لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف»(٤). وفى موثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبدالله عليه السلام «فى الرجل يتقبل بجزيه رؤوس الرجال وبخارج النخل والآجام والطيور وهو لا- يدري لعله لا- يكون من هذا شىء أبداً، أو يكون، أيشتره وفى أى زمان يشتريه ويتقبل منه؟ قال: إذا علمت أن من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به»(٥). وظاهر هذه الموثقه كما قبلها وكموثقه سماعه المتقدمه أن الضميمة تصحح البيع فيما إذا كان المجهول غير معلوم

ص: ١٨٩

١- (١) المصدر السابق: الحديث ٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

٣- (٣) المصدر السابق: الحديث الأول.

٤- (٤) المصدر السابق: ٣٥١ ٣٥٢، الباب ١٠، الحديث الأول .

٥- (٥) المصدر السابق: ٣٥٥، الباب ١٢، الحديث ٤ .

## الشرح:

الحصول أصلاً، لا أن الضميمة المعلوم مقدارها تصحح بيع المجهول مقداره، فإن المحلوب في الاسكرجه بنفسه مجهول مقداره وكذلك الضميمة المعلوم إدراكها في المذكورات في موثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمي.

والضميمة المذكوره في روايه إبراهيم الكرخي وهي الصوف على ظهور الغنم في نفسه غير جائز البيع، فكيف يصحح بيع ما في بطون الغنم؟

وعن بعض جواز بيع الصوف على ظهور الغنم ولكن مع منعه عن ضم ما في بطنه إلى بيعه، فظاهر الروايه غير معمول به عند أحد، وكذلك الحال في الضميمة المذكوره في روايتي أبي بصير والبنظي فإن الكف من السمك في نفسه غير جائز البيع، حيث إن السمك من الموزون؛ ولذا يجري فيه ربا المعاوضه فكيف تصحح البيع؟ ولو قيل بكفايه المشاهده في بيع السمك في الأجمه فهو باعتبار عدم اعتبار الوزن في بيع الكثير من الشيء فيما لم يجعل له الميزان كزبر الحديد.

أقول: المتحصل من كلامه رحمه الله أن الضميمة المذكوره في بعض الروايات في نفسها غير جائز بيعها فكيف تصحح بيع المجهول، مع أن مدلولها تصحيح بيع المجهول حصوله لا مقداره، وظاهر بعضها الآخر كروايه الكرخي غير معمول به عند أحد، فلا يصح الاعتماد عليها في الحكم بصحة بيع المجهول مع الضميمة، ولكن لا يخفى عدم كون شيء مما ذكر موجباً لرفع اليد عن ظاهر الروايات وهو كون ضم ما يصح بيعه من المعلوم إلى المجهول موجباً لصحة البيع والضميمة وإن لا يوجب خروج البيع عن كونه غريباً، إلا أنه يتعين تخصيص ما دل على النهي عن بيع الغرر؛ لأن الروايات الواردة في المقام بالإضافة إلى ما دل على النهي عن بيع الغرر من قبيل الخاص إلى العام، وذلك فإن موثقه سماعه مثلاً ظاهره في أن حلب مقدار من اللبن

## الشرح:

فى الاسكرجه وضمه إلى ما فى ضرع الحيوان فى البيع يوجب صحته ولكن لا نظر لها إلى كيفية ضم ما فى الاسكرجه من كون ذلك بعد اعتبار كيل ذلك المحلوب وعدمه، بل فى مقام لزوم ضم الموجود الفعلى، ومقتضى ما دل على اعتبار الكيل فى بيع المكيل رعايه كيل ذلك المحلوب. وكذلك موثقه معاويه بن عمار ظاهرها أن ضم القصب إلى ما فى الأجمه فى البيع يوجب صحه البيع ولو مع احتمال أن لا يكون فى الأجمه سمك، وروايه أبى بصير ظاهرها أن ضم الموجود الفعلى وهو الكف من السمك يوجب صحه بيع ما فى الأجمه والسمك مطلقاً، لم يحرز كونه موزوناً، بل الظاهر أنه فى أطراف الشط والبحر يباع بالمشاهده، وكذا الحال فى الصوف على ظهر الغنم؛ ولذا يصح ضم ذلك الصوف إلى ما فى البطون من الحمل ويبيعها بصفقه، ودعوى أن ضم الصوف على الظهر إلى الحمل لم يلتزم به أحد مجازفه.

نعم، يبقى فى السنين أن المستفاد من هذه الروايات وما ورد فى بيع الآبق مع الضميمة وفى بيع الثمره مع ضم السنه الآتية أن الضميمة تصح البيع فى المجهول الذى لا يحرز حصوله لا المجهول الذى لم يحرز كنهه أو وصفه.

ولكن يمكن أن يقال بكفايه الروايات فى القول بجواز بيع المجهول مع الضميمة، سواء كان المجهول من قبيل مجهول الوجود أو مجهول الحصول أو المقدار أو الوصف، وذلك فإن ظاهر السؤال فى موثقه سماعه فرض اللبن فى الضرع ولو كان شراء اللبن فى الضرع محكوماً بالصحة باعتبار أن اللبن فى الضرع ليس من المكيل والموزون، بل من قبيل الثمره على الشجره، لكان على الإمام عليه السلام أن يجيب بالجواز ولو مع التأكيد على فرض السائل من اعتبار إحراز وجود اللبن فى الضرع. لكن قد ذكر عليه السلام فى الجواب: لا، إلا أن يحلب لك منه اسكرجه، وظهره اعتبار حلب بعضه



## الشرح:

وإجراء البيع على المحلوب وما فى الضرع. وقوله عليه السلام فيما بعد: «فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجه» تعرض لصوره نادره فى الفرض، وهى اتفاق عدم كون اللبن فى الضرع وكون المبيع مقدار المحلوب فقط، وأنه يصح البيع فى تلك أيضاً ويكون الثمن فى مقابل ذلك المحلوب، كما يدل على هذه الجبهه، أى كون الثمن فى مقابل الضميمة على تقدير عدم حصول المجهول ما فى روايه الكرخى من أنه إن لم يكن فى بطونها شىء كان رأس ماله فى الصوف.

وما فى موثقه سماعه عن أبى عبدالله عليه السلام «فى الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشىء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى منه» (١).

ومما ذكرنا يظهر أنه لا يمكن المساعدة على دعوى جواز بيع اللبن فى الضرع بلا ضميمة فيما إذا كان وجود اللبن فى الضرع محرزاً مع الكراهه، جمعاً بين صحيحه عيص بن القاسم المتقدمه، حيث ذكر عليه السلام فيها بعد السؤال «عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع أو شىء منها» (٢)، وبين موثقه سماعه المتقدمه التى ورد فيها: «لا، إلا أن يحلب لك منه اسكرجه». أو الحكم بالجواز من غير كراهه بحمل الموثقه على صوره عدم إحراز اللبن فى الضرع والصحيحه على صوره إحرازه، ووجه عدم المساعدة هو كون ظاهر الموثقه أيضاً إحراز وجود اللبن فى الضرع كما لا يخفى.

وأما المجهول وصفه، فيمكن استفادة جواز بيعه مع الضميمة من مثل موثقه معاويه بن عمار المتقدمه، حيث ذكر عليه السلام فيها: «لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها

ص: ١٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٣٥٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: ٣٤٨ ٣٤٩، الباب ٨، الحديث الأول.

## الشرح:

قصب»(١)، فإن من الظاهر ما فى الأجمه من السمك كما يكون مجهولاً من حيث المقدار كذلك يكون مجهولاً من حيث الوصف أيضاً؛ إذ للسمك أنواع مختلفه ويختلف قيمته بالصغر والكبر والأجمه الواحده تشتمل على السماك المختلفه نوعاً غالباً وبالصغر والكبر دائماً. ومما ذكرنا يظهر أن ما قيل فى وجه تصحيح المعامله بالضميمه فيما إذا كان الشىء مجهول الوصف أو الكم بالأولويه من أنه إذا حكم الشارع بصحه البيع فيما إذا كان بعض المبيع مجهول الوجود يكون البيع محكوماً بالصحه فى مجهول الوصف والكم بالفحوى لا يمكن المساعده عليه. فإن المراد بالصحه فيما إذا كان البعض مجهول الوجود ووقوع الثمن فى مقابل الضميمه وذلك المجهول على تقديره ووقوعه بتمامه فى مقابل الضميمه على تقدير عدمه، وهذا لا يجرى فى مجهول الوصف والعمده فى المقام ما ذكرنا.

نعم، يبقى فى اليبين دعوى أن تصحيح الضميمه يختص بموارد النصوص أو يعم كل مجهول من حيث الوجود أو المقدار أو الوصف، ولا- يبعد التعميم؛ لأن السمك أو اللبن أو الحمل أو العبد أو الثمره من موارد النصوص معرض للجهاله؛ ولذا وقع السؤال عنها والمتفاهم من الأجوبه الوارده فيها أن الضميمه علاج لبيع المجهول.

ولكن المستفاد من النصوص أن كل مبيع يكون النهى عن الغرر فيه مقتضياً لفساد بيعه؛ إما لعدم العلم بوجوده، أو بحصوله أو للجهل بأوصافه يكون بيعه مع الضميمه محكوماً بالصحه ويرفع اليد بها عن عموم النهى عن بيع الغرر(٢).

ص: ١٩٣

١- (١) المصدر السابق: ٣٥٥، الباب ١٢، الحديث ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٤٨ ، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ .

## الشرح:

وأما إذا كان الشيء مكياً أو موزوناً أو معدوداً بالفعل وأريد في التخلص عن كيله أو وزنه أو عدده بضم الضميمة إليه وبيعها بصفقه فهذا خارج عن مدلولها، فإن اللبن في الضرع أو السمك في الأجمه أو العبد الآبق أو الحمل في بطن الدابه لا يكون شيء منها من المكيل أو الموزون أو المعدود بالفعل؛ ولذا يجري البيع عليها عند العقلاء ولا يعدونها من المكيل أو الموزون أو المعدود. ولا تفيد الضميمة في التخلص عن بيعها بالكيل أو الوزن أو العدد أخذاً بإطلاق النهى (1) عن بيع المكيل أو الموزون أو المعدود من غير تعيين كيله أو وزنه أو عدده، فإن النهى المزبور يعم ما إذا كان بيعها مع ضميمة معلوم كيلها أم لا كما لا يخفى. هذا كله ما إذا بيع المجهول مع الضميمة بصفقه واحده، وأما إذا جرى البيع على الضميمة فقط واشترط في بيعها كون المجهول ملكاً للمشتري بلا عوض فيحكم بصحة البيع والشرط بناءً على ما هو الأظهر من أن الغرر في الشرط لا يبطل الشرط ولا البيع، إلا إذا كان موجباً للغرر في نفس البيع.

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله في أول كلامه من أن مقتضى الأدله أن بيع المجهول مع الضميمة بصفقه واحده يوجب بطلان البيع بتمامه فلا يمكن المساعده عليه، فإن مقتضى انحلال البيع نظير انحلاله فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك الحكم بصحة البيع بالإضافة إلى الضميمة والبطلان بالإضافة إلى المجهول، ويعلم طريق تقسيط الثمن المسمى لكل من المجهول والضميمة مما تقدم في طريق تقسيطه في بيع ما يقبل الملك وما لا يقبله بصفقه واحده، فتدبر.

ص: ١٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٤١، الباب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه .

وخصّ المنع جماعه بما إذا كان المجهول مقصوداً بالاستقلال أو منضماً إلى المعلوم، وجوّزوا بيعه إذا كان تابعاً للمعلوم، وهو المحكى عن المختلف وشرح الإرشاد لفخر الإسلام والمقتصر، واستحسنه المحقق والشهيد الثانيان. ولعل المانعين لا يريدون إلا ذلك، نظراً إلى أنّ جهاله التابع لا- توجب الغرر ولا صدق اسم «المجهول» على المبيع عرفاً حتى يندرج في إطلاق ما دلّ من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول، فإنّ أكثر المعلومات بعض أجزاءها مجهول. خلافاً للشيخ في النهاية وابن حمزه في الوسيه. والمحكى عن الإسكافي والقاضي، بل في مفتاح الكرامه: أنّ الحاصل من التتبع أنّ المشهور بين المتقدمين هو الصحه، بل عن الخلاف والغنيه: الإجماع في مسأله السمك. واختاره من المتأخرين المحقق الأردبيلي وصاحب الكفايه والمحدث العاملي والمحدث الكاشاني، وحكى عن ظاهر غايه المراد، وصريح حواشيه على القواعد. وحجّتهم على ذلك الأخبار المستفيضه الوارده في مسأله السمك واللبن وغيرهما. ففي مرسله البنزطى التى إرسالها، كوجود سهل فيها، سهل عن أبى عبدالله عليه السلام، قال: «إذا كانت أجمه ليس فيها قصب، أخرج شيئاً من سمك فباع وما فى الأجمه». وروايه معاويه بن عمّار عن أبى عبدالله عليه السلام: «لا- بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب». والمراد شراء ما فيها بقريه الروايه السابقه واللاحقه. وروايه أبى بصير عن أبى عبدالله عليه السلام فى شراء الأجمه ليس فيها قصب إنما هى ماء، قال: «تصيد كفاً من سمك تقول: اشتري منك هذا السمك وما فى هذه الأجمه بكذا وكذا». و موثقه سماعه عن أبى عبدالله عليه السلام كما فى الفقيه قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو فى الضرع؟ قال: لا، إلا أن يحلب سُكْرُجَه فيقول: اشترى منى هذا اللبن الذى فى السكرجه وما فى ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى السكرجه». وعليها تحمل صحيحه العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل له نَعْمٌ يبيع ألبانها

بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع أو شيء منها»، بناءً على أن المراد: بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه، أو بيع شيء منه محلوب في الخارج وما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه. وفي الصحيح إلى ابن محبوب، عن إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائه نعجه وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ قال: لا بأس، إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف». وموثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يتقبل بخراج الرجال وجزيه رؤوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصائد والسمك والطير، وهو لا يدري لعله لا يكون شيء من هذا أبداً أو يكون، أيشتره؟ وفي أي زمان يشتره ويتقبل به؟ قال عليه السلام: إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به».

وظاهر الأخيرين كموثقه سماعه أن الضميمة المعلومه إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا من حيث جهالته، فإن ما في السكرجه غير معلوم بالوزن والكيل، وكذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكوره في روايه الهاشمي. مع أن المشهور كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم، بل عن الخلاف عليه الإجماع. والقائلون بجوازه استدلوا بروايه الكرخي مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما في البطون إلى الأصواف. فتبين أن الروايه لم يقل أحد بظاهاها. ومثلها في الخروج عن مسأله ضم المعلوم إلى المجهول روايتا أبي بصير والبنظي، فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه، لكونه من الموزون، ولذا جعلوه من الربويّات، ولا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهده، لاحتمال أن لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه، كالذي لا يدخل في الوزن لكثرتة كزُبْرَه الحديد، بخلاف القليل منه. وأمّا روايه معاويه بن عمّار، فلا دلالة فيها على بيع السمك، إلا بقريته روايتي أبي بصير والبنظي اللتين عرفت حالهما، فتأمل. ثم

على تقدير الدلالة:

إن أريد انتزاع قاعده منها وهى جواز ضم المجهول إلى المعلوم وإن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلا حيله لجواز نقل المجهول فلا- دلالة فيها على ذلك، ولم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعده، بل المعلوم من بعضهم، بل كلهم خلافه، فإننا نعلم من فتاويهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شيء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم.

وإن أريد الاقتصار على مورد النصوص وهو بيع سمك الآجام، ولين الضرع، وما فى البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفه هذه النصوص للقاعده المجمع عليها بين الكل: من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً.

بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم [١] وأصله من العلامه: قال فى القواعد فى باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه وإن انضم إلى معلوم، ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً، انتهى. وارتضى هذا الشرح:

[١] حكى عن العلامه (١) التفصيل فى المجهول بأنه إذا كان مقصوداً بالبيع بطل، وإذا كان تابعاً فلا بأس به، بمعنى أنه يصح البيع ويدخل المجهول فى ملك المشتري ويقع الكلام فى المراد من التابع والمقصود بالبيع، واستظهر المصنف رحمه الله من كلماتهم أن مرادهم من التابع يختلف وهذا الاختلاف ينتهى إلى وجوه:

الأول: ما يظهر من «القواعد» (٢) و«التذكره» (٣) وغيرهما من أنه إذا كان المجهول

ص: ١٩٧

١- (١) القواعد ١ : ١٢٧ .

٢- (٢) القواعد ١ : ١٥٣ .

٣- (٣) التذكره ١ : ٤٩٩ و ٤٦٨ و ٤٩٣ .

التفصيل جماعه مَمَّن تأخَّر عنه، إلا أن مرادهم من «المقصود» و«التابع» غير واضح. والذي يظهر من مواضع من القواعد والتذكرة: أن مراده بالتابع: ما يشترط دخوله في البيع، وبالمقصود: ما كان جزءاً. قال في القواعد في باب الشرط في ضمن البيع: لو شرط أن الأمه حامل أو الدابه كذلك صح. أما لو باع الدابه وحملها أو الجاربه وحملها بطل، لأن كُـلَّ ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح جزءاً من المقصود، ويصحّ تابعاً، انتهى.

الشرح:

شرطاً في المبيع بحيث يدخل في ملك المشتري يحكم بصحة البيع وجهاله الشرط لا تضر بصحة البيع، بخلاف ما إذا جعل جزءاً من المبيع بأن يكون الثمن بإزاء المجموع من المعلوم والمجهول في مدلول الإيجاب والقبول، وعلى ذلك فلو باع العبد لا يدخل ماله في المبيع بناءً على تملكه المال. نعم، مع اشتراط دخوله في المبيع يدخل العبد في ملك المشتري مع ماله على النحو الذي كان مالاً للمال عند البائع. وأما إذا قيل بعدم جواز تملك العبد وجعل المال جزءاً من المبيع لاعتبر فيه شرائط البيع، ومنها معلوميته.

الثاني: ما عن «جامع المقاصد»<sup>(١)</sup> والمحكى عن الشهيد<sup>(٢)</sup> فإنه قد ذكر الأول في رد ما تقدم في بيان التابع أن عبارته العقد لا اعتبار بها، وأن ما قيل من أنه لو كان حمل الحيوان جزءاً من المبيع لكان باطلاً وإن جعل شرطاً صح غير صحيح، بل بيع الأم مع حملة محكوم بالصحة؛ لأن الحمل تابع شرطاً أو جزءاً، ولو باع العبد مع ماله يدخل ماله أيضاً في المبيع إن قلنا بأن العبد يملك، سواءً جعل جزءاً أو شرطاً، وإن قلنا بأنه

ص: ١٩٨

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٣٨٥ .

٢- (٢) اللعنه وشرحها (الروضه البهيه) ٣ : ٣١٣ .

## الشرح:

لا- يملك لا- يصح جعل المال في المبيع، إلا إذا كان معلوماً؛ لأنه ليس بتابع على هذا القول. والمتحصل من كلامه أن ما يُعدّ تابعاً عرفاً، بأن يكون الشيء محسوباً عرفاً من فروع المبيع كالحمل بالإضافة إلى الأم وإن لم يكن تملك الأصل مقتضياً لتملكه أيضاً يجوز لكونه مجهولاً سواء ذكر في العقد بصوره الاشتراط أو بصوره الجزء، وكل ما لا يكون كذلك فلا يجوز كونه مجهولاً سواء أتى بصوره الاشتراط أو بصوره الجزء، كما أنه لا- يفرق في كون الشيء تابعاً كما ذكر بين تعلق الغرض الشخصي من المتبايعين أو أحدهما بتمليكهما وتملكهما معاً في مقابل الثمن، أو كان غرضهما أو غرض أحدهما تمليك المتبوع وتملكه أو التابع، كما يتفق الأخير في شراء بعض أفراد الخيل، حيث يكون الغرض الأصلي تملك حمله.

الثالث: أن يكون كون الشيء تابعاً أم لا بقصد المتعاقدين نوعاً، وإذا كان الغرض الأصلي للمتعاقدين غالباً في تملك المجهول والمعلوم خصوص المعلوم، كما إذا كان الثمن في البيع بمقدار يشتري به المعلوم، فلا- تضر جهاله الآخر، سواء جعل جزءاً أو شرطاً، وإذا انعكس الأمر يحكم بطلان البيع من غير فرق بين جعل المجهول جزءاً أم شرطاً.

الرابع: أن يكون الميزان في كون الشيء تابعاً للغرض الأصلي للمتعاقدين بشخصهما، فإنه لو كان الغرض الأصلي لهما تمليك وتملك المجهول فيحكم بطلان البيع جعل جزءاً أو شرطاً وإذا انعكس الأمر يحكم بصحته.

الخامس: أن الميزان في كون الشيء تابعاً للغرض العقدي للمتعاقدين دون الغرض الأصلي الباطني، نظير ما قد يفعله المتعاقدان في التخلص عن المخاصمه المحتمل مستقبلاً في متاع لعارض من العوارض من إجرائهما البيع على متاع آخر



## الشرح:

لا- يحتمل النزاع فيه وجعل الآخر تابعا، ولكن لا يخفى أن مرجع هذا الوجه إلى الوجه الأول من ذكر المجهول في عبارته العقد شرطا فيكون تابعا.

ثم إنه رحمه الله قد ذكر عدم الفرق في بطلان البيع بضم المجهول من غير فرق بين كون الضم بنحو الجزئية أو الشرطية للغرر الحاصل بالجهالة. نعم، إذا كان المجهول تابعا عرفيا للمعلوم بنحو ما تقدم من إضافة البيع إلى المعلوم عرفا بحيث لا يعد المجهول أمرا آخر منضمًا إلى المبيع، بل من فروعاته، فإن أتى الفرع بصورة جزء المبيع في عقد البيع بطل للجهالة، وإذا أتى بطور الشرط فلا- يكون داخلا- في الغرر كما لا يكون داخلا في معقد الإجماع على كون المبيع معلوما. هذا في التابع الذي لا يدخل في ملك المشتري من غير جعله شرطا أو جزءا، وأما التابع الذي يدخل في المبيع وينتقل إلى المشتري ولو كان مغفولا عنه حين البيع ولم يذكر فيه جزء أو شرطا فالظاهر عدم كون جهالته مضرة بصحة البيع، إلا إذا أوجب جهاله ذلك التابع جهاله المتبوع، وهذا خارج عن محل الكلام في الضميمة؛ لأن الكلام فيها أن جهاله المجموع من الشيء والضميمة توجب بطلان البيع أو أن معلوميه الضميمة كافيته في صحته، وأما إذا كان المتبوع الذي جرى عليه البيع مجهولا بجهاله ساريه إليه من التابع فليس من موارد الكلام في المقام.

أقول: قد يذكر للتابع وجه آخر، وهو كون المجهول مذكورا في عبارته العقد بعد ذكر المعلوم أولاً، وعلى ذلك تحمل الروايات الواردة في ضم المعلوم إلى المجهول، ولكن لا يخفى فسادها؛ لأنه لا يفهم فرق في مدلول الكلام بين أن يذكر المعلوم أولاً، بأن يقول: «بعت ما في الاسكرجه من اللبن وما في الضرع بكذا»، أو يقال: «بعت ما في الضرع وفي الاسكرجه بكذا». أضف إلى ذلك ما ورد في بيع العبد الآبق من ذكر المجهول أولاً، وفي صحيحه رفاعه النحاس قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له:

## الشرح:

أيصلح أن أشتري من القوم الجارية الآبقة، وأعطيتهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها، إلا أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا، فنقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة، وهذا المتاع بكذا وكذا درهما، فإن ذلك جائز<sup>(١)</sup>. وظاهرها جواز جعل المجهول متبوعا في عبارة العقد.

وكيف كان، فقد تقدم أن الوجه الأول، وهو التفصيل بين ما إذا كان المجهول شرطا أو جزءا لا يصح في النصوص الواردة في الضميمة، فإن ظاهرها جواز جعل المجهول جزءا ولكنها لا تعم ما إذا كان المجهول من قبيل المكيل أو الموزون أو المعدود، ولو كان المجهول منها فلا بد من التفصيل بين جعل المجهول شرطا أو جزءا فيصح على الأول ويبطل البيع بالإضافة إلى المجهول على الثاني. وصحته على الأول مبني على ما هو الأظهر من أن الغرر في البيع موجب لبطلانه وأما الشرط فلا يبطل بالغرر، كما أن الشرط المزبور لخروجه عن البيع، حيث إنه تملك الشيء بالعوض، لا يوجب الغرر فيه.

وبتعبير آخر: ولو يكون الشرط من العقد فيعده أيضا وجوب الوفاء بالعقد، إلا أنه لا يدخل في البيع ومجرد كونه غرريا لا يوجب الغرر في البيع، فما ذكر المصنف رحمه الله من عدم الفرق بين جعل المجهول جزءا أو شرطا ضعيف غايته، بل لو قلنا بأن الغرر في الشرط يوجب بطلانه فالباطل هو الشرط فقط، ولا يسرى إلى البيع؛ لما يأتي في محله من أن بطلان الشرط لا يوجب بطلان أصل البيع. وهذا فيما إذا كان الشرط بمعنى المشروط أمرا آخر لا يرجع إلى خصوصية المبيع أو الثمن، كما هو الفرض في مسأله الضميمة.

ص: ٢٠١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٥٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

## الشرح:

وإذا كان الشرط بمعنى المشروط أمرا راجعا إلى خصوصيه في أحدهما فالشرط على تقدير كونه غوريا يبطل ويوجب بطلان أصل البيع أيضا، كما إذا باع المتاع بثمان واشترط أنه لا يسلمه إليه إلا في زمان شائه، فبطلان البيع في الفرض باعتبار كونه غوريا كما لا يخفى.

وأما كون الميزان في التابع الغرض النوعي من المتعاقدين بالمعنى المذكور في «المختلف»<sup>(١)</sup> من شراء المجموع بثمان يساوي الضميمة المعلومه فيحكم بصحته لعدم الغرر وشرائه بثمان يزيد عنه بمقدار يعتنى به فيحكم ببطلانه للغرر، فلا يمكن المساعده عليه؛ لأن الغرر يصدق على البيع في الفرض الأول أيضا ولو بالإضافة إلى البائع. وكذا الحال على احتمال الغرض الشخصي، فإن كون غرض المشتري تملك الضميمة فقط بإزاء الثمن لا يخرج البيع عن كونه غوريا عرفا، حيث إن الصدق عندهم لا يكون بملاك الغرض الشخصي من المتبايعين.

نعم، لو كانت قيمه السوقيه للشيء لا تختلف، سواءً أُحرزت جميع خصوصيات الشيء أو لم تحرز، كخصوصيه باطن الثوب، فلا يضّر الجهل به مع إحراز عنوان المبيع؛ ولذا يشتري الثوب ولا يدري أن بطانته قطن مصنوعى أو زراعى ويشترى الثوب ولا يدري أن مادته من النايلون أو القطن . . . إلى غير ذلك مما يتعارف الشراء في السوق من غير إحراز بعض الخصوصيات. ولا يدخل البيع بالجهل المزبور في عنوان الغرر ولو فيما فرض أن المشتري على تقدير علمه بواقع تلك الخصوصيه لم يقدم على شرائه، وهذا أمر آخر لا يرتبط بمسأله الضميمة.

ص: ٢٠٢

وفى باب ما يندرج فى المبيع قال: السادس: العبد، ولا يتناول ماله الذى ملكه مولاه، إلا أن يستثنيه المشتري إن قلنا: إن العبد يملك، فينتقل إلى المشتري مع العبد، وكان جعله للمشتري إبقاءً له على العبد، فيجوز أن يكون مجهولاً أو غائباً. أما إذا أحلنا تملكه وما معه صار جزءاً من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع، انتهى. وبمثل ذلك فى الفرق بين جعل المال شرطاً وبين جعله جزءاً صرح فى التذكرة فى فروع مسأله تملك العبد وعدمه، معللاً بكونه مع الشرط كماء الآبار وأخشاب السقوف. وقال فى التذكرة أيضاً فى باب شروط العوضين: لو باع الحمل مع أمه جاز إجماعاً. وفى موضع من باب الشروط فى العقد: لو قال: «بعتك هذه الدابه وحملها» لم يصح عندنا، لما تقدم من أن الحمل لا يصح جعله مستقلاً بالشراء ولا جزءاً. وقال أيضاً: ولو باع الحامل وشرط للمشتري الحمل صح، لأنه تابع، كأساس الحيوان وإن لم يصح ضمّه فى البيع مع الأم، للفرق بين الجزء والتابع. وقال فى موضع آخر: لو قال: «بعتك هذه الشياه وما فى ضرعها من اللبن»، لم يجز عندنا. وقال فى موضع آخر: لو باع دجاجة ذات بيضه وشرطها صح، وإن جعلها جزءاً من المبيع لم يصح. وهذه كلها صريحه فى عدم جواز ضمّ المجهول على وجه الجزئيه، من غير فرق بين تعلق الغرض الداعى بالمعلوم أو المجهول. وقد ذكر هذا، المحقق الثانى فى جامع المقاصد فى مسأله اشتراط دخول الزرع فى بيع الشرح:

فقد تحصل أن التابع العرفى الذى لا يندرج فى المبيع من غير أخذه جزءاً أو شرطاً لا بد من إحرازه مع أخذه فى المبيع جزءاً، ولا تضر الجهاله به فيما إذا أخذ شرطاً فإنه يزيد عن الشرط غير التابع، وأما التابع الذى يدخل فى المبيع من غير حاجه إلى ذكره فى العقد جزءاً أو شرطاً أم لا، كمفتاح الدار وبيض الدجاجة، فجهالته لا توجب صدق الغرر فى البيع أصلاً.

الأرض، قال: وما قد يوجد في بعض الكلام، من أن المجهول إن جعل جزءاً من المبيع لا يصح، وإن اشترط صحّ ونحو ذلك فليس بشئ، لأنّ العبارة لا أثر لها، والمشروط محسوب من جملة المبيع، ولأنّه لو باع الحمل والأمّ صحّ البيع ولا يتوقّف على بيعها واشترطه، انتهى. وهو الظاهر من الشهيدين في اللعنه والروضه حيث اشترط في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع. وقد صرح الشيخ في مسأله اشترط مال العبد باعتبار العلم بمقدار المال. وعن الشهيد: لو اشتراه وماله صحّ، ولم يشترط علمه ولا التفصي من الربا إن قلنا: إنّه يملك، وإن أحلنا ملكه اشترط. قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحه، لأنّه بمنزله الاشرط، ولا يضّر الجهاله، لأنّه تابع، انتهى. واختاره جامع المقاصد.

ثم «التابع» في كلام هؤلاء يحتمل أن يراد به: ما يعدّ في العرف تابعاً كالحمل مع الأمّ، واللبن مع الشاه، والبيض مع الدجاج، ومال العبد معه، والباغ في الدار، والقصر في البستان، ونحو ذلك ممّا نسب البيع عرفاً إلى المتبوع لا إليهما معاً، وإن فرض تعلق الغرض الشخصي بكليهما في بعض الأحيان، بل بالتابع خاصّه، كما قد يتفق في حمل بعض أفراد الخيل. وهذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات كما تقدّم عن الدروس وجامع المقاصد من صحّ بيع الأمّ وحملها، لأنّ الحمل تابع. قال في جامع المقاصد في شرح قوله المتقدّم في القواعد: «ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً»: إنّ إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابّه في بيع دابّه أخرى، إلّا أن يقال: التبعيّة إنما تتحقّق مع الامّ، لأنّه حينئذ بمنزله بعض أجزائها، ومثله زخرفه جدران البيت، انتهى. وفي التمثيل نظر، لخروج زخرفه الجدران من محل الكلام في المقام، إلّا أن يريد مثال الأجزاء، لا مثال التابع، لكن هذا ينافي ما تقدّم من اعتبارهم العلم في مال العبد وفقاً للشيخ قدس سره مع أنّ مال

العبد تابع عرفي، كما صرح به في المختلف في مسأله بيع العبد واشترط ماله.

ويحتمل أن يكون مرادهم: التابع بحسب قصد المتبايعين، وهو ما يكون المقصود بالبيع غيره وإن لم يكن تابعاً عرفياً كمن اشترى قصب الآجام وكان فيها قليل من السمك، أو اشترى سمك الآجام وكان فيها قليل من القصب، وهذا أيضاً قد يكون كذلك بحسب النوع، وقد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن أراد السمك القليل لأجل حاجه، لكن لم يتهيأ له شراؤه إلا في ضمن قصب الأجمه.

والأول هو الظاهر من مواضع من المختلف، منها: في بيع اللبن في الضرع مع المحلوب منه، حيث حمل روايه سماعه المتقدمه على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن ويصير أصلاً، والذي في الضرع تابعاً. وقال في مسأله بيع ما في بطون الأنعام مع الضميمه: والمعتمد أن نقول: إن كان الحمل تابعاً صح البيع، كما لو باعه الأم وحملها أو باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن وضم الحمل، فهذا لا بأس به، وإلا كان باطلاً.

وأما الاحتمال الثاني أعني مراعاة الغرض الشخصي للمتبايعين فلم نجد عليه شاهداً، إلا ثبوت الغرر على تقدير تعلق الغرض الشخصي بالمجهول، وانتفاءه على تقدير تعلقه بالمعلوم. ويمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى.

وربما احتمل بعض، بل استظهر أن مرادهم بكون المعلوم مقصوداً والمجهول تابعاً: كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما ولو لتصحيح البيع على أن المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذي هو وإن سُمي ضميمة لكنّه المقصود في تصحيح البيع، قال: ولا ينافيه كون المقصود بالنسبه إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمه بعد

ذلك في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض بإيقاع العقد على شيء معين معلوم لا نزاع فيه، وجعل ذلك من التوابع واللواحق لما عقد عليه البيع، فلا يقدح حصوله وعدم حصوله كما أومى إليه في ضميمه الآبق، وضميمه الثمر على الشجر، وضميمه ما في الضروع وما في الآجام، انتهى. ولا يخفى أنه لم توجد عبارته من عبارتهم تقبل هذا الحمل، إلا أن يريد ب«التابع» جعل المجهول شرطاً والمعلوم مشروطاً، فيريد ما تقدم عن القواعد والتذكرة، ولا أظن إرادته ذلك من كلامه، بقرينه استشهاده بأخبار الضميمة في الموارد المتفرقة.

والأوفق بالقواعد أن يقال: أما الشرط والجزاء، فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة.

وأما قصد المتبايعين بحسب الشخص، فالظاهر أنه غير مؤثر في الغرر وجوداً وعدمًا، لأن الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم: عدم مدخلية قصد المتبايعين في الموارد الشخصيّة، بل وكذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذي ذكره في المختلف: من كون قيمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع له وللمجهول.

وأما التابع العرفي، فالمجهول منه وإن خرج عن الغرر عرفاً، إلا أن المجهول منه جزءاً داخل ظاهراً في معقد الإجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقع على العلم بالمجموع. نعم، لو كان الشرط تابعاً عرفياً خرج عن بيع الغرر وعن معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوماً فيقتصر عليه. هذا كله في التابع من حيث جعل المتبايعين. وأما التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع وإن لم ينضم إليه حين العقد ولم يخطر ببال المتبايعين، فالظاهر عدم الخلاف والإشكال في عدم اعتبار العلم به، إلا إذا استلزم غرراً في نفس المبيع، إذ الكلام في مسأله الضميمة من حيث الغرر الحاصل في المجموع، لا السارى من المجهول إلى المعلوم، فافهم.

مسأله: يجوز أن يُندر لظرف ما يوزن مع ظرفه [١] مقدار يحتمل الزيادة والنقيصه على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة، بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الإجماع، قال فيما حكى عنه: نصّ الأصحاب على أنه يجوز الإنذار للظروف بما يحتمل الزيادة والنقيصه، فقد استثنى من المبيع أمر مجهول، واستثناء المجهول مبطل للبيع، إلا في هذه الصوره، فإنه لا يبطل إجماعاً، انتهى. والظاهر أن إطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع ولو من أول الأمر، بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع إلى هذا أيضاً. ثم إن الأقوال في تفصيل المسأله سته:

الشرح:

[١] المنسوب إلى الشهره أنه يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل زياده ذلك المقدار على الوزن الواقعي للظرف ونقيصته، وصرح الفخر رحمه الله (١) بالإجماع على ذلك، فإنه قال: نصّ الأصحاب على أنه يجوز الإنذار للظروف بما يحتمل الزيادة والنقيصه، وفرع على هذا الجواز بأنه قد استثنى من المبيع الأمر المجهول واستثناء المجهول من المبيع مبطل إلا في هذا المورد، ومراده من الاستثناء على ما ذكر المصنف رحمه الله إخراج الظرف عن متعلق البيع ابتداءً بإجراء البيع على المظروف من الأول، بأن يقول: «بعت السمن الذي في هذا لظرف بكذا». والاستثناء الحقيقي، أي المصطلح، وإن يكون كذلك، بمعنى أنه يخرج عن حكم العام ابتداءً إلا أن هذا الخروج بملاحظه ذكر الاستثناء في الكلام، ولو لم يذكر الاستثناء لشمّل الحكم المستثنى بحسب مدلول الكلام، كقوله: «أكرم العلماء إلا الفساق منهم»، بخلاف الاستثناء في المقام فإنه قد ذكر البيع في الكلام ابتداءً للمظروف فقط.

ثم إن في المسأله أقوالاً سته:

ص: ٢٠٧

١- (١) إيضاح الفوائد ١: ٤٣٣، وحكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٢٩٤.



الأول: جواز الإندار بشرطين: كون المنذر متعارف الإندار عند التجار، وعدم العلم بزياده ما يندره. وهو للنهائيه والوسيله وعن غيرهما.

الثاني: عطف النقيصه على الزيادة فى اعتبار عدم العلم بها. وهو للتحريم.

الثالث: اعتبار العاده مطلقاً ولو علم الزيادة أو النقيصه، ومع عدم العاده فيما يحتملها. وهو لظاهر اللمعه وصريح الروضه.

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة والنقيصه فيجوز مطلقاً، وما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضى.

الخامس: عطف العلم بالنقيصه على الزيادة، وهو للمحقق الثانى ناسباً له إلى كل من لم يذكر النقيصه.

الشرح:

الأول: أن المقدار المنذر يعتبر كونه متعارفاً عند تجاره وعدم العلم بزيادته على الوزن الواقعى للظرف (١).

الثانى: ما ذكر مع اعتبار عدم العلم بالنقيصه أيضاً (٢).

الثالث: اعتبار أحد الأمرين من اعتبار العاده وعدم العلم بالزيادة أو النقيصه (٣).

الرابع: جواز إندار المقدار المحتمل مطلقاً، أى تراضى به المتعاقدان أم لا، ولكن مع العلم بزيادته يعتبر تراضيهما (٤).

الخامس: ما ذكر مع اعتبار تراضيهما فى صورته العلم بالنقيصه.

ص: ٢٠٨

---

١- (١) قالها الشيخ فى النهائيه ١ : ٤٠ ، وابن حمزه فى الوسيله : ٢٤٦ ، وصاحب نهائيه الأحكام ٣ : ٥٣٦ ، والقواعد ١ : ١٢٩ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٢٩٤ .

٢- (٢) قالها العلامه فى التحرير ١ : ١٧٩ .

٣- (٣) راجع اللمعه وشرحها (الروضه البهيّه) ٣ : ٢٨٤ .

٤- (٤) راجع القواعد ١ : ١٢٩ ، والكفايه : ٩١ ، ونسبه فى مجمع الفائده (٨ : ١٩) إلى ظاهر الشرائع .

السادس: إناطه الحكم بالغرر.

ثم إن صورته المسأله: أن يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم أنه عشره أرتال، فإذا أريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض وقلنا بكفايه العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً، على ما هو مفروض المسأله ومعقد الإجماع المتقدم:

فتاره: يباع المظروف المذكور جملةً بكذا، وحينئذ فلا يحتاج إلى الإندار، لأن الثمن والمثمن معلومان بالفرض.

وأخرى: يباع على وجه التسعير بأن يقول: «بعته كل رطل بدرهم» فيجىء مسأله الإندار، للحاجه إلى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

الشرح:

السادس: أنه يعتبر أن لا يوجب الإندار الغرر في البيع (1)، كما إذا لم يحتمل زيادته أو نقيصته إلا بمقدار يسير يتسامح فيه، ثم إن الإندار للظرف قد يكون بعد إجراء البيع على المظروف، بأن يوزن المظروف مع ظرفه فيعلم وزنها معا وبعد ذلك يجرى البيع على المظروف بنحو الجملة، بأن يقول: «بعته السمن الذى فى هذا الظرف بكذا»، أو بنحو التسعير كما يقول: «بعته السمن الذى فى هذا الظرف بكل كيلو منه بكذا»، أو يحكم بصحة البيع فى فرض البيع بنحو الجملة للإجماع على كفايه إحراز وزن المبيع مع ظرفه على ما تقدم فى كلام الفخر ولا يحتاج إلى الإندار فى هذا لفرض. ويبقى الظرف فى ملك البائع فيما لو لم يشترط أو لم يهبه البائع للمشتري، والأمر فى فرض البيع بنحو التسعير أيضاً كذلك ولكن يحتاج تعيين الثمن الذى يستحقه البائع

ص: ٢٠٩

١- (١) يظهر ذلك من صاحب الجواهر ٢٢ : ٤٤٩، وكاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٩٧.

ويمكن أن تحرّر المسألة على وجه آخر، وهو: أنه بعد ما علم وزن الظرف والمظروف، وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً فإندار أى مقدار للظرف يجعل وزن المظروف فى حكم المعلوم، وهل هو منوط بالمعتاد بين التجار، أو التراضى، أو بغير ذلك؟ فالكلام فى تعيين المقدار المندر لأجل إحراز شرط صحه بيع المظروف، بعد قيام الإجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير أو بإخبار البائع. وإلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين، حيث أناط المقدار المندر بما الشرح:

على المشتري إلى الإندار، وقد يكون الإندار قبل البيع بأن يحرز وزن المظروف فى نفسه بالإندار أولاً ثم يجرى البيع على المظروف المحرز وزنه بالإندار، ويحكم بصحه هذا البيع أيضا للإجماع على أنه لا يعتبر وزن المبيع فى الفرض بغير الإندار من إخبار البائع أو وزن المظروف مستقلاً.

واستظهر المصنف رحمه الله من أصحاب الأقوال المتقدمه اختلافهم فى تحرير المسألة وأن بعضهم قد حررها لتعيين وزن المظروف ليجرى البيع عليه بعد ذلك؛ لذا اعتبر أن لا يكون الإندار بحيث يوجب الغرر فى البيع، واعترض على من ذكر جواز الإندار بما يعلم زيادته أو نقيصته مع التراضى بأن التراضى لا يوجب صحه البيع الغررى، ومع إندار المقدار المعلوم زيادته أو نقيصته يكون البيع غررياً.

ويمكن استظهار هذا الوجه، أى كون الإندار موجبا لإحراز وزن المبيع ليجرى البيع عليه بعد ذلك، من الكلام المتقدم فى صدر المسألة عن الفخر، ووجه الاستظهار أن الفخر قدس سره قد فرع جواز استثناء المجهول عن المبيع، أى جواز إجراء البيع ابتداءً على المظروف المجهول وزنه الواقعى للجهل بوزن ظرفه على جواز الإندار، فيكون جواز الإندار موجبا لصحه البيع. بخلاف فرض تحرير المسألة بحيث يكون الاحتياج إلى الإندار بعد بيع المظروف على وجه التسعير، فإنه عليه يكون جواز الإندار متفرعا على

لا يحصل معه غرر، واعترض على ما فى القواعد ومثلها: من اعتبار التراضى فى جواز إندار ما يعلم زيادته بأن التراضى لا يدفع غرراً ولا يصح عقداً. وتبعه فى ذلك بعض أتباعه. ويمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارته الفخر المتقدمه حيث فرغ استثناء المجهول من المبيع على جواز الإندار، إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا على جواز إندار مقدار معين، إذ الإندار حينئذ لتعيين الثمن، فتأمل.

وكيف كان، فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقيين، فإن جماعه منهم كما عرفت من الفاضلين وغيرهما خصوا اعتبار التراضى بصوره العلم بالمخالفه [١] الشرح:

جواز بيع المظروف المجهول وزنه الواقعى بنحو التسعير، ويحرز بالإندار جملة الثمن الذى يستحقه البائع على المشتري.

[١] قد استظهر رحمه الله من كلام من اعتبر التراضى فى جواز الإندار مع العلم بزيادة المقدار المندر على الوزن الواقعى للظرف أو نقيصته عنه أن هذا القائل قد فرض الإندار بعد بيع المظروف الموزون مع ظرفه على وجه التسعير لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، ووجه الاستظهار أن الإندار لو كان لتعيين وزن المظروف ليجرى عليه البيع بعده فاللزام تراضى المتبايعين فى إجراء البيع على المظروف المعلوم وزنه بالإندار، سواء كان المقدار المندر محتمل الزيادة والنقيصه أو معلوم الزيادة أو النقيصه؛ إذ لا معنى لصحة البيع بدون تراضى المتبايعين. وأما إذا كان الإندار بعد وزن المظروف مع ظرفه وإجراء البيع على المظروف على وجه التسعير لكان للتفصيل المزبور وجه، حيث إن مع احتمال الزيادة والنقيصه لا يعلم المشتري باستحقاق البائع بأزيد مما يأخذه منه بعنوان الثمن فلا موجب لتراضيهما.

وأما إذا علم بزيادة المقدار المندر فقد يأخذ البائع من المشتري بأزيد من الثمن

فلو كان الإندار لإحراز وزن المبيع وتصحيح العقد لكان معتبراً مطلقاً، إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بضمن مخصوص من دون تراض. وقد صرح المحقق والشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضى مع العلم بالزيادة أو النقصه بأن في الإندار من دون التراضى تضييعاً لمال أحدهما. ولا يخفى أنه لو كان اعتبار الشرح:

الذى يستحقه، كما أنه إذا علم نقيصته عن وزنه الواقعى يأخذ البائع أقل مما يستحق ويكون أخذ الزيادة أو النقصه من قبيل التمليك المجانى فيعتبر تراضيهما. ولا وجه في فرض الإندار بعد بيع المظروف على وجه التسعير للإيراد على اعتبار التراضى بأن التراضى لا يدفع الغرر عن البيع، ووجه عدم الإيراد أن البيع قد وقع على المظروف قبل الإندار، ولو كانت معلوميه وزنه مع الظرف غير رافع للغرر عن البيع تكون صحه البيع المزبور بالإجماع أو الروايه مقتضيه لتخصيص النهى عن بيع الغرر.

وبذلك يظهر أنه على تقدير كون الإندار بعد إجراء البيع على المظروف الموزون مع ظرفه يكون ذكر الإندار في مسأله تعيين العوضين باعتبار أن جواز البيع كذلك تخصيص فيما دل على اعتبار الوزن المستقل فى المبيع الموزون.

ويظهر أيضاً كون الإندار لتعيين استحقاق البائع من الثمن على المشتري فى فرض بيع المظروف على وجه التسعير من كلام الأردبيلي قدس سره (١)، حيث ذكر فى أول كلامه فى عنوان المسأله أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً، فإن التعبير ب(ثم) الظاهره فى التراخى مقتضاه فرض الإندار لتعيين مقدار الثمن للمظروف المبيع على وجه التسعير.

ونظير ذلك كلام «الحدائق» (٢) وإن كان ما ذكره من كون الإندار حقاً للمشتري

ص: ٢١٢

١- (١) مجمع الفائدة ٨: ١٩٠ .

٢- (٢) الحدائق ٨: ٤٩٤ .

الإندار قبل العقد لتصحيحه لم يتحقق تضييع المال، لأنَّ الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف، سواء فرض زائداً أو ناقصاً. هذا، مع أنه إذا فرض كون استقرار العاده على إندار مقدار معين يحتمل الزيادة والنقيصه، فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقيناً لا يوجب غرراً، بل يكون كاشتراط زياده مقدار على المقدار الشرح:

ضعيفاً؛ لأن الإندار لتعيين حق البائع على المشتري لا أنه حق للمشتري، وعليه فيعتبر عدم العلم بالنقيصه كالزياده كما لا يخفى.

أقول: ما ذكر المصنف رحمه الله من أنه لو كان الإندار لإحراز وزن المظروف الذى يجرى عليه البيع بعد ذلك لأعتبر التراضى مطلقاً ولم يختص بصوره العلم بالزياده أو النقيصه، لا- يمكن المساعده عليه؛ لأن الإندار فى هذا الفرض طريق لإحراز وزن المبيع، ومن الظاهر اعتبار الشىء طريقاً مع العلم بمخالفته للواقع غير معقول ولا يصححه تراضى المتعاقدين، وعلى ذلك فلا وجه لاعتبار التراضى فى إحراز وزن المبيع، بل لابد من تخصيص اعتبار الإندار بما احتتمل أن يكون المقدار المندر مساوياً للوزن الواقعى للظرف رضى به المتعاقدان أم لا.

وأيضاً لا يخفى أن مقتضى القاعده الأوليه عدم جواز بيع المظروف الموزون مع ظرفه من غير إحراز وزن المظروف منفرداً، إلا مع ثبوت أن القسطاس المستقيم فى بيع المظروف الذى يتعارف بيعه فى ظرفه هو وزن المجموع على ما جرت عليه السيره التى لا يحتمل حدوثها بعد زمان الشارع.

وعلى ذلك، فلو كان الإندار قبل البيع لإحراز وزن المظروف منفرداً كان مشروطاً باحتمال تساويه مع وزن الظرف وإن كان بعد البيع لتعيين الثمن فى المبيع على وجه التسعير جاز، سواء علم بزيادته على الوزن الواقعى أم لا؛ لأنه فى فرض الزيادة يتضمن التملك المجانى فيعتبر فيه التراضى، وكذا الحال فيما علم نقصانه على

المعلوم غير قادح في صحه البيع. مثلاً: لو كان المجموع عشره أرتال وكان المعتاد إسقاط رطل للظرف، فإذا تراضيا على أن يُندَر للظرف رطلان فكأنه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلاً. ولو تراضيا على إندار نصف رطل فقد اشترط المشتري جَعْلَ ثمن تسعه أرتال ونصف ثَمناً للتسعه، فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضى في إندار ما علم زيادته أو نقيصته: بأن التراضى لا يدفع غرراً ولا يصحح عقداً.

الشرح:

ما تقدم. والحاصل: الظاهر ثبوت السيره على الإندار في كلا المقامين، ولكن الإندار في مقام إحراز وزن المبيع قبل البيع مشروط باحتمال تساوى المقدار المندر معه الوزن الواقعى للظرف، وفي الإندار بعد البيع يجوز مطلقاً ولكن مع التراضى في صورته العلم بالزيادة أو النقصان.

بقى للإندار صورته ثالثة، وهى ما إذا بيع المظروف باشتراط الوزن المعين، ثم فى مقام القبض يوزن مع ظرفه ويسقط لمكان الظروف مقدار من الوزن، ولا- إشكال فى جواز البيع فى الفرض؛ لأن المعبر فى البيع ليس خصوص الكيل الخارجى أو الوزن فعلاً، بل يكفى اشتراط الكيل المعين أو الوزن المعين، وبهذا الاشتراط يخرج بيعه عن الجزاف؛ ولذا يصح بيع المكيل أو الوزن بنحو الكلى على العهد أو فى المعين. وعلى ذلك، فلو كان وزن المبيع مع ظرفه وإندار المقدار المعين معلوماً ولو بالتعارف صح البيع؛ لأن شراء المال مع التعارف المزبور بمنزله اشتراط القبض المزبور، سواء كان المقدار المتعارف محتمل الزيادة والنقصان أو علم أحدهما، والجواز المزبور لا يحتاج إلى التشبث بالسيره أو بذيل الإجماع أو الرواية، بل هو مقتضى القواعد الأولى كما لا يخفى.

بقى فى المقام أمر، وهو أن الإندار للظروف وإن يعتبر طريقاً إلى تعيين وزن

وكيف كان، فالأظهر هو الوجه الأوّل، فيكون دخول هذه المسألة في فروع مسأله تعيين العوضين من حيث تجويز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول كما عنون المسأله بذلك في اللعنه، بل نسبه في الحدائق إليهم لا من حيث إندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد، والتواطؤ على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندار. وذكر المحقق الأردبيلي رحمه الله في تفسير عنوان المسأله: أنّ المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يُسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا- أزيد ولا- أنقص، بل وإن تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير يتساهل به عادة، ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع، انتهى. فظاهره الوجه الأوّل الذي ذكرنا، حيث جوّز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، وجعل الإندار لأجل تعيين الباقي الذي يجب عليه دفع ثمنه. وفي الحدائق في مقام الرد على من ألحق النقيصه بالزيادة في اعتبار عدم العلم بها قال: إنّ الإندار حق للمشتري، لأنه قد اشترى مثلاً مائة من السمن في هذه الظروف، فالواجب قيمه المائه المذكوره، وله إسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن، انتهى.

الشرح:

المظروف، سواءً وقع قبل البيع أو بعده لتعيين الثمن في المبتاع على وجه التسعير، أو كان للوفاء بالبيع المشروط فيه وزن خاص، ولكن لو انكشف الخلاف وكون المقدار المندر زائداً أو ناقصاً عن وزن الظرف لا يتدارك فيما كان مقدار التخلف متعارفاً؛ لأن مقتضى السيره المشار إليها كون الناقص أو الزائد على تقدير التخلف ملكاً للآخر مجاناً بالشرط الضمني في المعامله.

نعم، إذا كان التخلف بنحو غير متعارف فلا بد من تدارك الزائد على المتعارف باسترداد مقدار من الثمن أو المثل، هذا مع الغمض عن الروايات التي يأتي التعرض لها.

ص: ٢١٥



وهذا الكلام وإن كان مؤيداً لما استقر بناه في تحرير المسألة، إلا أن جعل الإندار حقاً للمشتري والتمثيل بما ذكره لا يخلو عن نظر، فإن المشتري لم يشتري مائه من السمن في هذه الظروف، لأن التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما في هذه الظروف مائه من لغو، بل المبيع في الحقيقة ما في هذه الظروف التي هي مع الظروف مائه من، فإن باعه بثمن معين فلا حاجة إلى الإندار، ولا حق للمشتري. وإن اشتراه على وجه التسعير بقوله: «كل من بكذا» فالإندار: إنما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمه المائه كما ذكره المحدث؟!

وقد علم مما ذكرنا: أن الإندار الذي هو عبارته عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن إنما هو لتعيين حق البائع، وليس حقاً للمشتري.

وأما الأخبار: فمنها موثقه حنان قال: «سمعت معمر الزيات قال لأبي عبدالله عليه السلام: إنا نشترى الزيت في زقاقه، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق؟ فقال له: إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه».

قيل: وظاهره عدم اعتبار التراضي [١].

الشرح:

[١] كان مراد القائل (١): إن ظاهر الموثقه (٢) عدم اعتبار التراضي فيما إذا كان مما يزيد وينقص، وأنه إذا كان المقدار المندر بما يزيد وينقص فيجوز ومع كونه يزيد ولا ينقص فلا يجوز، فتقع المعارضه بينها وبين روايه علي بن أبي حمزه (٣)، حيث ظاهرها اعتبار التراضي مع كون المندر مما يزيد وينقص، وكذا مع روايه «قرب

ص: ٢١٤

١- (١) القائل هو صاحب الجواهر ٢٢: ٤٤٨ .

٢- (٢) هي موثقه حنان، وسائل الشيعه ١٧: ٣٦٧، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧: ٣٦٦، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

أقول: المفروض في السؤال هو التراضي، لأنّ الحاسب هو البائع أو وكيله وهما مختاران، والمحسوب له هو المشتري.

والتحقيق: أنّ مورد السؤال صحّ الإندار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا- ثمن أو بثمن مغاير للمظروف، أو مع ردها إلى البائع من دون وزن لها، فإن السؤال عن صحه جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضي المتبايعين عليه، فلا إطلاق فيه يعمّ صورته الشرح:

الإسناد<sup>(١)</sup>، حيث إن ظاهرها أيضا اعتبار التراضي ولو كون المقدار المندر مما يزيد وينقص.

وذكر المصنف رحمه الله عدم المعارضه بينها من هذه الجهه، فإن التراضي مفروض في مورد الموثقه، فإن الحاسب المفروض فيه البائع أو وكيله فالرضا من قبله متحقق، والمحسوب له هو المشتري السائل عن جواز إقدامه على الشراء المزبور، وظاهر هذا السؤال رضاه بالإقدام لولا المنع الشرعي، ويؤيد فرض رضاه نهييه عن الإقدام بالشراء المزبور، فإن نهى شخص يناسب فرض إرادته ذلك الفعل. وعلى ذلك، فيكون حاصل الجواب أنه إذا كان المقدار المندر مما يزيد وينقص فيجوز، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا يجوز الشراء رضى به المتعاقدان أم لا، فتتحد الموثقه مع روايه على بن أبي حمزه وكذا مع روايه «قرب الإسناد». نعم، يقيد إطلاق روايه «قرب الإسناد» بما إذا لم يكن المقدار المندر بما يزيد ولا ينقص.

وأردف رحمه الله على ما ذكر أن قوله عليه السلام: «إن كان يزيد وينقص»، فيه احتمالات ثلاثه:

الأول: كون المقدار المندر في مجموع المبيع يزيد وينقص بحسب شخص المعامله، وحيث لا يمكن كون المقدار المندر في المجموع بحسب شخص المعامله

ص: ٢١٧

---

١- (١) قرب الإسناد: ٢٦١، الحديث ١٠٣٥، ووسائل الشيعة ١٧: ٣٦٧، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٣.

عدم التراضى. ويؤيده النهى عن ارتكابه مع العلم بالزيادة، فإنّ النهى عنه ليس عن ارتكابه بغير تراضٍ، فافهم. فحينئذ لا يعارضها ما دلّ على صحّحه ذلك مع التراضى، مثل روايه على بن أبى حمزه، قال: «سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام، قال: جعلت فداك! نظرح ظروف السمن والزيت كل ظرف كذا وكذا رطلاً فربما زاد وربما نقص؟ قال: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس». فإنّ الشرط فيه مسوق الشرح:

زائدا وناقصا فالمراد احتمالها.

الثانى: أن يكون المراد زياده المقدار المندر على وزن الظرف فى بعض المبيع ونقصانه عنه بالإضافه إلى البعض الآخر فى شخص المعامله.

الثالث: أن يكون المقدار المندر مما يزيد وينقص فى نوع المعامله، بأن يزيد فى بعض أفرادها وينقص فى بعضها الآخر، فيستفاد كون المقدار المندر متعارفا مع عدم العلم بزيادته فى جميع الموارد، ويشهد لاحتمال الأول رجوع الضمير فى قوله: «يزيد وتنقص»، إلى مجموع المقدار المندر، كما أنه يشهد للثانى عطف ينقص على يزيد بواو العاطفه الظاهره فى الجمع. واستشهد للثالث بما ورد فى فضول المكائيل والموازن، كصحيحه على بن عطيه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت: إنا نشترى الطعام من السفن ثم نكيله فيزيد؟ قال لى: وربما نقص عليكم؟ قلت: نعم، قال: فإذا نقص يردون عليكم؟ قلت: لا، قال: فلا بأس (١).

ثم ذكر رحمه الله أنه مع الشك فى كون المندر بمقدار الظرف فالأصل عدم زياده المبيع عليه وعدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري من الثمن، ولكن هذا حكم ظاهرى لا يوجب ذهاب حق أحدهما عند انكشاف الخلاف، وأما مع العلم بزياده

ص: ٢١٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٨٧، الباب ٢٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

ليبان كفايه التراضى فى ذلك وعدم المانع منه شرعاً، فيشبه التراضى العله الناقه الغير المتوقفه على شىء. ونحوه اشتراط التراضى فى خبر على بن جعفر المحكى عن قرب الإسناد عن أخيه موسى عليه السلام: «عن الرجل يشتري المتاع وزناً فى الناسيه الشرح:

المقدار المندر أو نقصانه فإن كان إندار ذلك المقدار عاده فتقتضى العاده كون إسقاطه شرطاً ضمناً مع علم المتبايعين بها. ومع عدم ثبوت العاده أو جهلها بها فلا يجوز الإسقاط المزبور إلا باشتراط فى متن العقد، بأن يقول: «بعتك ما فى هذه الظروف الموزنه مع ظرفها كل رطل بكذا على أن يسقط لكل ظرف منها كذا»، فيرجع هذا الاشتراط إلى هبه الزيادة من المثلث أو الإبراء من الثمن أو تراضياً على هذه الهبه أو الإبراء بعد تمام البيع. هذا مع قطع النظر عن الروايات.

وأما بالنظر إليها، فالمتبع موثقه حنان لضعف غيرها أو عدم معارضتها للموثقه، والمستفاد منها جواز الإندار جوازا واقعياً فيما إذا كان المقدار المندر أمراً متعارفا ولم يعلم زيادته على مقدار الظرف، وقد فهم الشيخ رحمه الله هذا منها؛ ولذا ذكر ذلك فى «النهايه» (١) مع جريان عادته فيها على التعبير عن الفتوى بمضمون الروايه. ولا يجوز المقدار المندر فيما إذا علم زيادته، والمراد بعدم جوازه نظير عدم جواز الشراء بالموازين الزائده عما يتسامح فيها عدم صيروره الزائد ملكاً للآخر بمجرد الإندار وفاءً للمعامله المزبوره، بل يحتاج إلى هبه جديده.

والحاصل: أن المقدار المندر لو كان المعتاد ويحتمل الزيادة والنقصان فيجوز واقعا، ومع عدم أحد القيدين فإن شك فى زيادته ونقصانه مع عدم العاده فيجوز الإندار ولكن بحكم ظاهرى، ومع العاده والعلم بالزيادة أو النقصان يجوز ذلك بناءً على كون

ص: ٢١٩

والجوالق، فيقول: ادفع للناسيه رطلاً- أو أكثر من ذلك، أيحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسيه والجوالق فلا بأس إذا تراضيا». ثم إن قوله: «إن كان يزيد وينقص» في الروايه الأولى، يحتمل أن يراد به: الزيادة والنقيصه في هذا المقدار المندر في شخص المعامله، بمعنى زياده مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه. أو بمعنى: أنه يزيد في بعض الزقاق، وينقص في بعض آخر. وأن يراد به: الزيادة والنقيصه في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعامله بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة وفي بعض أخرى النقيصه. وهذا هو الذى فهمه فى النهايه حيث اعتبر أن يكون ما يندر للظروف مما يزيد تاره وينقص أخرى، ونحوه فى الوسيله. ويشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير «يزيد» و «ينقص» إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، وللثانى عطف النقيصه على الزيادة بالواو الظاهر فى اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما، وللثالث ما ورد فى بعض الروايات: «من أنه ربما يشتري الطعام من أهل السفينه ثم يكيه فيزيد؟ قال عليه السلام: الشرح:

الزيادة والنقيصه مع العاده بمنزله الاشتراط الضمنى. ولكن الحكم محل إشكال ما لم تبلغ العاده حدا يحرز كونها كالشرط فى ضمن العقد؛ لأن انصراف العقد إلى العاده ليس من قبيل انصراف المطلق إلى بعض أفراده، بل من قبيل إضافه شىء آخر من الهبه أو الإبراء إلى أصل البيع.

أقول: إذا كان المستفاد من الموثقه عدم الجواز فى غير ما كان المقدار المندر أمرا عاديا يحتمل الزيادة والنقيصه فمقتضاه أن المقدار المندر مع العلم بزيادته أو نقصانه حتى مع العاده يحتاج إلى هبه أو إبراء مستقل أو اشتراط مستقل فلا يحكم بأحدهما بمجرد الشرط الضمنى فى العقد، حيث إن الشرط الضمنى المزبور محكوم بعدم الاعتبار.

وربما نقص؟ قلت: وربما نقص. قال: فإذا نقص ردوا عليكم؟ قلت: لا- قال: لا- بأس». فيكون معنى الرواية: أنه إذا كان الذى يحسب لكم زائداً مرّه وناقصاً أخرى، فلا- بأس بما يحسب وإن بلغ ما بلغ، وإن زاد دائماً، فلا يجوز إلا بهبه أو إبراء من الثمن أو مع التراضى، بناءً على عدم توقّف الشقّ الأول عليه، ووقوع المحاسبه من السمسار بمقتضى العاده من غير اطلاع صاحب الزيت.

وكيف كان، فالذى يقوى فى النظر، هو المشهور بين المتأخرين: من جواز إنذار ما يحتمل الزيادة والنقيصه، لأصالة عدم زياده المبيع عليه وعدم استحقاق البائع مزيداً مما يعطيه المشتري من الثمن. لكنّ العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حقّ أحدهما عند انكشاف الحال. وأما مع العلم بالزيادة أو النقيصه، فإن كان هنا عاده تقتضيه، كان العقد واقعاً عليها مع علم المتبايعين بها. ولعلّه مراد من لم يقيد بالعلم. ومع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلا مع التراضى لسقوط حقّ من له الحقّ، سواء تواطئا على ذلك فى متن العقد، بأن قال: «بعتك ما فى هذه الظروف كلّ رطل بدرهم على أن يسقط لكلّ ظرف كذا» فهو هبه له، أو تراضياً عليه بعده بإسقاط من الذمه أو هبه للعين. هذا كلّ مع قطع النظر عن النصوص، وأما مع ملاحظتها فالمعول عليه روايه حنان المتقدمه الظاهره فى اعتبار الاعتياد، من حيث ظهورها فى كون حساب المقدار الخاصّ متعارفاً، واعتبار عدم العلم بزياده المحسوب عن الظروف بما لا- يتسامح به فى بيع كلّ م ظروف بحسب حاله. وكأنّ الشيخ رحمه الله فى النهايه فهم ذلك من الروايه فعبر بمضمونها كما هو دأبه فى ذلك الكتاب.

وحيث إنّ ظاهر الروايه جواز الإنذار واقعاً، بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة والنقيصه، عملنا بها كذلك، فيكون مرجع النهى عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهى عن الشراء بالموازين الزائده عما يتسامح به، فإنّ

ذلك يحتاج إلى هبهٍ جديدٍ، ولا يكفي إقباضها من حيث كونها حقاً للمشتري. هذا كله مع تعارف إندار ذلك المقدار وعدم العلم بالزيادة. وأما مع عدم القيد، فمع الشك في الزيادة والنقيصه وعدم العاده يجوز الإندار، لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الأمرين. ومعها يجوز بناءً على انصراف العقد إليها. لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدّاً يكون كالشرط في ضمن العقد، لأنّ هذا ليس من أفراد المطلق حتى ينصرف بكون العاده صارفَهُ له.

ثمّ الظاهر أنّ الحكم المذكور [١] غير مختصّ بظروف السمن والزيت، بل يعمّ كلّ ظرف، كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدّم عن فخر الدين رحمه الله وعبارته النهايه والوسيله والفاضلين والشهيدين والمحقّق الثاني (رحمهم الله). ويؤيّد الروايه المتقدّمه عن قرب الإسناد. لكن لا- يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشىء فيه وعدم تفريغه منه كقوارير الجلاب والعطريّات، لا مطلق اللغوى أعنى: الوعاء. ويحتمل العموم، وهو ضعيف.

الشرح:

[١] وحاصله: أن الحكم بجواز الإندار لا يختصّ بظروف السمن والزيت، بل الظاهر عمومه لكل ظرف يجرى البيع على مظهره كما هو مقتضى روايه «قرب الإسناد»، ولكن لضعف سندها صالحه للتأييد فقط، ويحتمل قريباً أن لا يعم كل مظهر، بل يختص بالظروف التي يكون بيع المظروف في ظرفه، بمعنى عدم تفريغه منه عند بيعه متعارفاً، حيث لا يمكن التعدى عن ظروف السمن والزيت إلى أزيد من ذلك.

نعم، كما أنه قد يكون بيع الشىء حال كونه في الظرف متعارفاً كذلك يتعارف بيع الشىء الموزون مع مصاحبه غير الموزون، وعلى ذلك فيحتاج في تعيين مقدار ثمن الموزون إلى الإندار من وزن المجموع وإندار مقدار لصاحبه الغير الموزون كالشمع

ص: ٢٢٢

نعم، يقوى تعديده الحكم إلى كلِّ مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشمع في الحلّي المصوغه من الذهب والفضّه، وكذا للمظروف الذي يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من الدبس في الزقاق. وأما تعديده الحكم إلى كلِّ ما ضمَّ إلى المبيع ممّا لا يراد بيعه معه فممّا لا ينبغي احتماله.

مسأله: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون [١] معه وإن لم يعلم إلا بوزن الشرح:

المنصوب على الحلّي المصنوع من الذهب أو الفضة، فإن الحلّي موزون ومصاحبه غير موزون فيوزنان معا ويندر للشمع مقدار. ونظيره ما إذا بيع الظرف والمظروف ولكن كان المقصود بالأصالة هو شراء الظرف وقصد بيع المظروف تبعاً، كما إذا أراد شراء زقاق ولا يجد إلا ما فيه دبس قليل يباع الظرف معه، فإن الدبس بما أنه موزون يوزن مع ظرفه ويندر للظرف مقدار لتعيين مقدار الدبس وتعيين ثمنه.

أقول: تعديده الحكم إلى كل ظرف يتعارف بيع مظروفه حال كونه في الظرف لا- بأس به للسيره المشار إليها وعدم احتمال خصوصيه لظرف السمن والزيت من دون منع عن السيره، بل مع كونها مؤيده بروايه «قرب الإسناد» وكذا فيما إذا كان شراء المظروف تبعاً لشراء ظرفه، وأما التعدي إلى المصاحب فإن أحرز ثبوت السيره فيه أيضاً فهو، وإلا فمقتضى ما دل على اعتبار الوزن في بيع الموزون عدم الجواز، والله سبحانه هو العالم.

[١] يجوز بيع المظروف الذي يباع وزناً مع ظرفه بوزن المجموع وإجراء البيع عليهما بصفقه واحده على المشهور، بل لم يعرف خلاف من الخاصه، إلا ما ذكر في «الروضه» (١) من نسبه الخلاف إلى بعض من غير تعيينه، وعن «التذكره» نسبه المنع إلى

ص: ٢٢٣



المجموع، على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصه إلا ما أرسله في الروضه، ونسب في التذكرة إلى بعض العامه، استناداً إلى أن وزن ما يباع وزناً غير معلوم، والظرف لا يباع وزناً، بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهاله وزن كل واحد واختلاف قيمتهما، فالغرر الحاصل في بيع الجراف حاصل هنا. والذي يقتضيه النظر: أمّا فيما نحن فيه ممّا جوّز شرعاً بيعه منفرداً عن الظرف مع جهاله وزنه

الشرح:

بعض العامه (1). ويمكن الاستدلال على المنع بأن ما يباع وزناً وهو المظروف غير معلوم وزنه والظرف لا يباع وزناً، بل لو كان الظرف ممّا يباع وزناً أيضاً فلا يفيد العلم بوزن المجموع؛ لأن اختلاف المظروف مع الظرف في القيمة يوجب الغرر الموجود في بيع المظروف جزافاً.

وذكر المصنف رحمه الله في المقام تفصيلاً وهو: أنه إذا كان يبيع المظروف في ظرفه بوزن المجموع متعارفاً كما تقدم في المسأله السابقه، فيكفي وزن المجموع في المقام؛ لأنّ الإندار في تلك المسأله كانت لتعيين مقدار الثمن وكان لا يعتبر في بيع مظروفه وزنه منفرداً، وعليه فلو كان الظرف داخلاً في البيع كما هو الفرض في المقام، فلا يحتاج إلى الإندار، ولم يحصل من ضم الظرف إلى مظروفه في البيع مانع آخر أو فقد شرط.

نعم، إذا لم يكن الضم من قبيل بيع المظروف مع ظرفه، بل من وزن الشئتين الموزونين معا وبيعهما بصفقه واحده، فإن لم يحصل من بيعها كذلك غرر كما إذا كان كل منهما مساوياً للآخر في القيمة السوقية، فلا إشكال في صحه البيع؛ لأن الدليل على المنع إما النهى عن بيع الغرر ولا غرر في البين على الفرض، وإما ما دلّ على اعتبار

ص: ٢٢٤

فالقِطْعُ بِالْجِوَازِ مَنْضَمًّا، إِذْ لَمْ يَحْصُلْ بِالِانْتِزَامِ مَانِعٌ، وَلَا ارْتِفَاعٌ شَرْطٌ. وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ مِنْ أَحَدِ الْمَنْضَمِّينَ اللَّذِينَ لَا يَكْفِي فِي بَيْعِهِ مَنْفَرَدًا مَعْرِفَةُ وَزْنِ الْمَجْمُوعِ، فَالْقِطْعُ بِالْمَنْعِ مَعَ لُزُومِ الْغَرْرِ الشَّخْصِيِّ، كَمَا لَوْ بَاعَ سَبِيكَةً مِنْ ذَهَبٍ مَرْدَّدٍ بَيْنَ مَائَةِ مِثْقَالٍ وَأَلْفٍ مَعَ وَصْلِهِ مِنْ رِصَاصٍ قَدْ بَلَغَ وَزْنُهُمَا أَلْفَى مِثْقَالًا، فَإِنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى هَذَا الْبَيْعِ إِقْدَامٌ عَلَى مَا فِيهِ خَطَرٌ يَسْتَحِقُّ لِأَجْلِهِ اللَّوْمَ مِنَ الْعُقَلَاءِ. وَأَمَّا مَعَ انْتِفَاءِ الْغَرْرِ الشَّخْصِيِّ وَانْحِصَارِ الْمَانِعِ فِي النَّصِّ الدَّالِّ عَلَى لُزُومِ الْإِعْتِبَارِ بِالْكَيْلِ وَالْوِزْنِ وَالْإِجْمَاعِ الْمَنْعُودِ عَلَى بَطْلَانِ الْبَيْعِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ مَجْهُولَ الْمَقْدَارِ فِي الْمَكْيَلِ وَالْمَوْزَنِ، فَالْقِطْعُ بِالْجِوَازِ، لِأَنَّ النَّصَّ وَالْإِجْمَاعَ إِنَّمَا دَلَّ عَلَى لُزُومِ اعْتِبَارِ الْمَبِيعِ، لَا كُلَّ جِزءٍ مِنْهُ.

الشرح:

الوزن، وظاهره اعتبار وزن مجموع المبيع لا وزن كل واحد من أجزائه التي ينحل إليها البيع. ولو حصل من جمعهما في البيع غرر كما إذا ضم قطعه الذهب إلى قطعه الرصاص يبلغ وزن مجموعهما ألفا بصفقه واحده، مع جهاله وزن الذهب بأنه مئة أو مئتان، يحكم ببطلان البيع للغرر لا لاعتبار الوزن.

أقول: يحكم بصحة البيع في الفرض أيضا على الأظهر؛ لأن الغرر في البيع مندفع بثبوت خيار الغبن، وقد تقدم سابقا أن ما هو المعروف في الألسنة من أن الخيار حكم للبيع الصحيح يتم في الخيار الشرعي التأسيسي كخيارى المجلس والحيوان، لا الإيضائي كخيار الشرط، ويدخل فيه خيار الغبن على ما يأتي، بل قيل كما عن المحقق الأيروانى رحمه الله (1)، بصحة البيع حتى مع إسقاط خيار الغبن، فإن المقام لا يزيد على بيع مالك الذهب ذهبه بقيمة الرصاص. ولكنه ضعيف؛ لأن مع العلم بكون المبيع

ص: ٢٢٥

---

١- (١) أنظر حاشيه كتاب المكاسب للإيروانى رحمه الله ٢: ٦٣٠ / ١٣٨٠.

ولو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفرداً مع معرفه وزن المجموع دون الآخر، كما لو فرضنا جواز بيع الفضه المحشى بالشمع وعدم جواز بيع الشمع كذلك، فإن فرضنا الشمع تابعاً لا يضّر جهالته، وإلا فلا. ثم إن بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور [١]:

الشرح:

ذهبا والعلم بوزنه لا يكون بيعه بقيمه الرصاص غرريا لأخذ الجهاله فى معنى الغرر، فلا يعمه النهى عن بيع الغرر كما لا يعمه ما دل على بطلان بيع الموزون بلا-وزن، بخلاف مسأله ضم الذهب إلى الرصاص وبيعهما بصفقه واحده، فإن الجهل بمقدار الذهب منفردا يعمه النهى عن بيع الغرر.

وأيضاً ما يذكر المصنف رحمه الله من أن المصاحب غير الموزون مع الموزون وبيعهما بصفقه صحيح فيما إذا كان المصاحب تابعا، لا يمكن المساعده عليه؛ لأن وزن المجموع يكفى فى موردين: أحدهما: فيما إذا كان كل من الشيتين موزونا. والثانى: ما إذا كان المظروف الذى يتعارف تعيين وزنه عند بيعه بوزنه مع ظرفه، وأما فى غير ذلك فلا موجب لرفع اليد عما دل على اعتبار الوزن فى بيع شىء يكون تعيين ماليتة بالوزن والمفروض أنه الفضه دون الشمع.

[١] صور بيع المظروف مع ظرفه أربع:

الأولى: ما إذا بيعا باعتبار أنهما متاعين قد بيعا بصفقه واحده، نظير سائر الأمتعه المباعه بصفقه واحده، بحيث لو انكشف بطلان البيع بالإضافه إلى أحدهما يسقط الثمن عليهما بتقويم كل واحد منهما منفردا، ثم يؤخذ بنسبه قيمه أحدهما إلى المجموع. فإذا قيل بأن الظرف قيمته دينار والمظروف قيمته ديناران يؤخذ للظرف ثلث الثمن، كما تقدم فى بيع ما يملك وما لا يملك بصفقه واحده.

الثانيه: ما إذا بيع المظروف والظرف بثمن على أن يكون بعضه بإزاء المظروف

إحداها: أن يبيعه مع ظرفه بعشره مثلاً، فيقسط الثمن على قيمتي كل من المظروف والظرف لو احتيج إلى التقسيط، فإذا قيل: قيمه الظرف درهم وقيمه المظروف تسعه، كان للظرف عُشر الثمن.

الثانية: أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أنّ كل رطل من المظروف بكذا، فيحتاج إلى إنذار مقدار للظرف، ويكون قيمه الظرف ما بقي بعد ذلك. وهذا في معنى بيع كل منهما منفرداً.

الثالثة: أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف والمظروف. وطريقه التقسيط لو احتيج إليه كما في المسالك: أن يوزن الظرف الشرح:

على وجه التسعير، بأن يكون كل رطل منه بدينار والباقي من الثمن بإزاء الظرف، ولو ظهر الظرف أو المظروف مستحقاً للغير يعين ثمنه بالإندار.

الثالثة: أن يباع الظرف والمظروف الموزونان معا باعتبارهما شيئاً واحداً يباع على نحو التسعير، ولو كان وزن المجموع عشره أرطال يباع كل رطل من المفروض شيئاً واحداً بدينار، بحيث لو كان وزن الظرف مفرداً رطلين يكون ثمنه دينارين.

والرابعة: أن لا يفرض المجموع شيئاً واحداً بحسب التقويم، بل يباع الرطل المركب من المظروف وظرفه بدينار، وعلى ذلك يكون تقسيط الثمن على تقدير الحاجة بحسب قيمه السوقية لكل منهما منفرداً، مثلاً لو كان وزن الظرف خمس وزن المجموع فلا يكون ثمنه خمس تمام الثمن كما في الفرض الثالث، بل يحسب قيمه الظرف منفرداً وقيمه المظروف منفرداً، فلو كان قيمه الظرف مساويه مع تمام قيمه المظروف يكون قيمه الرطل وهو الدينار أربعة أخماسه للظرف وربعه للمظروف. والمصنف رحمه الله قد ذكر هذه الصورة الثالثة بقوله: «لا من المركب من الظرف والمظروف؛ لأنه إذا باع . . . إلخ» فتدبر.

منفرداً وينسب إلى الجملة ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبه، وتبعه على هذا غير واحد. ومقتضاه: أنه لو كان الظرف رطلين والمجموع عشره أخذ له خمس الثمن. والوجه في ذلك: ملاحظه الظرف والمظروف شيئاً واحداً، حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسراً مشاعاً من المجموع ليساوي ثمنه ثمن المظروف. فالمبيع كل رطل من هذا المجموع، لا من المركب من الظرف والمظروف، لأنه إذا باع كل رطل من الظرف والمظروف بدرهم مثلاً وزّع الدرهم على الرطل والمظروف بحسب قيمه مثلهما. فإذا كان قيمه خمس الرطل المذكور الذي هو وزن الظرف الموجود فيه مساوياً لقيمه أربعة الأخماس التي هي مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسّم الثمن عليه أخماساً؟

مسأله: المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ «ينبغي»: استحباب التفقه في مسائل الحلال والحرام المتعلقة بالتجارات، ليعرف صحيح العقد من فاسده ويسلم من الربا. وعن إيضاح النافع: أنه قد يجب. وهو ظاهر عباره الحدائق أيضاً. وكلام المفيد رحمه الله في المقنعه أيضاً لا- يأبى الوجوب، لأنه بعد ذكر قوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، وقوله تعالى: «أَنْفَقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ» قال: فندب إلى الإنفاق من طيب الاكتساب، ونهى عن طلب الخبيث للمعيشه والإنفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب والحرام لم يكن مجتنباً للخبيث من الأعمال، ولا- كان على ثقه في تفقه من طيب الاكتساب، وقال تعالى أيضاً: «ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»، فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله وحرّم من المتاجر والاكتساب. وجاءت الروايه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول: «من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم». ثم قال: قال الصادق عليه السلام: «من أراد التجاره

فليتفقّه في دينه، ليعلم بذلك ما يحلّ له ممّا يحرم عليه، ومن لم يتفقّه في دينه ثم أتجر تورّط في الشبهات»، انتهى.

أقول: ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب، إلا أن تعبيره بلفظ «ينبغي» ربما يدعى ظهوره في الاستحباب، إلا أنّ الإنصاف أنّ ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدّمه، فإنّ معرفه الحلال والحرام واجبه على كلّ أحد بالنظر إلى ما يتلى به من الأمور. وليس معرفه جميعها ممّا يتعلّق بالإنسان وجوبها فوراً دفعه، بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله، أو عند إرادته الإقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها، فإنّه معاقب على ما يفعله من الحرام لو تركّ التعلّم وإن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه، فإنّ التفاته السابق وعلمه بعدم خلوّ ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كافٍ في حسن العقاب، وإلاّ لم يعاقب أكثر الجهّال على أكثر المحرّمات، لأنّهم يفعلونها وهم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب. ولذا أجمعنا على أنّ الكفّار يعاقبون على الفروع. وقد ورد ذمّ الغافل المقصّر في معصيته، في غير واحد من الأخبار.

ثمّ لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرّم الواقعي الذي يفعله من غير شعور كما هو ظاهر جماعه تبعاً للأردبيلي رحمه الله: من عدم العقاب على الحرام المجهول حرّمته عن تقصير، لقبح خطاب الغافل، فيقبح عقابه. لكنّ تحصيل العلم وإزاله الجهل واجب على هذا القول، كما اعترفوا به.

والحاصل: أنّ التزام عدم عقاب الجاهل المقصّر لا- على فعل الحرام، ولا- على تركّ التعلّم إلاّ إذا كان حين الفعل ملتفتاً إلى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت أدلّه التحريم، ووجوب طلب العلم على كلّ مسلم، وعدم تقييح عقاب من التفت إلى وجود الحرام في أفراد البيع التي يزاولها تدريجاً على ارتكاب الحرام في هذا الأثناء وإن لم يلتفت حين إرادته ذلك الحرام.

ثم إنَّ المقام يزيد على غيره بأنَّ الأصل في المعاملات الفساد، فالمكلف إذا أراد التجاره وبنى على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس على وجه العوضيه يحرم عليه ظاهراً الإقدام على كلِّ تصرف منها بمقتضى أصاله عدم انتقاله إليه إلا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعامله، ويمكن أن يكون في قوله عليه السلام: «التاجر فاجر، والفاجر في النار إلا من أخذ الحقَّ وأعطى الحقَّ» إشاره إلى هذا المعنى، بناءً على أنَّ الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحقِّ وأخذ الحقِّ. فوجوب معرفه المعامله الصحيحه في هذا المقام شرعي، لنهى الشارع عن التصرف في مال لم يعلم انتقاله إليه، بناءً على أصاله عدم انتقاله إليه. وفي غير هذا المقام عقليّ مقدميّ لثلاً يقع في الحرام.

وكيف كان، فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محلّ نظر، بل الأولى وجوبه عليه عقلاً و شرعاً، وإن كان وجوب معرفه باقى المحرّمات من باب العقل فقط.

ويمكن توجيه كلامهم بإرادته التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقه والمعاملات الفاسده كذلك، ويطلع على موارد الشبهه والمعاملات الغير الواضحه الصحه فيجتنب عنها في العمل، فإنَّ القدر الواجب هو معرفه المسائل العامه البلوى، لا الفروع الفقهيّه المذكوره في المعاملات. ويشهد للغايه الأولى قوله عليه السلام في مقام تعليل وجوب التفقه: «إن الربا أخفى من ديب النمله على الصفا»، وللغايه الثانيه قول الصادق عليه السلام في الروايه المتقدمه: «من لم يتفقه ثم اتجر تورط في الشبهات»، لكن ظاهر صدره الوجوب، فلاحظ. وقد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد. ولا يخلو عن وجه في مقام التوجيه. ثم إنَّ التفقه في مسائل التجاره لَمَّا كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسده التي أهمها الربا الجامعه بين أكل المال بالباطل وارتكاب الموبقه الكذائيه لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد، بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا تعارض بين أدله التفقه هنا، وأدله تحصيل المعاش. نعم،

ربما أورد في هذا المقام وإن كان خارجاً عنه التعارض بين أدله طلب مطلق العلم، الشامل لمعرفة مسائل العبادات وأنواع المعاملات المتوقّفة على الاجتهاد، وبين أدله طلب الاكتساب والاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه، وترك إلقاء كُله على الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فإنّ الأخبار من الطرفين كثيرة. يكفي في طلب الاكتساب ما ورد: من أنّه «أوحى الله تعالى إلى داود على نبينا وآله وعليه السلام: يا داود إنّك نِعَم العبد لولا أنّك تأكل من بيت المال ولا تعمل بيدك شيئاً. فبكى عليه السلام أربعين صباحاً ثمّ ألان الله تعالى له الحديد، وكان يعمل كلّ يوم درعاً ويبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة وستين درعاً فباعها واستغنى عن بيت المال... الحديث». وما أرسله في الفقيه عن الصادق عليه السلام: «ليس منّا من ترك ديناه لآخرته، أو آخرته لديناه»، وأنّ «العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال». وأمّا الأخبار في طلب العلم وفضله فهي أكثر من أن تذكر، وأوضح من أن تحتاج إلى الذكر. وذكر في الحدائق: أنّ الجمع بينهما بأحد وجهين:

أحدهما وهو الأظهر بين علمائنا: تخصيص أخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم، ويقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المشتغل بتحصيله واستفادته وتعليمه وإفادته. قال: وبهذا الوجه صرّح الشهيد الثاني رحمه الله في رسالته المسماة ب «منية المرید في آداب المفيد والمستفيد» حيث قال في جملة شرائط العلم: وأن يتوكل على الله ويفوض أمره إليه، ولا يعتمد على الأسباب فيوكل إليها وتكون وبالاً عليه، ولا على أحد من خلق الله تعالى، بل يلقى مقاليد أمره إلى الله تعالى، يظهر له من نفحات قدسه ولحظات أنسه ما به يحصل مطلوبه ويصلح به مراده. وقد ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله «أنّ الله تعالى قد تكفّل لطالب العلم برزقه عمّا ضمنه غيره» بمعنى: أنّ غيره يحتاج إلى السعي على الرزق حتى يحصل له، وطالب العلم لا يُكَلّف بذلك بل بالطلب، وكفاه مؤونه الرزق إن



أحسن التيه، وأخلص القربه. وعندى فى ذلك من الوقائع ما لو جمعته بلغ ما لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى وجميل معونته منذ ما اشتغلت بالعلم، وهو مبادئ عشر الثلاثين وتسعمائه إلى يومنا هذا، وهو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث وخمسين وتسعمائه.

وبالجمله، ليس الخبر كالعيان. وروى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكلينى قدس سره بإسناده إلى الحسين بن علوان، قال: كنا فى مجلس نطلب فيه العلم، وقد نفدت نفقتى فى بعض الأسفار، فقال لى بعض أصحابى: من تؤمّل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلاناً، فقال: إذا والله لا تسعف بحاجتك ولا تبلغ أملك ولا تنجح طلبتك! قلت: وما علمك رحمك الله؟ قال: إن أبا عبد الله عليه السلام حدثنى: أنه قرأ فى بعض كتبه: «إن الله تبارك وتعالى يقول: وعزتى وجلالى ومجدى وارتفاعى على عرشى لأقطعن أمل كل مؤمّل غيرى باليأس، ولأ-كسوته ثوب المذلّه عند الناس، ولأنحيته من قربى، ولأبعدته من وصلى، أيؤمّل غيرى فى الشدائد والشدائد بيدى؟! ويرجو غيرى ويقرع باب غيرى وييدى مفاتيح الأبواب وهى مغلّقه، وبابى مفتوح لمن دعانى، فمن ذا الذى أملى لنوابه فقطعته دونها؟ ومن ذا الذى رجاني لعظيمه فقطعت رجاءه منى؟ جعلت آمال عبادى عندى محفوظه، فلم يرضوا بحفظى، وملاّت سماواتى ممّن لا يملّ من تسيحى، وأمرتهم أن لا يغلّقوا الأبواب بينى وبين عبادى، فلم يثقوا بقولى. ألم يعلم من طرّفته نائبه من نوابى أنه لا- يملك كشفها أحد غيرى إلا من بعد إذنى، فما لى أراه لاهياً عنى؟ أعطيته بجودى ما لم يسألنى، ثم انتزعتة عنه فلم يسألنى ردّه وسأل غيرى، أفترانى أبدأ بالعطايا قبل المسأله ثم أسأل فلا- أجيب سائلى؟ أبخيل أنا فيبخلنى عبدى؟ أو ليس الجود والكرم لى؟ أو ليس العفو والرحمه بيدى؟ أو ليس أنا محلّ الآمال، فمن يقطعها دونى؟ أفلا يخشى المؤمنون أن يؤمّلوا غيرى؟ فلو أنّ أهل سماواتى وأهل أرضى

أملوا جميعاً ثم أعطيت كل واحد منهم مثل ما أمل الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرّه، وكيف ينقص مُلكك أنا قيّمه؟ فيا بؤساً للقانطين من رحمتي! ويا بؤساً لمن عصاني ولم يراقبني! انتهى الحديث الشريف، وانتهى كلام شيخنا الشهيد رحمه الله . قال في الحداثق: ويدلّ على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في الكافي بإسناده إلى أبي إسحاق السبيعي عمّن حدّثه، قال: سمعت أميرالمؤمنين عليه السلام يقول: «أيها الناس، إنّ كمال الدين طلب العلم والعمل به، ألا وإنّ طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، إنّ المال مقسوم مضمون لكم قد قسّمه عادل بينكم وضمّنه لكم، وسيّفى لكم، والعلم مخزون عند أهله، وقد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه... الخير». قال: ويؤكّده ما رواه في الكافي بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «يقول الله عزّ وجلّ: وعزّتى وجلالى وكبريائى ونورى، وعظمتى وعُلّوى وارتفاع مكانى لا يؤثر عبد هوأى على هوأه إلا استحفظته ملائكتى، وكفّلت السماوات والأرضين رزقه، وكنت له من وراء تجاره كلّ تاجر، فتأتيه الدنيا وهى راغمه» انتهى كلامه.

وأنت خير بأنّ ما ذكره من كلام الشهيد رحمه الله وما ذكره من الحديث القدسى لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافى بين أدله الطرفين، لأنّ ما ذكر من التوكّل على الله وعدم ربط القلب بغيره لا ينافى الاشتغال بالاكْتساب، ولذا كان أمير المؤمنين صلوات الله عليه وعلى أخيه وزوجته وولديه وذريته جامعاً بين أعلى مراتب التوكّل وأشدّ مشاقّ الاكْتساب، وهو الاستقاء لحائظ اليهودى، وليس الشهيد أيضاً فى مقام أنّ طلب العلم أفضل من التكبّب وإن كان أفضل، بل فى مقام أنّ طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الأسباب الظاهره الموجوده غالباً لطلاب العلوم من الوظائف المستمرّه من السلاطين، والحاصله من الموقوفات للمدارس وأهل العلم، والموجوده الحاصله غالباً للعلماء والمشتغلين من معاشره

السلطان وأتباعه والمرادوه مع التجار والأغنياء والعلماء الذين لا ينتفع منهم إلا بما في أيديهم من وجوه الزكوات وردّ المظالم والأخماس وشبه ذلك، كما كان ذلك متعارفاً في ذلك الزمان، بل في كلّ زمان، فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشة من الجهات التي ذكرناها.

وبالجملة، فلا شهاده فيما ذكر من كلام الشهيد رحمه الله من أوّله إلى آخره وما أضاف إليه من الروايات في الجمع المذكور، أعنى: تخصيص أدلّمه طلب الحلال بغير طالب العلم. ثمّ إنّه لا- إشكال في أن كلاً- من طلب العلم وطلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة أو الخمسة. ولا- ريب أنّ المستحب من أحدهما لا- يزاحم الواجب، ولا- الواجب الكفائي الواجب العيني. ولا إشكال أيضاً في أنّ الأهمّ من الواجبين العيينين مقدّم على غيره، وكذا الحكم في الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به. وقد يكون كسب الكاسب مقدمه لاشتغال غيره بالعلم، فيجب أو يستحب مقدّمه. بقى الكلام في المستحب من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما، ولا ريب في تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبه على الأمرين.

فربّ من لا- يحصل له باشتغاله بالعلم إلاّ شيء قليل لا يترتب عليه كثير فائده، ويترتب على اشتغاله بالتجاره فوائد كثيره، منها: تكفّل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصله أو الصدقه الواجبه والمستحبّه، فيحصل بذلك ثواب الصدقه وثواب الإعانه الواجبه أو المستحبّه على تحصيل العلم. وربّ من يحصل بالاشتغال مرتبه عاليه من العلم يُحیی بها فنون علم الدين، فلا- يحصل له من كسبه إلاّ قليل من الرزق، فإنّه لا إشكال في أنّ اشتغاله بالعلم والأكل من وجوه الصدقات أرجح. وما ذكر من حديث داود على نبينا وآله وعليه السلام فإنّما هو لعدم مزاحمه اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف النبوه والرئاسه العلميه.

وبالجملة، فطلب كل من العلم والرزق إذا لوحظ المستحبّ منهما من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح، وإذا لوحظ من جهة النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظه مقدار النفع الواصل. فثبت من ذلك كله: أنّ تراحم هذين المستحبين كتراحم سائر المستحبات المتنافيه، كالاشتغال بالاكْتساب أو طلب العلم الغير الواجبين مع المسير إلى الحج أو إلى مشاهد الأئمة عليهم السلام، أو مع السعي في قضاء حوائج الإخوان الذي لا يجمع طلب العلم أو المال الحلال، إلى غير ذلك، ممّا لا يحصى.

مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الآتية، واختلفوا في حرمة وكرهته، فعن التقى والقاضى والحلى والعلامة في المنتهى: الحرمة، وهو المحكى عن ظاهر الدروس وحواشى المحقق الثانى.

وعن الشيخ وابن زهره: لا يجوز. وأول في المختلف عبارته الشيخ بالكرهه. وهى أى الكراهه مذهب الأَكْثَر، بل عن إيضاح النافع: أنّ الشيخ ادعى الإجماع على عدم التحريم. وعن نهایه الإحكام: تلقى الركبان مكروه عند أكثر علمائنا، وليس حراماً إجماعاً. ومستند التحريم ظواهر الأخبار:

منها: ما عن منهل القصاب، قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: لا تلقّ، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن التلقّى. قلت: وما حدّ التلقّى؟ قال: ما دون غدوه أو روحه، قلت: وكم الغدوه والروحه؟ قال: أربعه فراسخ. قال ابن أبى عمير: وما فوق ذلك فليس بتلقّ».

وفى خبر عروه: «لا يتلقّى أحدكم تجاره خارجاً من المصر، ولا يبيع حاضر لباد، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض». وفى روايه أخرى: «لا تلقّ ولا تشتّر ما يتلقّى ولا تأكل منه». وظاهر النهى عن الأكل كونه لفساد المعامله، فيكون أكلاً بالباطل، ولم يقل به إلا الإسكافى. وعن ظاهر المنتهى: الاتفاق على خلافه، فتكون

الروايه مع ضعفها مخالفه لعمل الأصحاب، فتقصر عن إفاده الحرمه والفساد. نعم، لا بأس بحملها على الكراهه لو وجد القول بكراهه الأكل ممّا يُشترى من المتلقّى، ولا بأس به حسماً لماّده التلقّى. ومما ذكرنا يعلم: أنّ النهى فى سائر الأخبار أيضاً محمول على الكراهه، الموافقه للأصل مع ضعف الخبر ومخالفته للمشهور.

ثمّ إنّ حدّ التلقّى أربعه فراسخ، كما فى كلام بعض. والظاهر أنّ مرادهم خروج الحد عن المحدود، لأنّ الظاهر زوال المرجوحته إذا كان أربعه فراسخ. وقد تبعوا بذلك مرسله الفقيه. وروى: «أنّ حدّ التلقّى روحه، فإذا بلغ إلى أربعه فراسخ فهو جلب»، فإنّ الجمع بين صدرها وذيلها لا يكون إلاّ بإرادته خروج الحد عن المحدود. كما أنّ ما فى الروايه السابقه: أن حدّه «ما دون غدوه أو روحه» محمول على دخول الحد فى المحدود. لكن قال فى المنتهى: حدّ علماؤنا التلقّى بأربعه فراسخ، فكرهوا التلقّى إلى ذلك الحد، فإن زاد على ذلك كان تجاره وجلباً، وهو ظاهر، لأنّ بمضيه ورجوعه يكون مسافراً، ويجب عليه القصر فىكون سافراً حقيقياً إلى أن قال: ولا نعرف بين علمائنا خلافاً فيه، انتهى. والتعليل بحصول السفر الحقيقى يدل على مسامحه فى التعبير، ولعل الوجه فى التحديد بالأربعه: أنّ الحصول على الأربعه بلا زياده ونقيصه نادر، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهه، إذ لا يقال: إنّ وصل إلى الأربعه إلاّ إذا تجاوز عنها ولو يسيراً.

فالظاهر أنه لا إشكال فى أصل الحكم وإن وقع اختلاف فى التعبير فى النصوص والفتاوى. ثمّ إنّ لا إشكال فى اعتبار القصد، إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقّى، فلو تلقى الركب فى طريقه ذاهباً أو جائياً لم يكره المعامله معهم. وكذا فى اعتبار قصد المعامله من المتلقّى، فلا يكره لغرض آخر ولو اتفقت المعامله. قيل: ظاهر التعليل فى روايه عروه المتقدمه اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

وفيه: أنه مبنى على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير، فيحتمل أن تكون العلة في كراهه التلقّي مسامحة الركب في الميزان بما لا- يتسامح به المتلقّي، أو مظنه حبس المتلقّين ما اشتروه، أو ادّخاره عن أعين الناس ويبيعه تدريجاً. بخلاف ما إذا أتى الركب وطرحوا أمتعتهم في الخانات والأسواق، فإنّ له أثراً بيّناً في امتلاء أعين الناس خصوصاً الفقراء وقت الغلاء إذا أتى بالطعام.

وكيف كان، فاشترط الكراهه بجهلهم بسعر البلد محلّ مناقشه. ثمّ إنّ لا فرق بين أخذ المتلقّي بصيغه البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم، لا بأس باستيهاهم ولو بإهداء شيء إليهم.

ولو تلقّاهم لمعاملات أخر غير شراء متاعهم، فظاهر الروايات عدم المرجوحية. نعم، لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله عليه السلام: «المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» قوى سرايه الحكم إلى بيع شيء منهم وإيجارهم المساكن والخانات. كما أنّه إذا جعلنا المناط في الكراهه كراهه غبن الجاهل، كما يدلّ عليه النبويّ العامي: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار» قوى سرايه الحكم إلى كلّ معاملة توجب غبنهم، كالبيع والشراء منهم متلقياً، وشبه ذلك. لكن الأظهر هو الأوّل.

وكيف كان، فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. وقد يحكى عن الحلّي ثبوت الخيار وإن لم يكن غبن، ولعله لإطلاق النبويّ المتقدّم المحمول على صورته تبين الغبن بدخول السوق والاطلاع على القيمة. واختلفوا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي على قولين، سيجيء ذكر الأقوى منهما في مسألة خيار الغبن إن شاء الله.

مسألة: يحرم النجش على المشهور، كما في الحدائق، بل عن المنتهى وجامع المقاصد: أنّه محرّم إجماعاً. لروايه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول

## دفع المال إلى الغير لصرفه على طائفه

اللّه صلى الله عليه وآله : الواشمه والمؤتشمه والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه وآله . وفى النبوى المحكى عن معانى الأخبار: «لا تناجشوا ولا تدابروا»، قال: ومعناه: أن يزيد الرجل فى ثمن السلعه وهو لا يريد شراءها، لسمع غيره فيزيد بزيادته، والناجش خائن، والتدابير: الهجران، انتهى كلام الصدوق.

والظاهر أنّ المراد بزياده الناجش: مواطاه البائع المنجوش له.

مسأله: إذا دفع إنسان إلى غيره مالاً ليصرفه فى قبيلٍ يكون المدفوع إليه منهم، ولم يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال [١] من دون الدافع ك: مال الإمام، أو ردّ المظالم المدفوع إلى الحاكم فله صور:

الشرح:

[١] وتفصيل الكلام فى المقام، هو أن المال المدفوع إلى الغير لصرفه على طائفه بحيث قد يكون للمدفع إليه ولاية ذلك المال من دون ولاية لدافعه كمال الإمام عليه السلام أو المال المجهول مالكة المدفوع إلى الحاكم الشرعى، فيتصرف الحاكم فى المال المزبور على ما يراه الوظيفة فيهما، ولكن ثبوت الولاية كذلك فيهما للحاكم الشرعى كلام، وذلك فإن نصف الخمس بمقتضى الآيه المباركه بملاحظه الروايات ملك للإمام عليه السلام ولو بعنوان الإمام للمسلمين. وله عليه السلام ولاية صرف النصف الآخر على مواضعه بحيث لا- يجوز لمن تعلق بماله الخمس المباشره فى وضعه فى تلك المصارف كما هو ظاهر أمره عليه السلام بإرسال الخمس إليه أو كون الخمس له، مثل قوله عليه السلام: «خذ مال الناصب وادفع إلينا خمس» (١). وفى الصحيح عن على بن محمد بن شجاع النيشابورى، فوقع عليه السلام: «لى منه الخمس مما يفضل من مؤنته» (٢). وفى صحيحه

ص: ٢٣٨

١- (١) وسائل الشيعه ٩: ٤٨٧ ٤٨٨، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩: ١٨٦ ١٨٧، الباب ٥ من أبواب زكاه الغلات، الحديث ٢.

## الشرح:

على بن مهزيار: «من كان عنده شيء من ذلك فليوصله إلى وكيلي»<sup>(١)</sup>. وفي موثقه عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت . . .»<sup>(٢)</sup> إلى غير ذلك.

وعلى ذلك، فلو قيل بأن الولاية الثابتة للإمام عليه السلام تثبت للحاكم والفقير العادل في زمان الغيبة تثبت له أيضا بالإضافة إلى سهم السادة، بحيث لا يجوز للمكلف صرفه على موارد بلا استئذان منه.

وأما بناءً على ما هو الأظهر من انحصار ولايته بموارد الأمور الحسينية على ما تقدم تفصيلها، فيجوز للمكلف الاستقلال في صرف ذلك السهم بدفعه إلى أربابها، حيث إن مقتضى أصله البراءة عدم اشتراط الاستئذان في دفعه بعد كون مقتضى الآيه والروايات ثبوت الخمس في المال. نعم، لو طلب الفقيه المتصدي لتنظيم أمور المسلمين السهم المزبور للصرف على بعض مصارفه لضرورته وجبت الإجابة إطاعه أولى الأمر، ولكن هذا لا يفيد الاشتراط بحيث لو خالف المكلف ودفعه إلى أربابها لم يجز كما لا يخفى.

وأما بالإضافة إلى السهم المبارك فيما أن المال المزبور ملك الإمام عليه السلام ولا دليل على دخوله في ملك الغير في زمان الغيبة ابتداءً، حاكماً كان أو غيره ولكن يعلم برضاه عليه السلام بصرفه في مصالح ترويج الإسلام، نظير الحوزات العلمية والاحتفاظ بها ونشر الأحكام الشرعية أصولاً وفروعاً ودفع بعض ضرورات الضعفاء من المؤمنين، فيجوز للفقير صرفه على هذه المواضع مع ملاحظه الأهم والمهم. وإذا كان ملاك

ص: ٢٣٩

١- (١) وسائل الشيعة ٩: ٥٠٢، الباب ٨ من أبواب الخمس، الحديث ٥.

٢- (٢) المصدر السابق: ٥٠٦، الباب ١٠ من أبواب الخمس، الحديث ٢.



إحداها: أن تظهر قرينه على عدم جواز رضاه بالأخذ منه، كما إذا عيّن له منه مقداراً قبل الدفع أو بعده. ولا إشكال في عدم الجواز، لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه.

الثانية: أن تظهر قرينه حاله أو مقالته على جواز أخذه منه مقداراً مساوياً لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد. ولا إشكال في الجواز حينئذ.

الشرح:

تصرفه علمه برضاه عليه السلام، فإن رضا الدافع بصرف ذلك المال على البعض المعين من تلك المواضع، فلا بد للفقهاء رعايتها لو احتمل دخلها في رضاه عليه السلام. نعم، على القول بثبوت الولاية للفقهاء مطلقاً لا في خصوص الأمور الحسينية فلا حاجة إلى رعايتها.

وأما المال المجهول مالكة، فقد تعرضنا لحكمه في بحث المكاسب المحرمة وأنه يظهر من بعض الروايات ثبوت ولايته للإمام عليه السلام، ولو قيل بثبوت هذه الولاية للفقهاء العادل فيعمل فيه بما وظيفته، وعلى ما ذكرنا من انحصار ولايته بموارد الأمور الحسينية ونظم أمور المسلمين فيعمل كل من وقع بيده المال المزبور التصديق به بعد يأسه عن الظفر بمالكة بعد الفحص عنه أو قبله. واحتمال اعتبار الاستيذان مدفوع بإطلاق الروايات في أن الوظيفة في المال المزبور هو التصديق فراجعها.

ثم إنه ذكر رحمه الله في المقام، أي فيما كان المدفوع إليه من طائفة يصرف المال عليهم ولم يكن له ولاية في ذلك المال صوراً ثلاثاً:

الأولى: ما إذا علم بقرينه حاله أو مقالته إخراج الدافع المدفوع إليه من ذلك القبيل وعدم رضاه بأخذه من المال، كما إذا عين له مقداراً قبل الدفع أو بعده، ففي هذه الصورة لا يجوز للمدفع إليه الأخذ منه؛ لأن المال المزبور ملك للدافع أو له ولاية في دفعه. وعلى كل تقدير، فلا يجوز أخذه بلا رضاه.

الثانية: ما إذا كان في البين قرينه على رضاه بأخذ الدافع لنفسه أيضاً فيجوز له

إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفه، كأن عيّن للمجتهدين مقداراً، وللمشتغلين مقداراً، واعتقده الدافع بعنوان يخالف مُعْتَقَد المدفوع إليه. والتحقيق هنا: مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية، كأن يقول: ادفع إلى كلّ مشتغل كذا وإلى كلّ مجتهد كذا، وخذ أنت ما يخصّك. وإن كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعياً إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتبع اعتقاد الدافع، لأنّ الداعي إنّما يتفرّع على الاعتقاد لا الواقع.

الشرح:

الأخذ، ولكن فيما إذا اختلف المقدار المعين للأصناف ولو من قبل الدافع فهل الميزان في أخذ المدفوع إليه اعتقاده أو اعتقاد الدافع؟ الأظهر التفصيل بين أن يكون تعيين الدافع على عنوان صنف على وجه الموضوعية فالمتبع إحراز المدفوع إليه واعتقاده، وبين كونه على وجه الداعويته فالمتبع اعتقاد الدافع وإحرازه.

ومراد رحمة الله من كون عنوان الصنف على وجه الموضوعية أن يكون التعيين للعنوان بنحو القضية الحقيقية فإنه يوكل فيها إحراز عنوان الموضوع في الخارج إلى المكلف، كما إذا قال: ادفع لكل مجتهد كذا ولكل مشتغل كذا وخذ أنت ما يخصّك، ومن كونه على وجه الداعويته كون التعيين بنحو القضية الخارجية، حيث إن تطبيق العنوان على الخارج في التعيين بمفادها بعهد الدافع. ولكن لا يخفى أنه كما يكون في المَجْعُول بنحو القضية الحقيقية الميزان نظر المدفوع إليه بالإضافة إلى الأخذ لنفسه، كذلك يكون هو المتبع بالإضافة إلى تعيين كون فرد من أي صنف، وكذا يكون المتبع في المَجْعُول بنحو القضية الخارجية نظر الدافع بالإضافة إلى المدفوع إليه وغيره.

ص: ٢٤١

الثالثة: أن لا تقوم قرينه على أحد الأمرين، ويطلق المتكلم. وقد اختلف فيه كلماتهم بل كلمات واحد منهم، فالمحكي عن وكاله المبسوط وزكاه السرائر ومكاسب النافع وكشف الرموز والمختلف والتذكرة وجامع المقاصد: تحريم الأخذ مطلقاً.

وعن النهايه ومكاسب السرائر والشرائع والتحرير والإرشاد والمسالك والكفايه: أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زياده على غيره. ونسبه في الدروس إلى الأكثر، وفي الحدائق إلى المشهور، وفي المسالك: هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ. وعن نهايه الأحكام والتنقيح والمهذب البارع والمقتصر: الاقتصار على نقل القولين. وعن المهذب البارع: حكاية التفصيل بالجواز إن كانت الشرح:

الصورة الثالثة: ما إذا لم تقم قرينه على رضا الدافع بأخذ المدفوع إليه لنفسه ولا عدم رضاه فهل يجوز له الأخذ لنفسه؟ قيل: (١) لا مطلقاً، وقيل: (٢) يجوز لنفسه مثل ما يعطى لغيره، وقيل: (٣) يجوز لو قال: «ضع هذا المال في مواضعه» أو ما يفيد ذلك، ولا يجوز فيما لو قال: «ادفع المال أو أعطه». وقيل (٤) بالجواز لو قال: «ضع هذا المال» أو نحوه، وأما إذا قال: «ادفعه أو أعطه»، فإن كان الدافع عالماً بكون المدفوع إليه من هذا القبيل فلا يجوز، وإن لم يعلم به فيجوز للمدفع إليه الأخذ لنفسه. واستدل على المنع

ص: ٢٤٢

١- (١) المبسوط ٢: ٤٠٣، والسرائر ١: ٤٦٣، والمختصر النافع: ١١٨، وكشف الرموز ١: ٤٤٣ ٤٤٤، والمختلف ٥: ٢٤، والتذكرة ١: ٥٨٣، وجامع المقاصد ٤: ٤٣.

٢- (٢) النهايه: ٣٦٦، والسرائر ٢: ٢٢٣، والشرائع ٢: ١٢، والتحرير ١: ١٦٢، وإرشاد الأذهان ١: ٣٥٨، والمسالك ٣: ١٣٨، والكفايه: ٨٨.

٣- (٣) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١١٠، وراجع المهذب البارع ٢: ٣٥٣ ٣٥٤.

٤- (٤) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١١٠، وراجع التنقيح ٣: ٢١.

الصيغه بلفظ «ضعه فيهم» أو ما أدى معناه، والمنع إن كانت بلفظ «إدفعه». وعن التنقيح عن بعض الفضلاء: أنه إن قال: «هو للفقراء» جاز، وإن قال: «أعطه للفقراء»، فإن علم فقره لم يجز، إذ لو أراد له خصه، وإن لم يعلم جاز. احتج القائل بالتحريم مضافاً إلى ظهور اللفظ في مغايره الأمور بالدفع للمدفع إليهم، المؤيد بما قالوه فيمن وكلته امرأه أن يزوجه من شخص فزوجه من نفسه، أو وكله في شراء شيء فأعطاه من عنده بصحيحه ابن الحجاج المسنده في التحرير إلى مولانا الصادق عليه السلام وإن أضمرت في غيره، قال: «سألته عن رجل أعطاه رجلاً مالياً ليصرفه في محاييج أو في مساكين، وهو يحتاج، يأخذ منه لنفسه ولا يعلمه هو؟ قال: لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه». واحتج المجوزون: بأن العنوان المدفوع إليه شامل له، والغرض الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظه لخصوصية الغير، واللفظ وإن سئل عدم شموله له لغه، إلا أن المنساق عرفاً صرفه إلى كل من اتصف بهذا العنوان، فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم، لو كان المدفوع الشرح:

مطلقاً بظهور اللفظ في مغايره الأمور بالدفع مع المعطى لهم، المؤيد بما ورد فيمن وكلته في تزويجها فأراد تزويجها لنفسه (١)، وفيمن وكله الآخر في الشراء له فأعطى المتاع من عنده (٢). وبصحيحه عبدالرحمن بن الحجاج على ما في «التحرير» قال: «سألته عن رجل أعطاه رجلاً مالياً ليقسمه في محاييج أو في مساكين وهو محتاج، يأخذ منه لنفسه ولا يعلمه؟ قال: لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبه» (٣).

أقول: دعوى ظهور كلام الدافع إلى مغايره المعطى لهم مع المدفوع إليه ممنوع،

ص: ٢٤٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ٢٠: ٢٨٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ١.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ٣٨٩، الباب ٥ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١ و ٢.
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧: ٢٧٧، الباب ٨٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

إليهم أشخاصاً خاصه، وكان الداعى على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور. والروايه معارضه بروايات أخر، مثل: ما عن الكافى فى الصحيح عن سعيد بن يسار، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: الرجل يعطى الزكاه يقسّمها فى أصحابه، يأخذ منها شيئاً؟ قال: نعم». وعن الحسين بن عثمان فى الصحيح أو الحسن بابن هاشم: «فى رجل أعطى مالاً يفرّقه فى من يحلّ له، يأخذ منه شيئاً لنفسه و إن لم يسمّ له؟ قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره». و صحیحہ ابن الحجاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسّمها ويضعها فى مواضعها وهو ممّن تحلّ له الصدقه؟ قال: لا بأس أن يأخذ لنفسه كما الشرح:

فيما إذا كان توكيله فى تقسيم المال بنحو يفهم منه إيكال إحراز كون المعطى له من قبيل ما تقدم إلى المدفوع إليه، سواءً قال: «إدفع هذا المال لكل مجتهد من البلد»، أو قال: «بدفعه إليه». ومغايره الموكل مع المعطى له كافى فى صدق الدفع، وخصوصاً فيما إذا كان المال المزبور من قبيل الزكاه المعتبر فيها مغايره المكلف بالأداء مع المعطى لهم، سواءً كان أدائه بالمباشره أو بنحو التوكيل والتسيب.

وأما تأييد المنع بما ذكروا فى توكيل المرأه من عدم جواز تزويج الوكيل المرأه من نفسه فلا يمكن المساعده عليه، فإن المنع فى تلك المسأله مورد الخلاف، وقد ذكر جماعه جواز تزويج الوكيل المرأه من نفسها فيما كان توكيله بنحو العموم، بل مع الإطلاق أيضاً، وربما يستدل على المنع فيها بصحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام فى حديث أنه قال فى امرأه ولّت أمرها رجلاً فقالت: «زوجنى فلانا، فقال: لا زوجتك حتى تشهدى أن أمرك بيدي، فأشهدت له، فقال عند التزويج للذى يخطبها: يا فلان، عليك كذا وكذا، قال: نعم، فقال هو للقوم: اشهدوا أن ذلك لها عندى وقد زوجتها من نفسى، فقالت المرأه: ما كنت أتزوجك ولا كرامه، ولا أمرى إلا بيدي، ولا وليتك أمرى

يعطى غيره، ولا- يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعها في مواضع مسماه إلا- بإذنه». والذى ينبغى أن يقال: أمّا من حيث دلالة اللفظ الدالّ على الإذن فى الدفع والصرف، فإنّ المتّبع الظهور العرفى وإن كان ظاهراً بحسب الوضع اللغوى فى غيره، كما أنّ الظهور الخارجى الذى يستفاد من القرائن الخارجيه مقدّم على الظهور العرفى الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن. ثمّ إنّ التّعبد فى حكم هذه الشّرح:

إلا- حياءً من الكلام. قال: تنزع منه ويوجع رأسه»(١). ولكن لا- يخفى عدم دلالتها على ما ذكر، بل ظاهرها إنكار المرأة توكيلها إلا فى تزويجها من شخص معين قد كان خطبها قبل التوكيل أو بعده، وأنها قد وكلته لاستحيائها المكالمه مع ذلك الشخص، فلا- تدل على المنع فيما إذا اعترفت بأنها وكلته بنحو العموم أو الإطلاق بحيث يعم التوكيل الزواج من كل زوج، كما هو المفروض فى المقام.

وإن استندوا فى المنع فى تلك المسأله بموثقه عمار الساباطى قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه تكون فى أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها؟ تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجى؟ قال: لا، قلت له: جعلت فداك، وإن كانت أيّما، قال: وإن كانت أيّما. قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها منه، قال: نعم»(٢). ولا يخفى أن مقتضاها عدم جواز توكيل المرأة رجلاً- فى تزويجها من نفسه ولو مع التصريح؛ ولذا ذكروا أن المنع باعتبار عدم جواز تولى شخص واحد طرفى العقد فى نكاح المتعه كما هو ظاهر السؤال أو مطلقاً، وهذا ليس مورد الكلام فى المقام. ويحتمل قريباً أن يكون المنع يختص بما إذا كان المتولى لطرفى العقد زوجاً ولا يعم توكيل الواحد من الزوجين فى إجراء العقد، حيث يحتمل أن يكون ملاك

ص: ٢٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٦٧، الباب ٦ من كتاب الوكاله، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٨٨، الباب ١٠ من أبواب النكاح وأولياء العقد، الحديث ٤.

المسألة لا يخلو عن بُعد، فالأولى حمل الأخبار المجوّزه على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، وحمل الصحيحه المانعه على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر المأمور فأمره بالدفع إلى مساكين على وجه تكون المسكنه داعياً إلى الدفع لا- موضوعاً، ولما لم يعلم المسكنه في المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال إليه. ثم على تقدير المعارضه، فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ، لأنّ الشكّ بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي. ولو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذن من المالك أو الشارع.

الشرح:

المنع في تولى الزوج دفع التهمه الناشئه من عدم الشاهد للعقد.

وأما التأييد بما ورد من أنه ليس للوكيل في الشراء إعطاء المتاع من عنده، فهو أيضاً مورد الخلاف؛ لمعارضه الأخبار الوارده فيه، وبقرينه التعليل الوارد في بعضها يكون مقتضى الجمع بينهما الحمل على الكراهه. نعم، في روايه على بن سليمان قال: «قلت له: الرجل يأتيني فيقول: اشتر ثوبا بدينار أو أقل أو أكثر، وأشترى له بالثمن الذي يقول، ثم أقول له: هذا الثوب بكذا وكذا، بأكثر من الذي اشتريته، ولا أعلمه أنى ربحت عليه، وقد شرطت على صاحبه أن ينقد بالذي أزيد ولا أرد به عليه، فهل يجوز الشرط والربح أو يطيب لى شيء منه؟ وهل يطيب لى أن أربح إذا كنت استوجبت من صاحبه؟ فكتب: لا يطيب لك شيء من هذا فلا تفعله»<sup>(١)</sup>. ولكن مع ضعف سندها أن المنع فيها باعتبار الغش في البيع وإيهام أنه اشترى الثوب من صاحبه بنحو التوكيل بالثمن الأزيد كما لا يخفى.

ص: ٢٤٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٩٣ ٩٤، الباب ٣٣ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

مسأله: احتكار الطعام وهو كما فى الصّحاح [١] وعن المصباح: جمع الطعام

الشّرح:

ويبقى فى البين صحيحه عبدالرحمن الحجاج، ومقتضى الجمع بينها وبين الصحيحه الأخرى وسائر الروايات الظاهره فى الجواز هو حمل النهى فيها على الكراهه، وأما حمل الصحيحه المانع عن الأخذ على صورته كون العنوان المفروض لصرف المال داعيا لدافع المال، بأن يكون دفعه المال بنحو القضيّه الخارجيه المحضه، وحمل المجوز على صورته كون الدفع بنحو القضيّه الحقيقيه، بأن يكون غرض الدافع صرف المال على كل معنون بذلك العنوان من غير خصوصيه لفرد دون فرد، فليس من الجمع العرفى.

وقيل (١) بحمل المانع على ما إذا كان المال المدفوع ملكا لشخص الدافع كما هو ظاهر لفظ صاحبه، والمجوزة على ما إذا كان المال المدفوع من الحقوق كالزكاه، ولكن هذا الحمل أيضا غير صحيح؛ لورود صاحبه فى الأخبار المجوزة أيضا، والأظهر جواز الأخذ لنفسه إلا أن يعلم المدفوع إليه بعدم رضا الدافع بأخذه. وعلى تقدير جواز الأخذ لا يختص جواز الأخذ بالمقدار المساوى لما يعطى لغيره كما هو القول الثانى من الأقوال المتقدمه، فإن الظاهر ولا أقل من الاحتمال أن يكون ما فى قوله عليه السلام: «مثل ما يعطى لغيره» مصدرية فيكون مفاده أنه كما يجوز إعطاؤه للغير يجوز الأخذ لنفسه أيضا، والله سبحانه هو العالم.

[١] يقع الكلام فى الاحتكار، بمعنى جمع الطعام وحبسه لتربّص الغلاء، ويقع فى مقامين:

الأول: فى حكم الاحتكار من حيث الجواز وعدمه.

والثانى: فيما للحاكم وولى المسلمين أن يفعلوه فى معالجه الاحتكار ودفع

ص: ٢٤٧



وحبسه يتربص به الغلاء لا- خلاف في مرجوحيته. وقد اختلف في حرمة، فعن المبسوط والمقنعه والحلبي كتاب المكاسب والشرائع والمختلف: الكراهه. وعن كتب الصدوق والاستبصار والسرائر والقاضى والتذكرة والتحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والروضة: التحريم. وعن التنقيح والميسية: تقويته. وهو الأقوى بشرط عدم باذل الكفايه، لصحيحه سالم الحنّاط، قال: «قال لي أبو عبدالله عليه السلام: ما عملك؟ قلت: حنّاط، وربما قدمت على نفاق وربما قدمت على الشرح:

اضطرار الناس.

وأما الأول، فعن الصدوق(١) والشيخ في «الاستبصار»(٢) وابن إدريس(٣) والقاضى(٤) والعلامة في بعض كتبه(٥) عدم جواز الاحتكار، فعلى مالك الطعام جعله في معرض البيع مطلقاً. وعن الشيخ رحمه الله في «المبسوط»(٦) و«المقنعه»(٧) والحلبي(٨) والعلامة في بعض كتبه(٩) جواز الاحتكار فيما كان في البين باذل يكفى بذله بحيث لا- يقع مع حبسه الناس أو بعضهم في الحرج في تحصيل قوتهم، ومع عدم وجود البازل كذلك فيحرم. وذكر المصنف رحمه الله كراهه الاحتكار مع وجود البازل وادعى بأن الكراهه

ص: ٢٤٨

- 
- ١- (١) حكاة ذلك السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٠٧، وراجع المقنع : ٣٧٢، والفقيه ٤ : ٢٦٥ .
  - ٢- (٢) الاستبصار ٣ : ١١٥ ، ذيل الحديث ٤٠٨ .
  - ٣- (٣) السرائر ٢ : ٢١٨ .
  - ٤- (٤) المهذب ١ : ٣٤٦ .
  - ٥- (٥) التذكرة ١ : ٥٨٥، والتحرير ١ : ١٦٠ .
  - ٦- (٦) المبسوط ٢ : ١٩٥ .
  - ٧- (٧) المقنعه : ٦١٦ .
  - ٨- (٨) الكافي فى الفقه : ٢٨٣ .
  - ٩- (٩) المختلف ٥ : ٣٨ .

كساد فحبست. قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكر. قال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً. قال: لا بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرّ عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال له: يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر، فإن الظاهر منه أن عله عدم البأس وجود البازل، فلولا حرم.

وصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الحكره، فقال: إنما الحكره أن تشتري طعاماً وليس في المصر غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعام غيره فلا بأس أن تلتمس بسلتك الفضل». وزاد في الصحيحه المحكيه عن الكافي والتهذيب: قال: «وسألته عن الزيت، قال: إن كان عند غيرك فلا بأس بامساكه».

الشرح:

مسلمه عند القائلين بالجواز وتحريم مع عدم البازل، واستدل على ذلك بصحيحه سالم الحنات قال: «قال لى أبو عبد الله عليه السلام: ما عملك؟ قلت: حنات، وربما قدمت على نفاق، وربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون محتكر، فقال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً، قال: لا بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرّ عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا حكيم بن حزام، إياك أن تحتكر»(١).

وصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن الحكره، فقال: إنما الحكره أن تشتري طعاماً وليس في المصر غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتمس بسلتك الفضل»(٢). وفي صحيحه حماد قال: «وسألته عن الزيت؟

ص: ٢٤٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٨ ، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ .

٢- (٢) المصدر السابق : ٤٢٧ ، الحديث الأول .

وعن أمير المؤمنين عليه السلام في نهج البلاغه في كتابه إلى مالك الأشر: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله منع منه. وليكن البيع بيعاً سمحاً في موازين عدل لا يجحف بالفريقين: البائع والمبتاع. فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكّل به وعاقب في غير إسراف».

الشرح:

فقال: إذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه»<sup>(١)</sup>. وفي كتابه عليه السلام إلى مالك الأشر على ما في «نهج البلاغه»: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله منع منه»<sup>(٢)</sup>، وظهرها الحكم الشرعي للاحتكار في نفسه لا الحكم ولايه كما هو مقتضى التعليل بأن رسول الله صلى الله عليه و آله قد منع منه، خصوصاً بملاحظه مثل صحيحه سالم الحنات المتقدمه.

وصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام»<sup>(٣)</sup>. والمراد بالكره هو التحريم، حيث إن الكراهه بمعناها اللغوي تطلق على الكراهه الاصطلاحيه وعلى التحريم، والقربنه على إرادته الحرمة في المقام أن الكراهه الاصطلاحيه ثابتة في احتكار الطعام مع البازل بلا ريب، فإنه موضع وفاق من القائلين بالجواز، فيكون مقتضى الشرطيه الأولى انتفاء الجواز الكراهتي مع عدم سعه الطعام للناس وكأن الشرطيه الثانيه تصريح بالمفهوم من الشرطيه الأولى. أضف إلى ذلك أنه لا يناسب الكراهه الاصطلاحيه ترك الناس ولا طعام لهم كما لا يناسب شدة الكراهه.

ص: ٢٥٠

١- (١) المصدر السابق: ٤٢٨، الحديث ٢.

٢- (٢) نهج البلاغه: ٤٣٨، الكتاب ٥٣، وعنه في الوسائل ١٧: ٤٢٧، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٣.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧: ٤٢٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.

وصحيحه الحلبي، قال: «سألته عليه السلام عن يحتكر الطعام ويتربص به، هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر ويترك الناس ليس لهم طعام». فإن الكراهه في كلامهم عليهم السلام وإن كان يستعمل في المكروه والحرام، إلا أن في تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دل على كراهه الاحتكار مطلقاً، قرينه على إرادته التحريم. وحمله على تأكد الكراهه أيضاً مخالفاً لظاهر «يكره» كما لا يخفى.

الشرح:

أقول: ثبوت الكراهه مع الباذل وسعه الطعام للناس لم يظهر له وجه معتبر لتكون الشرطيه الثانيه داله على ثبوت التحريم. نعم، عدم مناسبه التعليل مع الكراهه، بل مع الكراهه الشديده صحيح. ثم أيد قدس سره التحريم مع عدم الباذل كفايه بروايه المجالس بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أئما رجل اشترى طعاماً فكبسه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمانه لم يكن كفاره لما صنع» (١). ولكن لا يخفى ما في التأيد، حيث إنها ضعيفه سنداً ودلاله؛ أما من حيث السند فلوقوع على بن محمد الزبير في سندها وكونه راوياً لكتب بنى فضال لا يقتضى نقله هذه الروايه من كتبهم التي عرضوها للعسكري عليه السلام، ولا دلاله لقوله عليه السلام: «خذوا بما رووا وذرُوا ما رأوا» (٢)، على اعتبار كل روايه وجدت في كتبهم حتى ما إذا كان اتصالها إلى المعصوم عليه السلام بسند ضعيف، بل مفاده أن فساد مذهبهم لا يوجب ترك رواياتهم، بل يعمل بها على طبق موازين العمل بالخبر الواحد؛ ولذا لم يعهد من أحد الالتزام عند تعارض الخبرين بتقديم ما يكون في سنده من بنى الفضال. وبتعبير آخر:

ص: ٢٥١

---

١- (١) أمالي الطوسي: ٦٧٦، الحديث ١٤٢٧ / ٦، وعنه وسائل الشيعه ١٧: ٤٢٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ١٤٢، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١٣.

وإن شئت قلت: إن المراد بـ «البأس» في الشرطية الأولى التحريم، لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضاً، فالشرطية الثانية كالمفهوم لها. ويؤيد التحريم: ما عن المجالس بسنده عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيما رجل اشترى طعاماً فحبسه أربعين صباحاً يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه وتصدق بثمنه لم يكن كفارةً لما صنع». وفي السند بعض بنى فضال، والظاهر أن الرواية مأخوذة من كتبهم التي قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها: «خذوا بما رووا وذرّوا ما رأوا»، ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم، فيستغنى بذلك عن ملاحظته من قبلهم في السند، وقد ذكرنا: أن هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عمّا قبل هؤلاء من الإجماع الذي ادعاه الكشي على تصحيح ما يصحّ عن جماعه.

الشرح:

لا يزيد الكلام المزبور على ما ذكر الكشي في حق جماعه من الإجماع على تصحيح ما يصح عنهم، هذا مع أن في ثبوت القول المزبور عن العسكري عليه السلام تأملاً.

وأما دلالة فلأن مقتضى معتبره السكوني جواز الاحتكار إلى أربعين يوماً، كما أن مقتضى صحيحه الحلبي المتقدمه جوازه بأكثر منه ولو كان ذلك بالتماس الفضل والغلاء، وأيد التحريم أيضاً بما في كتاب ورام بن أبي فراس عن النبي صلى الله عليه وآله عن جبرئيل قال: «اطلعت في النار ورأيت وادياً في جهنم يغلى، فقلت: يا مالك، لمن هذا؟ قال: لثلاثة: المحتكرين والمدمنين الخمر والقوادين»<sup>(١)</sup>. وبما ورد في إجماع المحتكر على البيع، كما في موثقه غياث الآتيه، فإن الإجماع على البيع مع عدم حرمه الاحتكار بعيد وينافي قاعده تسلط الناس على أموالهم، بخلاف ما حرم الاحتكار فإن الإجماع على تركه من الوالي داخل في عنوان المنع عن المنكر.

ص: ٢٥٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٤٦، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١١.

ويؤيده أيضاً: ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورام: من أنه أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله عن جبرئيل عليه السلام، قال: «أطلعت على النار فرأيت في جهنم وادياً فقلت: يا مالِك لمن هذا؟ قال: لثلاثة: المحتكرين، والمدمنين للخمر، والقوادين».

ومما يؤيد التحريم: ما دلّ على وجوب البيع عليه، فإنّ إلزامه بذلك ظاهر في كون الحبس محرّماً، إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر وخلاف قاعده «سلطنه الناس على أموالهم». ثم إنّ كشف الإبهام عن أطراف المسألة يتم بيان أمور:

الشرح:

أقول: حرمة الاحتكار مع عدم باذل بقدر الكفاية مقتضى صحيحه سالم الحنط، فإن قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام ظاهر في كونه تحذيراً أو نهياً شرعياً لا- بعنوان إعمال ولايته صلى الله عليه وآله على الرعيه لتنظيم اجتماعاتهم وأموارهم، فإن حمل الأمر أو النهي على ذلك يحتاج إلى قرينه، وإلا كان الظاهر كونه بعنوان أنه الشارع، خصوصاً بملاحظه مثل ما في موثقه إسماعيل بن زياد من قوله عليه السلام: «لا- يحتكر الطعام إلا- خاطئ»<sup>(١)</sup>، فإن النهي بالجمله الخبريه والتعبير عن المحتكر بالخاطئ الظاهر في العاصي كقوله سبحانه: «لَا يَأْكُلُهُ إِلَّا الْخَاطِئُونَ»<sup>(٢)</sup> يناسب التحريم. وكذلك معتبره السكوني المتقدمه فإنه وإن ورد فيها التحديد بالأربعين وثلاثة أيام إلا أنه كما يأتي بملاحظه ضروره الناس وعدمها في ذلك الزمان جمعاً بينها وبين غيرها، مما تدل على عدم البأس بالحكره مع سعه الطعام للناس.

والحاصل: أنه لا دليل على كراهه الاحتكار في الخصب، بل ظاهر الروايات إباحته مع وجود البازل بقدر الكفاية، وعدم جوازه مع الشده وعدم البازل ولولم

ص: ٢٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٦ ، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٨ .

٢- (٢) سوره الحاقه : الآيه ٣٧ .

الأول: في مورد الاحتكار، فإنّ ظاهر التفسير المتقدّم عن أهل اللغه وبعض الأخبار المتقدّمه: اختصاصه بالطعام. وفي روايه غياث بن إبراهيم: «ليس الحكره إلا- في الحنطه، والشعير، والتمر، والزبيب». وعن الفقيه: زياده: «الزيت»، وقد تقدّم في بعض الأخبار المتقدّمه دخول الزيت أيضاً. وفي المحكى عن قرب الإسناد الشرح:

يحصل حاجه الناس إلى حد يوجب الاحتكار هلاك النفس منهم بالجوع ونحوه، وعلى ذلك فيكون التحريم كذلك خلاف الأصل. وبتعبير آخر: المراد بضروره الناس إلى الطعام ليس الاضطرار الموجب لبذل الطعام إليهم لإنقاذ أنفسهم عن الهلاك، بل المراد حاجتهم إليه، بحيث يكون حبسه عنهم موجباً لوقوعهم في الضيق والصعوبه كما هو ظاهر قوله عليه السلام: «وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام»<sup>(١)</sup>. وفي صحيحه حماد: «وسألته عن الزيت؟ فقال: إذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه»<sup>(٢)</sup>، فإن تصوير الاضطرار الموجب للبذل مجاناً أو مع العوض في الزيت غير واقع أو نادر جداً.

وعلى ذلك، فيقع الكلام في موارد الاحتكار ولا خلاف في كون الغلات الأربع من موارده وكذا السمن، والمشهور على إضافه الزيت وعن بعض<sup>(٣)</sup> إضافه الملح أيضاً، وفي موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «ليس الحكره إلا في الحنطه والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت»<sup>(٤)</sup>، ونحوها روايه السكوني<sup>(٥)</sup>.

ص: ٢٥٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.
- ٢- (٢) المصدر السابق: ٤٢٨، الباب ٢٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.
- ٣- (٣) المبسوط ٢ : ١٩٥، والوسيله: ٢٦٠، والتذكره ١ : ٥٨٥، ونهايه الأحكام ٢ : ٥١٤، والدروس ٣ : ١٨٠، والمسالك ٣ : ١٩٢.
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤.
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٦، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٠.

بروايه أبى البخترى عن على عليه السلام : «قال: ليس الحكره إلا فى الحنطه والشعير والتمر والزبيب والسمن». وعن الخصال فى روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الحكره فى سته أقسام الحنطه، والشعير، والتمر، والزيت، والزبيب، والسمن». ثم إن ثبوته فى الغلات الأربع بزياده «السمن» لا خلاف فيه ظاهراً، وعن كشف الرموز وظاهر السرائر: دعوى الاتفاق عليه، و عن مجمع الفائده: نفي الخلاف فيه. وأما الزيت: فقد تقدم فى غير واحد من الأخبار، ولذا اختاره الصدوق والعلامة فى التحرير حيث ذكر أن به روايه حسنه والشهيدان والمحقق الثانى، وعن إيضاح النافع: أن عليه الفتوى. وأما الملح: فقد ألحقه بها فى المبسوط والوسيله والتذكرة ونهايه الأحكام والدروس والمسالك، ولعله لفحوى التعليل الوارد فى بعض الأخبار: من حاجه الناس .

الشرح:

وغيرها. وأما الملح فلم يرد فى روايه واستفادته من فحوى التعليل الوارد فى بعض الروايات على ما ذكر المصنف رحمه الله لا يمكن المساعدة عليها، فإن قوله عليه السلام فى صحيحه الحلبي: «فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام»(1)، لا يستفاد منه إلا عدم جواز حبس الطعام مع حاجه الناس إليه.

لا يقال: قد ورد المنع عن احتكار الطعام فى الروايات المعتمده، وتحديد موارد الاحتكار بالغلات الأربع لكونها الطعام الغالب فى ذلك الزمان نظير تحديد الاحتكار فى الخصب بأربعين يوماً والشده بالثلاثه، وعلى ذلك فلو كان الطعام الغالب فى زمان آخر فى البلاد أو بعضها غير تلك الغلات أيضاً كالأرز بالإضافة إلى عصرنا الحاضر والذره فى بعض البلاد فلا يبعد الأخذ بما ورد فى احتكار الطعام من المنع، والالتزام

ص: ٢٥٥

١- (١) المصدر السابق: ٤٢٤، الحديث ٢ .



الثاني: روى السكوني [١] عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن الحكره في الخصب أربعون يوماً، وفي الغلاء والشده ثلاثه أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب، فصاحبه ملعون، وما زاد في العسره على ثلاثه أيام فصاحبه ملعون». الشرح:

بعدم جواز احتكاره مع حاجه الناس إليه؛ ولذلك ذكر بعض الفقهاء (١) بأنه لا يبعد تحقق الاحتكار المحرم في كل ما يحتاج إليه عامه أهالي البلد من الأطمه كالأرز والذره بالإضافة إلى بعض البلاد.

فإنه يقال: لم يظهر أن الطعام في تلك الروايات بمعنى ما يطعم به المعبر عنه ب«الغذاء»، بل من المحتمل جداً أن يكون بمعنى الحنطه كما هو الشائع في استعماله، بحيث ذكر أنه أحد المعنيين له، بل يظهر كونه المراد من صحيحه سالم الحنط، وعلى تقدير كونه بمعنى ما يطعم به يكون ظاهر التحديد في مثل موثقه غياث بن إبراهيم حاكماً على الإطلاق وينحصر بالغللات. وكيف يمكن المساعده على الدعوى المزبوره مع أن الأرز والذره كانا في زمان الأمه من القوت الغالب كما يظهر ذلك بملاحظه بعض ما ورد في انحصار الزكاه الفريضة بالغللات، ومع ذلك ذكر عليه السلام بأنه «ليس الحكره إلا في الحنطه والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت» ولا يقاس ذلك بتحديد الاحتكار في الخصب بأربعين يوماً، حيث إن الحمل المزبور فيه مقتضى الاستشهاد على الجواز وتعليل المنع في الروايات، فلاحظ.

[١] حاصله: أنه قد ورد في معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام جواز الاحتكار في أيام الخصب بأربعين يوماً وفي الشده بثلاثه أيام، قال: «الحكره في الخصب أربعون يوماً، وفي الشده والبلاء ثلاثه أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب فصاحبه

ص: ٢٥٦

---

١- (١) المقنعه: ٦١٦، وحكاه السيد العاملي عنها وعن غيرها في مفتاح الكرامه ٤: ١٠٩، وراجع المذهب ١: ٣٤٦، ومجمع الفائده ٨: ٢٥، والدروس ٣: ١٨٠.

ويؤيدها ظاهر روايه المجالس المتقدمه وحكى عن الشيخ ومحكى القاضى والوسيله العمل بها، وعن الدروس: أن الأظهر تحريمه مع حاجه الناس. ومطنتها الزيادة على ثلاثه أيام فى الغلاء وأربعين فى الرخص، للروايه، انتهى. أمّا تحديده ب «حاجه الناس» فهو حسن، كما عن المقنعه وغيرها، ويظهر من الأخبار المتقدمه. وأمّا ما ذكره من حمل روايه السكونى على بيان مظنه الحاجه، فهو جيد. ومنه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبدًا.

الشرح:

ملعون، وما زاد على ثلاثه أيام فى العسره فصاحبه ملعون» (١). ويؤيد تحديد الجواز بأربعين يوماً روايه أبى مريم المرويه فى «مجالس الأخبار» عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيما رجل اشترى طعاماً فكبسه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين، ثم باعه فتصدق بثمانه لم يكن كفاره لما صنع» (٢). وحكى عن الشيخ (٣) والقاضى (٤) وابن حمزه قدس سرهم (٥) العمل بمضمون معتبره السكونى، وذكر الشهيد رحمه الله (٦): أن الأظهر تحريم الاحتكار مع حاجه الناس ومظنه الحاجه مضى أربعين يوماً فى الخصب وثلاثه أيام فى الغلاء، وأعقب رحمه الله على ذلك بأن تحديد انتفاء الجواز عن الاحتكار بحاجه الناس كما عن «المقنعه» (٧) وغيرها (٨) حسن. وكذا حمل معتبره

ص: ٢٥٧

- 
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٣، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.
  - ٢- (٢) أمالى الطوسى: ٦٧٦، الحديث ١٤٢٧ / ٦، وعنه وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٦.
  - ٣- (٣) راجع النهايه : ٣٧٤ و ٣٧٥ .
  - ٤- (٤) حكاة عنه العلامه فى المختلف ٥ : ٤٠، والسيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٠٩ .
  - ٥- (٥) راجع الوسيله : ٢٦٠ .
  - ٦- (٦) الدروس ٣ : ١٨٠ .
  - ٧- (٧) المقنعه: ٦١٦، وحكاة السيد العاملى عنها وعن غيرها فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٠٩ .
  - ٨- (٨) راجع المهذب ١ : ٣٤٦، ومجمع الفائده ٨ : ٢٥ .

الثالث: مقتضى ظاهر صحيحه الحلبي [١] المتقدمه في بادئ النظر حصر الشرح:

السكونى على حصول الحاجه فى الخصب بالأربعين، وأن الأربعين كان مظنتها فى الخصب والثلاثه فى الشده؛ ولذا لا يكون التحديد المزبور تحديداً شرعياً.

أقول: ما ذكر المصنف رحمه الله من تأييد تحديد الجواز بالأربعين يوماً فى الخصب وفى الشده بثلاثه بروايه المجالس عجيب، فإن ظاهر المعبره جواز الاحتكار بأربعين يوماً وإنما يحرم بعد ذلك، وظاهر روايه المجالس أن حبس الطعام واحتكاره بأربعين يوماً حرام، من غير فرق بين أيام الخصب أو الشده، وأنه لابد قبل انتهاء الأربعين من جعل الطعام فى معرض البيع، فكيف يكون الثانى مؤيداً للمستفاد من المعبره؟ ومن هنا يظهر أنه لا- يمكن الأخذ بظاهر المعبره باعتبار معارضتها بصحيحه إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام، الظاهره فى عدم جواز الاحتكار بأربعين يوماً، بلا- فرق بين أيام الخصب والغلاء قال رسول الله صلى الله عليه وآله فىها فى عداد المكاسب المكروهه: «وأما الحنط فإنه يحتكر الطعام على أمتى، ولئن يلقى الله العبد سارقاً أحب إليّ من أن يلقاه قد احتكر الطعام أربعين يوماً» (١)، فإن ظاهرها لزوم جعل الطعام فى معرض البيع قبل انقضاء أربعين يوماً، بلا فرق بين أيام الخصب والضيق. وظاهر المعبره عدم لزوم ذلك وإنما يلزم بعد انقضاء أربعين يوماً، هذا أولاً. وثانياً: قد تقدم أن التحديد المزبور لا يناسب الجواز الوارد فى صحيحه سالم الحنط وغيرها.

[١] الظاهر من صحيحه الحلبي (٢) فى بدو النظر انحصار عدم جواز الاحتكار بما إذا كان تملك الطعام ونحوه بالشراء، وأنه إذا كان حبس الطعام المشتري لغرض الاسترباح فلا بأس به مع عدم حاجه الناس وضرورتهم ولا يجوز ذلك الحبس مع

ص: ٢٥٨

- 
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ١٣٧، الباب ٢١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.
  - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٧، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول .

الاحتكار في شراء الطعام، لكن الأقوى التعميم بقريته تفرغ قوله فإن كان في المصر طعام ويؤيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام وحبه سواء كان بالاشتراء أو بالزرع والحصاد والإحراز إلا أن يراد جمعه في ملكه. ويؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار ب«أن يترك الناس ليس لهم طعام» وعليه فلا فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوباً له أو كان قد اشتراه لحاجه فانقضت الحاجه وبقي الطعام لا يحتاج اليه المالك فحبه مترتباً للغلاء.

الشرح:

الحاجه والضروره، وهذه الصحيحه ناظره إلى تحديد الاحتكار المحرم فيرفع اليد بها عن إطلاق سائر الروايات، وعن بعض العامه والخاصه اختيار ذلك. ولكن ذكر المصنف رحمه الله أنه يرفع اليد عن خصوصيه التملك بالشراء بقريته التفرغ على الحصر، يعني قوله عليه السلام: «فإن كان في المصر طعام يباع فلا بأس أن تلتبس بسلعتك الفضل» (١) فإن مفهوم التفرغ عدم جواز انتظار الفضل بالسلعه مع عدم وجود الطعام للناس، سواء كان تملك السلعه بالشراء أو بالزرع أو الإرث أو غير ذلك. ويؤيد عدم الانحصار تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة (٢) بمطلق جمع الطعام وحبه، سواء كان الجمع والحبس جمعاً خارجياً بالزرع أو بالشراء ونحوه. نعم، يحتمل أن يراد بالجمع في كلامهم الجمع في الملك، أي التملك بالشراء. ويؤيد أيضاً عدم الانحصار التعليل الوارد في الصحيحه الأخرى من قوله عليه السلام: «فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم

ص: ٢٥٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٧، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول .

٢- (٢) صحاح اللغة ٢ : ٦٣٥، مادّه «حكر»، وانظر النهايه لابن الأثير ١ : ٤١٧، مادّه «حكر»، والمصباح المنير: ١٤٥، مادّه «حكر» .

الرّابع: أقسام حبس الطّعام كثيره [١] لأنّ الشخص إمّا أن يكون قد حصل الطّعام لحبسه أو لغرض آخر، أو حصل له من دون تحصيل له. و «الحبس»، إمّا أن يراد منه نفس تقليل الطّعام إضراراً بالناس في أنفسهم، أو يريد به الغلاء وهو إضرارهم من حيث المال، أو يريد به عدم الخساره من رأس ماله وإن حصل ذلك لغلاء عارضيّ لا يتضرّر به أهل البلد، كما قد يتفق ورود عسكر أو زوّار في البلاد الشّرح:

طعام (١)، فإن مقتضاه عدم جواز الاحتكار مع حاجه الناس في جميع ما ذكر، وحتى فيما إذا اشترى الطّعام لحاجه غير التجاره وزاد عن حاجته فحبسه لبيعه أيام الغلاء.

أقول: لعل التعبير بالتأييد في كلام أهل اللغه وفي التعليل باعتبار أنه لا اعتبار بهما مع تمام ظهور الصحيحه في الانحصار، حيث إنها لدلالاتها على تحديد الاحتكار المحرم تكون حاكمه على المطلقات فالعمده التكلم في تمام ظهورها وعدمه، ولا يبعد كون ذكر الشراء للغلبه فإن تملك الطّعام في الأمصار يكون به غالباً كما أن قيد المصر باعتبار أن أهل الأمصار في معرض الحاجه والاضطرار غالباً، فتدبر.

وأما دعوى كون التفريع قرينه على التعميم، فإنه لو كان الشراء دخيلاً في الاحتكار المحرم لذكر فيه، فإن كان في المصر طعام أو لم تشتريه فلا- بأس أن تلتبس، فلا يمكن المساعده فيه، فإن ذكر السلعه يمكن كونه قرينه على فرض الشراء مع أن التفريع بمعنى ذكر بعض المفهوم أمر متعارف.

[١] قد تقدم حرمه الاحتكار مع حاجه الناس، وذكر رحمه الله في هذا الأمر تحقّق الاحتكار بتملّك الطّعام وحبسه مع ضروره الناس وحاجتهم إليه، وتملكه الاختيارى لغرض حبسه تاره ولغرض آخر كالاتجار به أخرى، وإذا كان غير اختيارى كالانتقال إليه بالإرث فلا مورد للغرض فيه، وحبس الطّعام يكون الغرض منه تقليل الطّعام

ص: ٢٦٠

وتوقفهم يومين أو ثلاثه، فيحدث للطعام عزه لا يضرب أكثر أهل البلد، وقد يريد ب «الحبس» لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر. هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه، وقد يحبس انتظاراً لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه، بل لقله الطعام آخر السنه، أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام. ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء، قد يكون للبيع بأزيد من قيمه الحال، وقد يكون لحب إعانه المضطرين ولو بالبيع عليهم والإرفاق بهم. ثم حاجه الناس قد يكون لأكلهم، وقد يكون للبذر أو علف الدواب، أو الاسترباح بالثمن. وعليك باستخراج أحكام هذه الأقسام وتمييز المباح والمكروه والمستحب من الحرام.

الشرح:

إضراراً بالناس في أنفسهم تارة والإضرار في أموالهم المعبر عنه بحصول الغلاء تارة أخرى. ويكون الغرض من الحبس ثالثه عدم الخساره من رأس ماله من دون حصول الإضرار بالناس في أنفسهم وأموالهم، كما يتفق ذلك في الغلاء العارض الحاصل بورود عسكر أو زوار في البلد وتوقفهم فيه يومين أو ثلاثه، فيحدث في تلك الأيام عزه ولكن لا يضر بأهل البلد في أنفسهم وأموالهم.

هذا كله فيما إذا كان حبسه موجباً لحصول الغلاء، وأما إذا لم يوجب حبسه الغلاء كما إذا كان الغلاء لقله الطعام في آخر السنه، سواء حبس هذا الشخص هذا الطعام أم لا، ويكون حبسه في هذه الصوره لتحصيل الربح بعد الغلاء أو لإعانه المضطرين في تلك الأيام وحاجه الناس إلى الطعام إما لقوتهم أو للبذر أو علف دابتهم أو للاسترباح، بأن يبيعوا بالثمن الزائد بعد شرائهم. وعلى الخبير البصير استخراج أحكام كل من الأقسام، وتمييز قسم المباح أو المستحب أو الواجب من الاحتكار الحرام.

أقول: حبس الطعام الموجب للغلاء المستلزم لحاجه الناس واضطرارهم إلى الطعام غير جائز، سواء أريد بالحبس الإضرار بهم في أنفسهم أو زياده الربح أو عدم

## الشرح:

الخساره فى رأس ماله أخذاً بقوله عليه السلام: «ويترك الناس ليس لهم طعام»<sup>(١)</sup>، والمفهوم من قوله عليه السلام: «فإن كان فى المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل»<sup>(٢)</sup>. وقاعده نفى الضرر<sup>(٣)</sup> لا- تنفى الحرمة فيما إذا كان فى الاحتكار إضرار الناس، والخلاف فى الامتنان لهم.

نعم، إذا كان الحبس المزبور لغرض إعيانه الزوار أو العسكر مما يعد الفعل معه إحساناً إليهم فلا يبعد دعوى انصراف الأخبار المانعه عنه كأنصرافها عما إذا كان الحبس لقوت نفسه وعياله لو قيل بدخول ذلك فى عنوان الاحتكار، وفى صحيحه معمر بن خلاد أنه سأل أبا الحسن عليه السلام «عن حبس الطعام سنه؟ فقال: أنا افعله يعنى بذلك: إحراز القوت»<sup>(٤)</sup> ونحوها غيرها. وأما إذا لم يكن حبسه موجباً للغلاء فإن كان الغلاء حاصلًا فعلاً بسبب آخر فلا يجوز الاحتكار أيضاً لما ذكر، إلا إذا كان حبسه وتأخيره فى البيع مما يعد إحساناً على مثل الزوار والمضطرين، وأما إذا لم يكن بالفعل غلاء بل يحدث مستقبلاً فيجوز الاحتكار إلى ذلك الزمان كما هو ظاهر الأخبار المجوزه. والمراد بحاجتهم واضطرارهم هو الاضطرار إلى الطعام لزادهم، وأما اضطرارهم فى البذر أو علف الدابه فوجوب البيع فيه دائر مدار توقف الزرع وتحصيل القوت للناس الواجب كفايه على المكلفين على البيع المزبور وعدمه، فلاحظ وتدبر والله سبحانه هو العالم.

ص: ٢٦٢

- 
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٤ ، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢ .
  - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٧ ، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.
  - ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٦ : ١٤ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠ .
  - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧ : ٤٣٤ ، الباب ٣١ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.

## الشرح:

ثم لا يخفى أن ما ذكر من اختصاص حرمة الاحتكار بموارد خاصه، وأن مقتضى الحصر الوارد فيها جوازه في غيرها ولو مع حاجه الناس؛ لأنه لا يجب على المكلف قضاء حاجه الآخرين. نعم، قضاء حاجه المؤمنين وإعانتهم في أمر دينهم ودنياهم مرغوب إليه، قد ورد فيه روايات (١) كثيره جداً، متفرقه في أبواب مختلفه من أبواب فعل المعروف، وفي معتبره السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أصبح لا يهتم بأمور المسلمين فليس بمسلم» (٢)، ونحوها غيرها. وبما أن الإسلام قد حدد في الأدله بالشهادتين، فيعلم أن المراد بها نفي كماله وأن الاهتمام بأمور المسلمين أمر مطلوب من المسلم.

هذا كله فيما إذا لم يوجب الاحتكار في سائر الأموال الاختلال والهدم في السياسه الشرعيه لبلاد الإيمان، وإلا فكل فعل أوجب الاختلال والهدم المزبور وتهيأت به البلاد لسيطره الفساق والكفار عليها وعلى المؤمنين فلا يجوز، سواء كان بالاحتكار أو بالإضرابات أو غيرها؛ لما تقدم في بحث ولايه الفقيه أن إقامه السياسه الشرعيه والتصدي لتنظيم أمر بلاد المؤمنين من أول الأمور الحسيه وأهمها؛ ولذا يجب على السائرين إعانه المتصدي بما يتوقف عليه تلك الإقامه على تفصيل تقدم في بحث ولايه الفقيه. وعلى ذلك، فلو أحرز أن الفعل الفلاني هدم لتلك الإقامه أو شاركه في الهدم فلا يجوز.

وأما الكلام في المقام الثاني، أي مقدار ولايه المتصدي لتنظيم أمور البلاد وإقامه

ص: ٢٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٦: ٣٥٧ و ٣٦٣ و ٣٦٥ و ٣٦٩ و ٣٨٥، الباب ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٣٧ من أبواب فعل المعروف .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦: ٣٣٦، الباب ١٨ من أبواب الأمر والنهي، الحديث ٢.



## الشرح:

السياسه الشرعيه فيها؛ فلا- ريب فى أن له إزام المحتكر على بيع السلعه، سواء كانت مما يحرم الاحتكار فيها مع حاجه الناس وضرورتهم بعنوانه أو سائر الأموال، فيما كان احتكارها موجباً للاختلال فى نظم البلاد أو انهدام السياسه الشرعيه فيها، بحيث تكون البلاد عرضة للفساد الموجب لسيطره الفساق أو الكفار عليها، حتى ولو لم يعتقد المحتكر كون احتكاره كذلك. والوجه فى ذلك كون التحفظ على نظام البلاد وعدم تعرضها للفساد الموجب لما ذكر أهم من رعايه سلطنه المالك واختياره فى بيع ماله أو حبسه، بل يمكن دعوى وجوب طاعه ذلك المتصدى فى أمره ببيع السلعه وترك احتكارها؛ لما تقدم فى بحث ولايه الفقيه من دخول الفقيه والمتصدى لما ذكر. وكذا الوكيل الأمين من قبله فى عنوان أو لو الأمر فى جهه تنظم سياسه البلاد فيجب إطاعه أمره فى تلك الجبهه.

والحاصل: أنه لو أمكن الإلزام القولى بالأمر والنهى فهو، وإلا- فللمتصدى إزام المحتكر بالبيع وترك الاحتكار بالمنع العملى؛ لأن المنع العملى عن المنكرات مشروع للمتصدى الشرعى لأموال البلاد، ويؤيد ذلك ما ورد فى كتابه عليه السلام إلى مالك الأشر: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله منع منه إلى أن قال: فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكل وعاقب من غير إسراف»<sup>(١)</sup>. والوجه فى التعبير بالتأييد إمكان دعوى ظهور المنع فى القولى بقرينه الاستشهاد بمنع رسول الله صلى الله عليه وآله، وأن الشيخ وإن ذكر أن له إلى العهد سنداً صحيحاً، إلا أن تضمن ما وصل إلى الشيخ رحمه الله بتمام ما فى «نهج البلاغه» قابل للمناقشه وإن لا يبعد ذلك، وإلا لتعرض الشيخ رحمه الله ولو فى

ص: ٢٦٤

١- (١) نهج البلاغه : ٤٣٨، الكتاب ٥٣، وعنه وسائل الشيعه ١٧ : ٤٢٧، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٣.

## الشرح:

بعض كتبه للعهد وأن الواصل إليه هكذا. وأما إذا لم يكن الاحتكار في سائر الأموال موجباً لما ذكر من الاختلال أو الفساد فإنامه الدليل على وجوب اتباع الأمر والنهي عن الفقيه المتصدى فضلاً عن غيره من الفقيه العادل مشكلاً، فإنه لا بد من إثبات نفوذ الحكم الابتدائي أو إثبات وجوب طاعه المتصدى لنظام البلاد مطلقاً.

ثم إن جواز إجبار المحتكر على ترك الاحتكار وبيع السلعه في موارد حرمة الاحتكار مجمع عليه كما عن جماعه (١)، حتى عند القائلين بكراهه الاحتكار في تلك الموارد، وهذا الإجبار عندنا داخل في عنوان المنع عن المنكر ولكن المشهور عدم جواز التسعير على المحتكر (٢)، وعن «المقنعه» أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم (٣)، ولا يبعد عدم الجواز لموثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: أن رسول الله صلى الله عليه وآله «مر بالمحتكرين فأمر بحكرتهم أن تخرج إلى بطون الأسواق، إلى أن قال: فقيل لرسول الله صلى الله عليه وآله: لو قومت عليهم، فغضب رسول الله صلى الله عليه وآله حتى عرف الغضب في وجهه، فقال: أنا أقوم عليهم، إنما السعر إلى الله يرفعه إذا شاء ويخفضه إذا شاء» (٤)، وظاهرها نفيه صلى الله عليه وآله من ولاية التسعير عن نفسه من غير فرق بين الطعام وغيره. نعم، يجوز للحاكم الشرعى المتصدى للإجبار على تنزيل السعر، فيما إذا طالب المالك سعراً لا يتمكن المحتاجون على الشراء بذلك السعر، والله سبحانه هو العالم.

ص: ٢٦٥

١- (١) راجع التنقيح الرائع ٢: ٤٢، ومفتاح الكرامه ٤: ١٠٩، والمهذب البارع ٢: ٣٧٠، والحدائق ١٨: ٦٤.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٣٩، والمبسوط ٢: ١٩٥.

٣- (٣) المقنعه: ٦١٦.

٤- (٤) التوحيد: ٣٣٨ / ٣٣، وعنه وسائل الشيعة ١٧: ٤٣٠، الباب ٣٠ من أبواب التجاره، ذيل الحديث الأول.

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل في إجبار المحتكر على البيع، حتى على القول بالكراهه، بل عن المهذب البارع: الإجماع، وعن التنقيح كما عن الحدائق: عدم الخلاف فيه، وهو الدليل المخرج عن قاعده عدم الاجبار لغير الواجب، ولذا ذكرنا: أن ظاهر أدله الإجماع تدل على التحريم، لأن إزام غير اللازم خلاف القاعده. نعم، لا يسر عليه إجماعاً، كما عن السرائر، وزاد وجود الأخبار المتواتره، وعن المبسوط: عدم الخلاف فيه. لكن عن المقنعه: أنه يسر عليه بما يراه الحاكم. وعن جماعه منهم العلامة وولده والشهيد: أنه يسر عليه إن أجهف بالثمن، لنفى الضرر. وعن الميسى والشهيد الثانى: أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير، جمعاً بين النهى عن التسعير، والجبر بنفى الإضرار.

خاتمه: ومن أهم آداب التجاره الإجمال فى الطلب والاقتصاد فيه، ففى مرسله ابن فضال عن رجل عن أبى عبدالله عليه السلام: «ليكن طلبك للمعيشه فوق كسب المضيّع ودون طلب الحريص الراضى بدنياه المطمئن إليها، ولكن أنزل نفسك من ذلك منزله المنصف المتعفف، ترفع نفسك عن منزله الواهن الضعيف وتكسب ما لا بد للمؤمن منه، إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا، لا مال لهم». وفى صحيحه الشمالى عن أبى جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله فى حجّه الوداع: ألا إنّ الروح الأمين نفث فى روعى: أنه لن تموت نفس حتى تستكمل رزقها، فاتقوا الله وأجملوا فى الطلب، ولا يحملنكم استبطاء شىء من الرزق أن تطلبوه بشىء من معصيه الله، فإن الله تبارك وتعالى قسم الأرزاق فى خلقه حلالاً ولم يقسمها حراماً، فمن اتقى الله وصبر آتاه الله برزقه من حلّه، ومن هتك حجاب الستر وعجل فأخذه من غير حلّه قصّ به من رزقه الحلال وحوسب عليه يوم القيامه». وعن أبى عبدالله عليه السلام: «أنه كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيراً ما يقول: اعلموا علماً يقيناً أن الله عز وجل لم يجعل للعبد وإن اشتد جهده وعظمت حيلته وكثرت مكائده أن يسبق ما سُمى له فى

الذكر الحكيم، ولم يحل بين العبد في ضعفه وقله حيلته أن يبلغ ما سمي له في الذكر الحكيم. أيها الناس، إنه لن يزداد امرؤ نقيراً لحذقه، ولم ينقص امرؤ نقيراً لحمقه، فالعالم بهذا العامل به أعظم الناس راحه في منفعته، والعالم بهذا التارك له أعظم الناس شغلاً في مضرتة، وربّ منعم عليه مُستدّرج بالإحسان إليه، وربّ مغرور في الناس مصنوع له، فأبق أيها الساعي من سعيك، وأقصر من عجلتك، وانتبه من سنه غفلتك، وتفكر فيما جاء عن الله عز وجل على لسان نبيه صلى الله عليه وآله.

وفي روايه عبدالله بن سليمان، قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: إن الله عز وجل وسّع في أرزاق الحمقى ليعتبر العقلاء، ويعلموا أنّ الدنيا ليس يُنال ما فيها بعمل ولا حيله». وفي مرفوعه سهل بن زياد أنه قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: كم من متعب نفسه مقتر عليه، وكم من مقتصد في الطلب قد ساعدته المقادير». وفي روايه علي بن عبدالعزيز قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: ما فعل عمر بن مسلم؟ قلت: جعلت فداك! أقبل على العباده وترك التجاره، فقال: ويحه! أما علم أنّ تارك الطلب لا تستجاب له دعوته؟ إنّ قوماً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله لما نزل قوله تعالى: «وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً \* وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ» أغلقوا الأبواب وأقبلوا على العباده وقالوا: قد كُفينا! فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله فأرسل إليهم، فقال لهم: ما دعاكم إلى ما صنعتم؟ فقالوا: يا رسول الله تكفل الله تعالى لنا بأرزاقنا فأقبلنا على العباده. فقال صلى الله عليه وآله: إنّه من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب».

وقد تقدّم روايه أنه: «ليس منّا من ترك آخرته لديناه، ولا من ترك ديناه لآخرته». وتقدّم أيضاً حديث داود على نبينا وآله وعليه السلام وعلى جميع أنبيائه الصلاه والسلام، بعد الحمد لله الملك العلام، على ما أنعم علينا بالنعم الجسام التي من أعظمها الاشتغال بمطالعه وكتابه كلمات أوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للخاصّ والعامّ.

القول فى الخيار وأقسامه وأحكامه

مقدمتان:

الأولى: الخيار لغةً: اسم مصدر من «الاختيار» [١] غلب فى كلمات جماعه من المتأخرين فى «ملك فسخ العقد» على ما فسّره به فى موضع من الإيضاح، فدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزه وفى عقد الفضولى، وملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث، وملك العمه والخاله لفسخ العقد على بنت الأخ والاخت، وملك

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أن الخيار اسم مصدر من «الاختيار»، ولعلّ مراده أنه فيما لو لوحظ قيام السلطنة على فعل من فاعله فيطلق عليه الاختيار، وإن لوحظت تلك السلطنة بنفسها مع قطع النظر عن جهه قيامها من فاعلها فيقال لها الخيار.

ثم ذكر أنه يطلق فى كلمات جماعه على «ملك فسخ العقد» على ما فى الإيضاح (١)، وهذا من التعريف بالأعم فإنّ السلطنة على الفسخ يدخل فى العقود الجائزه، وجواز إبطال المالك العقد الفضولى الجارى على ماله، وملك الوارث فسخ العقد الذى اجراه المورث فى الزائد على الثلث، بناءً على عدم نفوذ التنجيز فى الوصيه فيما زاد على الثلث. كما يدخل فيه ملك العمه والخاله فسخ النكاح الجارى على بنت الأخ أو الأخت، مع أنه لا يطلق على شىء من ذلك بالخيار اصطلاحاً؛ لأن الخيار حق يترتب على العقد التام، وملك الفسخ فى تلك الموارد ليس بحق، أو أن العقد فيها غير تام.

### الأولى: الخيار لغةً واصطلاحاً

وأيضاً يدخل فى التعريف ملك الأمه بعد عتقها فسخ نكاحها السابق من عبيد، وكذلك ملك الزوجين فسخ النكاح لظهور العيوب.

ص: ٢٤٨

الأمة المزوّجه من عيب فسخ العقد إذا أعتقت، وملك كلّ من الزوجين للفسخ بالعيوب. ولعلّ التعبير بـ «المُلك» للتنبيه على أنّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة والردّ لعقد الفضولي والتسلّط على فسخ العقود الجائزه، فإنّ ذلك من الأحكام الشرعيّه لا من الحقوق، ولذا لا تورّث ولا تسقط بالإسقاط.

الشرح:

ولكن مع ذلك يمكن أن يقال: إن التعبير عن الخيار بملك فسخ العقد لا بالقدره على الفسخ ظاهر في كون جواز الفسخ في الخيار من قبيل الحق؛ ولذا يورث ويسقط بالإسقاط. فلا يعمّ ما إذا كان الجواز من قبيل الحكم، كما في جواز الفسخ في العقود الجائزه بالذات والإجازة والرد في عقد الفضولي، فإن هذا الجواز حكمي؛ ولذا لا يقبل الإسقاط أو الإرث.

ثم تعرّض رحمه الله لما ذكر صاحب «الجواهر»<sup>(١)</sup> رحمه الله من أنّ الخيار: ملك إقرار العقد وإزالته.

وأورد عليه بأنه: إن أريد من «إقرار العقد» ترك فسخه يكون ذكر الإقرار زائداً، لأن السلطنه على فسخ العقد والتمكن عليه كالتمكن على سائر الأمور لا يتعلق بأحد الطرفين، وإلا كان اضطراراً.

وإن أريد من إقراره جعله لازماً بحيث لا يفسخ فمعناه أن الخيار ملك إسقاط الخيار وفسخ العقد، ومن الظاهر أن إسقاط الخيار لا يدخل في معنى الخيار ولا يؤخذ في تعريفه؛ لأنه من أحكام الخيار وآثاره. هذا أولاً.

وثانياً: إقرار العقد ظاهره ما يقابل فسخ العقد بجعله لازماً مطلقاً وعليه فينتقض

ص: ٢٦٩

الشرح:

بالخيار المشترك كخيار المجلس، فإن إسقاط الخيار من أحدهما يكون إلزاماً للعقد من طرفه لا مطلقاً.

أقول: لو صحَّ انتقاض التعريف بالخيار المشترك على ما ذكر، لصحَّ انتقاضه بالخيار المتعدد في العقد الواحد، حيث إن إسقاط أحد الخيارين لا- يكون إلزاماً لذلك العقد مطلقاً، بل لا يكون إلزاماً له من ناحيته أيضاً، فإن مشترى الحيوان لو أسقط خيار مجلسه مع ثبوت خيار الحيوان له إلى ثلاثه أيام فلا يكون في إسقاط المزبور إلزام للعقد من ناحيته أيضاً. نعم، يكون إلزام من ناحيه ذلك الخيار الساقط.

وذكر السيد اليزدى رحمه الله (١) أن الاختيار بمعناه اللغوى يتعلق بالفعل لا بالعين، وكذلك معناه الاسم المصدرى، وإذا قيل: «له اختيار الفعل الفلانى» فيراد منه اختيار التصرف، ولعل حذف المتعلق وإسناد الاختيار إلى العين باعتبار كون التصرفات أو معظمها في اختياره نظير إسناد التحريم إلى العين.

وحيث إن الفسخ أحد الأفعال فيكون تغليب على خيار الفسخ من قبيل تغليب المطلق إلى بعض أفراده.

وناقش بعض الأجله رحمه الله بأن إطلاق الخيار على خيار الفسخ لا يكون من باب تغليب المطلق في بعض أفراده، وذلك فإن الاختيار وإن تعلق بالفعل لا- بالعين إلا- أنه أمر تكوينى من صفات النفس أو من أفعالها، حيث إن الفعل الاختيارى له مباد من التصور والتصديق بالفائده ثم الترجيح ثم الاصطفاء، أى الانتخاب، ثم الاشتياق فى بعض الموارد ثم الإراده وهى التصميم والعزم، ولعل الاشتياق مقدم على الاصطفاء.

ص: ٢٧٠

## الشرح:

وكل من هذه المبادئ غير الآخر.

فما قيل من أن الإرادة هو الشوق المؤكد<sup>(١)</sup> أو أن نسبه الإرادة إلى القدره نسبه التمام والفعليه إلى النقص أو القوه<sup>(٢)</sup> أو أن الاصطفاء هو الفعل خارجاً، لا يمكن المساعدة عليه؛ فإنه قد تتحقق القدره التامه ولا توجد الإراده وقد لا توجد القدره مع تحقق الإراده، كما لو تخيل أنه متمكن على الفعل الفلاني فأراد.

والحاصل: أن الاصطفاء المعبر عنه بالاختيار صفه للنفس أو من أفعالها، فما يقال من أن الفعل الفلاني مراد ومقدور ومختار، كل ذلك لا يدل على وحدتها، بل يكون من قبيل انطباق المفاهيم المتعدده على الموجود الخارجى.

وبتعبير آخر: أن الاصطفاء يعنى الاختيار غير الإراده ومقدمه عليها وعلى الإيجاد، ولا دلالة فى مثل قوله سبحانه: «وَاخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا»<sup>(٣)</sup> على أن الاختيار عين التعيين الخارجى، فإنه يصح أن يقال: إنه اختار التعيين واصطفاه، فيكون الاختيار غير التعيين.

ثم إنه لا يكون الاصطفاء والاختيار اعتبارياً أصلاً، بخلاف الخيار المراد فى المعاملات فإنه سواء كان إمضائياً كخيار الشرط أو تأسيسياً كخيارى المجلس والحيوان أمر اعتبارى.

لا يقال: كيف لا يكون الاختيار اعتبارياً، فإنه إذا جعل شخص حاكماً لبلد فيجعل له اختيار أى شىء فى ذلك البلد؟

ص: ٢٧١

١- (١) مصباح الفقيه ٢ : ٢٣٠ .

٢- (٢) حاشيه المكاسب للشيخ الأصفهاني ٤ : ١٠ .

٣- (٣) سوره الأعراف: الآيه ١٥٥ .



## الشرح:

فإنه يقال: لا يكون الاختيار اعتبارياً، بل الاعتبارى هو حق الاختيار والاصطفاء، وبعد ثبوت هذا الحق يكون الاختيار حقيقياً.

وعلى ذلك فاختيار الفسخ فى موارد ثبوت الخيار حقيقى، فاختياره متفرع على ثبوت الخيار فلا يكون الخيار فى المعاملات من قبيل تغليب المطلق إلى بعض أفراده كما عن السيد اليزدى رحمه الله، بل الخيار فيها أمر مباين للمعنى اللغوى للاختيار، فإن الاختيار نفس الاصطفاء والخيار حق الاختيار.

وعلى ذلك فليس الخيار اختيار فسخ العقد وملكه بل هو حق اختيار فسخ العقد، فلا يرد على ما ذكرنا ما يورد على تفسير الفخر، حيث إن لازم التفسير المزبور أن لا يثبت الخيار فى المعاملات على القصير، فإنه لا يتصور منهم اختيار فسخ العقد أو لا ينفذ منهم ذلك الاختيار. بخلاف ما إذا قلنا بأن الخيار حق الاختيار، فإن الحق المزبور يثبت للقصير أيضاً ويستوفيه أولياؤهم لقصورهم.

أقول: يقع الكلام فى جهتين:

الأولى: فى الاختيار الثابت للفاعل المختار.

والثانية: فى أن الخيار فى المعاملات مباين للاختيار فيها أو أن اختلافهما فيها بالمعنى المصدرى والاسم المصدرى.

فنقول فى الجبهه الأولى: إن الاختيار يطلق على إيجاد الفاعل وتعيين أحد طرفى الشىء خارجاً بالتمكن عليه، نظير ما يقال: إنه اختار الكفر أى كفر أو العلم أى علم أو قتل فلان أى قتل . . . إلى غير ذلك، ومن هذا القبيل قوله سبحانه: «وَاخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا» (١)، أى عينهم.

ص: ٢٧٢

## الشرح:

ويطلق على نفس التمكن على الشيء والقدره عليه، فيقال: له اختيار شرب الخمر أو الأكل أو القتل ونحو ذلك، ومن هذا القبيل إطلاق المختار على المتمكن في مقابل إطلاق العاجز على غير المتمكن والفاعل بالاضطرار في مثل قوله: النار أحرقه.

ثم إنه يكفي في تحقق الاختيارى مقابل الاضطرارى مجرد التمكن عليه، بمعنى عدم الحاجه إلى إرادته ذلك الفعل والقصد إلى إيجاده فلاحظ مثلاً لو هدم شخص بيتاً من غير التفات أن في البيت إنساناً يموت بهدمه، فإنه لو هدمه يستند قتل الإنسان المزبور إلى الهادم، فيقال: إنه قتله باختياره، باعتبار أنه كان متمكناً على عدم قتله ولو بعدم هدم البيت.

نعم، بما أن القتل تحقق في الخارج بلا قصده وإرادته يكون القتل خطأياً.

والشاهد لكون القتل المزبور اختيارياً تمكن الفاعل على تركه وأنه يصح للشارع العقاب على ذلك القتل فيما إذا أوجب التحفظ عليه من الخطأ، كما إذا قال: وإن قتلت إنساناً أعاقبك على ذلك القتل، فمع وصول هذا الخطاب إليه لو نسي أن في البيت المزبور إنساناً فهدمه وقتل الإنسان فيصح أن يعاقبه على ذلك القتل؛ لكونه متمكناً على التحفظ بترك الهدم وعلى التحفظ بذكره بأن في البيت إنساناً، وهذا هو المراد في حكايته سبحانه عن نبيه صلى الله عليه وآله ليلة المعراج: «رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا» (١).

ولكن لا يمكن للشارع أن يعاقب البالغ العاقل على تحيظه المكان فيقول له: إني أعاقبك على كونك في مكان، والسر في ذلك أن الإنسان بالإضافة إلى الكون في المكان فاعل بالاضطرار، فلا يصح العقاب على فعل لا يستند إلى اختيار الفاعل وتمكّنه.

ص: ٢٧٣

## الشرح:

فالمتمحّض ل أن المصحّح للفعل الاختياري تمكن الفاعل عليه، والإيجاد بالتمكن لا يتوقف على الإرادة والقصد فلا يكون لحاظ الفعل والتصديق بصلاحه وميل النفس والإرادة عله للفعل أو من مبادئ العله أصلاً.

نعم الفعل العمدي يتوقف بعد التمكن على الإرادة، ويعبّر عنها بالقصد والعزم والجزم، والاختلاف في التعبير نظير اختلاف التعبير عن زيد بالإنسان والبشر.

والحاصل: أن الفعل الاختياري العمدي يتوقف على القصد والإرادة الموقوفه على لحاظ ذلك الفعل.

وأما التصديق بصلاحه وميل النفس وشوقها إليه فقد لا يكون من مبادئ الإرادة والقصد، كما إذا كان الفعل من الفاعل حياً أو تقيه أو نحو ذلك.

نعم الفاعل المختار الحكيم لا يفعل بلا إحراز صلاح ذلك وهذا أمر آخر.

والتأمل في الأفعال الصادره عنا والمراجعه إلى الوجدان عند الفعل وتمييز موارد إمكان ترتب العقاب عن غير موارد شاهد قطعي لما ذكرنا، فتدبّر.

ثم إن الفسخ عباره عن حلّ العقد وإلغائه، وهذا الحل والإلغاء أمر إنشائي اعتباري بلا ريب ولم يختلف فيه اثنان، وإذا فرض الفسخ بعد البيع فإنشاؤه لا يختلف بين أن يكون له خيار الفسخ أو لم يكن.

والحاصل: أنّ التمكن الواقعي من إنشاء فسخ المعامله وإلغائها حاصل كان له خيار أم لا، غايه الأمر أنّ الحل والإبطال المنشأ قد يكون مع التزام صاحبه به عند المعامله وقد يكون مع عدم التزامه، وكذلك الشارع قد يمضى الحل والإلغاء منه وقد لا يمضيه.

وعليه فإن كان حلّه وإلغاؤه ممضى عند الشارع، يكون تمكنه على الفسخ شرعياً

الشرح:

أيضاً وإن لم يقبل الشرع ذلك الحل والإلغاء لم يتمكن من الفسخ الشرعي، أي لا يكون إغائه العقد مورد إمضاء الشارع. فالمراد بالخيار في المقام هو التمكّن على الفسخ الذي يقبله الشرع ويمضيه.

وكون الفسخ مورد قبول الشرع وإمضائه بأحد أمرين:

الأول: أن يلتزم في المعاملة طرفه الآخر بالفسخ إذا صدر عنه ويكون هذا الالتزام من الطرف مورد إمضاء الشرع، كما هو مفاد قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» (١) أو قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢)، على ما يأتي.

الثاني: أن يعتبر في فسخ الشارع إمضائه ابتداءً، أي من غير التزام من الطرف الآخر في المعاملة، فيكون الخيار الثابت في حقه تأسيساً.

والحاصل: أن التمكّن والاختيار لكل من المتعاملين بالنسبة إلى فعل نفسه وهو إلغاء العقد حقيقياً، وإذا لم يكن الإلغاء مورد الإمضاء الشرعي بأحد النحوين لا يكون الاختيار والخيار فيه شرعيين، وأما إذا وقع مورداً للإمضاء كما هو المراد بالخيار في المقام، يكون التمكّن المزبور من الفسخ شرعياً.

فالخيار الشرعي هو التمكّن من الفسخ بإمضاء من الشارع.

ولو عبّر عن هذا التمكّن بجواز الفسخ فليس المراد الجواز التكليفي فإنه لا يحتمل حرمة إنشاء الفسخ، بل المراد جوازه الوضعي، نظير ما يقال في حليه البيع المستفاد من قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٣)، بمعنى: أنه إذا وقع بيع يكون ذلك

ص: ٢٧٥

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ١.

٣- (٣) سورة البقره: الآية ٢٧٥.

الشرح:

مورداً لامضاء الشارع.

فالجواز الوضعى الثابت لفسخ أحد المتعاملين أو كليهما يكون مطلقاً تاره، أى غير مقيد بعدم الالتزام فى المعامله أو بعدها بترك الفسخ وإبقاء العقد بحاله، فىكون جواز الفسخ حكماً ولا يطلق على التمكن منه الخيار فى الاصطلاح.

وىكون مقيداً أخرى بعدم حصول ذلك الالتزام فىكون الجواز حقياً، ويطلق على التمكن منه فى الاصطلاح بالخيار.

وبتعبير آخر: كما يقال: له بيع ماله ويجوز له بيع ماله فىراد به الجواز الوضعى، كذلك يقال: له فسخ عقده أو التزامه بترك الفسخ وإبقاء عقده.

والفرق فى المقام بين الحق والحكم أن كلاً منهما حكم شرعى وإنما الاختلاف بينهما بالاشتراط والإطلاق، حيث لا يقبل الحكم الإسقاط ويقبله الحق.

ولعل جواز الفسخ وضعاً، جواز حقى يناسب التعبير فى مورده بملك الفسخ وجوازه لعدم التمكن على إسقاط هذا الجواز الوضعى فىناسبه التعبير بالحكم؛ ولذا ذكر المصنف رحمه الله: لعل التعبير بملك الفسخ يوجب خروج موارد ثبوت جواز الفسخ حكماً، حيث إن الملك فى المال يطلق فى موارد تمكن الشخص على قطع سلطنته عن ذلك المال، وقطع أحد المتعاقدين تمكنه على الفسخ ينحصر بمراد كون جواز الفسخ حقياً.

ولكن الأمر كما ذكر السيد اليزدى رحمه الله (1)، من أن ملك الشىء مطلق السلطنه والتمكن عليه، سواء كان جواز ذلك الشىء حقياً أو حكماً.

ص: ٢٧٦

## الشرح:

ودخل التمكن على إزاله التمكن عن نفسه فى صدقه غير محرز، كما يظهر بأدنى تتبع فى إطلاق الملك على السلطنه والتمكن فى موارد لا يمكن فيها دفع هذا التمكن.

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا أنّ اختيار الفسخ، وخياره لا يكون أمراً اعتبارياً وإنما الاعتبار وصف المتعلق، أى الفسخ، حيث يعتبر جائزاً، أى ممضى تارةً ولا يعتبر أخرى. ومع عدم الاعتبار لا يطلق على تمكن إنشاء الفسخ اختياراً ولا خياراً فى الاصطلاح.

ثم إنه لم يظهر وجه صحيح فى أنّ الخيار على تقدير كونه حق اختيار الفسخ أن يثبت فى حق القاصرين أيضاً ولا يثبت لهم على تقدير كونه بمعنى حق فسخ العقد، فإنه إذا لم يمكن تحقق الفسخ من القاصر فكيف يتحقق منه اختياره.

وعلى تقدير ثبوته لهم بمعنى استيفاء وليهم فيمكن الاستيفاء على تقدير كونه بمعنى حق الفسخ أيضاً.

بقى الكلام فيما ذكره القدماء فى تعريف الخيار من ملك فسخ العقد وإقراره، وما أورد عليه المصنف رحمه الله من أنه إن أُريد من إقراره ترك فسخه فالقيده مستدرك، وإن أُريد به جعل العقد غير قابل للفسخ فمرجه إلى إسقاط الخيار، فلا يصح أخذ إسقاط الخيار فى تعريف الخيار؛ لأن إسقاطه من حكم الخيار.

فنعول: قد تقدم أن الخيار الثابت فى المعاملات هو التمكن من الفسخ الذى يكون جوازه الوضعى حقيقاً، ومعنى كون جوازه حقيقاً التمكن على إسقاط هذا الجواز، وإسقاطه كما تقدم يكون بالالتزام الإنشائى على ترك الفسخ عند المعامله أو بعدها.

فإن كان هذا الالتزام عند المعامله فلا يتحقق معه التمكن من الفسخ المحكوم بالجواز، وإذا كان الالتزام المزبور بعد المعامله يرتفع الخيار من حين الالتزام، فيكون

الشرح:

المراد بإقرار العقد الالتزام الإنشائي بترك الفسخ عند المعامله أو بعدها.

فالتمكن على هذا الالتزام مقوم لعنوان الخيار على ما تقدم من أنه يطلق في الاصطلاح على موارد كون جواز الفسخ فيها حقياً.

وعليه فلا يرد على هذا التعريف النقض بموارد ملك الفسخ بحيث يكون جوازه حكماً، بخلاف تعريف الفخر (١) الذي رضى به المصنف رحمه الله .

وذكر النسائي رحمه الله (٢) في توجيه إضافه إقرار العقد على فسخه في تعريف الخيار وجهاً آخر، وأن الخيار بمعنى الملك والسلطنه يكون طرفاً متعلقه وجوديين، بخلاف تعريف الفخر قدس سره حيث يكون أحد طرفي متعلقه وجودياً والآخر عدمياً.

ومهد على بيان ذلك الوجه مقدمه وهي: أن العقود بحسب مقام الثبوت، أى بحسب حكمها الواقعي من حيث لزومها وجوازها، على ثلاثة أقسام:

منها: ما يقتضى اللزوم بنفسه، أى لا يكون لزومه باعتبار التزام خارجي منضم إلى مدلوله المطابقي، بل العقد بمدلوله المطابقي يقتضى لزومه بمعنى أن الشارع قد حكم عليه باللزوم مع قطع النظر عن التزام المتعاقدين بالوفاء به وإبقائه.

وقد ظهر من الأدله أن النكاح وعقد الضمان كذلك، ولا ينافي ذلك ثبوت الخيار في النكاح لبعض العيوب أو ثبوت الخيار للضامن فيما إذا ظهر له فيما بعد إفسار المضمون له، لأن مثل هذا الخيار باعتبار قيام الدليل عليه يكون تخصيصاً بالإضافة إلى خطاب لزومهما.

ص: ٢٧٨

١- (١) إيضاح الفوائد ١ : ٤٨٢ .

٢- (٢) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣ : ٣ و ٦ .

## الشرح:

ومنها: ما يقتضى جوازه، أى يكون بمدلوله المطابقي موضوعاً للجواز، بمعنى أن الشارع قد حكم عليه بالجواز بمدلوله المطابقي.

وقد علم من الأدله أن الهبه كذلك، ولا ينافى أيضاً حكم الشارع باللزوم فى بعض مواردھا؛ لأن ذلك لقيام الدليل لا للالتزام من المتعاقدين.

فيكون اللزوم فى القسم الأول والجواز فى هذا القسم حكماً، والالتزام من المتعاقدين بإبقاء المدلول وعدم إغائه يكون فى الأول مؤكداً وفى الثانى مخالفاً لمقتضى العقد.

ومنها: ما لا يقتضى بمدلوله المطابقي اللزوم ولا الجواز، بل يكون لزومه بالالتزام الخارجى من المتعاقدين بإبقاء ذلك المدلول وعدم إغائه كما فى عقد البيع، حيث إن مدلوله المطابقي هى المعاوضه بين المالىن ويكون التزام من المتبايعين على إبقاء تلك المعاوضه وعدم إغائها بقرينه العاده وبناء العرف على أن من أوجد المعاوضه فيلتزم بها وإلا لم يكن يقدم أحد بالمعاوضه، خصوصاً فى الأشياء الخطيره. ويعم قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> البيع بلحاظ المدلول الالتزامى الثابت له بقرينه العاده وبناء العرف، فيكون لزومه حقياً مالكياً لا حكماً.

فيدخل فى هذا القسم الخيار بالاشتراط كما تدخل عليه الإقاله، حيث إن اشتراط الخيار فيه لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد فيعمه قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٢٧٩

١- (١) سورة المائده: الآيه ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهمور، الحديث ٤ .



## الشرح:

ودخول الإقالة باعتبار أن لكل من المتعاملين ردّ التزام طرفه إليه، والمفروض أن حكم الشارع باللزوم تابع لا لتمامهما وان البيع في نفسه لا اقتضاء فيه بالإضافة إلى اللزوم والجواز.

وبذلك يظهر ما ذكره من أن الخيار يدخل في كل معاملة تدخل فيها الإقالة ويترتب على ما ذكر من أن الخيار هو السلطنة على إلغاء المعاملة وإبرامها، حيث إن باشرط الخيار يملك أحد المتعاملين الترامه بالمعامله والتزام طرفه بها ومع عدمه يملك الترام طرفه فقط، وبالإقالة يرد عليه ما خرج عن ملكه ويخرج عنه ما دخل في ملكه بالالتزام بالمعامله.

أقول: إن كان الالتزام من المتبايعين بإبقاء البيع وعدم إلغائه دخیلاً في صدق عنوان العقد يكون الأمر كذلك في غيره أيضاً كالنكاح والضمان.

وعليه فكما يكون اللزوم في البيع باعتبار ذلك الالتزام يكون الأمر في النكاح والضمان أيضاً لذلك، لأن الموضوع لوجب الوفاء فيها وضعاً وهو العقد كما هو مفاد قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup>؛ فلا وجه لأخذ الالتزام في موضوع لزوم البيع ولا يؤخذ في موضوع لزوم النكاح ونحوه.

ومجرد عدم مشروعيه شرط الخيار في النكاح لا يكون دليلاً على ذلك؛ لإمكان أن يقال: إن شرط الخيار في النكاح أيضاً على القاعده والالتزام بعدم المشروعيه لقيام دليل أوجب التخصيص في قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup>: وتعبير آخر: يكون عدم الالتزام بالوفاء بالنكاح كما هو مقتضى اشتراط الخيار ملغى عند الشارع،

ص: ٢٨٠

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

٢- (٢) مَرَّ آتِفًا .

... .

الشرح:

فيعامل معه معامله الالتزام بالوفاء.

ويؤيد أخذ الالتزام في موضوع لزوم النكاح ما ذكره جماعه أنه يصح اشتراط وصف في الزوج أو الزوجه في عقد النكاح، ومع ظهور فقده يثبت الخيار للمشروط له.

وإن قلنا بعدم دخاله الالتزام بالوفاء في عنوان العقد وأن المعاملات بأنفسها عقود فلا وجه للقول بأخذ الالتزام بالوفاء في البيع في موضوع لزومه، بل الموضوع له نفس عنوان البيع والإجاره ونحوهما.

ومشروعيه اشتراط الخيار ودخول الإقاله فيها لا يكشف عن ذلك، فإن الدليل على مشروعيه اشتراط الخيار فيه يكون تخصيصاً في دليل لزومه كما التزم بذلك التخصيص في قيام الدليل على ثبوت الخيار ببعض العيوب في النكاح.

وكذا في الإقاله التي هي في حقيقتها الاجتماع على الفسخ، فإن جواز الإقاله على خلاف القاعده حتى على القول بأن الالتزام بالوفاء بالبيع مأخوذ في لزومه، فإن المأخوذ في لزومه على تقديره هو الالتزام من المتبايعين عند البيع.

وبتعبير آخر: الالتزام منهما بحدوثه مأخوذ للزوم البيع، وبالإقاله بالمعنى الذي ذكره لا ينتفى ذلك الالتزام منهما كما لا يخفى.

ثم إن ما ذكر رحمه الله عند الاستشهاد على أخذ الالتزام بالوفاء بالبيع في موضوع لزومه بالمعاطاه، حيث ذكر أن المعاطاه باعتبار عدم الالتزام فيها بالوفاء لعدم العاده، وبناء العرف فيها بالوفاء بيع ولا تكون لازمه فيحكم بجوازها، لا يخفى ما فيه، فإنه إذا كانت المعاطاه بيعاً لا عقداً، وحكم بجوازها، فأين ما ذكره أولاً من أن البيع بنفسه لا يكون مقتضياً للزوم ولا الجواز؟

## الثانيه: الأصل في البيع اللزوم

وقد يعرّف بأنه: ملك إقرار العقد وإزالته. ويمكن الخدشه فيه بأنه: إن أُريد من «إقرار العقد» إبقاؤه على حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرَكٌ، لأنَّ القدره على الفسخ عين القدره على تركه، إذ القدره لا تتعلّق بأحد الطرفين. وإن أُريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل لأن يفسخ، ففيه: أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار، مع أن ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، فينتقض بالخيار المشترك، فإن لكلّ منهما إلزامه من طرفه لا مطلقاً. ثم إن ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عند الإطلاق في كلمات المتأخرين، وإلا فإطلاقه في الأخبار وكلمات الأصحاب على سلطنه الإجازة والردّ لعقد الفضولي وسلطنه الرجوع في الهبه وغيرهما من أفراد السلطنه شائع.

الثانيه: ذكر غير واحد تبعاً للعلامه في كتبه [١]: أن الأصل في البيع اللزوم.

الشرح:

ودعوى كون الجواز على خلاف القاعده ولقيام السيره عليها لا- يمكن المساعدة عليه، فإنه يمكن دعوى كون البيع بنفسه موضوعاً للزوم وخروج المعاطاه، والحكم بجوازها يكون بالسيره المشار إليها.

مع أننا قد ذكرنا في محلّه أن المعاطاه كسائر البيوع محكوم به بالزوم من الأول، لا تختلف في الحكم أصلاً.

وعلى الجملة، فالخيار هو التمكن من النسخ النافذ بنحو الحق.

## المعاني المحتمل في الأصل

[١] ذكر جماعه (١) تبعاً للعلامه في كتبه (٢): أن الأصل في البيع اللزوم، وعلل في «التذكرة» أصاله اللزوم بأنه مقتضى استصحاب بقاء ملك الثمن للبائع والمثمن

ص: ٢٨٢

١- (١) منهم الشهيد في القواعد والفوائد ٢ : ٢٤٢ ، القاعده ٢٤٣، والفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٤٤، والمحقق السبزواري في الكفايه: ٩٢، وصاحب الجواهر ٢٣: ٣ .

٢- (٢) القواعد ٢: ٤٤، والتذكرة ١: ٥١٥ .

قال في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم، لأنّ الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكّن كلّ من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنّما يتمّ باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه، انتهى.

أقول: المستفاد من كلمات جماعه أنّ الأصل هنا قابل لإرادة معان:

الأول: الراجح، احتمله في جامع المقاصد مستنداً في تصحيحه إلى الغلبة.

وفيه: أنّه إن أراد غلبه الأفراد، فغالبا ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، وإن أراد غلبه الأزمان، فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكه، مع أنّه لا يناسب ما في القواعد من قوله: وإنّما يخرج من الأصل لأمرين: ثبوت خيار أو ظهور عيب.

الشرح:

للمشترى بعد إنشاء أحدهما الفسخ، وبأن وضع البيع لنقل العوضين وقد قرّره الشارع، والغرض من الملك الحاصل بالبيع تمكّن كل واحد منهما على التصرف فيما يملكه، ولو كان البيع محكوماً بالجواز لا يتمكن على ذلك؛ لعدم الأمان بالفسخ الموجب لنقض الغرض.

وذكر جماعه أنه يحتمل أن يراد من الأصل أمور:

منها: (١) الراجح، كما يقال: الأصل في الأشياء الصحة وعدم العيب، ولا يخفى أن الرجحان يحصل بالغلبة. وإن أُريد أن أكثر أفراد البيع لازم لا يقبل الفسخ فمن الظاهر أن هذا غير صحيح؛ لأن أكثر أفراده غير لازم بخيار المجلس أو الحيوان ونحوهما.

وإن أُريد أن كل فرد من أفراد البيع في غالب الأزمان لازم بحيث لا ينافي كون غالب أفراده في زمان قليل جائزاً فهذا صحيح، ولكن لا يفيد فيما إذا شك في فرد من

ص: ٢٨٣

الثانى: القاعده المستفاده من العمومات التى يجب الرجوع إليها عند الشك فى بعض الأفراد أو بعض الأحوال، وهذا حسن، لكن لا يناسب ما ذكره فى التذكرة فى توجيه الأصل.

الثالث: الاستصحاب، ومرجهه إلى أصاله عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما. وهذا حسن.

الشرح:

أفراد البيع أنه يقبل الفسخ ولو فى زمان قليل، أو أنه لا يجوز فيه الفسخ أصلاً، كما إذا شك فى ثبوت خيار المجلس فى بيع الدين على من هو عليه.

هذا، مع أن إرادته غلبه الأزمان لا يناسب قول العلامة فى «القواعد»<sup>(١)</sup> بأنه يخرج عن الأصل بثبوت الخيار أو ظهور العيب، فإن مفاده أن ثبوت الخيار أو ظهور العيب خلاف الأصل، وأنه إذا لم يعلم ثبوت الخيار والعيب يحكم بلزوم البيع وعدم جواز فسخه أصلاً، كما فى المثال المزبور.

وبتعبير آخر: يكون ثبوت الخيار أو ظهور العيب محققاً للأصل، أى الغلبه، لا أنهما ينافيانها.

ومنها:<sup>(٢)</sup> أن يراد بالأصل القاعده المستفاده من العمومات أو المطلقات الواردة فى العقود والمعاملات الظاهره فى لزومها، المعبر عنها بالأصل اللفظى.

ومنها:<sup>(٣)</sup> الاستصحاب، أى الأخذ بالملك الحاصل للطرفين بالبيع المزبور بعد إنشاء أحدهما الفسخ، حيث إن مقتضى الاستصحاب عدم زوال ذلك الملك بذلك الفسخ.

ص: ٢٨٤

١- (١) القواعد ٢: ٦٤.

٢- (٢) أشار إليه الشهيد الثانى فى تمهيد القواعد: ٣٢، وصاحب الجواهر ٢٣: ٣.

٣- (٣) التذكرة ١: ٥١٥.

الرابع: المعنى اللغوى، بمعنى أن وضع البيع وبناءه عرفاً وشرعاً على اللزوم وصيروره المالك الأول كالأجنبى، وإنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لأحدهما أو لهما، يسقط بالإسقاط وبغيره. وليس البيع كالهبة التى حَكَمَ الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكماً شرعياً له أصلاً وبالذات بحيث لا يقبل الإسقاط.

الشرح:

ومنها: (١) أن الحكم المجعول للبيوع ببناء العرف والشرع، مع قطع النظر عن جعل الخيار، هو اللزوم. والخيار حق خارجى يرفع اليد فى موارد ثبوته عن الحكم الأول المتقضى لصيروره المالك أجنبياً عن ماله السابق بالبيع، نظير ما يقال: الأصل فى الأجسام الاستداره وإنما يخرج عن الاستداره بالقاصر الخارجى.

وقد ظهر مما ذكر فى المعنى الرابع، أن ثبوت خيار المجلس فى كل بيع لا يوجب خروجه عن كون الأصل فيه اللزوم؛ لأن خيار المجلس كسائر الخيار حق خارجى قد ثبت فى كل بيع بالدليل، فما ذكره صاحب «الوافيه» (٢) من كون الأصل فى البيوع بعد ثبوت خيار المجلس الجواز غير تام، وإن أراد بالأصل استصحاب الجواز الثابت فى كل البيوع بخيار المجلس فىأتى مافيه من عدم جريان الاستصحاب فى بقاء الجواز بعد التفرق.

أقول: الأصل بمعنى مقتضى العموم أو الإطلاق فلا بأس به وسيأتى التعرض له، وكذا بمعنى الاستصحاب فى وجه؛ وأما بمعنى الراجح يعنى الغلبه فلا يفيد شيئاً؛ لأنه لا اعتبار بالغلبه، سواء أريد غلبه الأفراد اللازمه أو غالب الأزمان.

وأما الأصل بالمعنى الرابع، فلا مورد له فى المقام؛ لأن البيع أمر اعتبارى وحكمه

ص: ٢٨٥

١- (١) قال الشهيد قدس سره حكى هنا الوجه عن السيد الصدر، أنظر هدايه الطالب: ٤٠٦، وراجع شرح الوافيه (مخطوط): ٣٢٣.

٢- (٢) الوافيه: ١٩٨.

ومن هنا ظهر: أنّ ثبوت خيار المجلس في أوّل أزمنه انعقاد البيع لا- ينافي كونه في حد ذاته مبيّناً على اللزوم، لأنّ الخيار حقّ خارجي قابل للانفكاك. نعم، لو كان في أوّل انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه، لا حقّاً مجعولاً قابلاً للسقوط، كان منافياً لبنائه على اللزوم. فالأصل هنا كما قيل نظير قولهم: إنّ الأصل في الجسم الاستداره، فإنّه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستداره لأجل القاسر الخارجي. ومما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافيه، حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس إلا أنّ يريد أن الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، وسيأتي ما فيه.

الشرح:

أيضاً اعتباري والبناء العرفي أو الشرعي لا يزيد على الحكم واعتبار اللزوم، فلا يجري فيه أن أصل الشيء بمعنى تأثير العله لولا القاصر الخارجي، أي المزاحم عن كمال تأثيره، كما هو لا يخفى.

ثم إن ما في «التذكرة»<sup>(١)</sup> من تعليل الأصل في البيع اللزوم بأمرين: الاستصحاب وكون المراد بالبيع حصول الملك، والغرض من الملك التمكن من التصرف في المال وكون جواز البيع نقضاً لهذا الغرض؛ لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لو تم لكان مقتضاه كون الأصل في كل معاملة يحصل بها الملك هو اللزوم ولو كانت تلك المعاملة مثل الهبه.

وأيضاً يمكن أن يقال: الغرض من الملك التصرف في المال مادام ملكاً وبالفسخ ينتهي الملك، ولا ينتقض التصرف الواقع في المال حال ملكه، بل يرجع الفاسخ إلى بدله من المثل أو قيمه على ما يأتي في أحكام الخيار.

ص: ٢٨٤

١- (١) التذكرة ١: ٥١٥.

بقى الكلام فى معنى قول العلامة [١] فى القواعد والتذكرة: إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب، فإن ظاهره أن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار، مع أنه من أسباب الخيار. وتوجيهه بعطف الخاص على العام كما فى جامع المقاصد غير ظاهر، إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار، بل عطف على نفسه، وهو مبين له لا أعم. نعم، قد يساعد عليه ما فى التذكرة من قوله: وإنما يخرج عن الأصل بأمرين: أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص فى أحد العوضين، بل للتروى خاصة. والثانى: ظهور عيب فى أحد العوضين، انتهى.

الشرح:

[١] بقى الكلام فيما ذكر العلامة قدس سره فى «القواعد» (١) بعد قوله: الأصل فى البيع اللزوم، من أنه يخرج عن الأصل بثبوت الخيار أو ظهور العيب، فإن مقتضاه كون ظهور العيب موجباً لتزلزل البيع فى مقابل تزلزله بالخيار.

وتوجيهه بأن ذكر ظهور العيب من قبيل عطف الخاص على العام، لا- يمكن المساعدة عليه، فإن ظهور العيب لم يعطف على موجبات الخيار، بل على نفس الخيار المبين لظهور العيب.

نعم، يؤيد التوجيه المزبور عبارته «التذكرة»، حيث عطف فيها ظهور العيب على موجب الخيار والغرض منه، وقال: إنما يخرج عن الأصل بأمرين: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص فى أحد العوضين، بل للتروى الخاصة أى التفكير فى الصلاح من فسخ البيع وإبقائه والثانى: ظهور العيب فى أحد العوضين (٢).

ص: ٢٨٧

١- (١) القواعد ٢: ٦٤ .

٢- (٢) التذكرة ١: ٥١٥ .



وحاصل التوجيه على هذا: أنّ الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل العقد لأجل الخيار، والمراد بالخيار فى المعطوف عليه ما كان ثابتاً بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين، لا-لاقتضاء نقص فى أحد العوضين، وبظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين. لكنه مع عدم تمامه تكلف فى عباره القواعد، مع أنه فى التذكرة ذكر فى الأمر الأول الذى هو الخيار فصلاً سبعة بعدد أسباب الخيار، وجعل السابع منها خيار العيب، وتكلم فيه كثيراً ومقتضى التوجيه: أن يتكلم فى الأمر الأول فيما عدا خيار العيب.

الشرح:

ولكن ذكر(1) بعد ذلك فى ثبوت الخيار للتروى فصلاً سبعة وجعل سابعها خيار العيب، ومقتضى عطف ظهور العيب على سائر الموجب، أى التروى، أن يتكلم فى خيار العيب فى الأمر الثانى لا فى الأمر الأول.

ووجه المصنف رحمه الله عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار بوجه آخر، وحاصله: أنّ ظهور العيب يوجب فى البيع الجارى على المعيب نحوين من التزلزل:

أحدهما: ثبوت الخيار لمن انتقل إليه المعيب، وهذا التزلزل داخل فى الأمر الأول؛ ولذا جعل الفصل السابع فيه خيار العيب.

الثانى: التزلزل فى البيع بالإضافة إلى مجموع الثمن، بأن يسترد المشتري من البائع بعض الثمن، وهذا التزلزل يخالف الخيار فى السنخ المعبر عنه بحق الأرش.

ولكن قد ضعف رحمه الله هذا التوجيه بما حاصله: أنّ الأرش على ما هو المعروف عندهم يجب دفعه إلى المشتري بمطالبتة ولا يكون جزءاً من الثمن؛ ولذا يجوز لمالك المبيع عدم دفعه من الثمن، بل من مال آخر. ولو كان ظهور العيب موجباً لتزلزل البيع

ص: ٢٨٨

---

١- (١) أنظر التذكرة ١: ٥١٥ و ٥٢٤.

ويمكن توجيه ذلك: بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار، فإنّ نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب وإن لم يثبت خيار الفسخ، موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لإبقائه في ملك البائع وإخراجه عنه، ويكفي في تزلزل العقد ملكك إخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. وإن شئت قلت: إن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، ونقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر.

لكنه مبنى على كون الأرش جزءاً حقيقياً من الثمن كما عن بعض العاّمه ليتحقّق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده. وقد صرح العلامة في كتبه: بأنه لا- يعتبر في الأرش كونه جزءاً من الثمن، بل له إبداله، لأنّ الأرش غرامه وحينئذ ثبوت الأرش لا يوجب تزلزلاً في العقد.

الشرح:

بالإضافة إلى مجموع الثمن، بأن كان للمشتري التنقيص من ذلك المجموع، كان له إلزام البائع بدفعه من الثمن لا من مال آخر.

ووجه النائبي رحمه الله (1) عطف ظهور العيب على الخيار بعين ما ذكره المصنف رحمه الله ولكن تخلص عن الإشكال الوارد على توجيه المصنّف رحمه الله بتفسير التزلزل بكونه في ناحية المبيع لا- في ناحية الثمن، وبأن للمشتري حق المطالبة من البائع بضم مقدار من جنس الثمن إلى المبيع المعيب ليساوى معه مجموع الثمن.

أقول: حق مطالبه الأرش لا يوجب التزلزل في البيع، ولذا يثبت بعد لزومه، ولا في المبيع، ولذا يجوز دفع الأرش من عين الثمن.

ص: ٢٨٩

ثم إنَّ الأصل بالمعنى الرابع [١] إنّما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع، لأنَّ الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل. أمّا لو شكَّ في عقد آخر من حيث اللزوم والجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه، لأنَّ مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي. وأمّا الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تمامه. وأمّا بمعنى الاستصحاب فيجوز في البيع وغيره إذا شكَّ في لزومه وجوازه. وأمّا بمعنى القاعده فيجوز في البيع وغيره، لأنَّ أكثر العمومات الدالّة على هذا المطلب يعمّ غير البيع، وقد أشرنا في مسأله المعاطاه إليها، ونذكرها هنا تسهيلاً على الطالب.

الشّرح: [١] وحاصله: أن الأصل بالمعنى الرابع يفيد فيما لو شك في ثبوت خيار في بيع، فإن الخيار حق خارجي يحتاج إلى قيام الدليل عليه، ومع عدمه يؤخذ بالمقتضى العرفي والشرعي للبيع.

وأما لو شك في عقد آخر أنه لازم لا يفسخ أو جائز حكماً فلا يمكن الأخذ بالأصل بذلك المعنى؛ لأنه مع الشك المزبور لا يحرز مقتضاه ليؤخذ به.

أقول: الأصل بذلك المعنى لا ينفع حتى فيما إذا شك في بيع أنه يثبت فيه خيار أم لا، وذلك فإنه لو فرض تصريح الشارع في خطاب بأن البيع عنده أيضاً لازم ولولا الخيار لا يفسخ وشك بعد ذلك في بيع أن فيه خياراً أم لا، فلا يفيد التصريح المزبور ما لم يكن في البين عموم أو إطلاق أو أصل عملي ينفي الخيار، ومع وجوده يدخل الأصل في المعنى الثاني أو الثالث.

وبتعبير آخر: الأصل بالمعنى الرابع مبني على اعتبار قاعده المقتضى والمانع التي قد ذكرنا في محله أنه لا اعتبار بها.

وأما الأصل بالمعنى الأول، أي الأخذ بالراجح، فقد تقدم الكلام فيه، وأمّا بمعنى

## التمسك بالعموم والإطلاق عند الشك في لزوم العقد

فمنها: قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دلّ على وجوب الوفاء بكلّ عقد. والمراد بالعقد: مطلق العهد كما فسّر به في صحيحه ابن سنان المرويّه في تفسير علي بن إبراهيم أو ما يسمّى عقداً لغه وعرفاً. والمراد بوجوب الوفاء: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالته اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دلّ العقد مثلاً على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التملك من ترتيب آثار ملكيه ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه والتصرّف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام. فإذا حرم بإطلاق الآيه جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد ومنها التصرفات الواقعه بعد فسخ المتصرّف من دون رضا صاحبه كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد وعدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، وهو معنى اللزوم.

الشرح:

الاستصحاب فهو مبني على اعتباره في الشبهات الحكميه، وقد منعنا عن ذلك في بحث الاستصحاب وذكرنا أن الموجب لعدم اعتباره ابتلاؤه بالمعارض فيها دائماً.

## الاستدلال بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

والعمده في المقام العمومات والإطلاقات المستفاد منها قاعده اللزوم المشار إليها، منها: قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» المفسر بالعهود في صحيحه عبدالله بن سنان التي رواها علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبيه عن النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، قال: بالعهود (١). وذكر رحمه الله في وجه دلالته على اللزوم أنّ المستفاد منها ابتداءً الحكم التكليفي وهو وجوب ترتيب ما هو عمل بمقتضى المعامله. وإذا كان مفادها تملك المال بعوض فيلزم العمل على مقتضى

ص: ٢٩١

١- (١) تفسير القمّي: ذيل الآيه ١ من سوره المائده .

ومما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل: من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

الشرح:

كون المال ملكاً للغير من لزوم دفعه إليه، وعدم جواز الإمساك به أو أخذه والتصرف فيه بلا رضاه حتى فيما إذا كان ذلك الأخذ والتصرف بعد إنشائه الفسخ، وإذا وجب العمل على طبق مدلول المعاملة كذلك ينتزع منه لزوم البيع وضعاً، فإن الحكم الوضعي في المقام كسائر الأحكام الوضعيه منتزعه عن التكليف.

ومما ذكر يظهر فساد ما قيل: (1) من أنه لا يستفاد من الآية لزوم المعاملة، فإنّ الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضى ذلك العقد من لزوم أو جواز، ووجه الظهور أن اللزوم كالجواز حكم شرعي يترتب على المعاملة وليس داخلياً في مدلولها، ومدلول البيع مثلاً جعل ملكية المال للغير بإزاء الثمن، وما يترتب على ملكية المال يجب ترتيبه وفاءً بالعقد حتى بعد إنشاء الفسخ الملازم للغويه الفسخ، فينتزع من هذا الوجوب لزومه وضعاً على ما تقدم.

وقد يقال: إنه لا يمكن التمسك بقوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» على لزوم المعاملة وعدم نفوذ فسخها، وذلك فإنه إذا فرض أن البائع باع المال بشرط أن يكون له خيار يوم الثامن وأقبض المبيع من المشتري وأخذ الثمن، ثم فسخها يوم الثامن وأخذ المبيع من يد المشتري واستردّ الثمن لا يكون ذلك خلاف الوفاء بالعقد، بخلاف ما إذا أخذ المبيع من يد المشتري قبل يوم الثامن أو امتنع عن الإقباض.

والفرق بين يوم الثامن وقبله هو أن العقد يوم الثامن مفسوخ لا بقاء له ليلزم الوفاء به، بخلاف قبل ذلك اليوم.

ص: ٢٩٢

---

١- (١) قاله العلامة قدس سره في المختلف ٦: ٢٥٥ .

## الشرح:

وعليه فلو شك في بيع أن فيه خياراً لأحد المتبايعين أم لا، فبعد إنشائه الفسخ لا يمكن الحكم بعدم جواز أخذه المال من صاحبه أخذاً بعموم وجوب الوفاء بالعقود، حيث إن بقاء العقد بعد الفسخ المزبور غير محرز والتمسك في بقاءه باستصحابه وعدم انفساخه، خروج عن التمسك بالآية.

وأجاب عن الإشكال المحقق النائيني رحمه الله (١): بأن هذا لو كان المراد بالعقد معناه الاسم المصدرى، فإنه على هذا التقدير لا يحرز بقاء الاسم المصدرى مع إنشاء الفسخ من أحدهما مع احتمال الخيار، بخلاف ما إذا كان المراد بالعقد معناه المصدرى فإن العهد بمعنى المصدرى يتحقق حال الإنشاء فالالتزام العقدي بحدوثه محكوم بلزوم الوفاء به إلى الأبد. ولا يكون التمسك بلزوم الوفاء به في الحكم ببطلان فسخه من التمسك بالعام في شبهته المصدقيه، ولذا يكون مورد ثبوت الخيار تخصيصاً في العموم المزبور.

أقول: الظاهر عدم الفرق بين إرادته المعنى المصدرى والاسم المصدرى في أن التمسك بالآية عند الشك في لزوم عقد أو جوازه لا- يكون من التمسك بالعام في شبهته المصدقيه، فإن الاختلاف بين المعنيين بالاعتبار، فالعهد بملاحظه صدوره عن الفاعل معنى مصدرى وبملاحظته في نفسه معنى اسم مصدرى.

وعلى كلا التقديرين فالعهد بحدوثه محكوم بلزوم الوفاء به وانهاؤه أو بوجوب ترتيب الآثار والعمل بمدلوله، نظير ما يقال من أن الشيء بحدوثه موضوع للحكم، أي لحدوثه وبقائه، كما في قوله سبحانه: «لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (٢). وقد يكون موضوعاً

ص: ٢٩٣

١- (١) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣: ٨.

٢- (٢) سورة البقرة: الآية ١٢٤.

## الشرح:

للحكم بمعنى أنّ حدوثه موضوع لحدوث الحكم وبقائه موضوع لبقائه، كما فى قوله: «لا تصلّ خلف الفاسق».

وبما أن مناسبة الحكم والموضوع فى المقام يقتضى كون وجوب الوفاء بالعهد من قبيل الأول فلا يكون التمسك بقوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فى موارد الشك فى كون بيع أو غيره خيارياً أو جائزاً، من التمسك بالعام فى شبهته المصداقيه، هذا أولاً.

وثانياً: قد تقدم أن المراد بالعقود: العهود، سواء كان العهد لله سبحانه كالعهد والنذر، أو للغير كما فى المعاملات الماليه كالبيع والإجاره، أو غير الماليه كالنكاح كما يشهد لذلك.

مضافاً إلى عموم العهد إطلاق العقد على كل منها فى مثل قوله سبحانه: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ» (١) وقوله سبحانه: «وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيحَتَهُمْ» (٢) «وَلَا تَغْرُمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ . . .» (٣) إلى غير ذلك. ثم إن متعلق العهد يختلف، فتاره يكون فعلاً للغير فالوفاء به عباره عن الإتيان بذلك الفعل، وأخرى يكون الأمر الوضعى، أى الاعتبارى كالملكيه مجاناً أو مع العوض، فالوفاء بالعهد فيه إنهاؤه وعدم إلغائه، أو ترتيب الأثر العملى على ذلك الأمر الاعتبارى.

ووجوب الوفاء بالعهد فى القسم الأول تكليفى، كما هو ظاهر الأمر بالفعل الخارجى، فالوفاء فى ذلك القسم عباره عن الإتيان بمتعلق العهد كما تقدم.

ص: ٢٩٤

١- (١) سورة المائدة: الآيه ٨٩ .

٢- (٢) سورة النساء: الآيه ٣٣ .

٣- (٣) سورة البقره: الآيه ٢٣٥ .

## الشرح:

والأمر بالوفاء فى القسم الثانى إما بمعنى عدم إلغاء العهد؛ لكونه من قبيل الأمر بالمعاملة، فىكون ظاهراً فى الإرشاد إلى لزوم المراد ترتيب الأثر على متعلق العهد والعمل بمدلوله فى مقابل نقض العهد عملاً.

فالأمر بالوفاء باعتبار كونه أمراً بالأفعال الخارجيه يكون ظاهراً فى التكليف. ولكن لا أظن أن يلتزم المصنف رحمه الله أو غيره بأن إمساك البائع مثلاً للمبيع ابتداءً أو بعد إقباضه يوجب عقابين؛ أحدهما بعنوان ترك الوفاء بالمعاملة، والثانى أنه تصرف وإمساك بمال الغير بلا رضاه، كما هو مقتضى قوله: «لا يحل مال امرئ مسلم»<sup>(١)</sup>، بل لا بد من الالتزام بأن الأمر بالوفاء ولو بمعنى ترتيب الآثار إرشاد إلى لزوم المعاملة، فلا يصح دعوى أن مدلول الأمر بالوفاء حكم تكليفى بحيث ينتزع منها الحكم الوضعى.

لا يقال: على ذلك يلزم استعمال الأمر بالوفاء فى الإرشاد والتكليف، فالإرشاد بالإضافة إلى العهد فى المعاملات والتكليف بالإضافة إلى العهد بالفعل الخارجى، كموارد النذر والحلف.

فإنه يقال: الأمر بالوفاء انحلالى فالأمر بالإضافة إلى بعض العهود يكون إرشاداً وبالإضافة إلى البعض الآخر تكليفاً، وقد تقدم سابقاً أنه ليس إرادته الإرشاد والتكليف معاً من قبيل استعمال اللفظ فى أكثر من معنى؛ لأن المستعمل فيه لصيغته الأمر أو مادته فى موردى الإرشاد والتكليف واحد. ويختلف الإرشاد عن التكليف بالغرض من البعث إلى الفعل، وتفصيل ذلك فى بحث الأصول.

ص: ٢٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١.



## الاستدلال بآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وآيه «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»

الشرح:

ثم إن المصنف رحمه الله قد أجرى ما ذكره في آيه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> في قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»<sup>(٢)</sup> و«إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»<sup>(٣)</sup> بدعوى أن المراد بحلِّه البيع جواز ترتيب الآثار بمدلول البيع، وإذا جاز ترتيب الاثر على مدلوله حتى فيما إذا فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه ينتزع عن الجواز المزبور اللزوم الوضعي، وكذلك الأمر في جواز ترتيب الآثار على مدلول التجاره عن تراضٍ، فإنه ينتزع من جواز الترتيب حتى بعد فسخ أحدهما اللزوم الوضعي للتجاره.

ولكن لا يخفى أن قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» مدلوله المطابق كما هو مقتضى إضافه الحليه إلى المعامله، ومنها البيع جوازها الوضعي أي إمضاؤها؛ ولذا لو كان بيع البائع بشرط الخيار له أو لصاحبه إلى مده يحكم بصحة البيع المزبور وكونه خيارياً أخذاً بإطلاق الإمضاء المستفاد من الآيه.

وبتعبير آخر: إمضاء البيع على طبق ما قرره المتبايعين في إنشائه، فإن كان بشرط الخيار فيحكم بإمضائه كذلك، وإن كان بدون شرطه يكون إمضاؤه مطلقاً.

وعلى ذلك فيمكن نفى احتمال الخيار الشرعي التأسيسي بناءً على ظهور الآيه في إمضاء المعامله بما له الحكم عند العقلاء، كما هو ظاهر الآيه.

وأما إذا ادعى بأن مدلولها هو نفس إمضاء البيع بمدلوله من غير نظر إلى إمضاء حكمه عند العقلاء فلا يمكن التمسك به في مورد احتمال الخيار الشرعي التأسيسي

ص: ٢٩٤

١- (١) سورة المائدة: الآيه ١.

٢- (٢) سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٣- (٣) سورة النساء: الآيه ٢٩.

توضيح الضعف: أنّ اللزوم والجواز من الأحكام الشرعيّة للعقد، وليس من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم، هذا المعنى أعنى وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه يصير بدلاله الآيه حكماً شرعياً للعقد، مساوياً للزوم وأضعف من ذلك: ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآيه على اللزوم مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعه المشهور وهو: أنّ المفهوم من الآيه عرفاً حكمان: تكليفي ووضعي. وقد عرفت أنّ ليس المستفاد منها إلّا حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً. ومن ذلك يظهر لك الوجه في دلاله قوله تعالى: «أَحِيلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» على اللزوم، فإنّ حليه البيع التي لا يراد منها إلّا حليه جميع التصرفات المترتبة عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الآخر مستلزمه لعدم تأثير ذلك الفسخ وكونه لغواً غير مؤثر.

ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حليته أكل المال بالتجاره عن تراض فإنه يدلّ على أنّ التجاره سبب لحليته التصرف بقول مطلق حتى بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر. فدلاله الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد، لكن يمكن أن يقال: إنه إذا كان [١] المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الشرح:

أيضاً، كما لا يبعد ذلك في قوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١) فإن مدلوله جواز تملك مال الغير بالتجاره.

وأما أن الأحكام المترتبة على التجاره ما هي وأن أحكامها العقلانيه كلها ممضاه أم لا، كل ذلك خارج عن مدلول الاستثناء، فتدبر جيداً.

[١] مراده أن حليه التصرفات المترتبة على البيع بعد فسخه من أحدهما من غير

ص: ٢٩٧

## الاستدلال بآيه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»

الآثار الثابته باطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب ولا ينفع الاطلاق.

ومنها: قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» [١] دلّ على حرمة الأكل بكلّ وجه يسمّى باطلاً- عرفاً، وموارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فإنّ أكل المارّه من ثمر الأشجار التي يمرّ بها باطل لولا إذن الشارع الكاشف عن عدم الشرح:

رضا صاحبه لم تذكر في الآيه بخصوصها وكذا حليه التصرفات المترتبة على تجاره، بل المدعى شمول الحليه لتلك التصرفات بالاطلاق في الآيتين.

وعليه فيمكن دعوى أن حليه التصرفات المترتبة على البيع والتجاره دائره مدار بقاء البيع والتجاره، حيث إن ظاهر كل خطاب كون الحكم المذكور فيه حدوثاً وبقاءً دائراً مدار حدوث الموضوع وبقائه، كما في خطاب: «لا تصل خلف الفاسق» (١). وإنما خرجنا عن ذلك في آيه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وقلنا: إنّ تحقق عقد أى عهد في زمان موضوع لوجوب الوفاء حدوثاً وبقاءً بمناسبه الحكم والموضوع المفقوده في الآيتين الأخيرتين.

[١] قد تقدم سابقاً أن المراد بالأكل في الآيه، الاعتبارى أى التملك ووضع اليد على مال الغير، كما هو مقتضى إضافه الأكل إلى المال، والمراد بالباطل: الباطل في اعتبار العرف وبنائهم، فيكون النهى عن أكل المال بالباطل من قبيل النهى عن المعامله ظاهراً في الإرشاد إلى فساد ذلك الأكل.

ومن الواضح أن تملك أحد المتبايعين مال الآخر بالفسخ من غير رضا صاحبه تملك بالباطل.

ص: ٢٩٨

١- (١) انظر وسائل الشيعه ٨: ٣١٣، الباب ١١ من أبواب صلاه الجماعه .

بطلانه، وكذلك الأخذ بالشفعة والخيار، فإن رخصه الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار والشفعة، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن أخذ مال الغير وتملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفاً.

نعم، لو دل الشارع على جوازه كما فى العقود الجائزه بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين.

الشرح:

نعم، إذا ثبت الخيار فى البيع من الشارع ولو تأسيساً يخرج التملك المزبور عن الباطل شرعاً، وكذلك الأمر فى الأكل الخارجى، فلو أذن الشارع فى أكل المار من ثمره طريقه فلا يكون ذلك من الأكل بالباطل.

وأما مع عدم ثبوت الخيار أو الإذن فىكون عموم النهى متبعاً ونتيجته ذلك لزوم المفروض.

ولا يخفى أنه إذا كان المراد بالأكل ما ذكر فى كفى فى التمسك به اتصاف المال بكونه مالاً لشخص، فإنه مع كونه مالاً له يكون تملكه ووضع اليد عليه بالوجه الباطل العرفى، ومنه الفسخ فى المعامله باحتمال الخيار الشرعى محكوماً بالبطلان شرعاً.

والحاصل: أنه لا يتوقف التمسك به على إحراز أن المال بعد الفسخ المحتمل جوازه ملك أيضاً لمالكه الأول؛ ليكون التمسك به من قبيل التمسك بالعام فى شبهته المصداقيه، اللهم إلا أن يقال: إن الفسخ لا يكون تملكاً للمال، بل هو حل العقد وبعد حله يكون التملك بالسبب الذى كان قبل العقد، ولكن لا يخفى أن التملك بالسبب السابق أيضاً بعد الفسخ المزبور تملك بالباطل، فلا بأس بالأخذ بالآيه فى الحكم بفساد الفسخ.

ص: ٢٩٩

## الاستدلال بروايه «لا يحل مال امرئ مسلم»

ومما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه وآله: «لا يحل مال امرئ مسلم» [١] إلا عن طيب نفسه».

ومنها قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» [٢] فإن مقتضى السلطنة التي

الشرح:

[١] ولعل مراده أن الاستفادة من الحديث (١) ابتداءً الحكم التكليفي، أي حرمة التصرفات الخارجيه المتعلقة بمال الغير، حتى التصرفات الواقعه بعد فسخ أحد المتعاملين، وينتزع من حرمتها عدم نفوذ ذلك الفسخ.

وفيه: أن الموضوع لعدم جوازها مال الغير بلا-رضاه وكون المال بعد فسخ أحد المتعاملين ولو بلا رضا صاحبه مال الغير غير محرز، فيكون التمسك بعموم عدم الجواز في الفرض من التمسك بالعام في شبهته المصداقيه.

ولو قيل: بأن عدم الحل يعم التصرفات الخارجيه والتصرفات الاعتباريه فيكون عدم الحل بالإضافة إلى التصرفات الاعتباريه حكماً وضعياً بمعنى الفساد، فيشكل التمسك به في الحكم بفساد الفسخ أيضاً؛ لأن الفسخ كما ذكرنا ليس تصرفاً في مال الغير، بل هو تصرف في العقد، حيث إنه حلّه، ومدلول الروايه عدم جواز التصرف في مال الغير، لا عدم جواز التصرف في معامله التي صار بها المال للغير.

والحاصل: أن استفاده الحكم الوضعي، أي فساد الفسخ من حرمة التصرفات في المال تكليفاً أو وضعاً أيضاً تمسك بالعام في شبهته المصداقيه، وأن فسخ العقد باعتبار عدم كونه تصرفاً في المال غير داخل في مدلول الروايه.

## الاستدلال بروايه «الناس مسلطون على أموالهم»

[٢] لو كان مراده قدس سره أن تصرف البائع مثلاً في المبيع بعد فسخه غير جائز، بل التصرف الحلال ينحصر بالمالك، لكان التمسك بالروايه (٢) بعد فسخ أحد المتعاقدين

ص: ٣٠٠

١- (١) وهو الحديث الذي في المتن، وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١.

٢- (٢) وهي الروايه التي في المتن، عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

أمضاها الشارع: أن لا يجوز أخذه من يده وتملكه عليه من دون رضاه، ولذا استدلَّ المحقِّق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه، بأنَّ فائده الملك التسلُّط ونحوه العلامه في بعض كتبه.

والحاصل: أنَّ جواز العقد الراجع إلى تسلُّط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه وصار مالاً لغيره وأخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم.

ومنها: قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» وقد استدلَّ به على لزوم غير واحد منهم المحقِّق الأردبيلي قدس سره بناءً على أنَّ الشرط مطلق الإلزام والالتزام، ولو ابتداءً من غير ربط بعقد آخر، فإنَّ العقد على هذا شرط، فيجب الوقوف عنده ويحرم التعدي عنه، فيدل على لزوم بالتقريب المتقدِّم في «أوفوا بالعقود» لكن لا- يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتّى في مثل قوله عليه السلام في دعاء الشرح:

من التمسك بالعام في شبهته المصداقيه؛ لأن مع احتمال نفوذ الفسخ لا يحرز أن التصرف في المال المزبور تصرف من غير المالك.

وأما بناءً على ما تقدم منا سابقاً من أن مفادها ولاية المالك على التصرفات المشروعه في المال وليس راجعاً إلى تعيين التصرف المشروع، فلا يمكن التمسك به في المقام؛ لأن الشك في كون الفسخ تصرفاً مشروعاً أم لا. هذا أولاً.

وثانياً: قد ذكرنا أن الفسخ لا يكون تصرفاً في المال، بل هو تصرف في العقد بحله والتصرف في المال بعد الفسخ المحتمل لم يحرز كونه تصرفاً من غير المالك؛ ليحكم بعدم جوازه كما لا يخفى.

## التمسك على لزوم العقد بما دلّ على لزوم الشرط

التوبه: «ولك يا ربّ شرطى [١] أن لا أعود فى مكروهك، وعهدى أن أهجر جميع معاصيك»، وقوله عليه السلام فى أوّل دعاء الندبه: «بعد أن شرطت عليهم الزهد فى درجات هذه الدنيا» كما لا يخفى على من تأملها مع أنّ كلام بعض أهل اللغه يساعد على ما ادّعينا من الاختصاص. فى القاموس: الشرط إلزام الشئ والتزامه فى البيع ونحوه.

الشرح:

[١] كأن مراده قدس سره أن الالتزام بعدم العود إلى المعصية التزام فى ضمن التوبه التى هى فى حقيقتها الندم على ما فعل، وأن شرط الزهد على الأئمه عليهم السلام قد وقع فى ضمن اختياره سبحانه إياهم للعنايه الخاصه بجعلهم أولياء المجد والعزّ ومهبط الوحي وموارد الكرامه.

ولكن لا يخفى أن ملاحظه ما ذكر قبل كل منهما يشهد بأن المراد منه الإلزام أو الالتزام الابتدائى، فإنه سلام الله عليه ذكر على ما فى الدعاء: «وقد قلت يا إلهى فى محكم كتابك: إنك تقبل التوبه عن عبادك وتعفو عن السيئات وتحب التوابين» (١)، فإن هذا بيان للالتزامه سبحانه بقبول التوبه من التائبين وحبّهم، فىكون قول التائب: وأوجب لى محبتك كما شرطت استدعاءً للوفاء بالالتزام، كما أن توبه النادم من معصيه قابله للتكرار يلزم الالتزام بعدم العود إلى مثلها. ويكون هذا دخيلاً فى تحقق التوبه وإلاّ فلا يكون ندمه إلاّ لفظياً لا أنه التزام زائد على التوبه، فىكون قوله: «يا رب شرطى أن لا أعود» (٢) بياناً للالتزام المحقق للتوبه.

ومن العجب عن بعض الأجله (٣)، حيث فرّق بين الشرط فى قوله: أوجب لى

ص: ٣٠٢

١- (١) الصحيفه السجديه: ١٦.

٢- (٢) بحار الأنوار ٩٩: ١٠٤ فى ضمن دعاء الندبه.

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب للإيروانى قدس سره ٣: ٢٣.

## الشرح:

محبتك كما شرطت، وجعل الشرط فيه بمعنى المعلق عليه لإيجاب المحبه، وبين الشرط في قوله: «لك يا ربّ شرطى»، حيث ذكر أنه بمعنى الالتزام مع وضوح أنه في كلا الموردین بمعنى الالتزام .

وأما دعاء الندبه، فإن إعطاء الله سبحانه العز والمجد واختياره الأولياء ليس من قبيل المعامله؛ ليكون شرط الزهد من قبيل الإلزام فى المعامله، بل الإلزام فيه بمعنى التكليف.

وبما أنه سبحانه قد علم بطاعتهم والوفاء بالتزامهم بالزهد وقد شملتهم العنايه من الأول فأعطاهم ما اقتضى علمه وقضاه جل وعلا، ومثل ذلك من استعمال لفظ الشرط فى الإلزام أو الالتزام الابتدائيين.

ولكن واستعماله فيه أو فى مطلق الحكم تكليفاً كان أو وضعياً، كما فى قوله: «شرط الله قبل شرطكم»<sup>(١)</sup>، و«الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام»<sup>(٢)</sup> وفى غيره «حتى يفترقا»<sup>(٣)</sup>، لا- يوجب ظهوره فى مطلق الالتزام أو الإلزام ليحمل قوله عليه السلام فى صحيحه عبدالله بن سنان أو غيرها: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(٤)</sup> عليه ويتمسك به فى موارد الشك فى لزوم المعامله وجوازها بالتقريب المتقدم فى قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(٥)</sup> بأن يقال: أصل المعامله شرط فيجب الوفاء بها، فينتزع من وجوبه لزومها.

ص: ٣٠٣

- 
- ١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٧ و ٢٩٦، الباب ٢٠ و ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ٦ و ١ .
  - ٢- (٢) أنظر وسائل الشيعه ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار .
  - ٣- (٣) أنظر وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار .
  - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ١٦ و ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .
  - ٥- (٥) سوره المائده: الآيه ١ .



ومنها الأخبار المستفضه فى أن «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» وأنه «إذا افترقا وجب البيع»، وأنه «لا خيار لهما بعد الرضا». فهذه جملة من العمومات الداله على لزوم البيع عموماً أو خصوصاً. وقد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضاً.

وربما يقال: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك [١] فإن الشرح:

وقد يقال: إن الشرط بمعنى مجرد ربط الشيء بالشيء، وقد يكون الربط أمراً واقعياً خارجياً كالشرط الأصولى والنحوى، وقد يكون جعلياً كما فى التزام الشخص بفعل، حيث يربط الشخص الفعل لنفسه وعهدته، أو معاملياً بأن يربط المعامله بذلك، أى على الالتزام به لا على الملتزم به.

ولكن لا يخفى أن ذلك مع عدم تمامه فى نفسه كما يأتى، لا- يوجب ظهور اللفظ فى الروايه فى مطلق الربط الذى يجعله المسلم، سواء كان من قبيل الالتزام الابتدائى أو الالتزام فى المعامله، بل المتيقن منه هو الشرط فى المعامله لو لم نقل بظهوره فيه بخصوصه.

[١] وحاصل ما ذكر قدس سره فى الجواب عن استصحاب عدم انقطاع علاقه المالك الأول، هو أنه إن كان المراد بعلاقه المالك الأول الملك، فمن الظاهر أنه قد زال بالبيع، وكذا إن كان المراد بها متفرعات الملك، فإنه مع زوال الملك لا تبقى متفرعاته.

وإن أريد السلطنه على إعاده العين إلى ملكه فهذه السلطنه لم تكن فى زمان الملك، ولا يمكن اجتماعها معه؛ إذ إعاده الملك فرض عدم الملك فعلاً.

والحاصل: أن هذه السلطنه تحدث بعد زوال الملك بثبوت الخيار فى المعامله.

وإن أريد استصحاب هذه السلطنه بعد انقضاء خيار المجلس فلا مجال لهذا الاستصحاب، فإنه لا يجرى فى موارد عدم ثبوت خيار المجلس، بل مطلقاً؛ لأن خيار المجلس كما هو ظاهر الأخبار ينتهى بالتفرق.

الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقه المالك عن العين التي له فيها الرجوع، وهذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم المقتضى للزوم. ورَدَّ بأنه: إن أُريد بقاء علاقه الملك أو علاقه تتفرّع على الملك، فلا ريب في زوالها بزوال الملك. وإن أُريد بها سلطنه إعادته العين في ملكه، فهذه علاقه يستحيل اجتماعها مع الملك، وإنّما تحدث بعد زوال الملك لدلاله دليل، فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها. وإن أُريد بها العلاقه التي كانت في مجلس البيع، فإنّها تستصحب عند الشك، فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال: الأصل في الهبه بقاء جوازها بعد التصرف، في مقابل من جعلها لازمه بالتصرف، ففيه مع عدم جريانه فيما الشرح:

ومع الشك في لزوم المعامله وجوازها يكون المورد من موارد الأخذ بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> ويكون استصحاب بقاء الملك بعد إنشاء الفسخ من أحدهما جارياً بلا معارض.

أقول: لا يخفى ما في كلامه قدس سره من الضعف، فإنه إذا كان خيار المجلس مؤقتاً بالافتراق فلا مجال لاستصحاب هذا الخيار بعد هذا الخيار، ولو كان البيع بعد الافتراق خيارياً كما في شراء الحيوان، فالخيار الثابت خيار آخر، ومع عدم قيام الدليل عليه لا يصح استصحاب طبيعته الخيار، فإنه من استصحاب القسم الثالث من الكلى. ولو قيل بأن المرجع في العام المخصّص في غير زمان التخصيص هو عموم العام، سواء كان عمومه من جهة الزمان أيضاً استغراقياً أو استمرارياً كان المرجع في مفروض الكلام عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وإن لم نقل بالتمسك بالعام فيما إذا كان عمومه استمرارياً، فيتعين الأخذ باستصحاب بقاء الأثر الحاصل بالعقد.

ص: ٣٠٥

لا- خيار فيه في المجلس، بل مطلقاً بناءً على أن الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم: «أوفوا» لا الاستصحاب : أنه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم، ثم إنه الشرح:

فالجمع بين التمسك بعموم العام والأخذ بهذا الاستصحاب كما هو ظاهر كلامه غير ممكن.

وأما ما ذكر من استصحاب عدم انقطاع سلطنه المالك عن المال وكون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الأثر، ففيه ما تقدم من أن الخيار لا يكون حقاً متعلقاً بالمال، بل هو كما تقدم ملك فسخ العقد، وهذا الملك غير ثابت قبل البيع لا للبائع ولا المشتري حتى يستصحب.

ودعوى «أن الخيار مرتبه ضعيفه من ملك المال»، ولذا يقال: إن الحق مرتبه ضعيفه من الملك، وبتعبير آخر: السلطنه المتعلقة بالمال بمرتبتها القويه تسمى ملكاً وإن تنزلت إلى مرتبتها الضعيفه تكون حقاً، وعلى ذلك فيكون استصحاب طبيعي السلطنه على المال من قبيل استصحاب طبيعي السواد للجسم بعد العلم بزواله بمرتبه الشديده واحتمال بقائه بمرتبه الضعيفه» موهومه؛ لأن كلاً من ملك المال وخيار الفسخ في المعامله أمر اعتبارى يؤخذ من العرف. والخيار في المعامله عندهم كما مر حق يتعلق بفسخ العقد ولا يكون حقاً في المال؛ ولذا يجوز لمن انتقل إليه المال في المعامله التصرف فيه بما شاء ولو مع الخيار لصاحبه، إلا إذا اشترط صاحبه عليه إبقائه، كما في بيع الخيار ولا يكون الملك والخيار عندهم شيئاً واحداً يختلفان بالشده والضعف.

وأما ثبوت حق آخر متعلق بالعين غير الخيار في العقد وغير الجواز الحكمي، فلا يحتمل في العقود.

## ظاهر المختلف: أن الأصل عدم اللزوم، والمناقشه فيه

يظهر من المختلف في مسأله أن المسابقه لازمه أو جائزه : أن الأصل عدم اللزوم، ولم يردّه من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، ولم يعلم وجه صحيح لتقرير هذا الأصل، نعم هو حسن في خصوص عقد المسابقه [١] وشبهه مما لا يتضمّن تملكياً أو تسليطاً ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر وعدم زواله بدون رضا الطرفين.

الشرح:

[١] وحاصله: (١) أنه إذا تضمّن العقد التمليك كالبيع والإجاره أو التسليط، كما في الوكالة، حيث إن المالك يسلّط الغير على التصرف في ماله ولم يتم دليل على جوازه أو لزومه، فيمكن الحكم بلزومه باستصحاب ذلك الملك أو التسليط بعد فسخ أحد المتعاقدين.

وأما إذا لم يتضمّن العقد التمليك أو التسليط، أي التمليك أو التسليط الفعليين وإن تضمّن ملكاً أو تسليطاً تعليقاً ومشروطاً كما في عقدي المسابقه والوصيه، فمع عدم قيام الدليل على لزومه أو جوازه يكون مقتضى الأصل جوازه. حيث يستصحب فيه عدم الأثر، فيقال: إنه قبل أن تحقق فوز السابق لم يكن العوض المقرر ملكاً له، وبعد فوزه مع فسخ أحد المتعاقدين قبله يشك في استحقاقه وتملكه إياه فالأصل عدم انتقال ذلك العوض إليه، وكذا الحال في الوصيه.

أقول: لو وصلت النوبه إلى الأصل العملي في مثل عقدي المسابقه والوصيه لكان مقتضى استصحاب بقاء العقد بعد فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه لزومه؛ لأن عقد المسابقه ولو قيل بعدم تضمّنه الالتزام والتعهد بالسبق والنضال، بل مدلوله مجرد جعل ملك العوض لمن فاز في السبق بمفاد القضييه الشرطيه على ما قيل بأن مفادها

ص: ٣٠٧

---

١- (١) أي حاصل ما ناقش قدس سره ظاهر المختلف (وهو: أن الأصل عدم اللزوم) ٦: ٢٥٥، والذي لم يردّه صاحب جامع المقاصد ٨: ٣٢٦، ولا صاحب الجواهر ٢٨: ٢٢٣.

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصله اللزوم [١] إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، ويجرى أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز، بناءً على أن المرجع في الفرد المرّد بين عنواني العام والمخصّص إلى العموم. وأمّا بناءً على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل، بمعنى استصحاب الأثر وعدم زواله بمجرد فسخ أحد

الشرح:

مفاد الجعالة، إلا أن هذا الجعل بعنوان القضيّة الشرطيّة بقاؤه مشكوك بعد فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه فيستصحب.

ويجربى هذا في الوصية أيضاً، فإن جعل ملكية مال لشخص على تقدير وفاه الجاعل، كما هو مفاد الوصية التملكيّة يستصحب، ويكون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب عدم الأثر قبل تحقق الشرط كالفوز في المسابقة وحياء الموصى، فإن الجعل بمفاد القضيّة الشرطيّة مفاده فعلية الجزاء بفعلية الشرط، على ما هو المقرر في بحث عدم نسخ الأحكام.

ومما ذكر يظهر أنه لا- تصل النوبة في الشك في العقود التي مفادها الملك أو التسليط الفعلي إلى استصحاب ذلك الملك أو التسليط، بل الاستصحاب في ناحيه بقاء نفس العقد من البيع والإجاره أو الوكالة أو غيرها. بمعنى عدم إمضاء الشارع إلغائها بعد فسخ أحدهما يكون جارياً ويترتب عليه بقاء الملك أو التسليط وغيرها.

هذا كله مع القول باعتبار الاستصحاب في الشبهات الحكمية، كما هو المفروض في المقام.

[١] وحاصله: أنه إذا شك في لزوم عقد وجوازه بالشبه الموضوعية بأن لم يعلم أن العقد الواقع خارجاً ما هو، وهل هو داخل في عنوان العقد الجائز أو اللازم، فإن قيل بجواز التمسك بالعام فيما إذا تردّد أمر الفرد بين بقائه تحت العام أو دخوله في عنوان

المتعاقدين، إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز، كما إذا شك في أن الواقع هبه أو صدقه، فإن الأصل عدم قصد القربة، فيحكم بالهبة الجائزة. لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفذ في إثبات صفة اللزوم وأما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه وفي الهبة فلا، بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك الشرح:

الخاص الخارج، فيحكم بلزوم ذلك الفرد أخذاً بعموم مثل قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

وإن منعنا عن ذلك تصل النوبة إلى استصحاب بقاء الأثر المتيقن الحاصل بالعقد على كل تقدير، ويكون نتيجة هذا الاستصحاب لزوم العقد.

والأخذ باستصحاب الأثر ينحصر بما إذا لم يكن في البين أصل موضوعي يعين أن الواقع خارجاً فرد جائز، كما إذا تردد تملك العين مجاناً بين كونها هبه أو صدقه فإنهما يشتركان في كونهما تملك المال مجاناً وافتراق الصدقة عن الهبة بكون التملك في الصدقة بقصد التقرب، واستصحاب عدم قصد التقرب في التملك مقتضاه كونها هبه يجوز لصاحب العين أن يرجع فيها ما دامت باقية.

ثم إن ما ذكر من الأخذ باستصحاب بقاء الأثر مع عدم الأصل الموضوعي المحرز لعنوان العقد الجائز، فيحكم باللزوم ليس معناه أنه باستصحاب بقاء الأثر يثبت عنوان العقد اللازم ويرتب سائر آثاره، كما إذا شك في أن تملك العين كان بعنوان الهبة؛ يجوز لصاحبها الرجوع فيها مادامت باقية، أو كان بيعاً فلا يجوز الرجوع فيها، فباستصحاب بقاء ملك العين لمن انتقلت إليه يحكم بلزوم التملك. وأما ثبوت عنوان البيع فلا- لأن إثبات عنوان الموضوع باستصحاب حكمه أصل مثبت، بخلاف إثبات الحكم باستصحاب عنوان الموضوع بل يرجع بالإضافة إلى سائر آثار عنوان العقد

فى اشتغال الذمه بالعوض حكم بالبراءه التى هى من آثار الهبه، وإذا شك فى الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان، لعموم «على اليد» إن كان هو المستند فى الضمان بالعقود الفاسده، وإن كان المستند دخوله فى «ضمان العين» أو قلنا بأن خروج الهبه من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمال كونه مصداقاً لها، كان الأصل البراءه أيضاً.

الشرح:

اللازم بالأصل الجارى فيها، ولو شك فى ثبوت العوض بدمه من انتقل إليه العين فالأصل عدم اشتغال ذمته بالعوض.

هذا فيما إذا تردد الأمر بين الهبه الصحيحه والبيع الصحيح، وأما إذا تردد بين الهبه الفاسده والبيع الفاسد وكانت العين تالفه فى يد من انتقل إليه بالعقد الفاسد، فيحكم بضمانه تلك العين أخذاً بعموم «على اليد»<sup>(١)</sup>.

ولو قيل: بأن خروج المأخوذ بالهبه من عموم حديث «على اليد» مانع عن الأخذ به فى الفرد المشكوك فى الضمان أيضاً إلى أصاله البراءه.

أقول: إن كان تملك المال مجاناً مطلقاً أو من فقير بداع قريبي يطلق عليه الصدقه، وإن كان بداع آخر يطلق عليه الهبه، والهبه يجوز الرجوع فيها مادامت العين باقيه إلا- فى موارد خاصه كالهبه للأرحام أو مع التعويض، وفى صحيحه عبدالرحمن بن أبى عبدالله وعبدالله بن سليمان جميعاً قالوا: سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبه، أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: «تجوز الهبه لذوى القرباه، والذى يثاب عن هبته ويرجع فى غير ذلك إن شاء»<sup>(٢)</sup>، والمراد بالجواز النفوذ واللزوم، وهذا بخلاف الصدقه فإنه لا يرجع فى تملك يقصد به وجه الله. وفى صحيحه زراره: «...».

ص: ٣١٠

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ٢٣٧، الباب ٦ من كتاب الهبات، الحديث ١ .

## الشرح:

إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه، قال: وما لم يعط لله وفي الله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه. . . .» (١)، والمراد ب«لا ينبغي» عدم نفوذ الرجوع ولو بقريته سائر الروايات.

وعلى ذلك، فإذا شك في كون العقد الواقع خارجاً هبه ليجوز الرجوع فيها أو أنها صدقة ليلزم، فأصالة عدم قصد التقرب فيه كما هو مفاد استصحاب السالبيه بانتفاء الموضوع المعبر عنه باستصحاب العدم الأزلي محرز لهجازه، فإنها تحرز دخول التملك المفروض في قوله: «وما لم يعط لله وفي الله». ولا نحتاج في إثبات الجواز إلى إثبات عنوان الهبة ليقال: إن عنوان الهبة لا يثبت بالأصل المزبور، ويجاب: بأن الهبة هي التملك مجاناً، غاية الأمر حكم على بعض أفرادها المعبر عنه بالصدقة باللزوم، كما هو ظاهر الصحيحه.

ثم إن القبض معتبر في الهبة على المشهور، ويدل على ذلك الروايات منها الدالة على أن العين الموهوبه مع عدم القبض ترجع ميراثاً للوهاب (٢)، وكذا الصدقة لا تكون لازمه إلا بالقبض، فإنه وإن ورد في بعض الروايات ما ظاهره عدم اعتبار القبض في الصدقة كرواية أبي بصير، ولا يبعد اعتبارها سنداً «عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: الهبة لا تكون أبداً هبه حتى يقبضها والصدقة جائزه عليه» (٣)، إلا أنها تحمل على استحباب القبض بقريته بعض الروايات الدالة على اعتبار القبض في الصدقة كصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: «إذا كان أب تصدق بها على ولد صغير فإنها

ص: ٣١١

١- (١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣١، الباب ٣ من كتاب الهبات، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٢ و ٢٣٣، الباب ٤ من كتاب الهبات، الحديث ١ و ٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٤، الباب ٤ من كتاب الهبات، الحديث ٧ .



## الشرح:

جائزه؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً، وإن كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتى يقبض»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً ما فى بعض الروايات من إطلاق نفوذ الهبه على الأرحام يقيد بما بعد القبض بشهادة موثقه جميل بن دراج عن أبى عبدالله عليه السلام: فى رجل وهب لابنه شيئاً، هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «نعم، إلا أن يكون صغيراً»<sup>(٢)</sup>. وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال: «الهبه والنحله يرجع فيها صاحبها، إن شاء حيزت أو لم تُحز، إلا لذى رحم فإنه لا يرجع فيها»<sup>(٣)</sup>، فإنه بناءً على ما تقدم يقيد عدم جواز الرجوع فى الهبه لذى رحم بما إذا كان بعد القبض، أى الحيازه، بقريته موثقه جميل ونحوها.

وأما مسأله الاختلاف فى كون العقد الواقع هبه أو بيعاً، فإن كان الاختلاف فى مجرد اشتغال ذمه من انتقل إليه العين بالعوض وعدمه كما إذا كان الاختلاف بعد تلف العين أو مع كون المنتقل إليه من الأرحام، فيجرى استصحاب عدم البيع بلا معارض، فالقول قول منكر البيع فعليه الحلف على عدم البيع.

وإن كان الاختلاف فى جواز الرجوع فى العين وعدمه خاصة، كما إذا ادعى من انتقل إليه العين أنه اشتراها ودفع إلى صاحبها ثمنها، وقال المالك: قد وهبتها فله الرجوع فيها، فالقول قول مدعى البيع أخذاً بأصالة بقاء الملك لمن انتقلت إليه، فعليه الحلف على عدم وقوع الهبه.

ص: ٣١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ٢٣٦، الباب ٥ من كتاب الهبات، الحديث ٥.

٢- (٢) المصدر: ٢٣٥، الحديث ١.

٣- (٣) المصدر: ٢٣٧، الباب ٦، الحديث ٢.

## الشرح:

وإن كان الاختلاف فى كل من اشتغال الذمه بالعوض وجواز الرجوع، كما إذا ادعى المالك أنه قد باعها بكذا وادعى من انتقل إليه أنه وهبها، فربما يقال: إن المورد من موارد التحالف؛ لأن لكل من الهبه التى يدعيها من انتقل إليه العين والبيع الذى يدعى صاحبها أثراً خاصاً فيكون أصله عدم وقوع البيع معارضه بأصله عدم وقوع الهبه، وبالتحالف يحكم بانفساخ معامله ورجوع العين إلى صاحبها.

ولكن الصحيح أن المورد ليس من موارد التحالف، فإن التحالف ينحصر بموارد دعوى كل من المتخاصمين على الآخر شيئاً، وفى الفرض لا يدعى من انتقل إليه العين على الآخر شيئاً؛ ولذا يحلف على نفي البيع أو على عدم اشتغال ذمته بالعوض. ولكن يجوز لصاحب العين الرجوع فيها لاتفاقهما على ذلك، فإنه يعترف من انتقل إليه بذلك بمقتضى الهبه كما يدعيه صاحبها، باعتبار أنه مقتضى تخلف الآخر عن أداء الثمن، فإن التخلف المزبور أحد موجبات الخيار كما يأتي.

فما ذكره المصنف رحمه الله من الحكم فى الفرض بلزوم الملك وعدم اشتغال ذمه من انتقل إليه بالعوض لا يمكن المساعده عليه.

هذا كله مع دوران العقد بين الهبه والبيع فى مقام المرافعه، وأما دورانه بينهما فى غير مقام المرافعه كما إذا علم بأن العين قد تملكها من الآخر وشك فى كونه بالهبه أو بالبيع وأن عهده مشغوله بالعوض، فإن كانت العين تالفه أو كان هو ذا رحم فيأخذ بأصله براءه عهده عن الاشتغال بالعوض، وكذا إذا كانت العين موجوده مادام لم يرجع فى الهبه المالك الأول. وأما رجوعه فيها فعلمه إجمالاً- بوجوب دفع العين إليه كما لو كانت هبه أو بدله كما إذا كانت بيعاً، يكون موجباً لوقوع التعارض بين أصله عدم الهبه ولزوم الملك وبين أصله عدم البيع وعدم اشتغال عهده بالبدل، فيلزم عليه

الشرح:

التصالح كما لا يخفى.

وأما مسألة ضمان المال فيما إذا تردد أمر العقد الفاسد بين كونه هبه فاسده أو بيعاً فاسداً، فيحكم فيه بالضمان، سواء كان ذلك في مورد الترافع أو غيره، وذلك فإن الإقدام على الضمان لا يكون موضوعاً لضمان المال ولذا لو وضع أحد يده على مال الغير اعتقاداً بأنه ماله وتلف ذلك المال في يده يكون ضامناً مع عدم حصول الإقدام على الضمان. ولا فرق في الحكم به القول باعتبار حديث «على اليد»<sup>(١)</sup> وأن الخارج منه موارد إلغاء المالك احترام ماله بدفعه إلى الغير مجاناً أو بالإيذن له بالإتلاف والإيتمان المالكى أو أخذ المال إحساناً إلى مالكه، أم قلنا بعدم اعتباره لضعف سنده، فإنه إذا قيل باعتبار الحديث وخروج الموارد المشار إليها بالتخصيص فالأمر ظاهر؛ لأن مع وضع اليد على المال وأصاله عدم إسقاط المالك حرمة ذلك المال بدفعه إليه مجاناً يحرز بقاء ذلك المال تحت عموم «على اليد». وأما إذا قلنا بعدم اعتباره، فلا ينبغي الريب في أن وضع اليد على مال الغير فيما إذا لم يكن مع إلغاء المالك احترامه أو الإيتمان أو الإحسان إليه، موضوع للضمان في بناء العقلاء الممضى من الشارع، كما يكشف عنه عدم وصول الردع، بل وصول الإمضاء في بعض الموارد.

وعليه فإذا أحرز وضع اليد على مال الغير، كما هو الفرض في المقام، وجرى أصاله عدم إلغاء المالك احترام ماله بالهبة، يحكم بالضمان لتمام موضوعه بضم الوجدان إلى الأصل.

ص: ٣١٤

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢ .

وهي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة، والمجتمع منها في كل كتاب سبعة، وقد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور في اللمعة مجتمعاً أربعة عشر مع عدم ذكره لبعضها، ونحن نقتفي أثر المقتصر على السبعة كالمحقق والعلامة لأن ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً، إذ ليس له أحكام مغايرة لسائر أنواع الخيار، فنقول وبالله التوفيق:

الأول: في خيار المجلس

والمراد بـ«المجلس» مطلق مكان المتبايعين<sup>[١]</sup> حين البيع وإنما عبّر بفرد الغالب وإضافه الخيار إليه لاختصاصه به وارتفاعه بانقضائه الذي هو الإفتراق. ولا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار والنصوص به مستفيضة، والموثق الحاكي لقول علي عليه السلام «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب» مطروح أو مؤول. ولا فرق بين أقسام البيع وأنواع المبيع. نعم، سيجيء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمنعق على المشتري. وتنقيح مباحث هذا الخيار ومسقطاته يحصل برسم مسائل:

الشرح:

[١] يعني ليس المراد بالمجلس في خيار المجلس خصوص المجلس لثلا يثبت الخيار فيما إذا تبايعا حال المشى، بل المراد ثبوت الخيار للمتبايعين حال العقد، وإن لم يكن مكانهما من قبيل المجلس فإنه في الفرض أيضاً يثبت الخيار لهما إلى افتراقهما، ولا خلاف في ثبوت خيار المجلس عندنا وإن خالف فيه بعض مخالفينا<sup>(١)</sup>.

الأول: في خيار المجلس

المراد بـ«المجلس» والدليل على ثبوت هذا الخيار

وفي موثقه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٣١٥

١- (١) الباب ١: ٢٢٢، والمجموع ٩: ١٨٤، وفتح العزيز ٨: ٢٩٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ٧، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

مسأله: لا إشكال فى ثبوتة للمتبايعين إذا كانا أصليين [١] ولا فى ثبوتة للوكيلين فى الجملة. وهل يثبت لهما مطلقاً؟ خلاف.

قال فى التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما وبالموكلين مع حضورهما فى المجلس، وإلا فبالوكيلين، فلو مات الوكيل فى المجلس والموكل غائب انتقل الخيار إليه، لأن ملكه أقوى من ملك الوارث. وللشافعية قولان: أحدهما: أنه يتعلق بالموكل، والآخر: أنه يتعلق بالوكيل، انتهى.

الشرح:

وقيل: (١) إنها تحمل على ثبوت البيع وعدم اشتراط أمر آخر فى تمامه، كما فى بيع الصرف والسلم؛ لأن الوجوب فى اللغة هو الثبوت.

ولكن لا- يخفى أنه لا- يعد ذلك جمعاً عرفياً بين الموثقه وبين مثل صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام: «أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» (٢)، حيث إن حمل الوجوب فى الأول على ثبوت البيع وفى الثانى على لزومه جمع تبرعى.

وعليه فيتعين طرحها، لكونها معرضاً عنها عند الأصحاب وموافقه لبعض العامة، حيث أنكروا (٣) خيار المجلس كما مرّ.

[١] وحاصله: أنه إذا كان المباشر للبيع والشراء أصليين يثبت لهما خيار المجلس، وكذا فيما إذا كانا وكيلين فإن ثبوتة لهما فى الجملة أيضاً مقطوع، وإنما الكلام فى ثبوتة للوكيلين مطلقاً حتى فيما لو كانا وكيلين فى مجرد إجراء صيغه عقد البيع.

وذكر العلامة فى «التذكرة» ثبوتة للوكيلين ولموكليهما أيضاً مع كونهما فى

ص: ٣١٦

١- (١) القائل هو الإيروانى قدس سره فى حاشيه كتاب المكاسب ٣: ٢٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

٣- (٣) مرّ آنفاً.

أقول: والأولى أن يقال: إنَّ الوكيل إن كان وكيلاً- في مجرّد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفقاً لجماعه منهم المحقّق والشهيد الثانیان لأنّ المتبادر من النصّ غيرهما وإن عممناه لبعض أفراد الوكيل ولم نقل بما قيل تبعاً لجامع المقاصد بانصرافه بحكم الغلبه إلى خصوص العاقد المالك، مضافاً إلى أنّ مفاد أدلّه الخيار إثبات حقّ وسلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلّط لو لم يكن مفروغاً الشرح:

مجلس العقد لا- مع عدم حضورهما، نعم إذا مات أحد الوكيلين قبل الانتقال ينتقل خياره إلى موكله الغائب؛ لأنه أحقّ بالخيار من وارث الوكيل (١).

ثم ذكر أن للشافعيه القائلين بخيار المجلس قولين: أحدهما ثبوت الخيار للموكل ابتداءً، والثاني أنه يثبت للوكيل.

وذكر المصنف رحمه الله أن الوكيل فيما كان وكيلاً- في مجرد إجراء لصيغه العقد فلا- يثبت له الخيار أصلاً، وذكر لذلك وجوهاً:

الأول: أن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٢) المتفاهم منه غير هذا الوكيل ولو بناءً على عموم المتبايعين وشموله للوكيلين أيضاً والإغماض عمّا ذكره في «جامع المقاصد» (٣) من انصرافهما بملاحظه الغلبه إلى البائع والمشتري المالكين.

والثاني: أن مقتضى أدله الخيار، ومنها خيار المجلس، تعلق حق لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل عنه بعد الفراغ عن كونه سلطاناً لما انتقل إليه، فلم يحرز في المقام سلطنته الوكيل العاقد لما انتقل إلى المالك الموكل، فيكون ما نحن فيه نظير ما اذا

ص: ٣١٧

١- (١) التذكرة ١: ٥١٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤: ٢٨٦.

عنه في الخارج، ألا- ترى: أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممن يعتق عليه لقرابه أو يجب صرفه لنفقه أو إعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدله الخيار، بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع وعدم وجوب عتقه. هذا مضافاً إلى ملاحظه بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه وبين خيار الحيوان، الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغه، فإنّ المقام وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيّد، إلا أنّ سياق الجميع يشهد باتّحاد المراد من لفظ المتبايعين، مع أنّ ملاحظه حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور، مضافاً إلى أدله سائر الخيارات، فإنّ القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغي من الفقيه.

الشرح:

شك في ثبوت خيار المجلس في مورد كون ما انتقل إليه ممن يعتق عليه، أو احتمال أن يكون ما انتقل إليه مما يجب صرفه في الإنفاق الواجب عليه أو وجوب إعتاقه بالنذر، فإنه لا يمكن الحكم بثبوت الخيار في هذه الموارد أخذاً بقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»<sup>(١)</sup> وإثبات أن المبيع ليس ممن يعتق عليه أو لا يجب عليه إعتاقه بالنذر أو لا يجب صرفه في إنفاقه.

الثالث: أنه لا ينبغي الريب في أن خيار الحيوان لا يثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغه شراء الحيوان، وقد ذكر مقارناً مع خيار المجلس في الأخبار كما في قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان إلى ثلاثة أيام وفي غيره حتى يفترقا»<sup>(٢)</sup>، وخيار الحيوان مع خيار المجلس وإن كانا حكيمين يمكن أن يكون الموضوع لأحدهما العاقد المالك وللآخر مطلق العاقد، إلا أن وحده السياق يشهد بأن من ثبت له الخيار في شراء الحيوان إلى ثلاثة أيام هو الذي يثبت له خيار في غيره حتى يفترقا.

ص: ٣١٨

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) راجع وسائل الشيعه ١٨: ٥ و ١٠، الباب ١ و ٣ من أبواب الخيار .

... .

الشرح:

الرابع: أن الحكمه في جعل الخيار ملاحظه المتبايعين صلاحهما في البيع الواقع، وهذا لا يجرى في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغه البيع.

والخامس: أن سائر الخيارات كالغبن والغيب وغيرهما لا يثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء الصيغه ويكون خيار المجلس أيضاً كذلك.

ولا- يبعد أن يكون مراد «التذكرة»<sup>(١)</sup> من الوكيل غير هذا الوكيل، فالقول بثبوت الخيار لهذا الوكيل كما عن صاحب «الحدائق»<sup>(٢)</sup> ضعيف.

وأضعف منه ثبوته في حقه حتى مع منع موكله عن فسخ البيع بدعوى أن الخيار حق للعاقد فله أن يستوفيه بفسخ العقد، وليس منع المالك مبطلاً للحق المزبور.

أقول: ما ذكره رحمه الله من انصراف أدله الخيار عن الوكيل في مجرد إجراء الصيغه له وجه، فإن البيع وإن كان منتسباً إلى كل من الوكيل والموكل فيصح للوكيل أن يقول: «بعت دار فلان من فلان»، كما إذا احتاج إليه في مقام الشهاده ونحوها، كما يصح للموكل أن يقول: «بعت دارى من فلان»، لكن مناسبه الحكم والموضوع وملاحظه حكمه الخيار وهو التروى في صلاح البيع مقتضاه ثبوت الخيار للموكل. كما قد يقتضى ملاحظه المناسبه بين الحكم وموضوعه ثبوت الحكم لمن ينتسب إليه الفعل بالتسيب، كقوله عليه السلام: «من بنى مسجداً بنى الله بيتاً له في الجنة»<sup>(٣)</sup>، أو ثبوت الجزاء لمن ينتسب إليه الحلق كذلك في قوله: من حلق أو قصر قبل السعى فعليه كذا... إلى غير ذلك.

ص: ٣١٩

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) الحدائق ١٩: ٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٥: ٢٠٣ ، الباب ٨ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ١ .



## الشرح:

وأما الوجه الثاني، فلا يمكن المساعدة عليه، فإن الخيار كما تقدم ملك فسخ العقد فلا يكون لدى الخيار سلطته على ما انتقل عنه وكذا كون الخيار فرع سلطته إلى ما انتقل إليه، وإنما يرجع ما انتقل عنه إلى ملكه بالسبب السابق على البيع على تقدير الفسخ؛ ولذا لا يكون قوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(١)</sup> نافياً للخيار في البيع.

ودعوى: أن الخيار فرع الإقالة بمعنى أن الخيار يثبت في حق من شرع في حقه الإقالة وأن الإقالة لا تثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغته البيع، بل تثبت في حق المكلف بالقبض والإقباض والوفاء بالبيع، لا يمكن المساعدة عليها أيضاً، فإن عدم ثبوت الإقالة في حق الوكيل في مجرد إجراء الصيغته إنما هو بالوجه الأول، أي دعوى الانصراف الجارى في خيار المجلس وغيره. ومع قطع النظر عنه يمكن دعوى صحه الإقالة من الوكيل المزبور أيضاً، حيث إن الإقالة هو الاجتماع مع الطرف الآخر على فسخ البيع أو غيره كما لا يخفى.

وأما وحده السياق فلا شهاده فيها، فإن ذكر خيار الحيوان مع خيار المجلس في خطاب والعلم بعدم ثبوته خيار الحيوان للوكيل غايته أن لا يكون ذلك الخطاب ظاهراً في ثبوت خيار المجلس للوكيل، وهذا لا ينافى الأخذ بخطاب آخر لم يذكر فيه خيار الحيوان، بل ذكر فيه خيار المجلس لعنوان عام يعم الوكيل أيضاً. وأيضاً بما أن الحكمه في الحكم ومنه حكمه الخيار غير العله فلا يمكن الاستشهاد لعموم الحكم أو اختصاصه بعموم الحكمه وخصوصها.

وغايه ما يمكن أن يقال استظهار العله من الروايات الوارده في خيارى المجلس

ص: ٣٢٠

١- (١) عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨ و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

## الشرح:

والحيوان وأنها بحسب المتفاهم العرفى هو التأمل فى صلاح البيع وفساده، وهذا شأن المالك دون الوكيل فى مجرد إجراء صيغته البيع أو غيره.

وقد يستدلّ على عدم ثبوت الخيار للوكيل بوجه آخر: وهو أن أدله الخيارات تخصيص فى عموم وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من مثل قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup>، وبما أن وجوب الوفاء فى الآيه متوجه إلى المالكين لما تقدم من أن المراد بالوفاء بالعقد ترتيب الآثار عليه حتى بعد فسخ أحدهما، فيكون وجوبه وظيفه على المالكين ويتترع منه الحكم الوضعى، أى لزوم العقد، فيكون أدله الخيار تخصيصاً فى التكليف بالوفاء بالعقد ويكون الخيار حكماً للمالكين لا محاله.

والجواب: أن توجه وجوب الوفاء إلى المالكين لا يلازم ثبوت الخيار لهما دون الوكيلين، حيث إن وجوب الوفاء إما إرشاد إلى لزوم العقد باعتبار أنه ليس فى السبب ملاك الحكم التكليفى فى الوفاء بعقد البيع ونحوه من المعاوضات، فيكون ما دلّ على ثبوت الخيار موجباً لارتفاع ذلك الحكم الإرشادى مطلقاً فيما إذا كان الخيار ثابتاً للمالكين، وفى فرض فسخ ذى الخيار فيما إذا كان الخيار ثابتاً للوكيل أو الأجنبى. وإما تكليف نفسى على ما يظهر من المصنف رحمه الله وغيره، فيكون ثبوت الخيار موجباً لورود التخصيص عليه أيضاً كما ذكر. وعلى كل تقدير، فتوجه الوجوب الإرشادى أو التكليفى بالوفاء بالمعاملة لا تكون قرينه على انصراف أدله الخيار إلى ثبوته لمن هو مكلف بالوفاء بالعقد، فإنه إذا جاز اشتراط الخيار للأجنبى والوكيل أمكن ثبوت الخيار التأسيسى لهما أيضاً، فلا بد فى كونه حقاً للمالك أو غيره من الوكيل أو الأجنبى من

ص: ٣٢١

والظاهر عدم دخوله في إطلاق العبارة المتقدمه عن التذكرة، فإن الظاهر من قوله: «اشترى الوكيل أو باع» تصرف الوكيل بالبيع والشراء، لا مجرد إيقاع الصيغه. ومن جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوت الوكيلين المذكورين، كما هو ظاهر الحدائق. وأضعف منه تعميم الحكم لصوره منع الموكل من الفسخ بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقده بمجرد إجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل.

وعلى المختار فهل يثبت للموكلين؟ فيه إشكال [١]:

الشرح:

ملاحظه أدله الخيارات وسائر القرائن.

[١] قد ظهر مما ذكرنا ثبوت الخيار في الفرض للموكلين لاستناد البيع إليهما وإلى الوكيلين أيضاً، إلا أن ملاحظه مناسبه الموضوع والحكم ولو بملاحظه حكمه الخيار الظاهره من الروايات تقتضى كون الخيار في الفرض حكماً لمن ينتسب إليه البيع بالتسبب بالمعنى المتقدم، ولكن ثبوت الخيار للموكلين مختص بصوره حضورهما مكان العقد من حين العقد لاستفاده ذلك من الافتراق الوارد غايه للخيار المزبور، فإن الافتراق فرع فرض الاجتماع الحاصل حال العقد، فيكون العبره بافتراق الموكلين ولا اعتبار بافتراق الوكيلين هذا.

ولكن قد ذكر بعض الأعلام دامت أيامه أن الخيار كما لا يثبت في الفرض في حق الوكيل كذلك لا يثبت في حق الموكل؛ أما عدم ثبوتها في حق الوكيل فلانصراف خطاب الخيار عن الوكيل المزبور، فإن الوكالة في مجرد إجراء صيغه البيع أمر نادر ينصرف خطاب الخيار عنه. وأما عدم ثبوتها في حق الموكل في الفرض، بل في الفرضين الآتين أيضاً لعدم قيام مبدأ البيع به وعدم صدوره عنه، بل قيامه وصدوره عن الوكيل.

ودعوى: أن الوكيل كالأله ولسان الموكل كل ذلك غير صحيح؛ لأن الفاعل

## الشرح:

المختار لا يكون من آله الفعل لينتسب الفعل إلى من يستعمل الآله.

والحاصل: أنّ قيام المبدأ بالوكيل وانتسابه إليه حقيقى وقيامه بالموكل وانتسابه إليه مجازى، والجمع بينهما بإرادته كل منهما يكون من قبيل استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، والاستعمال المزبور على تقدير إمكانه يحتاج إلى قرينه.

واستعمال البائع أو البيع فى الجامع بحيث يعمّها غير موجود، لعدم الجامع بين الربطين اللذين كل منهما معنى حرفى غير موجود، وعلى تقدير إمكان الجامع يحتاج هذا النحو من الاستعمال أيضاً إلى القرينه.

أقول: لو فرض شخصان، أحدهما بنى مسجداً بالمباشره وصرف مؤنته من ماله، والآخر بنى مسجداً آخر لا- بالمباشره، أو شخصان؛ أحدهما حلق رأسه بالمباشره فى إحرام عمرته المفردة قبل سعيه، والآخر حلق رأسه كذلك بالتسيب، فهل يعمهما قوله عليه السلام: «من بنى مسجداً بنى الله بيتاً له فى الجنة»<sup>(١)</sup> وقوله: «من حلق أو قصر قبل سعيه فعليه كذا»، أو يختصّ بالمباشر للبناء أو الحلق فقط؟

لا- أظن الالتزام منه طال بقاه أو من غيره بالاختصاص، وإن قال بالعموم كما هو ظهورهما فى ذلك عرفاً، فيقال نظيره فى المقام بالإضافه إلى قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»<sup>(٢)</sup> وأنه يعم الموكل فى الفرض والوكيل فى الفرض الآتى، بل الوكيل والموكل فى بعض الفروض على ما يأتى.

وكون هذا الاستعمال بنحو الحقيقه أو المجاز لا يهمننا بعد التسالم على الظهور، فإن العبره به لا بكون الاستعمال بنحو الحقيقه أو المجاز كما لا يخفى.

ص: ٣٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ٢٠٣، الباب ٨ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

## ثبوت الخيار للوكيل المستقل في التصرف المالي

من أن الظاهر من البيوع في النص المتعاقدان، فلا يعمّ الموكلين وذكروا أنه لو حلف على عدم البيع لم يحث بيع وكيله. ومن أن الوكيلين فيما نحن فيه كالآله للمالكين، ونسبه الفعل إليهما شائعه، ولذا لا يتبادر من قوله: «باع فلان ملكه الكذائي» كونه مباشراً للصيغه، وعدم الحث بمجرد التوكيل في إجراء الصيغه ممنوع. فالأقوى ثبوته لهما ولكن مع حضورهما في مجلس العقد، والمراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان وذاك في مكان آخر فأطعما على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان ك: لساني الموكلين، والعبره بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين. هذا كله إن كان وكيلاً في مجرد إيقاع العقد.

وإن كان وكيلاً في التصرف المالي كأكثر الوكلاء [١] فإن كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحققها نظير العامل في القراض وأولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له، لعموم النص. الشرح:

[١] وحاصله: أن الوكيل في التصرف المالي في مقابل الوكيل في إجراء صيغه البيع فيما كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل، نظير العامل في مال المضاربه بحيث يكون وكيلاً في التصرف في المال المزبور بما يراه مصلحه من بيعه، وإقاله ذلك البيع أو فسخه باشتراط الخيار لنفسه وشراء مال آخر ببدله ونحو ذلك، فلا يبعد ثبوت خيار المجلس لهذا الوكيل. بخلاف ما إذا كان وكيلاً في التصرف الخاص في ذلك المال، كبيعه أو شراء ثوب له ونحو ذلك، فإن هذا الوكيل لا يثبت في حقه خيار المجلس.

وليس الوجه في ثبوت الخيار في الفرض الأول دون الثاني انصراف أخبار الباب

## الشرح:

عن الثاني دون الأول؛ ليقال: إن إطلاق البائع والبيع على الوكيل في الفرضين لتعارفهما شائع، بل الوجه أن الخيار سلطنه على إعادته ما انتقل عنه بعد تمكنه على ردّ ما انتقل إليه، ويكون للوكيل هذه السلطنة في الفرض الأول دون الثاني؛ لأن المفروض في الفرض الأول أنه وكيل في التصرف في المال بما يراه من بيعه وإقاله ذلك البيع وفسخه بشرط الخيار وشراء شيء آخر بثمنه أو غير ذلك. بخلاف الفرض الثاني، فإنه ليس وكيلاً إلا في بيع المال، ولا سلطان له على إعادته الثمن وردّه على مالكة الأصل بالاقاله أو غيرها؛ لأنه تنتهي وكالته بتمام البيع.

أقول: قد تقدم أن الخيار هي السلطنة على فسخ العقد لا- على إعادته المال المنتقل عنه بعد الفراغ عن السلطنة عن ردّ المال المنتقل إليه.

وما ذكره المصنف رحمه الله في الاستشهاد لذلك من قوله: ألا- ترى أنه لا- يجوز الأخذ بعموم «البيعان بالخيار» (1) والحكم بكون ما انتقل إليه ليس مما ينعق عليه أو مما يجب صرفه في النفقه الواجبه عليه أو في الوفاء بالندر، لا يخفى ما فيه، فإن مسأله ثبوت الخيار في مورد كون المبيع ممن ينعق عليه يأتي الكلام فيها. وعلى تقدير القول بعدم ثبوت الخيار فيها، يكون ذلك تخصيصاً في دليل خيار المجلس ويؤخذ بالعموم المزبور في مورد الشك في كون المبيع منه، فيحكم بثبوت الخيار بعد جريان الاستصحاب في عدم كونه ممن ينعق عليه.

وأما في مورد الشك في كون المبيع ممن يجب صرفه للمؤنه أو في الوفاء بالندر، يحكم بثبوت الخيار حتى مع العلم بوجود صرفه فيهما؛ لعدم التنافي بين الخيار

ص: ٣٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٥ و ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣١.

## الشرح:

وجواز الفسخ وضعاً وثبوت التكليف بالصراف فى المؤنه أو الوفاء بالنذر، ولو فسخ البيع فلا تكون مبعوضيته موجباً لبطلانه؛ لعدم كون النهى عن معامله ومنها الفسخ موجباً لفسادها.

وعلى تقدير كون المراد فرعيه خيار ملك الفسخ على جواز الإقاله، فقد تقدم أن الخيار والإقاله فى مرتبه واحده وليس أحدهما فرعاً للآخر، وعلى ذلك فلا بأس بالالتزام بثبوت خيار المجلس للوكيل فى الصوره الثانيه أيضاً كالأولى، مع عدم جواز الإقاله منه لانتهاه وكالته بالبيع؛ لأن الفسخ بخيار المجلس حكم وضعى للبائع الصادق على الوكيل، ولو مع انتهاء سلطنته على التصرف فيما انتقل إلى موكله.

أضف إلى ذلك أن الوكيل لا يقل عن نفس المالك فيما إذا باع المال وأخذ الثمن وتلف الثمن بيده قبل حصول الافتراق، فإن مع تلف الثمن لا يكون له سلطنه على ما انتقل إليه التالف، مع بقاء خياره حتى يفترقا كما لا يخفى.

وأما ثبوت الخيار للموكلين فثبوته فى الصوره الأولى مشكل جداً، من حيث إن المالك فيها وإن كان صاحب المبيع أو الثمن إلا أن الخيار فى الأدله لم يترتب على مالكهما، بل على المتبايعين؛ ولذا لا يصدق عنوان البائع أو المشتري إلا على الولى أو العامل فى المضاربه. ويصح سلبهما عن المولى عليه أو مالك رأس المال، مع كونهما مالكين؛ لأن البائع ما يصدر عنه البيع بالمباشره أو بالاستنابه، وشىء من ذلك لم يتحقق بالإضافه إلى المالك فى هذه الصوره، لأن مع تفويض أمر التصرف فى المال إلى الآخر بحيث كان له التصرف فيه بالبيع أو المصالحه أو الإجاره أو الهبه المعوضه و غير ذلك، يكون البيع باختيار الوكيل، فلا يستند إلى المالك، بل لو استند لكان الاستناد ضعيفاً؛ ولذا لا يصدق على مالك رأس المال فى المضاربه أنه تاجر يبيع ويشترى بقصد الربح.

## ما هو المراد من التصرف في حالة ثبوت الخيار للموكلين

ودعوى تبادر المالكين ممنوعه، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبه، فإنَّ معامله الوكلاء والأولياء لا تحصي. وهل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما كما تقدّم عن التذكرة؟ إشكال، من تبادر المتعاقدين من النص، وقد تقدّم عدم حث الحالف على ترك البيع بيع وكيله، ومن أنّ الاستفادة من أدلّه سائر الخيارات وخيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص، كون الخيار حقاً لصاحب المال، شُرّع إرفاقاً له، وأنّ ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، إلا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر. ولكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوه. وحينئذ فقد يتحقّق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين، فكلّ من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ وسقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه، وليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز.

ثمّ على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره [١] فيه بتفرّقهما عن مجلسهما

الشرح:

لا يقال: على ذلك يلزم أن لا يكون حث لو حلف المالك على ترك بيع المال وباعه وكيله المزبور.

فإنه يقال: الحث تابع القصد، فإن أراد عدم إخراج المال عن ملكه ولو ببيع وكيله حصل الحث، وإلا فلا.

وأما ثبوته للموكل في الصورة الثانيه التي يعين فيها المالك على الوكيل خصوص البيع والشراء لاستناد البيع إليه، كاستناده إليه في صورته التوكيل في مجرد إجراء الصيغه، فيثبت له الخيار مع اجتماعه مع الطرف الآخر في مجلس العقد.

[١] وعن النائيني قدس سره (١) ثبوت الخيار للوكيل في صورته كونه مستقلاً في التصرف

ص: ٣٢٧



## الشرح:

فى المال، دون ما إذا كان وكيلًا فى مجرد إجراء الصيغه أو التصرف الخاص.

وثبوتة للوكيل فى الأول لكونه هو البائع حقيقه، كما إذا كان الأمر عليه فيما كان المالك هو العاقد، وعدم ثبوتة للوكيل فى مجرد إجراء الصيغه أو التصرف الخاص فلعدم تمكنه على الإقاله باعتبار انتهاء وكالته بالبيع، فلا يثبت فى حقه الخيار.

أما الموكل فيثبت له الخيار مع حضوره مجلس العقد، إلا فى صورته التوكيل المستقل، فإنه يثبت فيه الخيار للموكل ولو مع عدم حضوره مجلس العقد؛ لأن حضور الوكيل مجلس العقد واجتماعه مع الطرف الآخر يحسب حضوراً واجتماعاً للموكل أيضاً.

وعن بعض تلامذته أنه لا يثبت الخيار للوكيل فى شىء من الصور، بل يثبت الخيار للمالك ويكون للوكيل الفسخ عنه فيما إذا كان وكيلًا فى جميع شؤون المعامله كما فى الوكيل المستقل، ولكن لا يعتبر فى ثبوت الخيار للمالك حضور مجلس العقد، بل العبره فى ثبوت الخيار اجتماع المباشر للعقد وافتراقه فى جميع الصور.

أقول: إذا لم يكن المالك حاضرًا مكان العقد فكيف يثبت فى حقه الخيار، خصوصاً مع انتهاء وكاله الوكيل بإجراء صيغه البيع وتمام الشراء، سواء كانا وكيلين فى مجرد إجراء الصيغه أو فى البيع والشراء، فلا يكون بقاؤهما فى مجلس العقد محسوباً لوجود الموكلين فى ذلك المجلس ببدنهما التنزيهين، بل يجرى ذلك فيما إذا كان الوكيل مستقلاً بحيث يكون له الوكاله فى المال المنتقل إلى موكله؛ لأن الاجتماع والافتراق من الوكيلين كالقيام والقعود منهما لا ينتسب إلى موكلهما.

وليست دعوى كون جلوسهما فيه جلوساً للموكل إلا كدعوى أن أكلهما فيه طعاماً أكلاً من موكلهما.

## الشرح:

والحاصل: أن ظاهر أخبار خيار المجلس فرض الاجتماع في مكان العقد في البيعين المحكوم لكل منهما بالخيار إلى افتراقهما، وإذا لم يكن الموكل حاضراً مكان العقد حينه فلا يدخل في الموضوع للخيار، بلا فرق بين الصور الثلاث المتقدمه.

وعلى تقدير حضوره وثبوت الخيار له ولو كيّله، فهل الثابت لهما خيار واحد بنحو سبق إلى أعماله كل منهما بالإسقاط أو الفسخ نفذ أو بنحو لا ينفذ إلا مع اجتماعهما على الفسخ، وأن لكل منهما خياراً مستقلاً؟ الظاهر من الروايات أن الثابت لكل من البائع والمشتري في معاملة واحده خيار واحد، وحيث إن ثبوته لأحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح؛ لاشتراكهما في الدخول في الموضوع للخيار فيكون مشتركاً بينهما. نظير ما يأتي من ثبوت خيار واحد للورثه فلا ينفذ الفسخ منهم إلا مع اجتماعهم عليه ولو افترق واحد من الوكيل أو الموكل مجلس العقد سقط ذلك الخيار لحصول الافتراق بين البيعين اللذين كان لهما الخيار.

والقول بكفايه بقاء واحد من الوكيل أو الموكل مع واحد من الطرف الآخر بدعوى أن الخيار ثابت لعنوان البائع الصادق مع بقاء واحد من الوكيل أو الموكل، لا- يمكن المساعدة عليه؛ لأن مدلول قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»<sup>(١)</sup> ثبوت الخيار للأشخاص لا لعنوان البائع، نظير ما ذكر بعض الفحول في الواجب الكفائي من توجه التكليف بالفعل إلى طبيعي المكلف لا إلى أشخاصه، فإن هذا خلاف ظاهر الروايات. اللهم إلا أن يقال: هذا لا ينافي استقلال كل منهما في استعمال الخيار، بمعنى أن كلاً منها سبق إلى استعماله نفذ، كما هو ظاهر إسناد جواز الأمر الواحد إلى كل من

ص: ٣٢٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ .

حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفريق المتعاقدين، أو بتفريق الكل، فيكفي بقاء أصيل مع وكيل الآخر في مجلس العقد؟ وجوه، أقواها الأخير. وإن لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل قبل العقد وبعده، بل كان وكيلاً في التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال له: اشتر لي عبداً فالظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل، لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأول: من أن إطلاق أدله الخيار مسوق لإفاده سلطنه كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه، فلا تنهض لإثبات هذا التمكن عند الشك فيه، ولا لتخصيص ما دل على سلطنه الموكل على ما انتقل إليه المستلزمه لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصل. وفي ثبوته للموكلين ما تقدم، والأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه. ثم هل للموكل بناءً على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى؟ [١] الأقوى عدمه، لأن الشرح:

الوكيل والموكل.

لا يقال: لم لا يكون لكل من الوكيل أو موكله خيار مستقل كما هو مقتضى انحلال خطاب: البيعان بالخيار ما لم يفترقا؟

فإنه يقال: الخطاب المزبور انحلالى بالإضافة إلى أفراد البيع المنشأ ابتداءً، ولكن لا انحلال فيه بالإضافة إلى كل من صدق عليه عنوان البائع أو المشتري في بيع واحد.

ولذا لا يثبت لكل من الوراث خيار مستقل بالإضافة إلى حصته. وكذا لو اشترى حيوانين بصفقه واحده وأراد فسخ البيع بالإضافة إلى أحدهما دون الآخر، فلا ينفذ ذلك؛ لأن البيع المنشأ التام واحد، وظاهر الأدله ثبوت الخيار فيه لا فى البيوع التى ينحل إليها ذلك البيع الواحد.

[١] ظاهر الأدله ثبوت الخيار للبائع والمشتري ويستفاد مما دل على جواز

## الشرح:

إسقاط الخيار أنه من الحقوق، أى قابل للإسقاط، وأما جواز نقله إلى الغير فلم يدل عليه دليل، كما أنه لم يقدّم دليل على أن كل حق يقبل النقل إلى الغير ليؤخذ به فى المقام.

وعلى ذلك فليس للموكل فيما ثبت له الخيار تفويضه إلى وكيله أو الأجنبى.

نعم، حيث إن للموكل الفسخ والإمضاء وكل منهما من الأفعال القابلة للنيابة فيمكن أن يوكل الغير فى الفسخ أو الإمضاء، بحيث يكون فسخه أو إمضاءه إعمالاً لخيار الموكل، وهذا ليس من التفويض، فإن معنى التفويض نقل الخيار من نفسه إلى الغير بحيث لا يكون للموكل خيار بعد النقل، والتوكيل فى الفسخ أو الإمضاء ليس من هذا القبيل، بل للموكل بعده إعمال خياره بنفسه بالإمضاء أو الفسخ ويكون ذلك فسخاً عملياً لوكاله.

لا يقال: بناءً على إرث الخيار كما عليه المشهور، يكون ذلك دليلاً على جواز النقل أيضاً، فإنه إذا لم يقبل النقل فكيف يرث؟ أضف إلى ذلك عموم قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> فإن تفويض الخيار إلى الغير بالعوض أو مجاناً عقد يجب الوفاء به.

فإنه يقال: عموم وجوب الوفاء بالعقود منصرف إلى العقود المتعارفه بين الناس ولو فى كل عصر، لا خصوص العقود المتعارفه فى زمان صدور الآيه وتفويض الخيار الشرعى بمعنى نقله إلى الغير مجاناً أو بالعوض غير متعارف، والمتعارف هو التوكيل فى الفسخ والإمضاء كما تقدم.

وأما إرث الخيار فهو على تقدير الالتزام به كما يأتى لا يقتضى جواز كل نقل، ولذا لا أظن الالتزام بجواز تفويض مثل حق القصاص إلى الغير مجاناً أو مع العوض

ص: ٣٣١

المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقده في صورته القول به عند العقد لا لحوقه له بعده. نعم، يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً. ومما ذكرنا أتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين [١] وإن جعلنا الإجازة كاشفه، لا لعدم صدق «المتبايعين»، لأن البيع النقل، ولا نقل هنا كما قيل لاندفاعه بأن البيع النقل العرفي، وهو موجود هنا. نعم، ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، وهذا المعنى منتف في الفضولي قبل الإجازة. ويندفع أيضاً: بأن مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف والسلم قبل القبض، مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار.

الشرح:

لا بمعنى توكيل الغير في استيفائه، مع أن الحق المزبور موروث بلا شبهة.

وعلى الجملة ثبوت النقل القهري لا يقتضى جواز النقل الاختياري.

[١] الأظهر عدم ثبوت خيار المجلس للفضوليين، باعتبار أن البيع مع عدم إجازة المالكين وإن استند إلى الفضوليين إلا أن عدم ثبوت الخيار لهما باعتبار أن خيار المجلس كسائر الخيارات الشرعية التأسيسية حكم شرعي للبيع التام المترتب عليه الانتقال الشرعي كما هو ظاهر الروايات، فمع إجازة المالكين يستند إليهما البيع. وعلى تقدير اجتماعهما في مجلس الإجازة يثبت لهما خيار المجلس.

واحتمال اعتبار مجلس العقد لا مجال له إلا بناءً على الكشف الحقيقي، حيث إن الإجازة بناءً عليه تكشف عن تمام البيع وترتب الحكم عليه من حين صدوره، ولكن المبنى المزبور كما تقدم في محله ضعيف.

والحاصل: أن المعبر الاجتماع في مجلس الإجازة، سواء قلنا بالنقل أو بالكشف الحكمي.

ومما ذكرنا يظهر أن ثبوت خيار المجلس في بيع الصرف والسلم بعد حصول

## ثبوت الخيار فيما إذا كان أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً

فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدّم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلين. نعم، في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما في مجلس العقد وجه. واعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل، له وجه. خصوصاً على القول بأن الإجازة عقد مستأنف، على ما تقدّم توضيحه في مسأله عقد الفضولي، ويكفي حينئذ الإنشاء أصاله من أحدهما والإجازة من الآخر [١] إذا جمعهما مجلس عرفاً. نعم، يحتمل في أصل المسأله أن تكون الإجازة من المجيز التزاماً بالعقد، فلا خيار بعدها خصوصاً إذا كانت بلفظ الترتت، فتأمل.

الشرح:

التقابض والقبض، وليس في ذلك محذور أصلاً.

واحتمال أن يكون إجازة المالكين إسقاطاً لخيار المجلس كما عن المصنف رحمه الله، لا يمكن المساعدة عليه، فإن الخيار حكم شرعى يترتب على العقد بعد الإجازة إلا مع اشتراط سقوطه، وإجازة العقد بمجرد ظهورها لا ظهور لها في اشتراط السقوط.

ولا فرق في عدم ثبوت الخيار للفضوليين بين كونهما غاصبين أم لا، وحيث إنه ليس لهما خيار المجلس، فلو تفاسخا قبل الإجازة لغى الفسخ ويبقى البيع بحاله.

نعم، لو ألقى أحد الغاصبين إيجابه قبل قبول الآخر لا يكون ذلك البيع قابلاً للإجازة لاختلال صورته العقد بالإلغاء المزبور بناءً على ما تقدم عن المصنف رحمه الله من أن الردّ المزبور تسقط الموالاته المعتره بين إيجاب العقد وقبوله على كلام تقدم في محلّه، في أنّ الموالاته بين العقد وإجازته غير معتبره.

[١] يعنى يكفى في ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان أحد المتعاقدين أصيلاً والآخر فضولياً فرض مكان قد جمع ذلك المكان الأصيل والمجيز، بأن حصل الإنشاء من الأصيل والإجازة من المجيز في ذلك المكان.

## هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟

ولا فرق في الفصوليين بين الغاصب وغيره، فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابليته لحوق الإجازة، بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورته المعاقده، والله العالم.

مسأله: لو كان العاقد واحداً [١] لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولايةً أو وكالةً على وجه يثبت له الخيار مع التعدد، بأن كان ولياً أو كياً مستقلاً في التصرف فالمحكى عن ظاهر الخلاف والقاضى والمحقق والعلامة والشهيد الشرح:

[١] وحاصله: أنه لو كان العاقد في البيع واحداً كما إذا باع ماله من غيره فيما كان كياً أو ولياً على ذلك الغير في الشراء له، أو باع مال الغير من نفسه فيما كان ولياً على ذلك الغير أو كياً عنه في البيع يثبت له خيار البائع والمشتري؛ لأن مقتضى قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار» (١) ثبوت الخيار لكل من صدق عليه عنوان البائع ومن صدق عليه المشتري، والمفروض أن العاقد المزبور يصدق عليه كل من العنوانين.

وبتعبير آخر: صيغه التثنيه هنا لا- باعتبار تعدد الوجود من طبيعه كما في مثل الرجلين والمرأتين ونظائرها، بل باعتبار الطبيعتين وتعدد العنوانين، أى البائع والمشتري، نظير قوله: (القتيلان في النار)، حيث يعم ما إذا كان شخص قاتلاً ومقتولاً في واقعه.

ودعوى ظهور التثنيه في المقام فيما إذا كان كل من عنوان البائع والمشتري منطبقاً على من انفرد بإنشاء فلا يتحقق الخيار فيما إذا لم يكن في البين انفراد بإنشاء البيع والشراء، كما إذا كان العاقد واحداً، لا- يمكن المساعدة عليها. فإنه لا وجه للدعوى المزبوره بعد ظهور الخطاب في كون الخيار حكماً لمن ينطبق عليه عنوان البائع أو المشتري.

ص: ٣٣٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣.

والمحقق الثاني والمحقق الميسى والصيمرى وغيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين، لأنه بائع ومشتري، فله ما لكل منهما كسائر أحكامهما الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين. واحتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين بشخص واحد، مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين، وجعل الغايه التفرق المستلزم للتعدد مبنى على الغالب.

الشرح:

ويكفى فى الجزم ببطلانها ملاحظه سائر الأحكام الثابتة لعنوان البائع أو المشتري كثبوت خيار الحيوان، فإنه لا ينبغى الشبهه فى ثبوته للولى فيما إذا باع الحيوان المملوك له من المولى عليه.

نعم، المذكور فى الروايات غايه لخيار المجلس افتراق المتبايعين، والافتراق لا يتحقق إلا مع تعددهما، فيكون ذكر الغايه قرينه على اختصاص خيار المجلس بصوره تعدد البائع والمشتري خارجاً.

وقد يقال فى الجواب عن ذلك: بأن «حتى» من أداه الغايه وتدخّل على الممكن والممتنع، كقوله سبحانه: «حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ»<sup>(١)</sup> فيكون مقتضى دخول حتى فى الروايات على الافتراق ثبوت خيار المجلس أمكن الافتراق أم لا.

ولكن لا يخفى أن دخوله فى بعض الموارد على الممتنع لا ينافى ظهور مدخوله فيما إذا كان قيداً للحكم فى فرض الاجتماع لموضوع ذلك الحكم، فلا يكون للخيار موضوع فيما لم يكن اجتماع لبيعين، سواء كان عدم الاجتماع بالافتراق حال العقد كعدم حضور الموكل مجلس العقد، أو بعدم تعددهما فى مفروض الكلام.

وذكر المصنف رحمه الله فى الجواب عن ذلك، بأن الافتراق المزبور وإن كان ظاهراً فى

ص: ٣٣٥

١- (١) سورة الأعراف: الآية ٤٠.



خلافاً للمحكى فى التحرير من القول بالعدم، واستقره فخر الدين قدس سره ، ومال إليه المحقق الأردبيلى والفاضل الخراسانى والمحدث البحرانى، واستظهره بعض الأفاضل ممن عاصروناهم. ولا يخلو عن قوه بالنظر إلى ظاهر النص، لأن الموضوع فيه صورته التعدد، والغايه فيه الافتراق المستلزم للتعدد، ولولاها لأمكن استظهار كون التعدد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع والمشتري كسائر أحكامهما، إذ لا يفرق العرف بين قوله: «المتبايعان كذا» وقوله: «لكل من البائع والمشتري»، إلا أن التقييد بقوله: «حتى يفترقا» ظاهر فى اختصاص الحكم بصوره إمكان فرض الغايه، ولا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد.

ومنه يظهر سقوط القول بأن كلمه «حتى» تدخل على الممكن والمستحيل، إلا أن يدعى أن التفرق غايه مختصه بصوره التعدد، لا مختصه للحكم بها. وبالجملة، فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكل. نعم، لا يبعد بعد تنقيح المناط، لكن الإشكال فيه. والأولى التوقف، تبعاً للتحرير وجامع المقاصد.

ثم لو قلنا بالخيار، فالظاهر بقاؤه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.

مسأله: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار:

الشرح:

فرض الاجتماع المختص بصوره تعدد العاقد، إلا أن جعله غايه مبنى على الغالب من تعدد العاقد وكون البائع غير المشتري خارجاً، فلا يوجب ذلك اختصاص خيار المجلس بصوره التعدد.

أقول: لا يخفى أن الحمل فى قيد على الغالبى إنما ينفع فيما إذا كان فى البين خطاب يثبت الخيار للبائع والمشتري من غير ذكر الغايه فيه؛ ليتمكن الأخذ بالإطلاق ولا يرفع اليد عنه بالقيد الغالبى، ولكن ليس فى المقام مثل ذلك الخطاب المطلق.

ص: ٣٣٦

منها: من ينعق على أحد المتبايعين، والمشهور كما قيل : عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق. واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للبائع . والكلام فيه مبنى على قول المشهور: من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا إشكال في ثبوت الخيار. والظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين، لأن مقتضى الأدلة الانعقاد بمجرد الملك، والفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرّيه بعد تحقّقها إلا على احتمال ضَعْفه في التحرير فيما لو ظهر من ينعق عليه معيماً مبنى على تزلزل العتق. وأمّا الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمه، فقد يقال: إنه مقتضى الجمع بين أدلّه الخيار ودليل عدم عود الحر إلى الرقيه، فيفرض المنعق كالتالف، فلمن انتقل إليه أن يدفع القيمه ويسترد الثمن. وما في التذكرة: من أنه وطن نفسه على الغبن المالى، والمقصود من الخيار أن ينظر ويتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع، لأنّ التوطين على شرائه عالماً بانعاقه عليه ليس توطيئاً على الغبن من حيث المعامله، وكذا لمن انتقل عنه أن يدفع الثمن ويأخذ القيمه. وما في التذكرة: من تغليب جانب العتق إنّما يجدى مانعاً عن دفع العين.

لكن الإنصاف أنه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه، لأنّ شراءه إتلاف له في الحقيقه وإخراج له عن المالىه، وسيجىء سقوط الخيار بالإتلاف بل بأدنى تصرّف، فعدم ثبوته به أولى. ومنه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، لأنّ بيعه ممن ينعق عليه، إقدام على إتلافه وإخراجه عن المالىه.

والحاصل: أنّا إذا قلنا: إنّ الملك فى من ينعق عليه تقديري لا تحقيقي، فالمعامله عليه من المتبايعين مواطاه على إخراجه عن المالىه، وسلّكه فى سلّك ما لا يتموّل. لكنّه حسن مع علمهما، فتأمّل.

وقد يقال: «إنّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيار والانعقاد هل

يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنأما، أو الأوّل بالأوّل والثاني بالثاني، أو العكس؟ فعلى الأوّلين والأخير يقوى القول بالعدم، لأنصية أخبار العتق وكون القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل، ولسبق تعلّقه على الأخير. ويحتمل قريباً الثبوت، جمعاً بين الحقيين ودفعاً للمنافاه من البين، وعملاً بالنصين وبالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين، وتزيلاً للفسخ منزله الأرش مع ظهور عيب في أحدهما، وللعنق منزله تلف العين، ولأنهم حكموا بجواز الفسخ والرجوع إلى القيمة فيما إذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعق على المشتري، أو تعيب بما يوجب ذلك. والظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام.

وعلى الثالث يتجه الثاني، لما مرّ، ولسبق تعلّق حق الخيار وعروض العتق». ثم قال: «وحيث كان المختار في الخيار: أنه بمجرد العقد، وفي العتق: أنه بعد الملك، ودلّ ظاهر الأخبار وكلام الأصحاب على أنّ أحكام العقود والإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع، من غير فرق بين الخيار وغيره، بل قد صرحوا بأنّ الخيار يثبت بعد العقد وأنه عله، والمعلول لا يتخلّف عن علته، كما أنّ الانعتاق لا يتخلّف عن الملك، فالأقرب هو الأخير، كما هو ظاهر المختلف والتحرير ومال إليه الشهيد إن لم يثبت الإجماع على خلافه، ويؤيده إطلاق الأكثر ودعوى ابن زهره الإجماع على ثبوت خيار المجلس في جميع ضروب البيع من غير استثناء». انتهى كلامه، رفع مقامه.

أقول: إن قلنا: إنه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقاييل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظراً إلى أنّ خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه ولو تقديراً لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد والانعتاق عقيب الملك آنأما، إذ برفع العقد لا يقبل المنعق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع ولو تقديراً، إذ

ملكه المشتري لمن ينعق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق، ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثم انعتاقه مضموناً على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البائع.

والحاصل: أنّ الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه، وهذا غير حاصل فيما نحن فيه. وإن قلنا: إنّ الفسخ لا يقتضى أزيد من ردّ العين إن كان موجوداً وبدله إن كان تالفاً أو كالتالف، ولا- يعتبر في صورته التلف إمكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه وتملكه منه، بل يكفي أن تكون العين المضمونه قبل الفسخ بثمنها مضمونه بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ والرجوع إلى قيمه فيما تقدّم من مسأله البيع بشرط العتق ثم ظهور المبيع منعقاً على المشتري، وحكمهم برجوع الفاسخ إلى قيمه لو وجد العين منتقله بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزله التلف إلى الفاسخ كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا والرجوع إلى قيمه، إلاّ مع إقدام المتبايعين على المعامله مع العلم بكونه ممن ينعق عليه، فالأقوى العدم، لأنهما قد توطأ على إخراجهم عن المائنه الذي هو بمنزله إتلافه.

وبالجملة، فإنّ الخيار حق في العين، وإنما يتعلّق بالبدل بعد تعذّره لا ابتداءً، فإذا كان نقل العين إبطالاً لمالئته وتفويتاً لمحلّ الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه، فلم يحدث حق في العين حتّى يتعلّق وبدله.

وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع، ونقله إلى من ينعق عليه كالإتلاف له من حيث المالىه، فدفع الخيار به أولى وأهون من رفعه، فتأمل.

ومنها: العبد المسلم المشتري من الكافر بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم

## هل يثبت الخيار إن لم تكن العين قابله للبقاء؟

اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما. أمّا بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتمليكه إياه، وأمّا بالنسبة إلى القيمة فلما تقدّم: من أنّ الفسخ يتوقّف على رجوع العين إلى مالكة الأصلي ولو تقديراً لتكون مضمونه له بقيمته على من انتقل إليه، ورجوع المسلم إلى الكافر غير جائز، وهذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال: إنه يباع ولا يثبت له خيار المجلس ولا الشرط. ويمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط وإن ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين قدس سره في الإيضاح: من أنّ البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاً، وبالنسبة إلى المشتري كالبيع، بناءً منه على عدم تملك السيّد الكافر له، لأنّ الملك سبيل، وإنّما له حقّ استيفاء ثمنه منه.

لكن الإنصاف: أنّه على هذا التقدير لا- دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً، لأنّ الظاهر من قوله: «البيع بالخيار» اختصاص الخيار بصوره تحقّق البيع من الطرفين، مع أنّه لا معنى لتحقّق العقد البيعى من طرف واحد، فإنّ شروط البيع إن كانت موجودة تحقّق من الطرفين وإلا- لم يتحقّق أصلاً، كما اعترف به بعضهم فى مسأله بيع الكافر الحربى من ينعق عليه. والأقوى فى المسأله وفاقاً لظاهر الأ- كثر وصريح كثير ثبوت الخيار فى المقام، وإن تردّد فى القواعد بين استرداد العين والقيمة، وما ذكرنا من أنّ الرجوع بالقيمة مبنى على إمكان تقدير الملك فى ملك المالك الأصلي، لو أغمضنا عن منعه كما تقدّم فى المسأله السابقه غير قادح هنا، لأنّ تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبباً للكافر على المسلم، ولذا جوّزنا له شراء من ينعق عليه. وقد مرّ بعض الكلام فى ذلك فى شروط المتعاقدين.

ومنها: شراء العبد نفسه بناءً على جوازه فإنّ الظاهر عدم الخيار فيه ولو

بالنسبة إلى قيمه، لعدم شمول أدله الخيار له، واختاره في التذكرة. وفيها أيضاً: أنه لو اشترى جَمَدًا [١] في شدة الحرّ ففي الخيار إشكال، ولعله من جهة احتمال اعتبار قابليته العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار فلا يندفع الإشكال بما في جامع المقاصد من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف لأنه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل.

الشرح:

[١] وهل يثبت خيار المجلس فيما إذا لم يكن العين قابلاً للبقاء بعد العقد لحصول التلف كلاً أو بعضاً قبل الافتراق، كالجمد في الصيف.

ذكر في «التذكرة» (١) أن في ثبوت الخيار إشكالاً، ووجهه على ما ذكر المصنف رحمه الله اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد والجمد في الفرض لا- يكون كذلك. وفي «جامع المقاصد» (٢) أن خيار المجلس لا- يسقط بالتلف فكيف يكون عدم قابلية الجمد موجباً لانتفاء الخيار؟

وأجاب المصنف رحمه الله ، بأنّ التلف لا يكون مسقطاً فيما إذا ثبت خيار المجلس قبله بالعقد، وفي المقام أصل ثبوت الخيار بالعقد غير معلوم.

أقول: إطلاق أدله الخيار فيما إذا لم يكن سقوطه شرطاً في البيع ولو بنحو الشرط الارتكازي يقتضى عدم الفرق بين المقام وسائر المقامات.

وهل يثبت فيما إذا كان المبيع ديناً لبائعه على المشتري؟ فقد يقال بعدم الثبوت باعتبار أن الدين يبيعه من المديون يسقط واشتغال الذمه بإعادة الدين إليها غير معهود.

وعن السيد اليزدي رحمه الله أنه يمكن القول بثبوت خيار المجلس مع كون سقوط الدين عن العهده من قبيل تلف المبيع، وبفسخ ذى الخيار يرجع إلى بدله.

ص: ٣٤١

١- (١) التذكرة ١: ٥١٦.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧.

مسأله: لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود [١] سوى البيع عند علمائنا، كما فى التذكرة، وعن تعليق الإرشاد وغيرهما. وعن الغنية: الإجماع عليه. وصرح الشيخ فى غير موضع من المبسوط بذلك أيضاً، بل عن الخلاف: الإجماع على عدم دخوله فى الوكالة والعارية والقراض والحواله والوديعه. إلا أنه فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار والتى لا يدخلها قال: وأما الوكالة والوديعه والعارية والقراض والجعله فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، انتهى.

الشرح:

أقول: وتظهر الثمره فيما إذا كان الدين من القيميات كما إذا باع حيواناً موصوفاً بنحو السلم، ثم باع المشتري الحيوان المزبور من بائعه، فإن قيل بثبوت خيار المجلس فى البيع الثانى وكون سقوط الدين عن العهده من التلف فيرجع بعد الفسخ إلى قيمه ذلك الحيوان على ما هو المستفاد من العرف والأدله أن الحيوان وغيره من القيميات يضمن بالقيمه، وإن لم نقل بأن سقوط الدين عن العهده من التلف، وأن عود العهده مع قيام الدليل عليه ممكن كما هو الصحيح، فيلتزم بالعود فى المقام كما هو مقتضى الخيار الثابت بإطلاق مثل قوله عليه السلام: «البيع بالخيار . . . الخ» (١).

[١] قد ذكر قدس سره اختصاص خيار المجلس بالبيع، فلا يثبت فى سائر العقود اللازمه، سواء كانت ماله كالأجاره أم غيرها كالنكاح، فإن هذا الخيار تأسيس من الشرع وما ورد فيه لا يعم غير البيع.

وقد نقل الإجماع على اختصاصه بالبيع فى كلمات الأصحاب كالشيخ فى «الخلاف» (٢)، فإنه ذكر الإجماع على عدم دخوله فى الوكالة والوديعه والعاريه

ص: ٣٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٢) الخلاف ٣: ١٣ ١٤، المسأله ١٢ من البيوع، وفيه بدل «الحواله»: الجعله.

ومراده خيار المجلس والشرط. وحكى نحوه عن القاضي. ولم يُعلم معنى الخيار في هذه العقود، بل جزم في التذكرة: بأنه لا معنى للخيار فيها، لأنَّ الخيار فيها أبداً. واحتمل في الدروس: أن يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار. ولعلَّ مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل في هذه العقود، لا الموجب، إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار، ولأنَّ أثر هذه العقود تمكّن غير المالك من التصرف، فهو الذي يمكن توقّفه على انقضاء الخيار الذي جعل الشيخ قدس سره أثر البيع متوقفاً عليه.

الشرح:

والمضاربه والحواله. وفي غير موضع من «المبسوط» (١) أنّه صرّح باختصاص خيار المجلس بالبيع، ولكن مع ذلك ذكر أيضاً في «المبسوط» (٢) لا مانع من ثبوت خيار المجلس والشرط في الوكاله والوديعه والعاريه والمضاربه والجعاله.

وقد حمل في «الدروس» (٣) هذا الكلام على أنه لا يجوز التصرف في العقود المزبوره إلا بعد انقضاء المجلس والشرط.

وحيث إن تصرف المالك في ماله لا يصحّ أن يتوقف على مضيّ زمان. ذكر المصنف رحمه الله: أن مراد الشهيد عدم جواز تصرف الطرف الآخر، أي غير المالك إلا بعد ذلك الزمان المزبور؛ لأن ثمره هذه العقود تصرف غير المالك في المال، وهذا كالتزامه قدس سره في البيع بأنه لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع والبائع في الثمن إلا بعد مضيّ زمان الخيار.

ولم يقبل المصنف رحمه الله هذا الحمل لتصريح الشيخ قدس سره في غير موضع من

ص: ٣٤٣

١- (١) المبسوط ٢: ٨٢٨٠.

٢- (٢) المبسوط ٢: ٨٢.

٣- (٣) الدروس ٣: ٢٦٨.



لكن الإنصاف: أن تتبع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى، فإنه صرح في مواضع قبل هذا الكلام وبعده باختصاص خيار المجلس بالبيع.

والذى يخطر بالبال: أن مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع، فتفسخ بفسخه في المجلس، وهذا المعنى وإن كان بعيداً في نفسه، إلا أن ملاحظه كلام الشيخ في المقام يقربه إلى الذهن، وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن والضمان.

الشرح:

«المبسوط»(١) باختصاص خيار المجلس بالبيع، فكيف يلتزم مع ذلك بجريانه وجريان خيار الشرط في تلك العقود الجائزه.

وقال: الأولى حمل كلامه على ما إذا كانت تلك العقود الجائزه منشأه في ضمن البيع بنحو شرط النتيجة فإنها مع الشرط كذلك تكون خياريه بخياريه البيع ولازمه بلزوم البيع.

وذكر في «السرائر»(٢) دخول خيار المجلس والشرط في العقود، وعلل دخولهما فيها بحصول المقصود من الخيارين وهو جواز فسخها.

واحتمل المصنف رحمه الله أن يكون مراد الشيخ قدس سره أيضاً من دخولهما ثبوت نتيجهما في تلك العقود بجواز فسخها.

لا يقال: كيف يكون مثل الوكاله شرطاً في ضمن العقود اللازمه فتكون لازمه بلزومها مع أن العقود الإذنيه تكون قوامها بالإذن، وإذا رجع الموكل عن إذنه للغير في الفعل فلا يبقى الإذن المقوم لها ولو مع اشتراطها في ضمن العقد اللازم.

ص: ٣٤٤

١- (١) المبسوط ٢: ٨٢٨٠.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٤٦.

وكيف كان، فلا إشكال في أصل هذه المسألة.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد [١] لأنَّ ظاهر النصِّ كون البيع علَّه تامَّه، ومقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف والسلم قبل القبض. ولا إشكال فيه لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس في الصرف والسلم وجوباً تكليفاً، الشرح:

فإنَّه يقال: حدوث تلك العقود يكون بالإذن بنحو خاص وينتزع منه أمر يعبر عنه بالاسم المصدرى، فيكون المعنى الاسم المصدرى باقياً مع عدم قيام الدليل على جواز العقد بالرجوع في الإذن ونحوه.

ويكشف عن ذلك ما ورد في ثبوت الوكالة وعدم بطلانها بعزل الموكل فيما إذا لم يوصل عزله إلى الوكيل. وإذا أمكن ثبوت الوكالة مع رجوع الموكل عن إذنه السابق فيؤخذ به فيما إذا كانت شرطاً في ضمن العقد اللازم بنحو شرط النتيجة، حيث إنَّ مقتضى لزوم البيع مثلاً نفوذ تلك الوكالة وعدم انفساخها ولو برجع الموكل وإظهاره عدم مأذونه الطرف في مورد الوكالة كما لا يخفى.

[١] تعرض قدس سره لمبدأ خيار المجلس وأنه من حين تحقق العقد أو من حين ترتب الأثر، أى انتقال المالكين، وحيث إنَّ الانتقال الشرعى يتوقف في بيع السلم والصرف على القبض والتقابض، يقع الكلام في أن الخيار فيهما من حين تحقق العقد أو من حين القبض أو التقابض.

وحاصل ما ذكر أنه إن قلنا بوجوب القبض أو التقابض يثبت فيهما الخيار كسائر البيوع من حين تحقق العقد، ويكون فائده الخيار فيها فسخ العقد وإلغاؤه لئلا يحصل بترك القبض أو التقابض عصيان.

ولو لم نقل بوجوب القبض والإقباض ففي ثبوت الفائده للخيار قبلهما تأمل، إلا أن يدعى أنَّ فائدته إخراج العقد عن قابليه الصحة بلحوق القبض والإقباض.

إمّا للزوم الربا كما صرّح به فى صرف التذكّره وإمّا لوجوب الوفاء بالعقد وإن لم يكن بنفسه مملّكاً، لأنّ ثمره الخيار حينئذٍ جواز الفسخ، فلا يجب التقابض. أمّا لو قلنا بعدم وجوب التقابض وجواز تركه إلى التفرّق المبطل للعقد، ففي أثر الخيار خفاء، لأنّ المفروض بقاء سلطنه كلّ من المتعاقدين على ملكه وعدم حقّ لأحدهما فى مال الآخر. ويمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابليه لحق القبض المملّك، فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابليه التأثير.

الشرح:

والوجه فى وجوب القبض أو التقابض بتحقيق العقد أحد الأمرين: إمّا ثبوت الربا، كما إذا كان العوضان فى الصرف من جنس واحد فإنّه على تقدير تحقيق القبض من أحدهما دون الآخر يلزم أن يكون فى أحد العوضين زياده حكميه؛ لأنّ للأجل قسطاً من الثمن. وإمّا أن مقتضى قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> وجوب العمل على مقتضى العقد والوفاء به قبل القبض أو الإقباض، يتحقق بالقبض والإقباض.

ونقل فى المقام كلام العلامة فى «التذكّره»<sup>(٢)</sup>، حيث يظهر منه ثبوت خيار المجلس فى الصرف من حين تحقيق العقد، حيث ذكر أنه إذا حصل التقابض فى بيع الصرف وأجاز المتبايعان البيع أى أسقطا خيارهما لزم العقد، وكذا إذا أجازا العقد قبل التقابض فإنه يلزم معها التقابض.

ولو تركا التقابض بعد ذلك إلى افتراقهما بطل البيع لعدم حصول الشرط، ولكن لو كان تفرقهما بدون التقابض برضاها فلا عريان؛ لأن رضاهما إقاله للبيع، وإن كان تفرقهما بمفارقة الواحد منهما عصى ذلك المنفرد.

ص: ٣٤٦

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) التذكّره ١: ٥١٨ ٥١٩ .

## مبدأ خيار المجلس في بيع الصرف والسلم

قال في التذكرة: لو تقابضا في عقد الصرف ثم أجازا في المجلس لزم العقد، وإن أجازا قبل التقابض فكذلك، وعليهما التقابض، فإن تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم إن تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصي، انتهى.

الشرح:

وكذا كلام «الدروس»<sup>(١)</sup>، حيث صرح بثبوت خيار المجلس في الصرف تقابضا أم لا، فإن أسقطا خيارهما وجب التقابض، فلو هرب أحدهما بعد الإسقاط عصي، ولكن يفسخ البيع، ولو هرب أحدهما قبل إسقاط خياره فلا عصيان.

ويحتمل قويا عدم العصيان مطلقاً لعدم لزوم العقد مادام لم يحصل التقابض، كما عن الشيخ قدس سره في «المبسوط»<sup>(٢)</sup>، حيث صرح بعدم وجوب التقابض في الصرف، ولم يقيده بصوره التزامهما به بإسقاط خيارهما.

أقول: إن أراد العلامة رحمه الله استفادة اشتراط القبض والتقابض في السلم والصرف من دليل حرمة الربا وبطلان المعاوضه الربويه فلا يمكن المساعده عليه.

أولاً، لأنّ الدليل المزبور لا يجرى في بيع السلم مطلقاً، وفي بيع الصرف فيما إذا كان العوضان من غير جنس واحد، كبيع الدراهم بالدنانير.

وثانياً، لأنّ حرمة الربا وبطلان المعاوضه الربويه تكون مع اشتراط التأخير في ناحيه أحد العوضين المتجانسين المتساويين وزناً، لا بمجرد تأخير أحد العوضين بعد انقضاء مجلس العقد مع عدم ثبوت حق التأخير، وعلى ذلك فإثبات اشتراط وجوب التقابض في المجلس بلزوم الربا غير ممكن.

وإن أراد إثبات وجوب التقابض تكليفاً، فمن الظاهر أن مع عدم وجوبه لا يلزم الربا، حيث إنه بدون حصول التقابض لا نقل لتكون المعاوضه ربويه، ومع التقابض

ص: ٣٤٧

١- (١) الدروس ٣: ٢٦٧ .

٢- (٢) المبسوط ٢: ٧٩، وفيه: «وأما الصرف فيدخله خيار المجلس» .

وفى الدروس: يثبت معنى خيار المجلس فى الصرف، تقابضاً أو لا، فإن التزما به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب أحدهما عصى وانفسخ العقد، ولو هرب قبل الالتزام فلا معصيه. ويحتمل قوياً عدم العصيان مطلقاً، لأنّ للقبض مدخلاً فى اللزوم فله تركه، انتهى.

وصرح الشيخ أيضاً فى المبسوط بثبوت التخاير فى الصرف قبل التقابض.

الشرح:

يصحّ، ولا موضوع للربا.

وأما قضيه وجوب التقابض أخذاً بعموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) فهو أيضاً غير ممكن؛ لما تقدم من أن وجوب الوفاء بالعقود بالإضافه إلى المعاوضات الماليه ومنها البيع، حكم إرشادى إلى التخلص من محذور التصرف فى مال الغير من غير رضا صاحبه أو عدم انحلاله بعد حدوثه، وإذا قام الدليل على عدم حصول النقل فى بيع السلم والصرف قبل القبض والإقباض فينتفى ذلك الحكم الإرشادى؛ لأن المال قبل القبض ليس من مال الغير، ولم تتم المعامله ليحكم بلزومها وعدم انحلالها.

وأيضاً ما دل على اشتراط السلم أو الصرف بالقبض والتقابض، كما يكون مقيداً لقوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (٢) وأن إمضاء البيع فى الصرف والسلم بعد القبض والتقابض، كذلك يكون حاكماً على قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» (٣)؛ لأن ظاهر الخطاب ثبوت الخيار للبائع والمشتري فى البيع الممضى شرعاً. وظاهر دليل الاشتراط عدم إمضاء البيع قبل القبض والتقابض، وهذا هو المراد من حكومته على قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٤).

ص: ٣٤٨

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ .

٤- (٤) المصدر: الحديث ٣ .

ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما على القول بالنقل، وكذا على الكشف، مع احتمال كونه من زمان العقد.

الشرح:

ولكن عن بعض الأجله (دامت أيامه) أن الموضوع لخيار المجلس في الروايات البائع والمشتري، ومقتضى ذلك ثبوت الخيار لكل منهما من حين تلبسه بالمبدأ. فعلى تقدير تحقق البيع من البائع بتمام الإيجاب يثبت الخيار له من ذلك الحين، وعلى تقدير القول بأن تلبس كل منهما يكون بتمام القبول يثبت لكل منهما الخيار من ذلك الحين، فإن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار إلى أن يفترقا» بمنزله القول بأن لكل من البائع والمشتري خياراً من حين التلبس بالمبدأ إلى حصول الافتراق، من غير فرق في ذلك بين بيع الصرف والسلم وغيرهما؛ لأن ثبوت الخيار في بيع قبل حصول النقل الشرعي أمر ممكن، وإنما لا يمكن ثبوت الخيار في بيع لا يلحقه الصحة لا في بيع يمكن عروضها له.

ثم على تقدير القول بعدم ثبوت الخيار في بيع الصرف والسلم قبل القبض، يشكل إثبات حدوثه لكل من البائع والمشتري بعد القبض؛ لأن الدليل قد دل على ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري من حين التلبس بالمبدأ وبقائه إلى حصول الافتراق، وإذا خرج بيع الصرف والسلم عن الحكم بعدم حدوث الخيار بالتلبس فيشكل إثباته حدوثه لكل منهما بالقبض إلى حين الافتراق.

ولكن الإشكال يمكن دفعه بأن المقام من صغريات ما إذا خرج فرد عن العام أو المطلق في زمان ثم بعد ذلك الزمان يتمسك بالعام أو المطلق لإثبات حكمهما للفرد المزبور، فإن ما دل على اشتراط القبض أو التقابض في السلم أو الصرف تخصيص أو تقييد في الحكم المستفاد من قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (1) ولو كان هذا

ص: ٣٤٩

المسقط الأول: اشتراط السقوط في ضمن العقد

في مسقطات الخيار

وهي أربعة على ما ذكرها في التذكرة: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، وإسقاطه بعد العقد، والتفرق، والتصرف. فيقع الكلام في مسائل:

مسألة: لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه [١] في ضمن العقد، وعن الغنية: الإجماع عليه. ويدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض:

الشرح:

التخصيص أو التقييد بلسان الحكومه، أى بنفى البيع قبل القبض؛ لأن القبض ليس شرطاً عرفياً فيهما ليكون خروج بيع الصرف أو السلم قبل القبض لا بنحو التخصيص أو التقييد. انتهى.

أقول: قد تقدم أن الموضوع لخيار المجلس أو غيره من الخيارات الشرعية ليس مجرد البيع العرفي، بل البيع الممضى لظهور أدلتها عرفاً في أن الخيار حكم للبيع الممضى، نظير ما دل على مشروعيه الإقاله في كل بيع.

ولسنا ندعى ظهور البيع في الممضى في كل خطاب حتى في مثل قوله سبحانه: «أَحْيَلِ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١)، بل المدعى في المقام الظهور الناشئ عن مناسبه الحكم والموضوع.

وعلى ذلك فما دل على اعتبار القبض في السلم أو التقابض في الصرف يوجب دخول البيع فيهما في خطاب الخيار من حين القبض والتقابض، من غير أن يكون تخصيص أو تقييد في البين.

[١] مسقطات خيار المجلس اشتراط سقوطه في البيع وإسقاطه بعد البيع والتفرق والتصرف.

ص: ٣٥٠

«المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم». وقد يتخيل معارضته بعموم أدلّه الخيار، ويرجّح على تلك الأدلّه بالمرجحات وهو ضعيف، لأنّ الترجيح من حيث الدلالة والسند مفقود، وموافقه عمل الأصحاب لا يصير مرجّحاً بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلّه الشروط، كما يظهر من كتبهم. ونحوه في الضعف، التمسك بعموم «أوفوا بالعقود» بناءً على صيروره شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء به، إذ فيه: أنّ أدلّه الخيار أخصّ، فيخصّص بها العموم. الشرح:

والكلام في المقام في سقوطه بالاشتراط في البيع، وكأنّ سقوطه بالاشتراط في البيع متسالم عليه بينهم، ويقتضيه قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، حيث إن الشرط يعمّ سقوط خيار المجلس.

وقد يقال: إن العموم المزبور معارض بقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»<sup>(٢)</sup>، حيث إن مقتضاه ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري اشترطاً سقوطه في البيع أم لا، ولكن يقدم خطاب لزوم الوفاء بالشرط باعتبار المرجح وهو التسالم على سقوط الخيار بالشرط.

وأورد عليه المصنف رحمه الله بأن تقديم خطاب لزوم الوفاء بالشرط بالترجيح في مقام المعارضه غير صحيح، لفقد المرجح والتسالم المزبور مدركي، حيث يظهر أن وجه التسالم الأخذ بخطاب لزوم الوفاء بالشرط، وإذا فرض معارضته يلزم الإغماض عن التسالم المزبور، كما في سائر الإجماعات المدركيه.

وأيضاً قد يقال: إن لزوم البيع بشرط سقوط الخيار مقتضى لزوم الوفاء بالعقد

ص: ٣٥١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.



بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط عدم نهوض أدله الخيار للمعارضه، لأنها مسوقه لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع، فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجى وهو الشرط، لوجوب العمل به شرعاً. بل التأمل في دليل الشرط يقضى بأن المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصلية الثابته للمشروطات الشرح:

المستفاد من قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> بملاحظه أن شرط سقوط الخيار يحسب من العقد الذى يجب الوفاء به.

وفيه: أن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»<sup>(٢)</sup> أخصّ مطلقاً بالإضافة إلى العموم المزبور، فيرفع اليد عن ذلك العموم، بل الوجه في عدم الخيار مع اشتراط سقوطه في البيع أن خطاب الخيار متضمن لبيان الحكم، أى الخيار للبيع بعنوانه الأولى، وخطاب وجوب الوفاء بالشرط حكم للبيع بعنوان ثانٍ، فيجرى فيهما ما يجرى في سائر الخطابات الداله على ثبوت حكم ترخيصى لفعل بعنوانه الأولى، وخطاب آخر دال على حكم آخر له بعنوانه الثانوى فى أن المتفاهم العرفى مع ملاحظه الخطابين هو أن الحكم الأول ثابت للفعل لولا العنوان الثانوى.

فلاحظ ما ورد في استحباب غسل الجمعه أو الوضوء بعد الحدث مع ما دل على وجوب الوفاء بالنذر أو العهد، وأن الجمع العرفى فيهما إذا تعلق النذر بالغسل أو الوضوء هو أن الغسل أو الوضوء يجب مع النذر.

ويكشف عن هذا الجمع، أى تقديم خطاب الوفاء بالشرط على خطاب حكم البيع أو غيره، صحيحه مالك بن عطيه عن سليمان بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك و كانت لأبيه امرأه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها،

ص: ٣٥٢

١- (١) سورة المائده: الآيه ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخمار، الحديث ١ و ٢ .

قبل وقوعها في حيز الاشتراط، فلا تعارضه أدلّه تلك الأحكام، فحاله حال أدلّه وجوب الوفاء بالنذر والعهد في عدم مزاحمتها بأدله أحكام الأفعال المنذوره لولا النذر. ويشهد لما ذكرنا من حكومه أدله الشرط وعدم معارضتها للأحكام الأصلية حتى يحتاج إلى المرجح استشهاد الإمام في كثير من الأخبار بهذا العموم على مخالفه كثير من الأحكام الأصلية.

الشرح:

فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، وحيث إن الشرط الابتدائي غير نافذ فاللازم حملها على اشتراط سقوط الخيار في ضمن عقد أو حملها على المصالحة في السقوط.

والحاصل: أنّ ما دل على خيار زوجه العبد بعد صيرورتها حره في فسخ نكاحها نظير ما دل على ثبوت خيار المجلس للبائع والمشتري في أن مقتضى الجمع بينهما وبين ما دل على نفوذ الشرط حمل ثبوت الخيار على الحكم الاقتضائي، بمعنى ثبوته لولا شرط سقوطه في ضمن عقد لازم.

أقول: يأتي عن المصنف رحمه الله إبطال هذا الوجه، فإن الخيار الثابت لو كان من قبيل الحكم للبيع بعنوانه الأولى لكان شرط عدم ذلك الحكم، بل ثبوت خلافه محكوماً بالبطلان؛ لأنه يعتبر في صحة الشرط في المعامله أن لا يكون على خلاف الحكم المستفاد من الكتاب أو السنه. كما إذا تزوج المرأه على أن لا يكون لزوجها اختيار طلاقها، فإنه يحكم ببطلان الشرط المزبور؛ لكون المشروط خلاف السنه الداله على أن الطلاق بيد الزوج، وكذا إذا باع المال بشرط أن لا يكون للمشتري اختيار الرجوع في

ص: ٣٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٣: ١٥٥، الباب ١١ من أبواب المكاتبه، الحديث ١ .

منها: صحيحه مالك بن عطيّه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له أب مملوك وكان تحت أبيه جاريه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك. قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم». والروايه محموله بقريته الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائيه على صورته وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم، أو المصالحه على إسقاط الخيار المتحقّق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

الشرح:

هبته السابقه، فإن شرط عدم الاختيار في الرجوع خلاف السنه الداله على أن للواهب الرجوع في الهبه مادامت العين باقيه.

والحاصل: أنه لا يكون تقديم خطاب لزوم الشرط على قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»<sup>(١)</sup> لمجرد أن الخيار حكم للبيع بعنوانه الأولي، وسقوط الخيار حكم له بعنوان الشرط فيه، بل الصحيح في الجواب ما يأتي من أن الخيار من الحقوق لا من قبيل الحكم، ومقتضى كونه حقاً سقوطه بكل مسقط من فعل أو قول، فيكون شرط سقوطه في البيع مسقطاً أخذاً بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> ولا ينافيه قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار»<sup>(٣)</sup>، فإن مقتضى كون الخيار حقاً ثبوته في البيع لولا إسقاطه ولو من حين ثبوته كما لا يخفى.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا موجب لحمل صحيحه سليمان بن خالد على اشتراط

ص: ٣٥٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .
- ٣- (٣) مرّ آنفاً .

## المناقشه فى شرط سقوط الخيار فى عقد البيع

وكيف كان، فالاستدلال فيها بقاعده الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها، لا- معارضتها المحوجه إلى التماس المرجح.

نعم، قد يستشكل التمسك بدليل الشروط فى المقام من وجوه: [١]

الشرح:

سقوط خيار الأمه فى ضمن عقد لازم، فإن الهبه إذا كانت مشروطه بشرط من قبيل النتيجة، كما إذا وهب المال بشرط أن يكون وكيلاً فى بيع داره فبمجرد قبول الهبه يصير لازمه لحصول التعويض، أى الوكاله فى بيع الدار، فلا يجوز للواهب الرجوع فى هبته كما لا يجوز للمتهدب الرجوع فى شرط الوكاله أخذاً بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (١).

ومن هذا القبيل هبه المال للجاريه بشرط أن لا يكون لها خيار فى فسخ نكاح الأب، فتدبر جيداً.

[١] قد أورد على اشتراط سقوط الخيار فى البيع بأمر عمدتها ما أشرنا إليه، من كون هذا الشرط مخالفاً للسنه الداله على ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري قبل الافتراق.

وأجنبنا عن ذلك، بأنه إنما يتحقق المخالفه للسنه لو كان الخيار قبل الافتراق من قبيل الحكم؛ ليكون نظير شرط عدم جواز الطلاق للزوج فى عقد النكاح. وأما إذا كان من قبيل الحقوق، أى القابله للإسقاط، فلا يكون فى شرط سقوطه مخالفه لها.

وأما الأمور الثلاثه التى ذكرها المصنف رحمه الله، من لزوم الدور من شرط سقوط الخيار أو كون شرط سقوطه مخالفاً لمقتضى العقد أو كون شرط سقوطه فى البيع إسقاطاً لما لا يجب، فلا مورد لشيء منها.

ص: ٣٥٥

١- (١) مرّ آنفاً .

الأول: أنّ الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً، لأنّ الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقّف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

الثاني: أنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: «البيعان بالخيار» فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد.

الثالث: ما استدللّ به بعض الشافعيّين على عدم جواز اشتراط السقوط: من أنّ إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب، لأنّ الخيار لا يحدث إلاّ بعد البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله. هذا، ولكن شيء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

الشرح:

أما لزوم الدور فقد يقال في تقريبه: إنّه يتوقّف نفوذ الشرط ولزومه على لزوم العقد، فإنّ الشرط في ضمن عقد جائز لا يزيد على أصل العقد في الجواز وإذا فرض توقف لزوم العقد أيضاً على لزوم الشرط كما في فرض شرط سقوط الخيار، لزم الدور.

والجواب: أنّ الشرط ينفذ فيما إذا كان العقد محكوماً باللزوم ولو بواسطة ذلك الشرط ولا يتوقف على لزومه مع قطع النظر عن الشرط، فإنّ الموجب لاشتراط لزوم العقد عدم إمكان لزوم الشرط مع عدم لزوم العقد وبقائه على جوازه، وإذا فرض خروج العقد عن الجواز بالاشتراط المزبور صحّ الشرط ولزم بلزوم العقد.

أضف إلى ذلك ما يأتي من عدم توقف لزوم الشرط على لزوم العقد، وصحة الشرط في العقود الجائزه.

وأما كون شرط سقوط الخيار منافياً لمقتضى البيع، فيأتي أن المراد من كون الشرط منافياً لمقتضى العقد عدم إمكان اجتماع ذلك الشرط مع تحقق العقد كما في قوله: «بعتك المال على أن لا يكون المبيع ملكاً لك»، ونحو ذلك.

أما الأول: فلأنَّ الخارج من عموم الشرط: الشروط الابتدائية، لأنها كالوعد، والواقعه فى ضمن العقود الجائزه بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز، لأنَّ الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به ممَّا لا يجتمعان، لأنَّ الشرط تابع وكالتقييد للعقد المشروط به. أمَّا إذا كان نفس مؤدَّى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاماً آخر مغايراً للالتزام أصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيك بين التابع والمتبوع فى اللزوم والجواز.

الشرح:

وأما الشرط الذى يمكن اجتماعه مع تحقق العقد بمدلوله فلا بأس به، فيما إذا لم يخالف الكتاب والسنة.

والوجه فى عدم البأس، أن ما يقتضيه العقد اذا كان لا بشرط لا يكون منافياً لمقتضاه اذا كان بشرط، بمعنى أن ما يترتب على العقد إذا كان من قبيل الحقوق يكون العقد موضوعاً لثبوته بشرط عدم اشتراط سقوطه، بأن يكون العقد مطلقاً كما لا يخفى.

وأما الثالث: وهو أنَّ إسقاط الخيار بشرط سقوطه فى العقد كإسقاطه قبل العقد إسقاط لما لا يجب، فالجواب أن إسقاط الشيء فيما كان أمراً اعتبارياً قبل تحقق موضوعه لا بأس به؛ لأن موضوعه مقيد بعدم الإسقاط، كما هو مقتضى كونه حقاً. وقد استفيد من صحيحه سليمان بن خالد جواز إسقاط الخيار فى فسخ النكاح قبل تحقق موضوعه، وهو صيروره الأمه المزوجه حره.

والحاصل: أنَّ مقتضى كون الخيار حقاً تقيّد موضوعه بعدم إسقاط ذلك الخيار.

نعم، الإسقاط قبل تحقق موضوعه كما هو ظاهر صحيحه سليمان بن خالد، يحتاج إلى دليل، ومع عدمه فالبطالان لعدم الدليل لا لعدم الإمكان.

وأما إسقاطه بشرط فى البيع كإسقاطه فيما بعد، فجوازه مقتضى كون الخيار حقاً

وأما الثاني، فلأنَّ الخيار حقٌّ للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خُلِّي ونفسه، فلا ينافي سقوطه بالشرط.

وبعبارة أخرى: المقتضى للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعه العقد من حيث هي حتَّى لا يوجد بدونه. وقوله: «البيعان بالخيار» وإن كان له ظهور في العلية التامة، إلا أنَّ المتبادر من إطلاقه صورته الخلوُّ عن شرط السقوط، مع أنَّ مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضياً، لا تمام العله ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً. نعم، يبقى الكلام في دفع توهم: أنه لو بُني على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة لم يبقَ شرط مخالف للكتاب والسنة، بل ولا لمقتضى العقد. ومحلّ ذلك وإن كان في باب الشروط، إلا أنَّ مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه: أنا حيث علمنا بالنص والإجماع أنَّ الخيار حقٌّ مالى قابل للإسقاط والإرث، لم يكن سقوطه منافياً للمشروع، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى، كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر.

وعن الثالث بما عرفت: من أنَّ المتبادر من النصِّ المثبت للخيار صورته الخلوُّ عن الاشتراط وإقدام المتبايعين على عدم الخيار، ففائده الشرط إبطال المقتضى لا إثبات المانع. ويمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث ومن سابقه بصحيحه مالك بن عطية المتقدمه.

الشرح:

وموضوعه البيع، فيعمّه: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، لتمام البيع والشرط معاً كما لا يخفى.

ص: ٣٥٨

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه [١]:

الشرح:

[١] ذكر قدس سره في هذا الاشتراط أنه على وجوه:

الأول: أن يشترط عدم الخيار في البيع، بأن يكون شرط عدمه بنحو شرط النتيجة مسقطاً، على ما تقدم من أن عدم الخيار يحصل بكل مسقط، وشرط عدمه أيضاً من مسقطاته كما هو مقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» (١)، وأن ذلك لا ينافي السنه الداله على أن: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» (٢)؛ لأن كون الخيار حقاً قرينه على أن الموضوع له البيعان مع عدم شرط السقوط.

الثاني: ان يشترط ترك الفسخ، ولا شبهه في جواز هذا الشرط وكونه من شرط الفعل، ولو خالف المشروط عليه فهل ينفذ فسخه وإن فعل محرماً بمخالفته الشرط أو لا ينفذ فسخه أيضاً؟.

اختار قدس سره عدم نفوذه؛ لأن شرط ترك الفسخ يوجب أن يكون تركه حقاً للمشروط له، ولذا يجبر عليه المشروط عليه ولو كان في تركه مجرد التكليف لما يجبر عليه إلا بنحو الأمر بالمعروف من كل أحد.

وعلى ذلك، فلا يكون المشروط عليه مستقلاً في اختياره الفسخ، بأن يكون سلطاناً على الفعل والترك لينفذ فسخه، نظير ما إذا نذر التصديق بمال ثم باع ذلك المال، فإنه قد ذكر غير واحد من الأصحاب بطلان البيع المزبور.

أقول: اشتراط ترك الفسخ لا يوجب حقاً للمشروط له إلا في الترك، بأن يطالبه من المشروط عليه ويجبره عليه، وأما الفسخ فلا حق له فيه، بل الفسخ مجرد تفويت لحق المشروط عليه فيكون محرماً، ولكن النهي عن معامله ومنها الفسخ لا يوجب فسادها.

ص: ٣٥٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.



## الشرح:

وبتعبير آخر: اشتراط ترك الفسخ على ذى الخيار لا ينافى بقاء الخيار؛ لأن الخيار التمكن على الفسخ الممضى شرعاً، وإذا لم يكن بينهما تناف فاللازم نفوذ الفسخ ولو مع كونه محرماً، بل لو لم يكن فسخه نافذاً فلا يتصور أن يطالبه المشروط له بترك الفسخ، وكيف يعقل إجباره عليه.

وذكر رحمه الله فى ذيل كلامه وجهاً آخر لبطان الفسخ، وهو أن وجوب الوفاء بالشرط نظير وجوب الوفاء بالعقد أمر بترتيب الآثار على الشرط، وإن كان الشرط عدم الفسخ فاللازم ترتيب آثاره حتى بعد إنشاء المشروط عليه الفسخ، ولو جاز للمشتري الإمساك بالمبيع مثلاً ولو بعد فسخ البائع المشروط عليه فينتزع منه بطان الفسخ.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإن الشرط بمعنى المشروط إذا كان فعلاً- أو تركاً فالوفاء به كالوفاء بالنذر عبارته عن الإتيان بذلك المشروط، أى الفعل أو الترك لا ترتيب الآثار، والمفروض فى المقام كون الشرط ترك الفسخ لا عدم الانفساخ وبقاء العقد.

وذكر النائينى رحمه الله (١) أن النهى عن الفسخ فى المقام يوجب فساد، فإن النهى عن معامله بمعناها المسببى موجب لفسادها، بخلاف النهى عنها بمعناها السببى أو التسببى، وذلك لأن مع مبعوضيه المسبب بأى سبب حصل، كما فى حصول ملكيه السلاح لأعداء الدين فى قتالهم المسلمين، كان حصوله بالبيع أو غيره، لا يمكن إمضاء ذلك المسبب. بخلاف ما إذا كان النهى عن معامله باعتبار مبعوضيه السبب أو التسبب فإنها لا تنافى إمضاء المسبب.

وفى المقام مبعوضيه الفسخ باعتبار المسبب، حيث إنها فى رجوع ما انتقل عن

الشرح:

ملكه إلى ملكه ثانياً.

وفيه: أن النهى والمبغوضيه فى المقام فى المعامله بمعناها السببى لا المسببى، فإن عود الملك إلى مالكة الأصلى بغير الفسخ أمر جائز تكليفاً ووضعاً، كما إذا اشترى البائع المبيع من المشتري ثانياً.

والحاصل: لا أرى وجهاً صحيحاً لبطلان الفسخ وعدم نفوذه.

نعم قد يقال كما عن المحقق الإيروانى قدس سره (1): بأن بيع المال بشرط أن لا يفسخ فى المجلس بناءً على نفوذ الفسخ لا يخلو عن الإشكال، فإن الشرط إنما يلزم الوفاء به إذا كان العقد ولو بالشرط المزبور لازماً، والمفروض أن البيع المزبور لا يكون لازماً حتى بالشرط المزبور، حيث إن الفسخ ولو يكون محرماً إلا أنه نافذ على الفرض.

والجواب: أن المراد بعدم لزوم الشرط مع جواز العقد أن يثبت وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً ولا يثبت وجوب الوفاء كذلك بالعقد ولو بعد ذلك الشرط.

وأما إذا ثبت وجوب الوفاء بالعقد أيضاً كما فى المقام، حيث إن وجوب ترك الفسخ مساوق لوجوب الوفاء بالعقد تكليفاً فلا بأس بالاشتراط المزبور، وكذا لا يكون صحه الشرط فيما إذا كان المشروط أمراً وضعياً منحصرًا بصورة لزوم العقد، بل يصح مع جوازه أيضاً، كما إذا أعار المال بشرط ضمان ذلك المال، فإن العاربه مع الضمان المزبور جائزه تكليفاً وصحیحتان وضعاً.

وأما دعوى أنه مع اشتراط ترك الفسخ يكون خطاب وجوب الوفاء بالشرط وارداً على دليل خيار المجلس؛ لأن الخيار هو التمكن على الفسخ الممضى ومع تحريم

ص: ٣٦١

## الشرح:

الفسخ لا يكون تمكن على الفسخ، فلا يمكن المساعدة عليها، فإنه إن أُريد من التمكن جواز الفسخ وتركه تكليفاً زائداً على نفوذه فليس في البين ما يدل على اعتباره في الخيار، وإن أُريد مجرد النفوذ فهو حاصل في المقام كما هو الفرض.

وأما مسأله بيع المال فيما إذا نذر التصديق به، فالأظهر فيها أن تعلق النذر لا يخرج المال عن الملك ولا يوجب تعلق حق به، وذلك فإن قول الناذر: لله على أن أتصدق بهذا المال، ليس إلا التعهد لله بالتصدق بالمال المزبور، نظير التعهد للغير في مورد شرط الفعل في بيع ونحوه، كما إذا باع المال من زيد على أن يخط له ثوباً.

ومن الظاهر أنه لا يكون في مورد شرط الخياطة تمليك للخياطة من زيد؛ ولذا لا يكون لزيد المطالبة بعوض تلك الخياطة، بل له على تقدير تخلف الشرط فسخ البيع.

ويشهد على عدم ظهور صيغه النذر في تمليك التصديق بالمال من الله سبحانه، نظير مورد تمليك الفعل من الغير في مورد الإجاره أنه لا يكون قوله: «جعلت خياطة ثوب زيد ملكاً لله سبحانه»، مرادفاً لقوله: «لله على أن أخط ثوب زيد»، بخلاف قوله: «تعهدت لله أن أخط ثوب زيد»، فإنه مرادف لصيغه النذر.

وعلى ذلك فلو خالف وترك الخياطة تحقق الحث، وكذا فيما إذا خالف في نذر التصديق وباع المال، ولكن يحكم بصحة البيع؛ لأن البيع ضد خاص للمأمور به والأمر بشيء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص، وعلى تقديره النهى عن معامله لا يقتضى فسادها.

ثم لو سلم صيروره التصديق بالمال ملكاً لله سبحانه بالنذر فهذا لا يوجب بطلان البيع، فإنه بعد كون المال ملكاً للناذر يكون بيعه إتلافاً لملك الله سبحانه فيكون محرماً.

وقد تقدم أن ما يذكر في شرائط البيع من كون المبيع ملكاً طلقاً ليس شرطاً

أحدها: أن يشترط عدم الخيار وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول: «بعت بشرط أن لا يثبت بيننا خيار المجلس» كما مثل به في الخلاف والمبسوط والغنيه والتذكرة، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ فيقول: بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس فيرجع إلى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط وفسخ فيحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ، لأنّ وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه وعدم سلطته على تركه، كما لو باع منذور التصديق به على ما ذهب إليه غير واحد فمخالفة الشرط وهو الفسخ غير نافذه في حقه. ويحتمل النفوذ، لعموم دليل الخيار، والالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم: من أنّ بيع منذور التصديق حث موجب للكفاره، لا فاسد. وحينئذ فلا فائده في هذا غير الإثم على مخالفته، إذ ما يترتب على مخالفه الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مترتب هنا. والاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، وهو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ، فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً، كما تقدّم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً لا يرفع وجوب الوفاء.

الثالث: أن يشترط إسقاط الخيار [١] ومقتضى ظاهره: وجوب الإسقاط بعد الشرح:

مستقلاً، بل هو أمر انتزاعي عن الموارد التي تعلق فيها النهي الظاهر في الفساد بالبيع، وليس في المقام نظير النهي المزبور.

[١] لو كان المراد اشتراط إسقاط الخيار من الابتداء فيكون الشرط المزبور بنفسه إسقاطاً له لا أمراً آخر في مقابل شرط سقوطه، وإن كان المراد اشتراط إسقاط الخيار بعد

## الشرح:

البيع يكون هذا من شرط الفعل.

وعليه فإن لم يسقط المشروط عليه خياره بل فسخ البيع يجرى في الفسخ المزبور ما تقدم من أن شرط إسقاط الخيار كما قيل  
يوجب تعلق حق للمشروط له بخيار ذى الخيار، فلا ينفذ فسخه. وأنّ وجوب العمل بالشرط ولو بعد الفسخ يوجب بطلان فسخ  
ذى الخيار، أو أن النهى عن خلاف العمل بالشرط وهو الفسخ يوجب بطلانه.

ولكن ذكرنا عدم تمام شيء من ذلك، وأن الفسخ وإن كان محرماً ولكنه نافذ؛ لأن النهى عن معاملة لا يوجب فسادها.

ولا يخفى أنه مع اشتراط عدم الفسخ أو إسقاط الخيار وتخلف المشروط عليه بالفسخ لا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط؛  
لعدم بقاء البيع مع نفوذ الفسخ ليكون للمشروط له خيار فيه.

نعم مع تخلف المشروط عليه في الفرض الثالث بعدم إسقاط خياره بعد البيع يقع الكلام في ثبوت الخيار للمشروط له.

وذكر المصنف رحمه الله أنه: إن قيل بعدم نفوذ فسخ المشروط عليه على تقدير فسخه، فلا يثبت للمشروط له خيار؛ لأن مع عدم  
نفوذ فسخ المشروط عليه لا يكون في البين تخلف الشرط، حيث إن عدم نفوذ فسخه مساوق لسقوط خياره. وإن قيل بنفوذ  
يثبت للمشروط الخيار؛ لأنه قد يكون للمشروط له غرض في إسقاط المشروط عليه خياره غير بقاء العقد وعدم فسخه كعدم  
انتقال خياره إلى وارثه على تقدير اتفاق موته، بأن يخرج عن حال التردد فعلاً.

وذكر بعض الأجله (دامت أيامه) أن شرط ترك الفسخ أو إسقاط الخيار لا يوجب

تعلق الوجوب بترك الفسخ أو إسقاط الخيار ليقضى وجوبهما النهى عن ضدهما العام أو الخاص، أى الفسخ.

وذلك فإن تعلق الوجوب بالوفاء بالشرط لا يسرى إلى عنوان آخر مما يتحد مع عنوان الوفاء بالشرط خارجاً، وترك الفسخ أو ترك الخيار متحد مع عنوان الوفاء بالشرط بحسب الخارج. وكذا وجوب الوفاء بالنذر، فإنه إذا نذر الإتيان بصلاه الظهر فى وقتها صح، ووجب الوفاء بالنذر، ولا يوجب ذلك تعلق الوجوب بنفس صلاه الظهر، فإن تعلق وجوب الوفاء بالنذر سرايته إلى عنوان آخر غير معقول. ولو كان ذلك العنوان متحداً مع العنوان الأول فى الخارج فإن الخارج ظرف لسقوط التكليف لا ظرف لثبوته.

ثم ذكر (طال بقاه) أن أوفوا بالشرط أو النذور لا يكون مشيراً إلى وجوب العناوين التى يتعلق بالإتيان بها الشرط أو النذر، فإن العنوان لا يكون مشيراً إلى عنوان آخر، بل ما ذكر من قبيل الجمع الإجمالى فى الخطاب فى مقام تعلق الحكم بذلك الجمع الإجمالى.

والحاصل: أن صلاه الظهر مثلاً لا يتعلق بها وجوب الوفاء بالنذر، بل الوجوب يتعلق بالوفاء بالنذر أو الشرط.

وكيف يتعلق الوجوب بصلاه الظهر مع أنه يوجب تعلق تكليفين وإرادتين بتلك الصلاه، والالتزام بالتأكد بالوجوبين أمر غير معقول، فإن التأكد فيما إذا كان الأمر الثانى بالفعل وبملاك الأمر الأول به.

مع أنه لو سلم كون وجوب الوفاء بالشرط إيجاباً لترك الفسخ، فلا نسلم أن إيجاب شىء نهى عن ضده العام أو الخاص؛ لأن النهى عن الشىء يتوقف على المفسده

## الشرح:

فى متعلّقه، ولىس فى الضد العام أو الخاص مفسده وإلا لكان فى البىن تكلىفان، فىستحق المكلف عقابىن؛ أحدهما على مخالفه الأمر، والثانى على مخالفه النهى. والنهى عن الشىء باعتبار المصلحه الموجوده فى الآخر إرشاد إلى موافقه ذلك الأمر المتعلّق بذلك الآخر، أو تأكيد لأمره، فلا يكون فى البىن نهى تكلىفى عن فعل الفسخ لىقال: إن النهى عن معامله لا يوجب فسادها.

أقول: ما ذكر من أن الأمر بشىء لا- يقتضى النهى عن ضده العام أو الخاص صحىح، كما بىناه فى بحث الأصول، وأن تعلق الوجوب بعنوان لا يسرى إلى عنوان آخر فهو أيضاً صحىح، ولكن هذا فىما إذا كان كل من العنوانىن تقييداً، كما إذا كان أحد العنوانىن منطبقاً على تحقق وينطبق العنوان الآخر على تحقق آخر، ويكون المجمع فى هذه الموارد من قبيل الانضمامىن، على ما تقرر فى بحث جواز الاجتماع من بحث الأصول. وكذا فىما إذا كان أحد العنوانىن تقييداً والآخر انتزاعياً، ويكون منشأ انتزاعه غير ما انطبق عليه العنوان التقييدى، أو كان كل منهما عنواناً انتزاعياً، ولكن منشأ انتزاع أحدهما غير الفعل الذى ينتزع عنه العنوان الآخر، فإن العنوانىن فى جميع ذلك يكون تقييدىن. بخلاف ما إذا كان كل منهما انتزاعياً ويكون منشأ انتزاعهما فعل واحد خارجاً أو كان أحدهما تقييداً وينتزع العنوان الآخر عن ذلك الفعل، فإن العنوانىن فى ذلك وإن يكونان فى عالم المفهوم متعدداً إلا أنهما بحسب الخارج متحدان؛ ولذا يكون التركىب بينهما فى الخارج اتحادياً ويمتنع فىهما اجتماع الأمر والنهى، حيث إن الطلب يتعلق بما فىه الملاك والصلاح والفساد وهو الخارج لا المفهوم.

لا- يقال: التحقق الخارجى، أى ما هو بالحمل الشائع، فعل مسقط للطلب وكيف يتعلّق به الطلب، سواء كان الطلب من قبيل الأمر أو النهى.

## اعتبار ذكر شرط سقوط الخيار في العقد

العقد، فلو أُخِلَّ به وفسخ العقد ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان والأقوى عدم التأثير. وهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم إسقاط المشترط الخيار بعد العقد وإن لم يفسخ؟ وجهان: من عدم حصول الشرط ومن أن المقصود منه إبقاء العقد فلا يحصل التخلف إلاّ- إذا فسخ، والأولى بناءً على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد ويكون بقاء المشترط على سلطنه الفسخ مخالفاً لمصلحه المشروط له. وقد يموت ذو الخيار وينتقل إلى وارثه.

بقي الكلام في أنّ المشهور: أنّ تأثير الشرط [١] إنّما هو مع ذكره في متن الشرح:

فإنه يقال: الحكم طلباً كان أو غيره، لا يكون بالإضافة إلى متعلقه عَرَضاً له ليلزم في تحقق الطلب فعلية ذلك المتعلق، بل الحكم من فعل الحاكم وعرض له ويكون الوجود الخارجي بعنوانه طرفاً، لإضافته، حيث إنّ المولى يضيف طلبه إلى ذلك المتأخر بصورته فيكون تلك الصورة مرآة إلى ذلك المتأخر، على ما أوضحنا في بحث اجتماع الأمر والنهي من بحث الأصول، وعليه فيحصل التأكد بطرو العنوان الثاني على الفعل لا محاله.

[١] وحاصله: أن نفوذ شرط سقوط الخيار بأحد أبعائه الثلاثة كسائر الشروط فيما إذا ذكر في متن العقد، ولو ذكر سقوطه قبل العقد مع خلوّ إيجاب العقد وقبوله عن ذكره فلا يكون للمذكور قبل البيع حكم، بل يثبت خيار المجلس، فإن ذكره قبل العقد لا يكون شرطاً ليعمّه قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» (١)، فإن الشرط كما عن القاموس هو: الإلزام أو الالتزام في بيع ونحوه (٢).

ص: ٣٦٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

٢- (٢) القاموس: ماده «الشرط».



العقد، فلو ذكره قبله لم يفسد، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به. وصدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت، لأن المتبادر عرفاً هو الإلزام والالتزام المرتبط بمطلب آخر، وقد تقدّم عن القاموس: أنه الإلزام والالتزام في البيع ونحوه. وعن الشيخ والقاضي تأثير الشرط المتقدّم. قال في محكي الخلاف: لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صحّ الشرط ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول. ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي، ثم قال: دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط والأصل جوازه وعموم الأخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع، انتهى. ونحوه المحكي عن جواهر القاضى. وقال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك: وعندى في ذلك نظر، فإنّ الشرط إنّما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد وتبايعاً على ذلك الشرط صحّ ما شرطاه، انتهى.

الشرح:

ولكن عن الشيخ (١) والقاضي (٢) ترتّب الأثر على شرط سقوط الخيار فيما إذا ذكر قبل العقد؛ لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم»، خلافاً لبعض الشافعية، حيث إنهم لا يرون لشرط سقوطه قبل البيع حكم.

وأورد في «المختلف» (٣) أنه إنّما يعتبر الشرط فيما إذا ذكر في متن العقد. نعم إذا ذكره قبل العقد ثم تبايعاً عليه فيثبت له حكم الشرط أيضاً.

وذكر المصنف رحمه الله في المناقشه في الإيراد المزبور، أنه إن كان المراد من ذكر الشرط قبل العقد ثم البيع مع البناء على ذلك المذكور الإشارة في البيع إلى المذكور قبله، فيدخل هذا في ذكر الشرط في متن العقد.

ص: ٣٦٨

١- (١) الخلاف ٣: ٢١، المسألة ٢٨ من كتاب البيوع .

٢- (٢) جواهر الفقه: ٥٤، المسألة ١٩٥ .

٣- (٣) المختلف ٥: ٦٣ .

أقول: التبایع علی ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه فی العقد بأن یقول مثلاً: «بعت علی ما ذکر» فهو من المذكور فی متن العقد، وإن كان بالقصد إليه والبناء علیه عند الإنشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشيخ.

نعم، یحتمل أن یرید الصورة الأولى، وهذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط. ویؤیده أيضاً، بل یعینه: أن بعض أصحاب الشافعی إنما یخالف فی صحّه هذا الاشتراط فی متن العقد، وقد صرح فی التذکره بذكر خلاف بعض الشافعیه فی اشتراط عدم الخيار فی متن العقد، واستدلّ عنهم بأنّ الخيار بعد تمام العقد، فلا یصحّ إسقاطه قبل تمامه.

والحاصل: أنّ ملاحظه عنوان المسأله فی الخلاف والتذکره واستدلال الشيخ علی الجواز واستدلال بعض الشافعیه علی المنع یکاد یوجب القطع بعدم إرادته الشيخ صورته ترك الشرط فی متن العقد.

الشرح:

وإن كان مجرد قصد ذلك المذكور قبل العقد من غیر ذكر شیء فی البیع. فهذا مراد الشيخ والقاضی أيضاً فلا یكون ما ذكره فی «المختلف» مغایراً لما ذكره الشيخ والقاضی.

ثم قال: والصحیح أنه لا یفید فی سقوط الخيار ذكره قبل البیع، ثم البیع مع قصده؛ لأن المذكور قبل العقد لا یردق علیه الشرط؛ لما تقدم من أنه إلزام أو التزام فی البیع، بل هو إما وعد بالالتزام أو الالتزام تبرّعی، أي ابتدائی.

لا یقال: کیف لا یكفی القصد مع ذكره قبل البیع، وقد تقدم سابقاً أنه لو عین کل من المثلن والثلن خارجاً ثم قال البائع: «بعت» والمشری: «قبلت» لتّم ولا یحتاج إلى إعادته ذكر العوضین.

فإنه یقال: القصد والتهیه یكفی فی متعلقات البیع، حیث إنه لا یكون بیع بدون

وكيف كان، فالأقوى أنّ الشرط الغير المذكور فى متن العقد غير مؤثر، لأنّه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق، لأنّ المتحقّق فى السابق إمّا وعد بالتزام، أو التزام تبرّعى لا يجب الوفاء به، والعقد اللاحق وإن وقع مبتئاً عليه لا يلزمه، لأنّ الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا بجعل المتكلم، وإلاّ فهو بنفسه ليس من متعلّقات الكلام العقدى مثل العوضين وقبوضيهما حتّى يقدر منويّاً، فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينه، فإنّ من باع داره فى حال بنائه فى الواقع على عدم الخيار له لم يحصل له فى ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار ولم يُقَيّد إنشاءه بشىء. بخلاف قوله: «بعتك على أن لا خيار لى» الذى مؤداه بعتك ملتزماً على نفسى وبانياً على أن لا خيار لى، فإنّ إنشاءه للبيع قد اعتبر مقيداً بإنشائه التزام عدم الخيار.

الشرح:

المثمن والتمن، وأما غير متعلّقات البيع مما هو خارج عن حقيقته كالشرط، فلا يكون له حكم إلاّ بذكره فى البيع ونحوه؛ ليعمّه قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>. ولعل الشيخ والقاضى لا يخالفان ذلك، فإنه يحتمل أن يكون ما ذكره فى مقابل بعض الشافعية<sup>(٢)</sup>، حيث منعوا عن شرط سقوط الخيار فى ضمن عقد البيع بدعوى أن الخيار يثبت بعد تمام البيع فلا يجوز شرطه قبل تمام إيجاب البيع وقبوله، فمرادهم من ذكره قبل العقد ذكره قبل تمام العقد بأن يذكر فى الإيجاب والقبول.

ثم إنه ربما يذكر فى المقام أنّه كيف يصحّ اشتراط أوصاف المبيع كالسلامه، وكذا اشتراط القبض والإقباض ويثبت بتخلّفهما خيار الفسخ، مع أن شيئاً منهما لم يذكر فى عقد البيع؟

ص: ٣٧٠

١- (١) مرّ آنفاً.

٢- (٢) المجموع ٩: ١٧٨ ١٧٩، والوجيز ١: ١٣٩.

فحاصل الشرط: إلزامٌ في التزامٍ مع اعتبار تقييد الثاني بالأول، وتمام الكلام في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

الشرح:

وأجاب النائني رحمه الله عن ذلك، بأن الشروط الارتكازية العرفية لا تقاس بغيرها، فإن إنشاء البيع في مورد الشرط الارتكازي دالٌّ على ذلك الاشتراط بالدلالة الالتزامية وكأنه مذكور في البيع، بخلاف الشرط الذي لا يكون من هذا القبيل، فإن إنشاء البيع لا يكون دالاً على ذلك الالتزام.

والحاصل: إنما يحتاج إلى ذكر الشرط ولو بنحو الإشارة فيما إذا لم يكن البيع دالاً عليه بالدلالة الالتزامية؛ لأن مع عدم دلالة عليه لا يكون المذكور قبله إلا التزاماً تبرعياً أو وعداً به.

أقول: قد ذكرنا في مباحث البيع عدم صدق البيع أو غيره من عناوين المعاملات على مجرد الالتزام بكون الشيء ملكاً للغير بعوض من دون إنشاء، ولكن تعلق الالتزام الإنشائي بكل من العين والعوض لا يحتاج إلا إلى العلم بالعوضين حال البيع، ذكرنا في عقد البيع أم لا؛ لأن تعلق التمليك بالعوضين ليس أمراً إنشائياً والأمر الإنشائي هو نفس التمليك.

وأما الشرط في المعاملات فيما إذا كان ارتكازياً فلا يحتاج إلى الذكر، حيث إن إنشاء تلك المعاملة وإطلاقها كافيه في الدلالة على كونها مشروطة بالشرط المزبور، بخلاف ما إذا لم يكن ارتكازياً فإنه يحتاج إلى الذكر ليفهم أن المعاملة مبيته عليه. ولكن لا- يعتبر ذكر ذلك في متن عقد البيع، بل لو ذكرنا هذا الالتزام قبل البيع وبينوا على أن البيع المنشأ بعد ذلك مبني على الالتزام المزبور كفي، كما لو قال: «لو بعثك المال فعليك خياطه ثوبي هذا»، ورضى بذلك الطرف الآخر، ثم قال البائع: «بعث المال متصلاً أو منفصلاً»، وقال الآخر: «قبلت».

ص: ٣٧١

## إذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه

فرع: ذكر العلامة في التذكرة مورداً [١] لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال: «لله عليّ أن أعتقك إذا بعته» قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصحّ البيع لصحّحه النذر، فيجب الوفاء به ولا يتم برفع الخيار. وعلى قول بعض علمائنا من صحّحه البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط ويصحّ البيع ويعتق، انتهى.

الشرح:

وأما إذا لم يذكر هذا الارتباط قبل البيع بل اعتقد صاحب المبيع أن الطرف الآخر بعد المعاملة على ما كان يلتزم به قبل البيع، فهذا لا يكون شرطاً، بل يكون ذلك من تخلف الداعي.

[١] ذكر العلامة في التذكرة (١) أنه لا يجوز شرط سقوط خيار المجلس ولا سائر الخيارات في البيع فيما إذا نذر المولى عتق عبده إذا باعه فإن شرط سقوط الخيار مناف للوفاء بالنذر حيث لا يتم الوفاء به برفع الخيار أى باشتراط سقوطه، وإذا خالف واشتراط سقوطه فيحكم ببطلان البيع المزبور وعلى قول آخر من عدم سرايه بطلان الشرط إلى نفس المعاملة يحكم بصحّحه البيع وكونه خيارياً.

وذكر المصنّف رحمه الله أنّ تعلق النذر بعق العبد كاشتراط عدم فسخ البيع يوجب بطلان التصرف المنافي للنذر أو الشرط.

أقول: لا وجه لتقييد النذر بما إذا تعلق بعق العبد إذا باعه بل لو نذر عتقه يكون الأمر كما ذكر فإن التصرف المنافي للنذر هو اشتراط سقوط الخيار لا نفس بيع العبد، وقد تقدّم ان النذر أو الشرط لا يوجب بطلان التصرف المنافي حيث إنّ النهي عن المعاملة لا يوجب فسادها فضلاً عما إذا لم يتعلّق به النهي وإنّما يكون منافياً للإتيان بالواجب فتدبر.

ص: ٣٧٢

أقول: هذا مبني على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له. وقد مر أن الأقوى في الشرط أيضاً كونه كذلك.

مسألة: ومن المسقطات: إسقاط هذا الخيار بعد العقد، بل هذا هو المسقط الحقيقي [١]. ولا خلاف ظاهراً في سقوطه بالإسقاط، ويدل عليه بعد الإجماع فحوى ما سيجيء من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللاً بأنه رضاً بالبيع، مضافاً إلى القاعده المسلمه، من أن لكل ذي حق إسقاط حقه، ولعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم، فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال،

الشرح:

[١] والوجه في ذلك أنه مع شرط سقوط الخيار أو الافتراق ينتفى الخيار بانتفاء موضوعه، ويشهد لسقوط الخيار بالإسقاط فحوى ما دل على سقوطه بالتصرف الدال على التزام المتصرف ببقاء البيع فإنه إذا كان الفعل الدال على الإسقاط مسقطاً بإنشاء إسقاطه باللفظ أولى بالإسقاط.

مع أن الإسقاط مقتضى القاعده المسلمه عندهم بأن لكل ذي حق إسقاط حقه، واستفيدت هذه القاعده من فحوى ما دل على سلطنه الناس على أموالهم (١) فإنه إذا كان الإنسان سلطاناً على التصرف في ماله، يكون سلطاناً على التصرف في حقه الذي دون المال، وسلطنه التصرف في الحق فيما إذا لم يكن قابلاً للنقل، يعم الإسقاط بل يمكن الاستدلال على جواز الإسقاط بما دل على نفوذ الشرط لو قيل بان الشرط يعم الالتزام الابتدائي حيث إن الإسقاط التزام بعدم الخيار ابتداءً أي من غير أن يكون في ضمن المعامله.

ص: ٣٧٣

١- (١) والحديث هو: «الناس مسلطون على أموالهم»، عوالمى اللآلى ١: ٢٢٢، والحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

## لو قال أحدهما: اختر، فاختار الآخر الفسخ انفسخ

ولا- معنى لتسلّطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابله للنقل، إلا نفوذ تصرّفهم فيها بما يشمل الإسقاط. ويمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي. ثم إنّ الظاهر سقوط الخيار بكلّ لفظ يدل عليه بإحدى الدلالات العرفيه، للفحوى المتقدّمه، وفحوى ما دل على كفايه بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولي، وصدق «الإسقاط» النافذ بمقتضى ما تقدّم من التسلّط على إسقاط الحقوق، وعلى هذا فلو قال أحدهما: «أسقطت الخيار من الطرفين» فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضاً، لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطاً أيضاً.

مسأله: لو قال أحدهما لصاحبه: «اختر» [١] فإن اختار المأمور الفسخ، الشرح:

أقول: لعلّ تقييد الحق بما إذا لم يقبل النقل، للاحتراز عن مثل حَقّي التحجير والسبق، حيث يمكن القول بعدم سقوطهما بمجرد الإسقاط، حيث يكون بقاء التحجير والسبق بعد الإسقاط موجِباً للحق وأنّ الحق في مثل ذلك نحو أولويه، بالإضافة إلى العين لا يسقط إلا- بالنقل أو رفع التحجير وترك السبق، بخلاف ما إذا لم يكن قابلاً للنقل، فان الفرق بين ذلك الحق والحكم، جواز اسقاط الأول دون الثاني.

وعلى ذلك فالعمده إثبات كون الخيار حقاً لا حكماً كما يدل عليه ما ورد في كون التصرف مسقطاً معللاً بانه التزام ببقاء البيع.

وأما كون الحق قابلاً للإسقاط كما يستظهر من فحوى حديث (١) سلطنه الناس على أموالهم، أو دلاله ما ورد في وجوب الوفاء بالشرط فغير مهمّ.

[١] لو كان لكل من المتبايعين خيارٌ لما في مورد خيار المجلس وقال أحدهما للآخر: «إختر»، فان اختار الآخر الفسخ ينفسخ فان ذلك مقتضى ثبوت الخيار لذلك الآخر.

ص: ٣٧٤

١- (١) مرّ آنفاً .

فلا- إشكال في انفساخ العقد. وإن اختار الإمضاء، ففي سقوط خيار الأمر أيضاً مطلقاً كما عن ظاهر الأكثر، بل عن الخلاف الإجماع عليه أو بشرط إرادته تملك الخيار لصاحبه، وإلا فهو باق مطلقاً كما هو ظاهر التذكرة أو مع قيد إرادته الاستكشاف دون التفويض، ويكون حكم التفويض كالتملك، أقوال. ولو سكت، فخيار الساكت باق إجماعاً، ووجهه واضح. وأمّا خيار الأمر، ففي بقائه مطلقاً، أو بشرط عدم إرادته تملك الخيار كما هو ظاهر التذكرة، أو سقوط خياره مطلقاً كما عن الشيخ أقوال. والأولى أن يقال: إنَّ كلمة «اختر» بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ والإمضاء، وليس فيه دلالة على ما ذكره: من تملك الخيار أو تفويض الأمر أو استكشاف الحال. نعم، الظاهر عرفاً من حال الأمر أن دأبه استكشاف حال المخاطب، وكأنه في العرف السابق كان ظاهراً في تملك المخاطب أمر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق، فإن تم دلالة حينئذٍ على إسقاط الأمر خياره بذلك، وإلا- فلا- مزيل لخياره. وعليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس: «أنهما بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر». ثم إنه لا إشكال في أن إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر. ومنه يظهر: أنه لو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد، الشرح:

وأما إذا اختار إمضاء العقد وإقراره فهل يسقط خيار الأمر أيضاً، بحيث يكون البيع لازماً من الطرفين أو أنه لا يسقط خيار الأمر إلا مع إرادته بقوله: «اختر» نقل خياره إلى صاحبه المُعَبَّر عن ذلك بتمليك الخيار ومع عدم إرادته التملك يبقى خياره مطلقاً أو فيما كان الغرض من قوله: «اختر» استكشاف حال صاحبه من أنه يريد فسخ البيع أو إبقاءه.

وأما إذا كان الغرض تفويض أمر البيع إليه فيسقط خياره بالأمر بالاختيار.



لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد إجازته أحدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما. وهذا ليس تعارضاً بين الإجازة والفسخ وترجيحاً له عليها. نعم، لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدّد (كالأصيل والوكيل) فأجاز أحدهما وفسخ الآخر دفعه واحده، أو تصرّف ذو الخيار في العوضين دفعه واحده (كما لو باع عبداً بجاريه، ثم أعتقهما جميعاً، حيث إنّ إعتاق العبد فسخ، وإعتاق الجاريه إجازة) أو اختلف الورثه في الفسخ والإجازة تحقّق التعارض. وظاهر العلامه في جميع هذه الصور تقديم الفسخ ولم يظهر له وجه تام، وسيجيء الإشارة إلى ذلك في موضعه.

الشرح:

أقول: أما مسأله تملك خياره للآخر فلا دليل على نفوذ التمليك فانه لم يثبت أن الخيار يقبل النقل الاختياري.

وما عن النائني رحمه الله (1) من أن الخيار إنما لا يقبل النقل إلى الأجنبي، وأما نقله إلى صاحبه في البيع فلا بأس به ضعيف، فإنّ عدم النقل باعتبار عدم الدليل على نفوذ النقل، وهذا مشترك بين الطرف الآخر والأجنبي.

وأما التفويض فإن كان المراد توكيل الآخر في الاقرار والفسخ، فلا ينبغي الريب في أن مع اختيار صاحبه الفسخ أو الإمضاء لا يبقى خيار للآخر حيث إنه استعمل خياره بوكيله في الفسخ أو الإمضاء.

وإن كان المراد بالتفويض أمرٌ آخر غير التوكيل وغير إسقاط الخيار ليكون الآخر مستقلاً في فسخ البيع وإمضائه فلم يتضح لنا ذلك الأمر.

ص: ٣٧٤

## الشرح:

والإنصاف أنه لا دلالة لقوله «إختر» على التوكيل أو الاستكشاف، فلا بد في تعيين أحدهما من قرينه.

ويستفاد مما ورد(١) في قول الزوج لزوجته: «اختارى» أن قول الزوج فيما إذا اختارت نفسها بأن يفترق عن زوجها يكون طلاقاً، وقد أنكر ذلك في بعض الأخبار الأخر(٢)، وأنه لا يتم الفراق إلا بالطلاق ولو بالتوكيل.

وورد في المقام أيضاً سقوط خيار المجلس بقوله لصاحبه: «إختر»، وفي النبوي المروي في المستدرک من: «أنهما بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه إختر»(٣)، وكان قوله لصاحبه: «إختر» مسقط لخيار الأمر.

وعلى كل فمع ضعف سند النبوي وعدم إحراز ظهور الأمر بالاختيار في إسقاط الخيار أو التوكيل يكون المرجح التمسك بما دلّ على ثبوت الخيار لكل من الباع والمشتري إلى حصول الافتراق، بعد إحراز عدم الإسقاط ولو بالأصل.

ثم إنه إذا كان لكل من المتبايعين خيار الفسخ واختلفا في الفسخ والإمضاء ففسخ أحدهما وأمضاه الآخر يفسخ البيع: سواء كان فسخ أحدهما قبل إمضاء الآخر أو كان بعده، لأنّ إمضاء أحدهما لا يوجب سقوط خيار صاحبه، ولا يكون ذلك من باب تعارض الفسخ والإمضاء.

وإنما يقع التعارض بينهما في موردين:

ص: ٣٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢: ٩٢ و ٩٣ و ٩٤، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ١ و ٦١ و ١٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٢: ٩٤ و ٩٥ و ٩٧، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ١٢٧ و ١٤ و ١٧ .

٣- (٣) مستدرک الوسائل ١٣: ٢٩٩، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

مسأله: من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين، ولا اشكال في سقوط الخيار به [١] ولا- في عدم اعتبار ظهوره في رضاهما بالبيع، وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك، مثل قوله عليه السلام: «إذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا». ومعنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد: افتراقهما بالنسبة إلى الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافي ولو بمسما ارتفع الخيار، فلا يعتبر الخطوه، ولذا حكى عن جماعه التعبير بأدنى الانتقال.

الشرح:

أحدهما: ما إذا ثبت الخيار للمتعدد من طرف واحد أو لكل من الطرفين، كما إذا قلنا بثبوت خيار المجلس للموكل ووكيله فاختلفا في الفسخ والإمضاء.

وثانيهما: ما إذا صدر عن ذى الخيار أمران يقتضى أحدهما إقرار العقد والآخر فسخه كما إذا باع العبد بجاريه، ثم أعتقهما فإن العتق بالإضافه إلى بيع العبد فسخ وبالإضافه إلى الجاريه اقرار له فيقع التعارض.

وقيل: (١) أنه في مورد التعارض يقدم الفسخ فيما إذا وقعا دفعه ويؤخذ بمقتضى السابق مع وقوعهما تدريجاً، ولكن في كلا الأمرين تأمّل بل منع؛ لأنّ الثابت للمتعدد في فرض التعارض خيار واحد، ومقتضاه إتفاق المتعدد على الفسخ أو الإمضاء أو رعايه السابق في بعض الموارد، وإلا فمع الاختلاف يبقى البيع على حاله.

وإذا أعتق العبد والجاريه لا يبعد الحكم بانعتاق الجاريه دون العبد؛ لأنّ عتق العبد يتوقف على إرجاعه إلى ملكه بقصد فسخ العقد ولم يحصل هذا القصد كما هو مقتضى عتق الجاريه فتدبر جيّداً.

[١] ذكروا (٢) من مسقطات خيار المجلس افتراق المتعاقدين، وعدّه مسقطاً

ص: ٣٧٨

١- (١) أنظر التذكرة ١: ٥١٨.

٢- (٢) أنظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٢ ٥٤٣.

والظاهر: أن ذكره في بعض العبارات لبيان أقل الأفراد، خصوصاً مثل قول الشيخ في الخلاف: «أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوه»، مبنى على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق، فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما. ويظهر من بعض، اعتبار الخطوه، اغتراراً بتمثيل كثير من الأصحاب. وعن صريح آخر: التأمل في كفايه الخطوه، لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها، فيستصحب الخيار. ويؤيده قوله عليه السلام في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطىً ليجب البيع حين افترقنا»، وفيه: منع الانصراف ودلاله الروايه. ثم اعلم أن الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركه أحدهما وبقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركه من الطرفين في صدق افتراقهما، فالحركه من أحدهما لا يسمّى افتراقاً حتى يحصل عدم المصاحبه من الآخر، فذات الافتراق الخارجى من المتحرّك، واتّصافها بكونها افتراقاً من الساكن. ولو تحرّك كلّ منهما كان حركه كل منهما افتراقاً بملاحظه عدم مصاحبه الآخر.

الشرح:

لا يخلو عن مسامحه لأنّ الموضوع لخيار المتبايعين ما دام مجتمعين وبالافتراق ينتهى الاجتماع على ما تقدّم.

هذا بناءً على ما هو المتسالم عليه عندهم كما صرح بذلك بعضهم من انتهاء الخيار بنفس الافتراق، كما هو ظاهر غير واحدٍ من الروايات أيضاً فإنه قد ورد(1) فيها أنّ المتبايعين بالخيار حتى يفترقا.

لا يقال: الافتراق الظاهر في الرضا ببقاء البيع هو المسقط كما يشهد عليه صحيحه الفضيل عن أبي عبدالله في حديث قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان قال:

ص: ٣٧٩

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢.

## الشرح:

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا منهما»<sup>(١)</sup>.

ولذا ذكر المصنف رحمه الله ظهور الصحيحه في كون الافتراق الظاهر في الرضا ببقاء البيع مسقطاً ولكن قد أغمض عن هذا الظهور بالالتزام بكون نفس الافتراق مسقطاً، ولعلّ الموجب للالتزام بذلك التسالم على الحكم.

فأنه يقال: ظاهر الصحيحه كون الرضا بالبيع، أى الرضا المعاملى الحاصل من حين البيع المكشوف بقاءه بترك الفسخ إلى حين الافتراق وأنّ الافتراق مع هذا الرضا غاية للخيار، فلا يكون فيه احتراز إلا عن صورته الفسخ قبل الافتراق لا أنه يعتبر أن يكون في الافتراق ظهور في التزامه ببقاء البيع وعدم رفع يده عنه ليكون الافتراق مسقطاً فعلياً في مقابل المسقط القولى.

كيف والخيار ملك فسخ العقد، وثبوتة لا ينافى الرضا ببقاء البيع، ولذا يصح أن يصرح قبل الافتراق أنه راض فعلاً ببقاء البيع مع بقاء حقه في الفسخ لو بدا ذلك والتفت إلى عدم صلاحه.

وبتعبير آخر: الرضا ببقاء البيع عند الافتراق لا يكون مسقطاً بإسقاط ذى الحق، بل المسقط إظهار الرضا بحيث يرفع يده عن حقه فلا بد من الالتزام بأن الافتراق مع الرضا المعاملى ببقاء البيع كما ذكر غايه للخيار.

وأما احتمال كون المراد بالرضا في الصحيحه، الرضا بالافتراق زائداً على رضاهما بالبيع بأن لا يكون عبره بالافتراق فيما إذا حصل بغير رضاهما مع عدم ظهور

ص: ٣٨٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

الشرح:

الصحيحه فى ذلك خلاف ظاهر صحيحه (١) الحلبى وغيرها (٢) مما يكون ظاهرا فى سقوط خيارهما بالافتراق ولو لم يكن صاحبه راضياً بذلك الافتراق.

وحمله على صورته رضا صاحبه بالافتراق ليس أولى من حمل الصحيحه على رضاها بالبيع بالمعنى المتقدم مع ما عرفت من أنه ليس من قبيل الحمل بل الأخذ بالظهور.

وقد ظهر مما ذكرنا من أن الافتراق ليس بمسقط بل ينتهى معه موضوع الخيار أنه لا دلالة فى الصحيحه على ما تقدم من كون الخيار حقاً قابلاً للاسقاط.

ثم إن المراد بالافتراق ليس تفرق المتعاقدين عن مجلس كانا فيه حال البيع، لأنه يمكن حصول البيع حال مشيهما أو ركوبهما، ولذا ذكر المصنف رحمه الله أن المراد به زوال تلك الهيئه الاجتماعيه التى كانت حال البيع ولا عبره بالجلوس فى مكان واحد أو كونهما فيه ويحصل هذا الزوال بأدنى انتقال يزول معه تلك الهيئه كما إذا كان البائع والمشتري فى سفينتين متلاصقتين فإنه إذا تحرك رأس السفينه عن الأخرى حصل الافتراق، ولا يعتبر فى تحققه المشى من أحدهما ولو خطوه، وإن ذكر الخطوه فى بعض الكلمات ولكنه تمثيل وبيان لبعض أفراد الافتراق ولو لم يكن المشى ولو خطوه كما فى مثال السفينتين كفى فى سقوط الخيار.

وناقش بعضهم (٣) فى كفايه الخطوه بدعوى انصراف الافتراق إلى غيره ومقتضى الاستصحاب بقاء الخيار إلى حين إحراز حصوله، ويؤيد عدم الكفايه

ص: ٣٨١

١- (١) المصدر: الحديث ٤ .

٢- (٢) أنظر المصدر: الباب ١ من أبواب الخيار .

٣- (٣) وهو السيد الطباطبائى فى رياض المسائل ٨: ١٨٠، وعنه فى الجواهر ٢٣: ١٣ .

## الشرح:

قوله عليه السلام في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ثم رجعت فأردت أن يجب البيع» (١) و«بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا» (٢) فإنه لو كان المشى خطوه مسقطاً للخيار لاكتفى عليه السلام بذكرها لا بذكر الخطى.

أقول: الظاهر من الافتراق بقريته ثبوت الخيار مع عدم اعتبار المجلس حال البيع زوال المصاحبه التي كانت حال البيع وزوال المصاحبه لا يكون بالخطوه أو بتحريك رأس السفينه عرفاً بل بحيث لا يكون معه المكالمه المتعارفه.

نعم لو شكك في مورد في صدق الافتراق بحيث تكون الشبهه مفهوميّه لكان المورد من موارد التمسك بالعموم أي «أوفوا بالعقود» (٣) لا استصحاب بقاء الخيار خصوصاً مع ما ذكرنا من عدم اعتبار الاستصحاب في الشبهات الحكيمه.

وذكر قدس سره أن الافتراق كما ذكر عبارته عن زوال الهيئه الاجتماعيه أو المصاحبيه الحاصله للمتبايعين حال البيع وزوالها لا يتوقف على الحركة من كل منهما إلى جهة غير جهة الحركة الآخر، بل يحصل بحركة أحدهما والسكون من الآخر.

وبتعبير آخر: تحقق ذات الافتراق تكون من أحدهما، واتصافها بالافتراق بترك الآخر المصاحبه ولو تحرك كل منهما إلى جهة غير جهة الآخر يكون كل من الحركتين افتراقاً بملاحظه عدم مصاحبه الآخر معه.

ويشهد لحصول الافتراق بحركة أحدهما كما ذكر ما ورد في الروايات الحاكيه

ص: ٣٨٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٨، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٢- (٢) المصدر: الحديث ٣ .

٣- (٣) سورة المائده: الآيه ١ .

## لا اعتبار بالافتراق عن إكراه

وكيف كان، فلا يعتبر في الافتراق المسقط حركه كل منهما إلى غير جانب الآخر، كما تدلّ عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام عليه السلام أرضاً وأنه عليه السلام قال: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطىّ ليجب البيع حين افترقنا»، فأثبت افتراق الطرفين بمشيّه عليه السلام فقط.

مسأله: المعروف أنّه لا- اعتبار بالافتراق عن إكراه [١] إذا منع من التخايير أيضاً، سواء بلغ حدّ سلب الاختيار أم لا، لأصالة بقاء الخيار بعد تبادل الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار، مضافاً إلى حديث «رُفِعَ ما استكرهوا عليه»، وقد تقدّم في مسأله اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعى المحمول على المكلف، فلا يختصّ برفع التكليف.

الشرح:

لشرائه عليه السلام قال «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطاً ثم رجعت فأردت أن يجب البيع» (١) و«بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خُطاً ثم رجعت إلى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا» (٢)، فأثبت عليه السلام افتراقهما بمشيّه فقط.

أقول: ما ذكر من حصول الافتراق بفعل أحدهما كما هو ظاهر حكاية شراء الامام عليه السلام قرينه ظاهره على أن الافتراق لا يكون من قبيل إسقاط الخيار بالفعل فإنه لا معنى لأن يسقط أحد المتبايعين خيار الآخر فإنه من إسقاط غير ذى الحق حق الغير.

[١] المشهور على أنه لا عبره فى انتهاء الخيار بالافتراق عن إكراه فيما إذا منع عن التخايير أيضاً كما إذا منعها المكروه بالكسر عن فسخ البيع أيضاً وكأنه يبقى الخيار فى هذا الفرض إلى أن يسقط بمسقط آخر ويستدل على ذلك تاره بأن الافتراق الوارد فى الروايات غايه للخيار منصرف إلى ما كان بالاختيار لا بالإكراه، سواء كان الإكراه بنحو يدخل الفعل معه فى الاضطرار بمعنى سلب الإراده والقصد أم لا.

ص: ٣٨٣



## الشرح:

وأخرى بأن الافتراق فى الروايات وإن يعم زوال الهيئه الاجتماعيه مطلقاً إلا- أن مقتضى حديث (١) رفع الاكراه عدم العبره بالافتراق عن إكراهه، فإن المقرر فى محله عدم اختصاص الحديث برفع خصوص الحكم التكليفى، بل يرفع الحكم الوضعى أيضاً ومنه كون الافتراق غايه للخيار.

وناقش المصنف رحمه الله فى كلا الوجهين:

أما الاول: فلأن غايه ما يمكن دعوى انصراف الافعال إلى الاختيارى منها فى مقابل الاضطرارى، أى الصادر من غير إرادته وقصد، فإن الاسناد فى مورد الاضطرار يكون ضعيفاً بحيث يكون قيام المبدأ بجسم المضطر صورياً بخلاف مورد الإكراه، حيث يكون الشخص فاعلاً بالإرادته والقصد، ولو كانت إرادته للتحرز عن الضرر المتوعد به.

وإذا دخل الفعل الإكراهى فى الغايه دخل الاضطرارى أيضاً، لعدم القول بالفصل، ولذا ذكروا أن الافتراق عن اضطرار أيضاً موجب لسقوط الخيار فيما إذا كان متمكناً على التخيير. قال فى المبسوط (٢) فى تعلييل الحكم: انه إذا كان متمكناً على الامضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلاً على الرضا والامضاء.

وأما الثانى: فلأنه لو عمّ حديث (٣) الرفع المقام لما كان فرق بين التمكن على التخيير وعدمه مع انهم قيدوا سقوط الخيار بصوره عدم التمكن على التخيير.

والصحيح فى الاستدلال على المشهور مع ملاحظه الشهره المحققه، وإمكان

ص: ٣٨٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢ .

٢- (٢) المبسوط ٢: ٨٤ .

٣- (٣) مرّ آنفاً .

الشرح:

دعوى انصراف الروايات إلى ما كان الافتراق عن رضا بالعقد أى ببقائه، صحيحه الفضيل(1) حيث إن ظاهرها اعتبار بقاء الرضا بالبيع إلى تحقق الافتراق حصل الافتراق بالكره أم بغيره أو كون الافتراق بحيث يكون كاشفاً عن كون المتبايعين راضياً ببقاء العقد والاعراض عن فسخه، وهذا الكشف النوعى لا يكون مع الإكراه على التفرق والمنع عن التخاير.

أقول: قد ذكرنا أنّ الافتراق لا دلالة له على إمضاء العقد حتى ما لو كان الافتراق بلا إكراه بل الكاشف عن الرضا المعاملى ترك الفسخ مع التمكن عن التخاير وفسخ البيع.

وذكر النائينى رحمه الله (2) منع انصراف الأفعال إلى الاختيارى بمعنى عدم الإكراه حيث إن الاختيار بمعنى عدم الإكراه غير داخل فى ماده الافعال ولا فى هيئاتها.

والتمسك بحديث رفع الإكراه فى المقام غير صحيح، لأنّ المرفوع به الفعل الذى يتعلق به التكليف ولا يعم الفعل الذى يكون موضوعاً للحكم والتكليف كالسفر والإقامة والتفرق، لأنه لا جامع بين متعلق التكليف وموضوعه، وذكر الوسوسة والحسد والطيره قرينه على اختصاص الرفع بمتعلق التكليف لأنّ تلك الأفعال لو لم تكن مرفوعه لكانت متعلقات التحريم، ويشهد للاختصاص أنه لو سافر أو أقام فى بلد إكراهها عليهما يجب القصر فى الأوّل والتمام فى الثانى.

وعلى ذلك فلا يكون رفع الإكراه مقتضياً لنفى الغائيه للخيار عن الافتراق عن إكراه لأنّ الغايه قيد لموضوع الحكم أى الخيار.

ص: ٣٨٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٥٢.

## الشرح:

هذا مع أنّ نفي الافتراق عن إكراه لا- يفيد فإنه لا- يثبت موضوع الخيار أى بقاء الهيئه المصاحبيه التى يكون المتبايعين معها موضوعاً للخيار.

أقول: عنوان ما استكرهوا عليه كعنوان ما اضطروا عليه، يعم الفعل الذى يتعلق به التكليف وما يكون موضوعاً للحكم والمراد من رفعه مقابل وضعه ولو كان الفعل المتعلق به التكليف موضوعاً مع الا-كراه أو الاضطرار إليه لكان متعلقاً معهما أيضاً، كما أنّ الفعل الموضوع للحكم لو كان موضوعاً مع الا-كراه عليه أو الاضطرار إليه لكان موضوعاً له معهما أيضاً والأمر فى الوسوسه والحسد والطيره أيضاً كذلك.

وأما قضيه الإكراه على السفر والاضطرار عليه فعدم كون الإكراه أو الاضطرار رافعاً لوجوب القصر فلأن حديث الرفع لا يرفع التكليف والحكم فيما إذا لم يكن فى نفيه امتنان، كما أنه لا يرفع وجوب التمام فى الإكراه أو الاضطرار إلى الإقامه وذلك لأنّ الموضوع لوجوب التمام العلم والاطمينان بإقامه عشره أيام، والإكراه أو الاضطرار لا يطرأ على العلم والاطمينان نظير ما ذكرناه فى عدم إمكان رفع قضاء الصلاه أو الصوم بحديث الرفع لأن الموضوع لوجوب القضاء فوت الفريضه لا الترك.

وعلى ذلك فلا حكمه لحديث الرفع فى الافتراق إلا مع الإكراه على ترك الفسخ أيضاً لأن الغايه للخيار هو الافتراق مع الرضا المعاملى ببقاء العقد لا نفس الافتراق، ومع المنع عن التخايير لا يحصل الرضا المعاملى إلا بنحو الإكراه حيث إنه عباره أخرى عن ترك الفسخ مع التمكن عليه.

وعن السيد اليزدى رحمه الله (1) عدم ثبوت الخيار فى الفرض بل ينتهى خيارهما

هذا، ولكن يمكن منع التبادر، فإن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري الذي لم يعدّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورته فعل قائمه بجسم المضطر، لا في مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه، فإن التبادر ممنوع، فإذا دخل الاختياري المكره عليه دخل الاضطراري لعدم القول بالفصل، مع أنّ المعروف بين الأصحاب: أنّ الافتراق ولو اضطراراً مسقط للخيار إذا كان الشخص متمكناً من الفسخ والإمضاء، مستدلّين عليه بحصول التفرّق المسقط للخيار.

الشرح:

بالافتراق ولو من غير قصد وشعور فضلاً عن الإكراه عليهما بالافتراق ومنعهما عن التخيير، حيث إن الإجماع على الخيار في الفرض غير ثابت كما يظهر ذلك لمن تتبع كلمات الأصحاب.

والاختيار سواء كان في مقابل الاضطرار أو الإكراه غير داخل في مدلول الأفعال وحديث رفع الإكراه يجري في الأفعال الاعتبارية التي يكون قوامها بالقصد، ولا يعم سائر الأفعال، ولذا لا حكمه له في اتلاف مال الغير وأسباب الوضوء.

مع أنّ الافتراق في الروايات لا يكون إلا غايه لموضوع الخيار بمعنى أنه ينتهي موضوع الخيار معه لا قيد للخيار وموضوع له، فإن المتبادر من قولهم عليهم السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»<sup>(١)</sup> أن الخيار يثبت للمتبايعين مادام مجتمعين وبالافتراق لا يكون اجتماع نظير قوله: «أكرم زيدا مادام في المسجد»، فإنه إذا خرج من المسجد بأي وجه ولو من غير القصد والشعور ينتهي موضوع وجوب إكرامه.

ص: ٣٨٧

---

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور: لأنه إذا كان متمكناً من الإمضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق، كان ذلك دليلاً على الرضا والإمضاء، انتهى.

وفي جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله: لتحقق الافتراق مع التمكّن من الاختيار، انتهى.

ومنه يظهر: أنه لا وجه للاستدلال بحديث «رُفِعَ الحكم عن المكره»، للاعتراف بدخول المكره والمضطرّ إذا تمكّن من التخاير.

الشرح:

لا يقال: صحيحه الفضيل(1) قد دلت على اعتبار الرضا في كون الافتراق غايه، فانه يقال: المراد بالرضا منهما الرضا بأصل المعامله والرضا بها قد حصل بإقدامهما على البيع من غير إكراه وليس قيلاً زائداً.

أقول: قد تقدم أنّ عدم أخذ الاختيار في ماده الأفعال وهيئاتها أمر صحيح، وأما حكمه حديث الرفع فاخصاصه بالأفعال الإنشائية لا يمكن المساعده عليه، ولذا لا يكون إتلاف مال الغير مع الإكراه عليه محرماً، والضمان باعتبار أنّ نفيه خلاف الامتنان.

وأما عدم الحكمه بالاضافه إلى موجبات الوضوء فلا ينوجب له ليس هو الفعل ليكون رفع الإكراه والاضطرار نافياً له بل خروج البول وغيره كما هو مفاد قولهم عليهم السلام: «لا ينقض الوضوء الا- ما يخرج عن طرفيك اللذين أنعم بهما الله عليك»(2). فيكون نظير ما تقدم في وجوب قضاء الصلاه وغيرها.

وأما ان رفع الافتراق بالحديث غير ممكن لانه لا يثبت موضوع الخيار وهو اجتماع المتبايعين فهو أمر صحيح لان مدلول الحديث هو النفي لا إثبات الضد، إلا أن

ص: ٣٨٨

١- (١) مَرَّتْ آنفَاءً .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١ : ٢٤٩ و ٢٥١ ، الباب ٢ من أبواب نواقص الوضوء ، الحديث ٤ و ٩ .

والحاصل: أنّ فتوى الأصحاب هي: أنّ التفريق عن إكراه عليه وعلى ترك التخايير غير مسقط للخيار، وأنّه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره، وهذه لا يصح الاستدلال عليها باختصاص الأدلّه بالتفريق الاختياري، ولا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفريق المكروه عليه كلاً تفريقاً، لأنّ المفروض أنّ التفريق الاضطراري أيضاً مسقط مع وقوعه في حال التمكن من التخايير. فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى الشهره المحقّقه الجابره للإجماع المحكي، وإلى أنّ المتبادر من التفريق ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً بقوله عليه السلام في صحيحه الفضيل: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، دلّ على أنّ الشرط في السقوط الافتراق والرضا منهما، ولا ريب أنّ الرضا المعتبر ليس إلا المتّصل بالتفريق بحيث يكون التفريق عنه، إذ لا يعتبر الرضا في زمان آخر إجماعاً. أو يقال: إنّ قوله: «بعد الرضا» إشاره إلى إناطه السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطاً؛ لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد وإعراضهما عن الفسخ. وعلى كلّ تقدير، فيدلّ على أنّ المتفريقين ولو اضطراراً إذا كانا متمكّنين من الفسخ ولم يفسخا كشف ذلك نوعاً عن رضاهما بالعقد فسقط خيارهما. وهذا هو الذي استفاده الشيخ قدس سره كما صرح به في عبارته المبسوط المتقدّمه.

الشرح:

العمده في ثبوت الخيار في فرض الإكراه على الافتراق والمنع عن التخايير صحيحه الفضيل (1) الظاهره في انتفاء الخيار مع الافتراق فيما إذا كان رضاء معاملي ببقاء البيع لا الرضا بأصل المعامله وأن الخيار يبقى مع عدم ذلك الرضا ولو مع حصول الافتراق ومقتضى حديث الرفع عدم حصول ذلك الرضا مع المنع عن التخايير.

ص: ٣٨٩

١- (١) مَرَّتْ آناً .

مسأله: لو أكره أحدهما على التفريق وُمنع عن التخيير [١] وبقي الآخر فى المجلس، فإن منع من المصاحبه والتخيير لم يسقط خيار أحدهما، لأنهما مكرهان على الافتراق وترك التخيير، فدخل فى المسأله السابقيه. وإن لم يمنع من المصاحبه، ففيه أقوال.

الشرح:

وعلى ذلك فالظاهر بقاء الخيار مع الإكراه على الافتراق والمنع عن التخيير إلى أن يتحقق مسقط آخر.

[١] يفرض الكلام تارة فى إكراه أحدهما على الخروج مع منعه عن التخيير وبقاء الآخر فى المجلس مختاراً فى المتابعه والتخيير، وأخرى فيما إذا خرج أحدهما مختاراً فى خروجه وتخييره وبقاء الآخر فى المجلس مع الإكراه والمنع عن التخيير.

والكلام فعلاً فى الفرض الأول حيث يعلم به الحكم فى الفرض الثانى أيضاً.

والأقوال أربعة: سقوط خيارهما بذلك، وبقاء خيارهما، وبقاء خيار المكره وسقوط خيار المختار، والتفصيل بين بقاء المختار فى المجلس فيبقى خيارهما وبين خروجه فيسقط خيارهما.

ومبنى الأقوال: هو أن الافتراق المجعول غايه هل يحصل باختيارهما أو يحصل باختيار احدهما، ومع اعتبار اختيارهما، فهل يكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره أو ان مجموع اختيارهما مسقط لكلا الخيارين.

فانه إذا قلنا بكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره يسقط خيار المختار، وعلى القول باعتبار مجموع اختيارهما يبقى الخياران.

وإذا قلنا بكفايه اختيار أحدهما فى سقوط الخيارين، فهل يعتبر الفعل من المختار أو يكفى كونه تركاً كالبقاء فى المجلس، فعلى الاول، أى اعتبار الفعل يفصل بين بقاء المختار فى المجلس فيبقى الخياران وبين خروجه فيسقط كلا الخيارين،

الشرح:

وعلى تقدير الثاني أى كفايه الترك يسقط الخياران.

ونقل المصنف رحمه الله عن العلامة فى القواعد(1)(2) الإيضاح ١: ٤٨٢ ٤٨٣ (2). وولده فى الإيضاح(٢) ان سقوط خيار المختار ملازم لسقوط خيار الآخر أيضاً، وانه لا تفكيك بين الخيارين فى السقوط والثبوت كما استظهر مما ذكره فى الإيضاح من المبنى للسقوط والثبوت ان محل الخلاف ما إذا كان المختار ماكتناً فى المجلس. واما مع خروجه وذهابه فلا خلاف فى سقوط الخيارين، حيث قال فى الإيضاح(٣): إن الخلاف فى المقام مبنى على ان بقاء المختار متجدد أو غير متجدد وعلى تقدير عدم تجده فهل يحتاج فى استمراره إلى العلة ام لا، وان الافتراق المجعول غايه للخيارين أمر وجودى أو عدمى، وهل هذا عدم أى عدم تلك الهيئة المصاحبه مستند إلى العلة أم لا، فانه على تقدير بقاء الاكوان وعدم حاجته إلى المؤثر أو كون الافتراق عدمياً وعدم استناده إلى العلة لم يسقط خيار المختار ويبقى خيار الآخر أيضاً بخلاف ما إذا قيل ببقاء الاكوان وعدم حاجه الباقي إلى المؤثر، أو كون الافتراق عدمياً لا يستند إلى العلة فانه يبقى الخياران.

ثم إنه وجه سقوط خيار المختار بأنه فعل المفارقة فيسقط به الخياران، وهذا الكلام وإن كان مورد المنع لعدم ابتناء الاحكام على مثل هذه التدقيقات العقلية، بل هى تابعه لحصول موضوعاتها سواء كان لذلك الحصول واقعيه عينيه عقلاً أم لا. إلا أنه ظاهر فى أن المختار لو خرج عن مجلس العقد اختياراً فلا خلاف فى سقوط الخيارين، وسقوط خيار المختار يلازم سقوط خيار الآخر كما هو ظاهر كلام والده أيضاً.

ص: ٣٩١

١- (١) و

٢- القواعد ٢: ٦٥، والإيضاح ١: ٤٨٣، وانظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٥١، وحكاه عنهما المحقق التستري فى المقابس: ٢٤٢، وصاحب المصابيح (مخطوط): ١٢٢ .



## الشرح:

مع ان ظاهر الشيخ في الخلاف (١) والقاضى (٢) اختصاص سقوط الخيار بالمختار، ولعل مراد الشيخ والقاضى ان سقوط الخيار يستند إلى المختار أولاً، فلا ينافى سقوط خيار المكروه أيضاً بالتبع باعتبار الملازمه فى سقوط الخيارين وثبوتهما بحصول الغايه وعدم حصولها.

وذكر المصنف رحمه الله ان مقتضى الأصل فى الفرض بقاء الخيارين كما ان ظاهر الروايات بقائهما حيث إن المتبادر منها ما إذا كان الافتراق برضا المتبايعين لبقاء البيع.

وهذا أوضح فى صحيحه الفضيل (٣) حيث ان ما ذكر سلام الله عليه فيها ظاهر فى أنه مع الافتراق الظاهر فى رضاهما ببقاء البيع لا خيار لهما.

ولكن ناقش فى ذلك ثانياً انه لا- مورد للأصل فى المقام لانه يستفاد من الروايات كون الافتراق ولو برضا أحدهما مسقطاً للخيارين؛ وصحيحه الفضيل وإن كانت ظاهره فى اعتبار رضاهما إلا أنه تعارضها ما ورد فى شراء الإمام عليه السلام وقوله: «فمشيت خطأ ثم رجعت فأردت أن يجب البيع» (٤) و«بايعت رجلاً فلما بايعته فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسى ليجب البيع حين افتراقنا» (٥)، فإن ظاهره كفايه الافتراق برضا احدهما فى سقوط الخيارين.

ص: ٣٩٢

١- (١) الخلاف ٣: ٢٦، المسأله ٣٥ من كتاب البيوع .

٢- (٢) جواهر الفقه: ٥٥، المسأله ١٩٧. وحكاه عن ظاهره وظاهر قبله السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٥١، والتستري فى المقابس: ٢٤٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٤- (٤) المصدر: ٨، الباب ٢، الحديث ٢ .

٥- (٥) المصدر: الحديث ٣ .

## الشرح:

والصحيحه وإن كانت أخص من الروايات الواردة في شرائه عليه السلام حيث إنه عليه السلام لم يتعرض فيها لحال المتبايع الآخر، فيمكن دعوى تقييدها بصوره التفات الآخر إلى خروج الإمام عليه السلام وعدم متابعتة إلا أن الإطلاق مؤيد بموارد تسالموا فيها على سقوط الخيارين من غير أن يكون في السنين رضاهما ببقاء البيع، كما إذا مات أحد المتبايعين في المجلس وخرج الآخر فإنه قد صرح بعضهم بسقوط الخيارين (١) وكما يظهر عن الإيضاح (٢) في ذكر مبنى السقوط والثبوت حيث إن ظاهره كون خروج المختار عن مجلس العقد موجبا لسقوط الخيارين بلا خلاف.

أقول: قد ذكرنا ان ظاهر الروايات هو أن الافتراق غايه للخيار فيثبت الخيار للمتبايعين ماداما متصاحبين، وحيث إن الافتراق إن حصل يحصل بالاضافه إلى كلا المتبايعين ولا يمكن حصوله لأحدهما دون الآخر ويشهد لذلك أيضاً ما ورد في شرائه عليه السلام فلا بد من الالتزام بسقوط كلا الخيارين في هذا الفرض والفرض الآخر أى بقاء أحدهما في المجلس مكرهاً ممنوعاً عن التخير وخروج الآخر اختياراً.

ولكن في صحيحه الفضيل دلالة على أن للرضا من المتبايعين ببقاء البيع إلى حصول الافتراق دخلاً في سقوط الخيارين بالافتراق، والمراد الرضا المعامل على ترك الفسخ مع التمكن عليه.

وعلى ذلك فإن كان المتبايعان متمكّنين من الفسخ قبل الافتراق، ومع ذلك لم يفسخا إلى ان حصل الافتراق فلا خيار لهما بعد ذلك، وإن كان أحدهما فقط متمكناً على الفسخ وقد تركه إلى أن حصل الافتراق فلا خيار له ويبقى الخيار للآخر وحال

ص: ٣٩٣

١- (١) جامع المقاصد ٤ : ٢٨٨ .

٢- (٢) الإيضاح ١ : ٤٨٢ ٤٨٣ .

## الشرح:

المكره بالفتح فى الفرض حال غير المتمكن بمقتضى حديث الرفع(١) الجارى فى حقه.

لا يقال: إذا لم يسقط خيار المكره لا يحصل الغايه لخيار الآخر أيضاً لأن الغايه غايه لكلا الخيارين، ولذلك التزم النائينى رحمه الله (٢) فى الفرض ببقاء الخيارين بدعوى أنه لا شهاده فى الأخبار الوارده فى شرائه عليه السلام على خلاف ذلك، لأنها حكايه قضيه، ولعل الآخر كان راضياً بالبيع عند خروجه عليه السلام عن مجلس العقد، ودعوى التسالم على السقوط فى بعض الموارد، كما ذكر المصنف رحمه الله غير ثابت وعلى تقديره يلتزم بالسقوط فى تلك الموارد.

فانه يقال: لا- يستفاد من صحيحه الفضيل إلا- دخاله رضاهما ببقاء البيع إلى حصول الافتراق بأن يكون الافتراق مع كل من الرضاءين مسقطاً لخيار الراضى كما هو مقتضى مقابله الجمع بالجمع، أى سقوط الخيارين بالرضاءين واعتبار مجموع الرضاءين فى سقوط الخيارين، بحيث لو حصل سقوط الخياران، وإلا بقيا فلا يستفاد منها.

وعلى ذلك فالرضا المعاملى ببقاء البيع مع الإكراه عليه كترك الفسخ مع عدم التمكن عليه فى أنه لا يكون دخيلاً فى سقوط الخيار، بمعنى أن الافتراق معه لا يكون غايه بالاضافه إلى خيار المكره، فيبقى خياره دون خيار الطرف الآخر الراضى.

ولا ينافى ذلك ما ورد فى شرائه عليه السلام فان مدلوله حصول الافتراق المسقط بفعله عليه السلام، واما أنه لا دخل لرضا الآخر فلا يستفاد منه الا بدعوى الاطلاق أى ترك التعرض، وعلى تقديره فيرفع اليد عنه بصحيحه الفضيل.

ص: ٣٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢ .

٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٥٤ ٥٦ .

وتوضيح ذلك: أنّ افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت يحصل بحركة أحدهما اختياراً وعدم مصاحبه الآخر له كذلك، وأنّ الإكراه على التفريق لا يسقط حكمه ما لم ينضمّ معه الإكراه على ترك التخايير. فحينئذ نقول: تحقّق الإكراه المسقط في أحدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه أحدهما على التفريق وترك التخايير وبقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبه أو التخايير. وأخرى بالعكس بإبقاء أحدهما في المجلس كرهاً مع المنع عن التخايير وذهاب الآخر اختياراً.

الشرح:

ثم إنه كما ذكر في محله إنما يرفع الإكراه الحكم فيما إذا كان اختيار الفعل بداعويّه الإكراه، فلو كان مكرهاً على بيع ماله، ولكن بحيث لو لم يكن إكراه لباع ذلك المال أيضاً، فلا يكون البيع المزبور مشمولاً لحديث نفي الإكراه، لأنه لا امتنان في نفي معاملة يريدها صاحبها.

وعليه فالمنع عن التخايير لا يوجب بقاء الخيار الا فيما كان تركه فسخ البيع بداعويّه المنع المزبور لا فيما ترك الفسخ لا من جهه المنع عن التخايير، فانه حينئذ لو حصل الافتراق ولو بالإكراه سقط خياره أيضاً، لأنّ نفي هذا الرضا المعاملى لا يوجب امتناناً بل لا يبعد القول بسقوط الخيارين فيما إذا تمكّنا من الفسخ فيما بين البيع إلى حصول الافتراق، ولو في زمانٍ لصدق ما في صحيحه الفضيل من قوله عليه السلام: «فلا خيار بعد الرضا منهما»<sup>(١)</sup> ولا يعتبر استمرار ذلك التمكّن.

وعلى ذلك فلو وقع الإكراه على الافتراق والمنع عن التخايير في قسم من ذلك الزمان فلا يدخل في حديث الرفع<sup>(٢)</sup> لأن الداخل فيه ما يكون دخيلاً لولا الإكراه فتدبر جيداً.

ص: ٣٩٥

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

ومحلّ الكلام هو الأوّل، وسيُتّضح به حكم الثانی. والأقوال فيه أربعة: سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقّق والعلّامه وولده السعيد والسید العمید وشيخنا الشهيد قدس الله أسرارهم. وثبوته لهما، كما عن ظاهر المبسوط والمحقّق والشهيد الثانیين ومحتمل الإرشاد. وسقوطه في حقّ المختار خاصّه. وفصل في التحرير بين بقاء المختار في المجلس فالثبوت لهما، وبين مفارقتة فالسقوط عنهما. ومبنى الأقوال على أن افتراقهما المَجْعول غايه لخيارهما هل يتوقّف على حصوله عن اختيارهما، أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما؟ وعلى الأوّل، هل يكون اختيار كلّ منهما مسقطاً لخياره، أو يتوقّف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما؟

فعلى الأوّل: يسقط خيار المختار خاصّه، كما عن الخلاف وجواهر القاضی، وعلى الثانی يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط والمحقّق والشهيد الثانیين.

وعلى الثانی: فهل يعتبر في المسقط لخيارهما كونه فعلاً وجودياً وحركه صادرة باختیار أحدهما، أو يكفي كونه تركاً اختياريّاً، كالبقاء في مجلس العقد مختاراً؟

فعلى الأوّل: يتوجّه التفصيل المصرّح به في التحرير بين بقاء الآخر في مجلس العقد وذهابه.

وعلى الثانی: يسقط الخياران، كما عن ظاهر المحقّق والعلّامه وولده السعيد والسید العمید وشيخنا الشهيد. واعلم أنّ ظاهر الإيضاح: أنّ قول التحرير ليس قولاً مغايراً للثبوت لهما، وأنّ محلّ الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختياريّاً، وإلّا سقط خيارهما اتّفاقاً، حيث قال في شرح قول والده قدس سره: «لو حمل أحدهما ومنع من التخيير لم يسقط خياره على إشكال. وأمّا الثابت، فإن منع من المصاحبه والتخيير لم يسقط خياره، وإلّا فالأقرب سقوطه، فيسقط خيار الأوّل» انتهى، قال: إنّ هذا

مبنى على بقاء الأكوان وعدمه، وافتقار الباقي إلى المؤثر وعدمه وأن الافتراق ثبوتى أو عدمى، فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط، لأنه فعّل المفارقة، وعلى القول ببقائها واستغناء الباقي عن المؤثر وثبوتيه الافتراق لم يسقط خياره، لأنه لم يفعل شيئاً. وإن قلنا بعدميه الافتراق والعدم ليس بمعلّل فكذا ذلك. وإن قلنا: إنه يعلّل سقط أيضاً. والأقرب عندى السقوط، لأنه مختار فى المفارقة، انتهى.

وهذا الكلام وإن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات، إلا أنه على كل حال صريح فى أنّ الباقي لو ذهب اختياراً فلا خلاف فى سقوط خياره، وظاهره كظاهر عباره القواعد: أنّ سقوط خياره لا- ينفك عن سقوط خيار الآخر، فينتفى القول المحكى عن الخلاف والجواهر. لكن عباره المحكيه عن الخلاف ظاهره فى هذا القول، قال: «لو أكرها أو أحدهما على التفريق بالأبدان على وجه يتمكّن من الفسخ والتخاير فلم يفعلا- بطل خيارهما أو خيار من تمكّن من ذلك ونحوه المحكى عن القاضى، فإنه لولا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: «بطل خيارهما» فتأمل. بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها، وفيه تأمل.

وكيف كان: فالأظهر فى بادئ النظر ثبوت الخيارين، للأصل وما تقدّم: من تبادل تفرّقهما عن رضا منهما، فإنّ التفرّق وإن لم يعتبر كونه اختيارياً من الطرفين ولا- من أحدهما، إلا- أنّ المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرّق، فرضاً أحدهما فى المقام وهو الماكث لا- دليل على كفايته فى سقوط خيارهما، ولا فى سقوط خيار خصوص الراضى، إذ الغايه غايه للخيارين، فإن تحققت سقطا وإلا ثبتا. ويدلّ عليه ما تقدّم من صححه الفضيل المصرّحه بإناطه سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضا أحدهما. ولكن يمكن التفصيلى عن الأصل بصدق تفرّقهما، وتبادل تقييده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقّن اعتبار رضا أحدهما. وظاهر

الصحيحه وإن كان اعتبار ذلك، إلا أنه معارض بإطلاق ما يستفاد من الروايه السابقه الحاكيه لفعل الإمام عليه السلام وأنه قال: «فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا»، جعل مجرد مشيه عليه السلام سبباً لصدق الافتراق المجعول غايه للخيار، وجعل وجوب البيع عله غائيه له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الإمام عليه السلام . ودعوى: انصرافه إلى صورته شعور الآخر وتركه المصاحبه اختياراً، ممنوعه.

وظاهر الصحيحه وإن كان أخص، إلا أن ظهور الروايه فى عدم مدخلية شىء آخر زائداً على مفارقه أحدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه فى غير واحد من المقامات، مثل ما إذا مات أحدهما وفارق الآخر اختياراً، فإن الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين، وقد قطع به فى جامع المقاصد مستدلاً بأنه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران مع أن المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه. وكذا لو فارق أحدهما فى حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقه صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين، وظاهر المبنى المتقدم عن الإيضاح أيضاً: عدم الخلاف فى عدم اعتبار الرضا من الطرفين، وإنما الخلاف فى أن البقاء اختياراً مفارقه اختياريه أم لا. بل ظاهر القواعد أيضاً: أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث، من غير إشاره إلى وجود خلاف فى هذا التفرع، وهو الذى ينبغى، لأن الغايه إن حصلت سقط الخياران، وإلا بقيا، فتأمل.

وعبارته الخلاف المتقدمه وإن كانت ظاهره فى التفكيك بين المتبايعين فى الخيار، إلا أنها ليست بتلك الظهور، لاحتمال إرادته سقوط خيار المتمكن من التخايير من حيث تمكّنه مع قطع النظر عن حال الآخر، فلا ينافى سقوط خيار الآخر، لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما فى الغايه، مع أن شمول عبارته لبعض الصور التى لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن ممّا لا بدّ منه، كما لا يخفى على المتأمل. وحملها على ما ذكرنا: من إرادته المتمكن لا بشرط، لا إرادته

خصوصه فقط، أولى من تخصيصها ببعض الصور. ولعلّ نظر الشيخ والقاضي إلى أنّ الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غايه لسقوط خيار كل منهما، فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصّه. وهو استنباط حسن، لكن لا يساعد عليه ظاهر النصّ. ثمّ إنّ يظهر ممّا ذكرنا حكم عكس المسأله وهى ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعاً من التخير وفارق الآخر اختياراً فإنّ مقتضى ما تقدّم من الإيضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا، ومقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال جريان الخلاف هنا أيضاً.

وكيف كان، فالحكم بسقوط الخيار، عليهما هنا أقوى كما لا يخفى.

مسأله: لو زال الإكراه [١] فالمحكى عن الشيخ وجماعه: امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال. ولعلّه لأنّ الافتراق الحاصل بينهما فى حال الإكراه كالمعدوم، فكأنّهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد، فالخيار باقٍ.

الشرح:

[١] المحكى عن الشيخ وجماعه: امتداد خيار المجلس بامتداد مجلس زوال الإكراه (١)، والمراد بمجلس الزوال الهيئه التى كان المتبايعان عليها من القرب والبعد حين زوال الإكراه، ولو فرض أنّ البائع كان فى ذلك الحين فى مكان والمشتري فى مكان آخر فيحصل افتراقهما بانتقالهما أو انتقال أحدهما من ذلك المكان اختياراً.

واستشكل على ذلك المصنف رحمه الله: بأنّ الهيئه الاجتماعيه التى كانت حال البيع زائله فالافتراق حاصل وغايه دليل رفع الإكراه عدم ارتفاع حكم تلك الهيئه الاجتماعيه أى الخيار.

وأما كون الهيئه الحاصله بعده ومنها الهيئه حال زوال الإكراه بمنزله الهيئه

ص: ٣٩٩

---

١- (١) المبسوط ٢: ٨٤، وتسبه المحقق التستري إلى ظاهر ابن زهره والفاضلين فى الشرائع والإرشاد وفتوى فى التحرير والشهيد الثانى فى الروضه، أنظر المقابيس: ٢٤٣.



وفيه: أنّ الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسّاً، غايه الأمر عدم ارتفاع حكمها وهو الخيار بسبب الإكراه، ولم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزله مجلس العقد.

والحاصل: أنّ الباقي بحكم الشرع هو الخيار، لا مجلس العقد، فالنص ساكت عن غايه هذا الخيار، فلا بدّ إمّا من القول بالفور كما عن التذكرة ولعلّه لأنّه المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حقّ المتبايعين وإمّا من القول بالتراخي إلى أن يحصل المسقطات، لاستصحاب الخيار. والوجهان جاريان في كلّ خيار لم يظهر حاله من الأدله.

الشرح:

الاجتماعيه حال العقد، فليس دليل على هذا التنزيل ليترتب عليه ما تقدم فيدخل المقام في المسأله الآتية وهي أنه إذا ثبت في مورد خيار وتردد أمره بين أن يثبت في خصوص أول زمان التمكن على الفسخ أو بنحو التراخي فهل يؤخذ باستصحاب الخيار، أو يرجع بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) والحكم عليه بالفور.

أقول: قد تقدم أنه لو كنا والروايات (٢)(٣) حاشيه كتاب المكاسب ٢: ٤٢٢. (٣) الداله على المتبايعين بالخيار حتى يفترقا لم يكن حديث الرفع (٣) شاملاً للمورد؛ لان الموضوع للخيار في تلك الروايات هو المتبايعان مادام متصاحبين وبالافتراق ينتفى الموضوع، ومن الظاهر أن رفع الإكراه يرفع الحكم في مورد تعلق الإكراه بموضوع الحكم بأن يوجد أو متعلق التكليف بان يتركه، والإكراه على الافتراق إكراه على إعدام الموضوع لا على إيجادها على ما تقدم في كلام السيد اليزدي رحمه الله (٤).

ص: ٤٠٠

١- (١) سورة المائدة: الآية ١ .

٢- (٢) و

٣- مرّ آنفاً .

مسأله: ومن مسقطات هذا الخيار. التصرف على وجه يأتي في خيارى الحيوان والشرط ذكره الشيخ فى المبسوط فى خيار المجلس وفى الصرف، والعلامة قدس سره فى التذكرة، ونسب إلى جميع من تأخر عنه، بل ربما يُدعى إطباقهم عليه، وحكى عن الخلاف والجواهر والكافى والسرائر. ولعله لدلاله التعليل فى بعض أخبار خيار الحيوان. وهو الوجه أيضاً فى اتفاقهم على سقوط خيار الشرط، وإلا فلم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس تلك الروايه المعلّله، حيث قال: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه أيام فذلك رضاً منه، فلا شرط»، فإن المنفى يشمل شرط المجلس والحيوان، فتأمل.

الشرح:

ولكن العمده فى المقام كانت صحيحه فضيل المتقدمه فانها قد دلت على انتهاء الخيار بعد الافتراق لكن لا مطلقاً بل فيما إذا كان مع الافتراق رضا ببقاء البيع، وحديث رفع الإكراه اقتضى أن لا يعتبر ذلك الرضا المعاملى الإكراهى بل يعتبر الافتراق مع الرضا المعاملى الغير الإكراهى.

نعم سبق الرضا على الافتراق لا- يستفاد من الصحيحه فإنّ قوله بعد الرضا متعلق بنفى الخيار لا لفعل الافتراق، فيكون حاصل الصحيحه إنّ الافتراق بمجردّه لا يكون غايه بل يعتبر فى الغايه حصول الرضا ببقاء البيع، ففى أى زمان تمّ الافتراق والرضا ببقائه ينتهى الخيار، ونتيجه ذلك كون الخيار بعد زوال الإكراه على الفور.

وبتعبير آخر: كلمه «بعد» فى قوله عليه السلام «فلا- خيار بعد الرضا منهما» نظير الزكاه بعد النصاب مدلوله اعتبار مدخوله فى الحكم لا حدوث ذلك الحكم بحدوثه، بأن يكون الرضا أو النصاب تمام الموضوع.

هذا إذا لم يجعل الافتراق بنفسه كإحداث الحدث فى الحيوان المشتري رضياً

ص: ٤٠١

## الثانى: خيار الحيوان

### خيار الحيوان وعمومه لكل ذى حياه

وتفصيل التصرف المُسقط سيجىء إن شاء الله تعالى.

الثانى: خيار الحيوان

لا خلاف بين الاماميه [١] فى ثبوت الخيار فى الحيوان المشتري وظاهر النصّ الشرح:

تعبدياً بالبيع والإلّا تكون مفاد الصحيحه مفاد الروايات المتقدمه فى عدم جريان رفع الإكراه فى المقام ويتعين الحكم بانتهاء الخيار بالافتراق كيفما اتفق.

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما قيل (١) ان المقام لا يرجع فيه لا إلى استصحاب بقاء الخيار ولا إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢)، بل يحكم ببقاء الخيار بعد زوال الإكراه إلى أن يسقط بمسقط آخر فإن ما دلّ على أنّ لكلّ من البائع والمشتري خيار إلى حصول الافتراق المسبوق بالرضا بالعقد مقتضاه بقاء ذلك الخيار إلى حصول الغايه المزبوره أمكن حصولها أو لم يمكن، كما فى المقام حيث إنّ مع الإكراه على الافتراق والمنع عن التخيير لا يحصل الافتراق الحدوثى المسبوق بالرضا ببقاء العقد أو المقارن بذلك الافتراق.

ووجه الضعف ما تقدم من عدم ظهور الصحيحه فى سبق الرضا ببقاء البيع على الافتراق أو ظهورها فى تعلق الرضا منهما بنفس الافتراق.

[١] لاخلاف بين علماء الإماميه فى ثبوت الخيار فى بيع الحيوان للمشتري وظاهر الروايات (٣) كالفتاوى ثبوته فى بيع كل حيوان أى كل ذى حياه كبيره أو صغيره حتى العلق ودود القز.

وفى صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام

ص: ٤٠٢

١- (١) مصباح الفقاهه ٤: ١٩٣ .

٢- (٢) سوره المائده: الآيه ١ .

٣- (٣) راجع الوسائل ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار .

والفتوى: العموم لكل ذى حياه، فيشمل مثل الجراد والزنبور والسمك والعلق ودود القز، ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته فى الجملة، فمثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز فى الإناء وشبه ذلك خارج، لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان، بل من حيث إنه لحم مثلاً، ويشكل فيما صار كذلك لعارض، الشرح:

للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط<sup>(١)</sup>، وفى صحيحه الفضيل عنه عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري، قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»<sup>(٢)</sup>، وفى معتبره ابن اسباط عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: «الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري، وفى غير الحيوان أن يفترقا . . .»<sup>(٣)</sup> الحديث، إلى غير ذلك.

وظاهرها يعم ما إذا كان المقصود حياه الحيوان إلى آخر عمره، كما فى الحيوان المقصود به ركب ظهره أو برهه من الزمان كالحيوان المقصود ذبحه أو نحره للأكل بعد زمان كالبقرة والغنم.

ولا- يبعد دعوى انصرافها عما لم يكن المقصود منه عاده حياته كما فى السمك المخرج من الماء والجراد المحرز فى الإناء وغيره، لأن كل ذلك يباع بما هو لحم فى العاده بل يشكل ثبوت الخيار فيما إذا صار الحيوان كذلك بالعرض كالصيد المشرف على الهلاك بأصابه السهم أو بجرح الكلب المعلم.

أقول: لعل الاشكال فيما إذا اعتبر فى حل الحيوان ذبحه لاعتبار دركه حياً، وأما إذا لم يعتبر كما إذا لم يسع الوقت لذلك فلا فرق بينه وبين السمك المخرج.

ص: ٤٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١١ و ٦، الباب ٣ و ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ و ذيل الحديث ٣ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

## هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو يعم الكلى أيضاً؟

كالصيد المشرف على الموت بإصابه السهم أو بجرح الكلب المعلم. و على كل حال، فلا يُعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض، أو في زمان الخيار. وفي منتهى خياره مع عدم بقاءه إلى الثلاثة وجوه. ثم إنه هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين كما هو المنساق في النظر من الإطلاقات، ومع الاستدلال له في بعض

الشرح:

وعلى تقدير ثبوت الخيار ففي امتداده إلى ثلاثة أيام مطلقاً أو مع بقاء حياته في ثلاثة أيام ومع عدم بقاءه إلى حين موته أو على الفور وجوه.

ولكن لا يكون زهوق روحه ولو قبل الثلاثة تلفاً للحيوان ليكون ضمانه على بايعه سواء كان قبل القبض أو في مده الخيار وليكن المراد زهوق الروح في صورته عدم اعتبار الذبح أو إزهاقه فيما اعتبر.

واما إذا اعتبر كما إذا أدرك زكاته وتركه بايعه فيما كان الذبح عليه فيبطل البيع فيما كان قبل القبض أو بعده، لان الترك يعدّ تلفاً بخلاف ما إذا كان على المشتري فان إتلاف المشتري البيع في زمان الخيار موجب لسقوط خياره.

ولكن دعوى انصراف الروايات عن المشرف للهلاك قريبه جداً، فان تحديد الخيار بثلاثة أيام، وما يظهر من الروايات عرفاً من أن الحكمه في ثبوت الخيار ملاحظه حال الحيوان في تلك المده قرينه على الانصراف، وان التحديد المزبور خصوصاً بملاحظه حكمه جعل الخيار مقتضاه ثبوته في خصوص موارد يقصد من شراء الحيوان فيها عادةً حياته ولو في الجملة.

وذكر المصنف رحمه الله أنه هل يختص خيار الحيوان بما كان المبيع معيناً أم يعم الكلى على العهد، لم أجد من صرح بالاختصاص أو بالعموم.

نعم يظهر من بعض المعاصرين اختصاصه بالمعين كما هو مقتضى مناسبه الحكمه التي دعت الشرع إلى جعل الخيار للمشتري وهي ملاحظه حال الحيوان

معاهد الإجماع كما فى التذكرة بالحكمه الغير الجارىه فى الكلى الثابت فى الذمه أو يعم الكلى كما هو المتراى من النص والفتوى؟ لم أجد مصرحاً بأحد الأمرين. نعم، يظهر من بعض المعاصرين قدس سره الأول، ولعله الأقوى.

الشرح:

والاطلاع على خصوصياته، وهذا هو الأقوى.

واضاف النائىنى(1) فى وجه الاختصاص بالمعين وجهاً آخر وهو انه لا يمكن الالتزام بثبوت الخيار فى شراء الحيوان سلماً قبل استحقاق المشتري المطالبه بالمبيع وثبوت الخيار بعد قبض الحيوان إلى ثلاثة أيام خارج عن مدلول اخبار الباب وإذا لم يثبت الخيار فى بيع الكلى سلماً لا يثبت فى بيعه حالاً ايضاً لعدم احتمال الفرق بينهما فى جريان الخيار وعدمه.

أقول: لم يعلم أن حكمه الخيار يقتضى اختصاصه بالمعين فانه يمكن تعميم الخيار وكون حكمته ملاحظه القيود المعتره فى المبيع وما لا يعتبر، فانه ربما يلتفت المشتري إلى عدم الصلاح فى شراء الحيوان المزبور.

وبذلك يظهر أنه مع ثبوت الخيار فى بيع السلم يكون مبدؤه تمام البيع ولو لم يستحق المشتري المطالبه بالمبيع، ويظهر ثبوت الخيار فى الكلى على العهده فضلاً عن الكلى فى المعين، مثل صحيحه فضيل المتقدمه التى قسم فيها المبيع بين الحيوان وغيره وحكم على الأول بالخيار إلى ثلاثة أيام وعلى الثانى إلى أن يفترقا، ومن الظاهر أن الكلى على العهده أو فى المعين داخل فى الأول.

ولكن ذكر بعض الأجله (دامت أيامه) عدم ثبوت خيار الحيوان فيما إذا كان المبيع السهام فى الحيوان كما إذا باع الشريكان كل منهما النصف المشاع من الحيوان من واحد سواء كان البيع بصفقه أو صفقتين. وإن كان الامر فيما إذا باع كل منهما نصفه

ص: ٤٠٥

وكيف كان، فالكلام في مَنْ له هذا الخيار، وفي مدّته من حيث المبدأ والمنتهى، ومسقطاته يتمّ برسم مسائل:

مسأله: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري [١] حكى عن الشيخين الشرح:

أوضح لأن نصف الحيوان لا يكون حيواناً، وكذلك لا يثبت الخيار في الكلى على العهده فان الكلى على العهده حيوان بعنوانه وبالحمل الأوّلى لا بالحمل الشائع، وهكذا الحال في الكلى في المعين.

أضف إلى ذلك انصراف أخبار الباب إلى شراء الحيوان بنحو الغالب وهو وقوع البيع على شخص الحيوان ولا يقع البيع على الكلى الا نادراً. نعم إذا كان الكلى في المعين منحصرأ بواحد صحّ ثبوت الخيار.

أقول: أما دعوى انصراف الاخبار فيدفعها ملاحظه الاخبار الكثيره الوارده في شراء الحيوان بنحو السلم فانه يظهر منها ان هذا النحو من الشراء كان متعارفاً.

وأما عدم كون الكلى على العهده حيواناً الا- بالحمل الاوولى فقد تقدم أن البيع في موارد الكلى الحيوان الخارجى لا مفهومه وعنوانه، غايه الامر ان الوجود الخارجى غير متعين الا بالعنوان نظير موارد الطلب على ما تقدم.

[١] المشهور قديماً وحديثاً ثبوت الخيار في شراء الحيوان للمشتري خاصه لمدّه ثلاثه أيام، ويستدل عليه بأنه مقتضى الأخذ بالاطلاق في بعض الروايات الداله على أن «البيعين بالخيار ما لم يفترقا» (١)(٢) سورة المائده: الآيه ١. (٢) و«إذا افترقا وجب البيع» (٢) حيث يرفع اليد عن لزوم البيع بعد الافتراق بالاضافه إلى المشتري خاصه ويؤخذ به بالاضافه إلى البائع بل يمكن الأخذ بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣) فيما إذا لم يكن في البيع خيار المجلس بالأصل

ص: ٤٠٦

١- (١) و

٢- وسائل الشيعه ١٨: ٥ و ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ ٤ وغيرها .

والصدوقين والإسكافي وابن حمزه والشاميين الخمسه والحليين الستة ومعظم المتأخرين، وعن الغنيه وظاهر الدروس: الإجماع عليه، لعموم قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» خرج المشتري وبقي البائع، بل لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالنسبه إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، ويثبت الباقي بعدم القول بالفصل. ويدل عليه أيضاً ظاهر غير واحد من الأخبار:

الشرح:

أو بالعارض كاشتراط سقوطه، وإذا ثبت لزوم البيع بالاضافه إلى البائع في هذه الصوره يثبت لزومه بالاضافه إليه فيما كان في البين خيار المجلس لعدم احتمال الفرق بين الصورتين في ثبوت الخيار لبائع الحيوان وعدم ثبوته.

أضف إلى ذلك ظاهر الروايات الوارده في شراء الحيوان حيث صرح فيها بثبوت خيار الحيوان للمشتري ولو كان خيار الحيوان كخيار المجلس في ثبوته للمتابعين لم يكن وجه لذكر المشتري وترك البائع.

وفي صحيحه الحلبي وغيرها عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط»<sup>(١)</sup>.

وفي صحيحه الفضيل: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري. وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»<sup>(٢)</sup>، بل ظاهر قوله في بيع غير الحيوان «وإذا افترقا وجب البيع» يعم ما إذا كان الثمن في بيع غير الحيوان حيواناً.

وأوضح من ذلك كله الصحيحه المحكيه عن قرب الاسناد عن أحمد وعبدالله ابني محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب، قال: «سألت

ص: ٤٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٠ و ١١، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٨: ١١ و ٦، الباب ٣ و ١ من أبواب الخيار، صدر الحديث ٥ و ذيل الحديث ٣.



منها: صحيحه الفضيل بن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري. قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، وظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري وإطلاق نفى الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيواناً. ويتلوهما في الظهور روايه علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري» فإن ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلا لنكته جلته.

الشرح:

أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظره، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء»(١).

ولكن مع ذلك قد ذهب السيد المرتضى(٢) وابن طاووس(٣) إلى ثبوت الخيار في شراء الحيوان للمتبايعين، ويشهد له صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»(٤).

وذكر المصنف رحمه الله أن هذه الصحيحه تعارضها صحيحه علي بن رئاب، وتقدم على تلك الصحيحه ترجيحاً في مقام المعارضه، فانهم قد صرّحوا بترجيح روايه مثل زراره ومحمد بن مسلم من الفقهاء الثقات على روايه غيرهم ممن يكون دونهم في الثقه والفقاهه، مع ان صحيحه محمد بن مسلم مرويه في الكتب الأربعة بخلاف

ص: ٤٠٨

١- (١) المصدر: ١٢، الحديث ٩ .

٢- (٢) الانتصار: ٤٣٣، المسأله ٢٤٥، وحكاه عنه الشهيد في غايه المراد ٢: ٩٧ .

٣- (٣) حكاه عنه الشهيد في غايه المراد ٢: ٩٧ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

## عن السيد المرتضى وابن طاووس ثبوته للبائع أيضاً

ونحوها صحيحه الحلبي في الفقيه، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشتري»، وصحيحه ابن رثاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوانات ثلاثه أيام للمشتري»، وأظهر من الكل صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الإسناد، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه، لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما؟ قال: الخيار لمن اشترى نظره ثلاثه أيام، فإذا مضت ثلاثه أيام فقد وجب الشراء» وعن سيدنا المرتضى قدس سره وابن طاووس: الشرح:

صحيحه علي بن رثاب، فان اعتبار كتاب قرب الاسناد أو غيره لا- تصل مرتبه اعتبار الكتب الأربعة، فان كثيراً من أصحابنا لا يلتفتون إلى حديث لا يوجد في تلك الكتب مع التفاتهم إلى وجود أحاديث في غيرها.

وأما سائر الروايات، فتقدم صحيحه محمد بن مسلم عليها للجمع الدلالي بينها وبين تلك الروايات، فان دلالة تلك الروايات على نفى الخيار عن بائع الحيوان بالمفهوم، أي الاقتصار بذكر المشتري وعدم التعرض للبائع.

ويمكن أن يقال: إنَّ عدم التعرض فيها للبائع ليس لنفي الخيار عنه، بل لأن الغالب في شراء الحيوان وقوع الفسخ من المشتري حيث إنه يطالع في تلك المده على خفايا الحيوان وخصوصياته، ولذا اقتصر بذكره.

ومن الظاهر أنَّ مع وجود الجمع الدلالي لا تصل النوبه إلى إعمال مرجحات المعارضه ككون إحدى الروايتين أشهر ليقال: إنَّ الشهره في الروايات النافيه للخيار عن البائع.

ويبقى في البين الشهره من حيث الفتوى ولكن لا اعتبار بالاجماع فيما إذا أحرز مدرکه فضلاً عن الشهره.

ثمَّ قد قرب رحمه الله اختصاص خيار الحيوان بالمشتري بدعوى أن الطائفه الأولى

ثبوته للبائع أيضاً وحكى عن الانتصار: دعوى الإجماع عليه، لأصله جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، ولصحيحة محمد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»، وبها تخصص عمومات اللزوم مطلقاً أو بعد الافتراق، وهى أرجح بحسب السند من صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الإسناد. وقد صرحوا بترجيح روايه مثل محمد بن مسلم وزراره وأضرابهما على غيرهم من الثقات، مضافاً إلى ورودها فى الكتب الأربعة المرّجحه على مثل قرب الإسناد من الكتب التى لم يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بُعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها.

الشرح:

لا يقصر ظهورها فى اختصاص خيار الحيوان بالمشتري عن الخبر الدال على ثبوته للمتبايعين.

ويظهر ذلك بملاحظه مثل صحيحه زراره حيث إنه لو كان خيار الحيوان كخيار المجلس فى ثبوته للمتبايعين، لما كان للعدول عن التعبير بالبيعين إلى صاحب الحيوان وجه.

وتلك الطائفة مشهوره بين أصحاب الحديث، حتى عند محمد بن مسلم الراوى للخبر المزبور حيث إنه روى أيضاً الروايه الداله على أن خيار الحيوان حق لصاحب الحيوان أى من يملكه بالبيع المفروض فيكون الترجيح لها.

وعلى تقدير تعارضهما وتساقطهما يرجع إلى عموم قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»<sup>(١)</sup>، و«إذا افترقا وجب البيع»<sup>(٢)</sup>، حيث إن المتيقن من تقييد وجوب البيع بعد الافتراق ثبوت الخيار للمشتري فى شراء الحيوان إلى ثلاثه أيام فيؤخذ بالوجوب

ص: ٤١٠

١- (١) و (٢) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

## القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مثنياً

وأما الصحاح الآخر المكافئه سنداً لصحيحه ابن مسلم، فالإنصاف أنّ دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبه منطوق الصحيحه، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجه، لأنّ الغالب في المعامله، خصوصاً معاملة الحيوان، كون إرادته الفسخ في طرف المشتري لأطلاءه على خفايا الحيوان، ولا ريب أنّ الأظهرية في الدلاله مقدّمه في باب الترجيح على الأكثرية. وأمّا ما ذكر في تأويل صحيحه ابن مسلم: من أنّ خيار الحيوان للمشتري على البائع فكان بين المجموع، ففي غايه الشرح:

بالإضافة إلى البائع، فالقول بثبوت الخيار للمتبايعين ضعيف.

نعم هنا قول ثالث أقوى من القول المزبور: وهو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان سواء كان مشترياً أو بايعاً ومع كون العوضين حيواناً يثبت الخيار لكل منهما إلى ثلاثة أيام، ويقتضيه صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»<sup>(١)</sup>.

لا يقال: قد قيد صاحب الحيوان بالمشتري في موثقه حسن بن علي بن فضال قال: «سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام»<sup>(٢)</sup>.

فانه يقال: تفسير صاحب الحيوان بالمشتري باعتبار الغالب، والغرض من التفسير دفع احتمال ثبوت هذا الخيار للمالك الأصلي للحيوان حيث إن الغالب في البيوع كون الحيوان مبيعاً لا ثمناً، فلا تنافي الأخذ باطلاق الصحيحه الداله على ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان بايعاً كان أو مشترياً، لأن غلبه القيد توجب ان لا يرفع اليد به عن اطلاق المطلق ولكن لا- توجب صرف الاطلاق إليه.

ص: ٤١١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١١، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٦ .

٢- (٢) المصدر: ١٠، الحديث ٢ .

السقوط. وأما الشهره المحققه، فلا تصير حجّه على السيد، بل مطلقاً، بعد العلم بمستند المشهور وعدم احتمال وجود مرجح لم يذكروه. وإجماع الغنيه لو سلّم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته له معارض بإجماع الانتصار الصريح في ثبوته للبائع، ولعلّه لذا قوّى في المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهره، بل الاتفاق على خلافه. وتبعه على ذلك في المفاتيح وتوقف في غايه المراد وحواشى القواعد وتبعه في المقتصر.

الشرح:

لا يقال: كيف الجمع بين الصحيحه الداله على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان والصحيحه الداله على ثبوته للمتبايعين.

فانه يقال: تحمل الصحيحه الثانيه على صورته كون العوضين حيواناً.

وذكر رحمه الله في آخر كلامه أنه لا يبعد انصراف صاحب الحيوان في الصحيحه الأولى إلى المشتري فعليه لا موجب لرفع اليد عن أصاله اللزوم بالإضافه إلى البائع كان الثمن حيواناً أم لا.

أقول: أمّا صحيحه زراره الداله على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان فلا يعارضهما شيء، فإن موثقه حسن بن فضال المفسر فيها صاحب الحيوان بالمشتري لدفع احتمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه الأصلي أى البائع.

ويحصل هذا الدفع أيضاً بكون المشتري بصيغه المفعول صفه للحيوان.

والروايات الداله على ثبوت الخيار لمشتري الحيوان لا دلالة لها على عدم ثبوته للبائع فيما إذا كان الحيوان ثمناً في البيع، بل مقتضى التفصيل في مثل صحيحه زراره بين خيار المجلس وخيار الحيوان في التعبير عدم ثبوت خيار الحيوان كخيار المجلس للمتبايعين.

والحاصل يؤخذ بإطلاق صاحب الحيوان في صحيحه زراره ويحكم بثبوت

ص: ٤١٢

هذا ولكن الإنصاف: أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحه مع اشتهاها بين الرواه حتى محمد بن مسلم الراوى للصحيحه، مع أن المرجع بعد التكافؤ عموم أدله لزوم العقد بالافتراق والتميقن خروج المشتري، فلا ريب في ضعف هذا القول. نعم، هنا قول ثالث لعله أقوى منه، وهو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنماً، نسب إلى جماعه من المتأخرين، منهم الشهيد في المسالك، لعموم صحيحه ابن مسلم «المتبائع بالخيار ما لم يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام» ولا ينافيه تقييد الحيوان ب «المشتري» في موثقه ابن فضال، لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب، لأن الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً. ولا ينافي هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحه محمد ابن مسلم، لأن الغلبه قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، ولا توجب تنزيل الإطلاق. ولا ينافيها أيضاً ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري، لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان. ولا صحيحه محمد بن مسلم المثبه للخيار للمتبايعين، لإمكان تقييدها وإن بعده بما إذا كان العوضان حيوانين. لكن الإشكال في إطلاق الصحيحه الأولى من جهة قوه انصرافه إلى المشتري، فلا مخصيص يعتد به، لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس، فلا محيص عن المشهور.

الشرح:

خيار الحيوان بائعاً كان أو مشترياً ولا موجب لانصرافه إلى خصوص المشتري فان المطلق يعم فرده الغالب وغيره، وانما لا يصلح خطاب المقيد فيما كان القيد غالباً لتقييد خطاب المطلق.

ويبقى في البين معارضه هذه الأخبار مع صحيحه مسلم الداله على أن «المتبايعين بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»، (1) ولو

ص: ٤١٣

١- (١) مرّ آنفاً .

## عدم الفرق بين الأمه وغيرها فى مده الخيار

مسأله: لا فرق بين الأمه وغيرها فى مده الخيار[١]، وفى الغنيه كما عن الحلبي : أنّ مده خيار الأمه مده استبرائها، بل عن الأوّل دعوى الإجماع، عليه وربما ينسب هذا الى المقنعه والنهائيه والمراسم من جهه حكمهم بضمان البائع لها مده الاستبراء ولم أقف لهم على دليل.

الشرح:

أمكن، حمل هذه على ما إذا كان كل من العوضين حيواناً كما استظهر ذلك من التعبير بالمتبايعين فان ظاهر باب التفاعل قيام المبدأ بكل من الطرفين.

وبتعبير آخر: المفروض فى الصحيحه اتحاد العوضين فى العنوانين، فيكون الخيار لكل من المتبايعين ثلاثه ايام؛ وفى غير ذلك حتى يفترقا.

ولو لم يمكن الحمل باعتبار أن البيع يتحقق بفعل الطرفين لا بواحد منهما وظهور باب التفاعل فى قيام المبدأ بكل منهما إنما هو فيما إذا لم يتوقف تحقق ذلك المبدأ بفعلهما فيقع التعارض بين الطائفتين ويقدم الطائفة الأولى لموافقتها للعموم فى قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(١) كما لا يخفى.

[١] لا فرق بين الأمه وغيرها فى كون الخيار فيهما إلى ثلاثه ايام. وفى صحيحه على بن رثاب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثه ايام نظره، فإذا مضت ثلاثه ايام فقد وجب الشراء»(٢).

ولكن عن الغنيه(٣) والحلبي(٤): أن مده خيار الأمه مده استبرائها أى الحيضه أو خمسه وأربعون يوماً، وادعى فى الغنيه الاجماع على ذلك.

ص: ٤١٤

١- (١) سورة المائده: الآيه ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩ .

٣- (٣) الغنيه: ٢١٩ .

٤- (٤) الكافي فى الفقه: ٣٥٣ .

مسأله: مبدأ هذا الخيار من حين العقد [١]، فلو لم يفترقا ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان وبقي خيار المجلس، لظاهر قوله عليه السلام: «إنَّ الشرط في الحيوان ثلاثة أيام، وفي غيره حتى يفترقا». خلافاً للمحكى عن ابن زهره فجعله من حين التفرق، وكذا الشيخ والحلى في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار في هذا الحكم من جهة الدليل الذي ذكره. قال في المبسوط: الأولى أن يقال: إنه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق، لأنَّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرق، انتهى. ونحوه المحكى عن السرائر.

الشرح:

وربما ينسب هذا القول إلى غيرهما كالمراسم (١) والمقنعه (٢) والنهائيه (٣) لحكمهم بضمان البائع الأمه مده استبرائها؛ ومن الظاهر أن ضمانه حكم لخيار المشتري وعلى كل فلا يعرف لهذا القول وجه.

[١] مبدأ خيار الحيوان تمام العقد، ولو لم يفترقا إلى أن انقضى ثلاثة أيام ينتهى خيار الحيوان ويبقى خيار المجلس.

والوجه في ذلك قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام وفي غيرها إلى أن يفترقا» (٤) فان ظاهره كون المبدأ للخيارين واحداً.

وعن ابن زهره (٥) جعل مبدأ انقضاء خيار المجلس، وكذا مقتضى استدلال

ص: ٤١٥

١- (١) المراسم: ١٧٥ .

٢- (٢) المقنعه: ٥٩٣ ٥٩٢ .

٣- (٣) العبارة ساقطه من النهائيه المتداوله لدينا. نعم، هي موجوده في النهائيه المطبوعه مع نكت النهائيه ٢: ١٤٤ ١٤٥، والمطبوعه ضمن الجوامع الفقهيّه: ٣٣٦، ونقلها العلامه بلفظها في المختلف ٥: ٢٢٣ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٥، و ١١، الباب ٣، الحديث ٥ .

٥- (٥) الغنيه: ٢٢٠ .



## الشرح:

الشيخ (١) وابن ادريس (٢) ذلك حيث ذكرا أن مبدأ خيار الشرط حين التفرق لأن الخيار يثبت فيما إذا ثبت العقد، والعقد لا يثبت قبل التفرق. وهذا الدليل كما ترى يجرى في خيار الحيوان أيضاً.

ولكنه ضعيف فإنه إن أُريد من ثبوت العقد تمامه فالأمر ظاهر لأن تمام العقد بتمام البيع لا بانقضاء زمان خيار المجلس وإن أُريد من ثبوته لزومه فالأمر كذلك أيضاً فإن الخيار حكم للعقد اللازم لولا الخيار لا حكم للعقد اللازم لولا هذا الخيار كما لا يخفى.

ويستدل على القول المزبور بوجه أخرى.

منها: استصحاب الخيار بعد ثلاثه أيام من حين العقد بل باستصحاب عدم حدوثه قبل التفرق.

وفيه: أنه لا تصل النوبه إلى الأصل العملي مع وجود الدليل الاجتهادي وهو الظهور المتقدم، وأيضاً فالاستصحاب على التقريب الثاني مثبت لأن عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرق لا يثبت حدوثه حين التفرق.

ومنها: ما ورد في أن التلف في زمان خيار الحيوان على البائع حيث إنه ممن لا خيار له، ولو كان مبدأ خيار الحيوان من حين التفرق يصح كون التلف عليه لأنه لا خيار له، ولا يصح فيما إذا جعل مبدأه من حين العقد، فإنه لا موجب لحساب التلف على البائع فيما إذا تحقق التلف قبل التفرق، حيث إنه تلف في زمان الخيار المشترك.

ص: ٤١٦

---

١- (١) المبسوط ٢: ٨٥.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٤٧.

## الشرح:

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بأن ما ورد في كون التلف في زمان خيار الحيوان يحسب على البائع بانحلال البيع مبني على الغالب من وقوع التلف بعد التفرق وانقضاء خيار المجلس.

أقول: الصحيح عدم الفرق بين الصورتين فإنه يحسب التلف على البائع فان ثبوت خيار المجلس لا يكون موضوعاً لانحلال البيع بالتلف ولا ينافي ذلك انحلاله بالتلف مع غيره.

ومنها: أنه إذا كان في البين خيار الحيوان قبل التفرق للزم اجتماع السببين على المسبب الواحد.

وأجاب رحمه الله: بأن خيار الحيوان لو كان مختلفاً مع خيار المجلس في المهية والنوع فلا اجتماع على مسبب واحد، وإن اتحدا نوعاً فكذلك لأن الأسباب الشرعية معرفات وعلامات متعددة، بل لو كانت مؤثرات فتأثير كل واحد مستقلاً يتوقف على عدم انفراده وفي صورته اجتماعهما يؤثران معاً.

أقول: الصحيح في الجواب أن الخيارين متحدان في الحقيقة حيث إن الخيار ملك فسخ العقد وإنما يختلفان بحسب الأحكام، وكل من شراء الحيوان واجتماع المتبايعين حال العقد موضوع لهما فليس في البين تأثير ولا معرف بمعنى العلامة، فالخيار في المقام متعدد، لأن كلاً منهما حكم لموضوع قد تحقق كما لا يخفى.

وذكر في التذكرة (1) في الجواب عما قيل من أن ثبوت الخيارين معاً في عقد واحد يوجب اجتماع المثليين: ان الخيار واحد والجهة متعددة، وهو كما ترى فإنه كما

ص: ٤١٧

## الشرح:

ذكرنا الخيار متعدد، ولذا يبقى الخيار مع اسقاط أحدهما وقد تقدم أيضاً أن الخيار الشرعى حكم شرعى للبيع كما هو ظاهر الخطاب فيكون تعلقه بالبيع بعد تمامه.

ولو كان البيع مشروطاً بالقبض كما فى السلم أو التقابض، كما فى الصرف فلا يثبت الخيار فيهما إلا بعد القبض أو التقابض.

وعن السيد اليزدى قدس سره (١) انه يمكن أن يقال بعدم ثبوت خيار المجلس فى بيع الحيوان اصلاً، فان ذلك مقتضى المقابلة بين بيع الحيوان وغيره فى الأخبار، وان الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري وفى غيره إلى ان يفترقا، وتبعه على ذلك بعض الاجلاء (٢) (دامت أيامه) حيث ذكر ظهور الروايات فى عدم ثبوت خيار المجلس فى بيع الحيوان وشرائه.

أقول: المطلقات الداله على ثبوت خيار المجلس فى كل بيع ومنه بيع الحيوان موجوده نظير صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «أئما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا» (٣) وصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» (٤)، ونحوها صحيحه زراره عنه عليه السلام (٥) ومقتضاها ثبوت الخيارين لمشتري الحيوان وصاحبه أحدهما إلى أن يفترقا والآخر إلى ثلاثة أيام.

ص: ٤١٨

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢: ٤٤٠ و ٤٤١ .

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٤: ٢٠٦ ٢٠٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٨: ٦ و ٩، الباب ١ و ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٤ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٥- (٥) المصدر: ١١، الباب ٣، الحديث ٦ .

## الشرح:

وإنما الكلام فى المقيد الموجود فى البين الموجب لرفع اليد عن المطلقات المتقدمه، فىقال: إن المقيد هى المقابله بين الحيوان وغيره فى معتبره على ابن اسباط عن أبى الحسن الرضا عليه السلام، قال: «سمعتة يقول: الخيار ثلاثه أيام للمشتري، وفى غير الحيوان إلى أن يفترقا»<sup>(١)</sup> ولو كان خيار الحيوان مجتمعاً مع خيار المجلس لزم التعبير بأن الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري، وفى كل البيوع إلى أن يفترقا.

ونظيرها صحيحه الفضيل، حيث سأل الإمام عليه السلام بقوله: «ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري قلت: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا»<sup>(٢)</sup>.

ولكن يمكن الجواب عن الاخير بأن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» مطلق يعم بيع الحيوان وغيره والسؤال عن الخيار فى بيع غير الحيوان لا يكون مقيداً للإطلاق الوارد فى الجواب.

وبتعبير آخر: كون «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» يثبت لكل بيع كان المبيع فيه حيواناً أو غيره، بخلاف «ثلاثه أيام» فانه حكم لخصوص شراء الحيوان وعدم عطف «ما لم يفترقا» على «ثلاثه أيام» باعتبار عدم كون الخيار إلى الافتراق حكماً لبيع الحيوان وشرائه.

واما معتبره على ابن اسباط، فقوله عليه السلام: «وفى غير الحيوان أن يفترقا» بعد قوله: «الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري» ناظراً إلى فرض الغالب وهو أن المفيد

ص: ٤١٩

١- (١) المصدر: ٦، الباب ١، الحديث ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١١ و ٦، الباب ٣ و ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ و ٣.

وهذه الدعوى لم نعرفها. نعم، ربما يستدلّ عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثه من حين العقد، بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس، وبلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد، وما دلّ على أنّ تلف الحيوان في الثلاثه من البائع مع أنّ التلف في الخيار المشترك من المشتري. ويردّ الأصل بظاهر الدليل، مع أنّه بالتقرير الثاني، مثبت. وأدله «التلف من البائع» محمول على الغالب من كونه بعد المجلس. ويردّ التداخل بأنّ الخيارين إن اختلفا من حيث الماهيه فلا بأس بالتعدّد. وإن اتّحدا فكذلك، إمّا لأنّ الأسباب معرّفات، وإمّا لأنّها علل ومؤثرات يتوقّف استقلال كل واحد منها في التأثير على عدم مقارنه الآخر أو سبقه، فهي علل تامّه إلا من هذه الجهه، وهو المراد ممّا في التذكرة في الجواب عن أنّ الخيارين مثلان فلا يجتمعان: من أنّ الخيار واحد والجهه متعدّده.

ثم إنّ المراد بزمان العقد هل زمان مجرّد الصيغه كعقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقله أو زمان الملك، عبّر بذلك للغلبه؟ الظاهر هو الثاني، كما استظهره بعض المعاصرين، قال: فعلى هذا لو أسلم حيواناً في طعام وقلنا بثبوت الشرح:

لمشتري الحيوان بحسب الغالب خيار الحيوان، حيث إن معه لا يحتاج إلى اعمال خيار المجلس فالتقييد باعتبار عدم الفائدة في خيار المجلس لمشتري الحيوان غالباً فلا يوجب رفع اليد عن المطلقات المتقدمه.

وهكذا الكلام في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»<sup>(١)</sup> مع انه قد تقدم الإشكال في الأخذ بظهور هذه الصحيحه، والله سبحانه هو العالم.

ص: ٤٢٠

---

١- (١) المصدر: ١٠، الباب ٣، الحديث ٣.

## دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام

الخيار لصاحب الحيوان وإن كان بائعاً، كان مبدؤه بعد القبض. وتمثله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين، وقد تقدم التردد في ذلك. ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف ولو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لا بد له من أثر. وقد تقدم الإشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض.

مسألة: لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين [١] في الثلاثة أيام، لا لدخول الليل في مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج، ولا في دخول الليالي الثلاث عند التلفيق مع الانكسار. ولو عقد في الليل، فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث، ويحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليله العقد. لكن فيه: أنه يصدق حينئذ الأقل من ثلاثة أيام، والإطلاق على المقدار المساوي للنهار ولو من الليل خلاف الظاهر.

الشرح:

[١] لا ينبغى الريب في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام لأن الليلتين داخلتان في معنى اليومين، فان اليوم يقابل الليل وظاهره بياض النهار، بل دخول الليلتين باعتبار كون المستفاد من الروايات ثبوت خيار واحد مستمر من حين تمام الشراء إلى انقضاء ثلاثة أيام.

نعم مقتضى الظهور العرفي لثلاثة أيام يعم كونها بنحو التلفيق بمعنى أنه لو وقع البيع عند زوال الشمس من اليوم الأول فينتهي الخيار عند الزوال من اليوم الرابع وتدخل الليالي الثلاث في ثلاثة أيام لدلاله قرينه استمرار الخيار الواحد على ذلك لا لدخول الليالي في المستعمل فيه للأيام.

وهذا يجرى في كل مورد يحدد فيه موضوع الحكم أو متعلقه أو نفس الحكم بالأيام فيكون ظاهر الخطاب اليوم مقابل الليل، وأن الأيام لوحظت بنحو الاتصال وأنها تعم

قيل: والمراد بالأَيَّام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين أصاله، فتدخل الثالثه، وإلا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحد، انتهى.

فإن أراد الليله السابقه على الأَيَّام فهو حسن، إلاَّ أنه لا يعلَّل بما ذكر. وإن أراد الليله الأَخيره فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد، إذ لا نقول باستعمال اليومين الأوَّلين فى اليوم والليله واستعمال اليوم الثالث فى خصوص النهار، بل نقول: إنَّ اليوم مستعمل فى خصوص النهار أو مقداره من نهارين، لا فى مجموع النهار والليل أو مقدارهما، ولا فى مقدار النهار ولو ملَّفَقاً من الليل. والمراد من «الثلاثة أَيَّام» هى بليالها أى لياالى مجموعها، لا كلَّ واحد منها، فالليالى لم تُرد من نفس اللفظ، وإنما أُريدت من جهه الإجماع وظهور اللفظ الحاكمين فى المقام باستمرار الخيار، فكأنه قال: الخيار يستمر إلى أن يمضى ستّ و ثلاثون ساعه من النهار.

الشرح:

بنحو التلفيق من بياض النهار من يومين.

نعم، ربما لا يكون فهم عرفى بالإضافه إلى كفايه التلفيق كما إذا كان متعلق الحكم أو التكليف من العباده كالاكتكاف المحدد بثلاثه أيام، فإن فى مثله لا بد من رعايه اليوم التام.

ومما ذكر يظهر أن التلفيق من بياض النهار فى موارد مساعده الفهم العرفى لا باس به، وأما التلفيق من الليل بمقدار اليوم فلا يكفى لعدم صدق اليوم على الليل.

وقد يقال: بثبوت الخيار بثلاثه أيام مع لياالها لأن دخول الليلتين فقط يوجب اختلاف مفردات الجمع فى الاستعمال.

والجواب: أنه إن أُريد دخول الليله الأُولى فيما إذا وقع البيع فى الليل فهو حسن، ولكن لا للوجه الذى ذكره، بل لأن ذلك مقتضى كون مبدأ خيار الحيوان تمام البيع، وإن أُريد الليله الأَخيره فيما إذا وقع البيع أول اليوم ليكمل ثلاثه أيام وثلاث لياال فهو غير

ص: ٤٢٢

## في مسقطات خيار الحيوان

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: إشتراط سقوطه في العقد [١]. ولو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض بالصحة، ولا بأس به.

الشرح:

صحيح ولا يلزم من خروجها اختلاف المفردات في المستعمل فيه للفظ يوم، فانه بياض النهار ودخول الليلتين المتوسطتين باعتبار دلالة الدال الآخر، وهو ثبوت الخيار من حين تمام العقد مستمراً إلى ثلاثة أيام.

وفي صحيحه على بن رئاب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ قال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظره، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» (١)، فإن ظاهرها عدم لزوم العقد قبل مضي ثلاثة أيام لا أن العقد في الليالي محكوم باللزوم، وفي النهار من تلك الليالي بالجواز كما لا يخفى.

[١] يسقط خيار الحيوان بأمر:

منها: إشتراط سقوطه في العقد حيث تقدم في بحث خيار المجلس أن الخيار من الحقوق وأن إشتراط سقوطه في العقد يكون إسقاطاً قولياً، ولذلك لا فرق بين إشتراط سقوطه رأساً أو سقوطه في بعض الأيام مع تعدد الخيار فيها، وإلا ففى نفوذه إشكال، حيث إن الخيار الثابت لصاحب الحيوان أو مشتريه واحد لا تعدد فيه حتى بالإضافه إلى الأيام.

ومنها: إسقاطه بعد العقد قولاً وقد تقدم أيضاً أن ذلك مقتضى كون الخيار حقاً.

ومنها: التصرف فان كون التصرف في الحيوان المشتري مسقطاً للخيار في

ص: ٤٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.



## الشرح:

الجملة مما لا خلاف فيه، ويشهد له صحيحه على بن رثاب عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط. قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»<sup>(١)</sup>.

وصحيحه محمد بن الحسن الصفار قال: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة الأيام التي فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى»<sup>(٢)</sup>.

وفي صحيحه على بن رثاب المرويه في قرب الإسناد قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى إلى أن قال قلت له: أرايت إن قبلها المشتري أو لامس؟ فقال: إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزم البيع»<sup>(٣)</sup>.

واستدل في التذكرة<sup>(٤)</sup> على كون التصرف مسقطاً للخيار بأنه دليل الرضا أي كاشف عنه والمراد بالرضا: الرضا بلزوم العقد<sup>(٥)</sup> وسقوط خياره، وذكر في موضع

ص: ٢٢٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨: ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- ٢- (٢) المصدر: الحديث ٢.
- ٣- (٣) المصدر: الحديث ٣.
- ٤- (٤) التذكرة ١: ٥١٩.
- ٥- (٥) التذكرة ١: ٩٢٨.

## الشرح:

آخر نظير ما فى الغنيه(١) بأن التصرف إجازة للبيع المزبور(٢).

ولكن لا يخفى أنه إن كان المراد من الحدث المسقط التصرف المحرم على غير المالك والمحلل له أو المأذون منه، كما يشير إلى كونه محرماً إلى غير المالك قوله عليه السلام: «أو نظر إلى ما يحرم النظر إليه قبل الشراء»، أى قبل كونه مالكا، فلازمه الإلتزام بسقوط الخيار بمطلق استخدام المملوك والتصرف فى الحيوان، لأن مطلق التصرف فيه غير جائز على غير المالك وعلى غير المأذون من قبله، وقد صرح بسقوط خيار العيب بمطلق التصرف فى المعيب فلا يجوز معه ردّه على بايعه سواء كان التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده.

وعلى ذلك يكون جعل الخيار ثلاثه أيام للمشتري مع كون مطلق التصرف مسقطاً كاللغو فإن الحكمه فى جعل الخيار على ما ذكره الاطلاع على خفايا الحيوان التى توجب كراهه المشتري وإعراضه عن الإمساك به، ولو كان مطلق التصرف فى الحيوان مسقطاً للخيار لما كان لهذه الحكمه مورد.

والإلتزام بأن مطلق التصرف لا يكون مسقطاً بل المسقط التصرف الدال على الرضا ببقاء العقد، لا يمكن المساعده عليه، فإنه لا يناسب الأمثله التى ذكروها لكون التصرف مسقطاً.

ودعوى أن تلك التصرفات كلها من قبيل الإسقاط الفعلى أى من قبيل الدال على الرضا ببقاء العقد ولو بظهور نوعى كما ترى.

ص: ٤٢٥

١- (١) الغنيه: ٢١٩ .

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٣٨ .

## الشرح:

أقول: كون التصرف فى خيار العيب مسقطاً له بحيث لا- يجوز فسخ البيع بعده بل يتعين جواز أخذ الأرش غير مسأله كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان فلا بد من ملاحظه الروايات فى كل من المسألتين ولو تم دلالتها على كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان فلا- بأس بالالتزام به، غاية الأمر لا يكون التصرف الذى يتعارف اختبار الحيوان به مسقطاً لانصراف الروايات وعدم ظهورها، خصوصاً بملاحظه أن المتفاهم من جعل الخيار للمشتري ثلاثة أيام لحاظ خصوصياته فى تلك المده.

ولا- ينافى ذلك جعل الشارع بعض الأفعال حدثاً ورضاءً بالبيع تعبداً كما يأتى ذلك فى النظر إلى ما يحرم من الأمه أو تقبيلها ولمسها.

وعلى ذلك فالمراد بالرضا بالبيع الالتزام بعدم فسخه، فإن الرضا بأصل البيع مفروض قبل التصرف، ويدل على ذلك روايه عبدالله بن الحسن، ولكن باعتبار ضعف سندها تصلح للتأييد، ورواها عن أبيه عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله فى رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد فى الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان»(١).

والحاجه إلى الاستحلاف مع عدم كون بايعه مدعياً، فإن الدعوى لا تسمع إلا مع الجزم مبنى على سماع الدعوى بنحو التهمه أو يحمل على صوره جزم البائع بإسقاط خياره بالالتزام بالبيع المزبور.

وذكر قدس سره : أن قوله عليه السلام : «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة أيام فذلك رضئ منه ولا شرط له»، يحتمل وجوهاً:

ص: ٤٢٦

## الشرح:

الأول: أن يكون فذلك رضاءً منه جزاءً للشرط بأن يكون إحداث الحدث في الحيوان رضاءً بالبيع والتزاماً به بحيث لا يفسخ بعد ذلك، وحيث إن الحدث لا يكون إسقاطاً للخيار والتزاماً بالبيع مطلقاً بنحو الإسقاط الإنشائي فيكون الرضا والإسقاط بنحو التعبد والحكم الشرعى.

والوجه الثانى: ان الجزاء قوله عليه السلام «ولا شرط له» وقوله «فذلك رضاء منه» تمهيد للجزاء المزبور ببيان الحكمه له بمعنى أن الحدث فى الحيوان لدلالته غالباً على التزام المشتري بشرائه وعدم رفع يده عنه فاعتبره الشارع ملاكاً فى حكمه بسقوط الخيار بالحدث مطلقاً، نظير ما تقدم فى سقوط خيار المجلس بالافتراق من أن حصول الافتراق غالباً بداعى الرضا والالتزام بالبيع صار موجباً لاعتبار الشارع الافتراق فى جميع موارد مسقطاً.

وأورد على هذين الاحتمالين أن لازمهما الالتزام بسقوط خيار الحيوان بكل تصرف حتى فيما إذا وقع التصرف لاختبار الحيوان والاطلاع على خفاياه، ومع الالتزام بذلك يكون ثبوت خيار الحيوان للمشتري كاللغو.

أضف إلى ذلك مخالفته لما عليه إجماع الأصحاب من اعتبار دلالة التصرف على الرضا فى سقوط الخيار. نعم كون تلك الدلالة بنحو دلالة الألفاظ ظهوراً نوعياً، أو يعتبر الظهور فى كل مورد يأتى فى الوجهين الأخيرين.

أقول: كون الجزاء للشرط قوله «ولا شرط له» غير محتمل، لأن الواو العاطفه لا تدخل على الجزاء ويتعين كون الجزاء نفس قوله «فذلك رضاءً منه».

ومن الظاهر أن الحدث فى الحيوان لا يكون فى جميع موارد رضاءً بالبيع بالرضا الإنشائي من ذى الخيار فيكون كذلك بنحو التعبد والحكم الشرعى نظير ما

## الشرح:

تقدم في كون الافتراق رضاءً بالبيع.

ولا- بعد أيضاً في الالتزام بأن الحدث في الحيوان أى التصرف المغير كأخذ الحافر مسقط للخيار، فانه لا يدخل في الحدث التصرف غير المغير كركوب الحيوان، فان تلك التصرفات إذا كان بداعى الالتزام بالبيع وإظهار إبقائه فتدخل في الإسقاط الفعلى والآ- فلا- يسقط الخيار بها مثل أمر الأمه بغلق الباب أو سقيه ماءً خصوصاً فيما إذا وقعت بغرض الاختبار والإطلاع على خفايا الحيوان وخصوصيات الأمه.

ويلتزم بأن مثل لمس الأمه وتقبيلها والنظر إلى ما يحرم قبل شرائها مسقط للخيار، وأن ما ذكر من قبيل الحدث ولو بنحو التعبد والتنزيل.

الوجه الثالث: أن يكون الجزاء قوله عليه السلام «ولا شرط له» وقوله «فذلك رضاءً منه» بياناً لعله الجزاء، والمراد بالرضا الدلاله عليه نوعاً، نظير دلالة الألفاظ على كون مراد المتكلم معانيها الحقيقيه، وحيث إن الحكم يدور مدار العله فيكون سقوط الخيار بالتصرف دائراً مدار دلالة التصرف، فيكون الخيار ساقطاً فيما للفعل ظهور نوعى على إلتزام المشتري بالبيع، ولو لم يكن ذلك من قبيل التصرف في الحيوان كما في عرض الحيوان المشتري للبيع. وظاهر الأصحاب أيضاً أن التصرف مسقط للخيار بهذا الوجه، فإنهم ذكروا أن كل تصرف يكون إجازة من المشتري، يكون فسحاً فيما إذا وقع من البائع، ولو كان التصرف مطلقاً مسقطاً تعدياً لما كان وجهه للتعدى إلى تصرف البائع.

وما يذكر (1) من كون التصرف مطلقاً مسقطاً للخيار لأن الأصحاب ذكروه في

## الشرح:

مقابل الإجازة وإسقاط الخيار غير صحيح.

والوجه الرابع: هو أن يكون قوله عليه السلام: «ولا شرط له» هو الجزاء وقوله «فذلك رضاءً منه» بيان العله له، ولكن المراد بالرضا الرضا الشخصى لا النوعى، بأن يكون للتصرف المزبور دلالة فعليته على رضا المتصرف على التزامه بالبيع وإسقاطه الخيار كما يؤيد ذلك ظاهر روايه عبدالله بن الحسن المتقدمه.

وكون التصرف مسقطاً للخيار كذلك، وأن كان أظهر الاحتمالات، ولكن اعتبار الدلالة بهذا النحو خلاف المتسالم عليه بين الأصحاب فيتعين الثالث.

أقول: قد تقدم أن الحدث فى الحيوان مسقط، ولكن التصرف الذى لا يدخل فى الحدث انما يسقط الخيار به اذا كان ظاهراً فى الالتزام بالبيع والإغماض عن حق فسخه، وتقدم ان بعض التصرفات انما حكم بكونها حدثاً بنحو التعبد والتنزيل نظير لمس الجاربه وتقبيلها والنظر إلى ما كان النظر إليه محرماً قبل شرائها، والله سبحانه هو العالم.

ثم إن المصنف رحمه الله قد ذكر فى المقام إشكالين:

أحدهما: ظهور بعض الكلمات فى كون مطلق التصرف فى الحيوان مسقطاً للخيار حتى مثل ركوب الدابه فى طريق ردها على بايعها مع أن ظاهر النصوص والفتاوى أنّ كون التصرف مسقطاً انما هو لدلالته على الإلتزام بالبيع وإرادته عدم فسخه.

وثانيهما: أنه إذا كان غالب التصرفات فى الحيوان فى ثلاثه أيام يقع مع التردد فى فسخ البيع أو مع الجزم بالفسخ. كما فى ركوب الدابه فى طريق الرد، فكيف يعلل كون التصرف مسقطاً بكونه رضاءً بالبيع، فانه لا يصح هذا التعليل إلا إذا كان غالب التصرفات دالاً على ذلك الرضا. ومما ذكر يظهر عدم كون التصرف مسقطاً، بل العبره

## الشرح:

فى السقوط الرضا بالبيع كما فى روايه عبداللّه بن الحسن حيث لم يتعرّض فيها للتصرف فى ثلاثه أيام وعدمه مع وقوع بعض التصرف فيها عادةً؛ وإنما تعرّض لإسقاط الخيار بالرضا بالبيع وعدمه.

وأوضح منها صحيحه الحلبي فى رجل اشترى شاةً فأمسكها ثلاثه أيام ثم ردها، فقال: «إن كان فى تلك الثلاثه الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثه أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء»<sup>(١)</sup>.

فإن شرب لبنها مع توقفه على التصرف فى الحيوان بالحلب لم يحكم بكونه مسقطاً للخيار، والظاهر أن الرد فرض قبل تمام الثلاثه، والحكم برد ثلاثه أمداد، وإن كان على خلاف القاعده، وظاهر بعض الروايات الداله على أن المنافع مدّه الخيار للمشتري، ولذا يحمل على الاستحباب، إلا أن صدرها ظاهره فى عدم كون التصرف مسقطاً للخيار.

ومما يدلّ على كون المنافع زمان الخيار لمن انتقل إليه العين موثقه اسحاق بن عمار الآتية.

بقى فى المقام أمر: وهو أنّ هل يثبت فى بيع الحيوان مع غيره بصفقه واحده خيار الحيوان بالإضافة إلى بيعه ولو مع الالتزام بعدم ثبوت الخيار فى كلّ واحد من البيوع الانحلاليه؟

الظاهر ذلك، غايه الأمر على تقدير فسخ بيعه، يثبت للبائع خيار تبعض الصفقه بالإضافة إلى بيع غيره.

والثاني: إسقاطه بعد العقد، وقد تقدّم الأمران.

والثالث: التصرف ولا خلاف في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار. ويدلّ عليه قبل الإجماع النصوص:

ففي صحيحه ابن رثاب: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه أيام، فذلك رضى منه ولا شرط له، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرماً عليه قبل الشراء». وصحيحه الصفار: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى دابّة من رجل فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثه أيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي ركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى». وفي ذيل الصحيحه المتقدمه عن قرب الإسناد: «قلت له: أرأيت إن قبلها المشتري أو لامس؟ فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزم البيع». واستدلّ عليه في التذكرة بعد الإجماع: بأنّ التصرف دليل الرضا. وفي موضع آخر منها: أنّه دليل الرضا بلزوم العقد. وفي موضع آخر منها كما في الغنيه: أنّ التصرف إجازة.

أقول: المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك إلا الشرح:

والوجه في الظهور: أن عدم ثبوت الخيار في كل واحد من البيوع الانحلاليه، أنّما هو باعتبار أن ظاهر الأدله ثبوت خيار واحد لمشتري الحيوان، ولو ثبت ذلك الخيار في كل واحد من البيوع الانحلاليه ولو فيما إذا باع العشره بصفقه لتعدّد الخيار.

وهذا لا يجرى فيما إذا كان أحد العوضين حيواناً قد بيع منضمّاً إلى غيره بصفقه.

ومن هنا يظهر الحال فيما إذا باع حيوانين بصفقه واحده، وظهر واحد منهما ملك الغير فإنه يثبت الخيار بالإضافه إلى بيع المملوك.



برضاه كما يشير إليه قوله عليه السلام: «أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»، فلازمه كون مطلق استخدام المملوك، بل مطلق التصرف فيه مسقطاً، كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط للردّ بالعيب: من أنه لو استخدمه بشيءٍ خفيف، مثل «اسقني» أو «ناولني الثوب» أو «اغلق الباب»، سقط الردّ. ثم استضعف قول بعض الشافعيّين بعدم السقوط، معللاً بأنّ مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك: بأنّ المسقط مطلق التصرف. وقال أيضاً: لو كان له على الدابة سرج أو ركاب فتركها عليها بطل الردّ، لأنه استعمالٌ وانتفاعٌ، انتهى.

وقال في موضعٍ من التذكرة: عندنا أنّ الاستخدام بل كلّ تصرفٍ يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الردّ، انتهى.

وهو في غايه الإشكال، لعدم تبادل ما يعمّ ذلك من لفظ الحدث وعدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد، مع أنّ من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في أثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو، مع أنّهم ذكروا أنّ الحكمه في هذا الخيار الأطلاع على أمورٍ خفيّةٍ في الحيوان توجب زهاده المشتري، وكيف يطلع الإنسان على ذلك بدون النظر إلى الجاربه ولمسها وأمرها بغلق الباب والسقى وشبه ذلك؟

وإن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالتة على الرضا بلزوم العقد كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحه ابن رثاب، ويظهر من استدلال العلامة وغيره على المسألة، بأنّ التصرف دليل الرضا بلزوم العقد فهو لا- يناسب إطلاقهم الحكم بإسقاط التصرفات التي ذكروها.

ودعوى: أنّ جميعها ممّا يدلّ لو خلّى وطبعه على الالتزام بالعقد، فيكون إجازة فعلية، كما ترى! ثمّ إنّ قوله عليه السلام في الصحيحه: «فذلك رضيت منه» يراد منه الرضا بالعقد في مقابله كراهه ضده أعني الفسخ، وإلا فالرضا بأصل الملك مستمرّ

من زمان العقد إلى حين الفسخ. يشهد لهذا المعنى روايه عبدالله بن الحسن بن زيد بن علي بن محمد عليهما السلام عن أبيه عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبداً بشرط إلى ثلاثه أيام، فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو برىء من الضمان». فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد، والاستحلاف في الروايه محموله على سماع دعوى التهمه أو على صورته حصول القطع للبائع بذلك. إذا عرفت هذا فقولته عليه السلام: «فذلك رضئ منه ولا شرط له» يحتمل وجوهاً:

أحدها: أن تكون الجملة جواباً للشرط، فيكون حكماً شرعياً بأن التصرف التزم بالعقد وإن لم يكن التزاماً عرفياً.

الثاني: أن تكون توطئه للجواب، وهو قوله: «ولا شرط له» لكنه توطئه لحكمه الحكم وتمهيد لها لا علة حقيقية فيكون إشارة إلى أن الحكمه في سقوط الخيار بالتصرف دلالتها غالباً على الرضا، نظير كون الرضا حكمه في سقوط خيار المجلس بالتفرق في قوله عليه السلام: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالتها على الرضا. وعلى هذين المعنيين، فكل تصرف مسقط، وإن علم عدم دلالتها على الرضا.

الثالث: أن تكون الجملة إخباراً عن الواقع، نظراً إلى الغالب وملاحظه نوع التصرف لو خلى وطبعه، ويكون علة للجواب، فيكون نفي الخيار معللاً بكون التصرف غالباً دالاً على الرضا بلزوم العقد، وبعد ملاحظه وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدى علقته كما في قوله: «لا تأكل الرمان لأنه حامض» دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذى يكون كذلك، أى دالاً بالنوع غالباً على التزام العقد وإن لم يدل في شخص المقام، فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعي في الرضا، نظير ظهور الألفاظ في معانيها مقيداً بعدم قرينه توجب صرفه عن

الدلالة، كما إذا دلّ الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتبهاً بعينٍ أخرى مملوكة له، ويدخل فيه كلّ ما يدلّ نوعاً على الرضا وإن لم يعد تصرفاً عرفاً، كالتعريض للبيع والإذن للبائع في التصرف فيه.

الرابع: أن تكون إخباراً عن الواقع ويكون العله هي نفس الرضا الفعلى الشخصى، ويكون إطلاق الحكم مقيداً بتلك العله، فيكون موضوع الحكم فى الحقيقه هو نفس الرضا الفعلى، فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار. ثم إن الاحتمالين الأولين وإن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار وإطلاقات بعض كلماتهم مثل ما تقدّم من التذكرة: من أنّ مطلق التصرف لمصلحه نفسه مسقط، وكذا غيره كالمحقق والشهيد الثانيين بل لإطلاق بعض معاهد الإجماع، إلا أنّهما بعيدان عن ظاهر الخبر، مع مخالفتها لأكثر كلماتهم، فإنّ الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ، بل ظاهرها اعتبار الدلاله فى الجمله على الرضا، كما سيجىء ويؤيده حكم بعضهم بكفايه الدالّ على الرضا وإن لم يعدّ تصرفاً، كتقبيّل الجاريه للمشتري، على ما صرح به فى التحرير والدروس. فعلم أنّ العبره بالرضا، وإنّما اعتبر التصرف للدلاله، وورود النصّ أيضاً بأنّ العرض على البيع إجازة، مع أنّه ليس حدثاً عرفاً. ومما يؤيد عدم إرادته الأصحاب كون التصرف مسقطاً إلا من جهه دلالته على الرضا، حكمهم بأنّ كلّ تصرفٍ يكون إجازة من المشتري فى المبيع يكون فسخاً من البائع، فلو كان التصرف مسقطاً تعديداً عندهم من جهه النصّ لم يكن وجهٌ للتعدي عن كونه إجازة إلى كونه فسخاً. وقد صرح فى التذكرة: بأنّ الفسخ كالإجازة يكون بالقول وبالفعل، وذكر التصرف مثلاً للفسخ والإجازة الفعليين. فاندفع ما يقال فى تقريب كون التصرف مسقطاً لا- للدلاله على الرضا: بأنّ الأصحاب يعدّونه فى مقابل الإجازة. وأمّا المعنى الرابع: فهو وإن كان أظهر الاحتمالات من حيث اللفظ، بل جزم به فى الدروس، ويؤيده ما تقدّم من روايه

عبدالله بن الحسن بن زيد، الحاكيه للنبويّ الدالّ كما في الدروس أيضاً على الاعتبار بنفس الرضا.

وظاهرُ بعض كلماتهم الآتية: إلا أنّ المستفاد من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناطه الحكم بالرضا الفعلي بلزوم العقد، مع أنّ أظهريته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة. فتعين إرادته المعنى الثالث، ومحصّيه: دلالة التصرف لو خُلّي وطبعه على الالتزام وإن لم يقد في خصوص المقام، فيكون التصرف إجازة فعلية في مقابل الإجازة القولية، وهذا هو الذي ينبغي أن يعتمد عليه. قال في المقنعة: إنّ هلاك الحيوان في الثلاثة من البائع، إلاّ أن يحدث فيه المبتاع حدثاً يدلّ على الرضا بالابتاع، انتهى. ومثّل للتصرف في مقام آخر بأن ينظر من الأّمه إلى ما يحرم لغير المالك.

وقال في المبسوط في أحكام العيوب: إذا كان المبيع بهيمه وأصاب بها عيباً فله ردّها. وإذا كان في طريق الردّ جاز له ركوبها وسقيها وعلفها وحلبها وأخذ لبنها، وإن نتجت كان له نتائجها. ثمّ قال: ولا يسقط الردّ؛ لأنّه إنّما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الردّ بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيبٌ عنده، وليس هنا شيءٌ من ذلك، انتهى.

وفي الغنية: لو هلك المبيع في مدّه الخيار فهو من مال بائعه، إلاّ أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا، انتهى.

وقال الحلبي قدس سره في الكافي في خيار الحيوان: فإن هلك في مدّه الخيار فهو من مال البائع، إلاّ أن يحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا، انتهى.

وفي السرائر بعد حكمه بالخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام قال: هذا إذا لم يحدث في هذه المدّة حدثاً يدلّ على الرضا أو يتصرف فيه تصرفاً ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف أجره، بأن يركب الدابّه أو يستعمل الحمار أو يقبل

الجاريه أو يلامسها أو يدبرها تدبيراً ليس له الرجوع فيه كالمندور، انتهى. وقال في موضعٍ آخر: إذا لم يتصرف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا في العاده.

وأما العلامة، فقد عرفت أنه استدل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا بالزوم. وقال في موضع آخر: لو ركب الدابته ليردها سواء قصرت المسافه أو طالت لم يكن ذلك رضاً بها. ثم قال: ولو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاً منه بامساكه، ولو حلبها في طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا.

وفي التحرير في مسأله سقوط رد المعيب بالتصرف قال: وكذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا.

وقال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابته والطحن عليها وحلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر، وليس بيعيد.

وقال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنّها جاريتها المختصّه فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتره ففي الحكم تردّد، ينشأ: من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف، ومن أنه غير قاصدٍ إلى لزوم البيع، إذ لو علم لم يفعل، والتصرف إنما عدّ مسقطاً لدلالته على الرضا بالزوم.

وقال في موضع آخر: ولا يعدّ ركوب الدابته للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفاً. ثم قال: وهل يعدّ حملها للاستخبار تصرفاً؟ ليس بيعيد أن لا يعدّ. وكذا لو أراد ردها وحلبها لأخذ اللبن، على إشكالٍ ينشأ من أنه ملكه، فله استخلاصه، انتهى. وحكى عنه في موضع آخر أنه قال: والمراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك، لا الاختبار ولا حفظ المبيع كركوب الدابته للسقى، انتهى.

ومراده من التملك: البقاء عليه والالتزام به، ويحتمل أن يراد به الاستعمال

هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام، الظاهره في المعنى الثالث، وحاصله: التصرف على وجه يدل عرفاً لو حُلّي وطبعه على الالتزام بالعقد، ليكون إسقاطاً فعلياً للخيار، فيخرج منه ما دلت القرينه على وقوعه لا عن الالتزام. لكن يبقى الإشكال المتقدم سابقاً: من أنّ أكثر أمثله التصرف المذكوره في النصوص والفتاوى ليست كذلك، بل هي واقعه غالباً مع الغفله أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً، أو إذا اطّلع على ما يوجب زهده فيه، فهي غير داله في نفسها عرفاً على الرضا.

ومنه يظهر وجه النظر في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقاً من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثه، فيكون مورد الخيار في غايه الندره بأنّ الغالب في التصرفات وقوعها مع عدم الرضا بالزوم، فلا يسقط بها الخيار، إذ فيه: أنّ هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضا، لأنّ المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضاً هو ظهوره فيه عرفاً من أجل الغلبه، فإذا فرض أنّ الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفله، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العله غير الموجوده إلا في قليل من أفراده مستهجناً.

وأما الاستشهاد لذلك بما سيجيء من أنّ تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقاً، وليس ذلك إلا من جهه صدوره لا عن التزام بالعقد، بل مع العزم على الفسخ بردّ مثل الثمن، ففيه: ما سيجيء. ومما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعه لا عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه، يعنى حمل الأخبار المتقدمه على صورته دلالة التصرفات المذكوره على الرضا بلزوم العقد، جمعاً بينها وبين ما دلّ من الأخبار على عدم سقوطه

بمجرد التصرف، مثل روايه عبدالله بن الحسن المتقدمه التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار وعدمه، وإنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلى، ومثل الخبر المصحح: في رجل اشترى شاهاً فأمسكها ثلاثه أيام ثم ردها؟ قال: «إن كان تلك الثلاثه أيام شرب لبنها يرد معها ثلاثه أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» ونحوه الآخر.

وما فيهما من ردّ ثلاثه أمداد لعلّه محمولٌ على الاستحباب، مع أنّ ترك العمل به لا يوجب ردّ الروايه، فتأمل.

وقد أفتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاهاً غير مصرّاهٍ وحلبها أياماً ثم وجد المشتري بها عيباً. ثم قال: وقيل: ليس له ردها، لأنّه تصرفٌ بالحلب.

وبالجملة، فالجمع بين النصّ والفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطاً لدلالته على الرضا بلزوم العقد، وبين ما تقدّم من التصرفات المذكوره في كثيرٍ من الفتاوى خصوصاً ما ذكره غير واحدٍ من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الردّ، أو التردد فيه وفي التصرف للإستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد في غايه الإشكال، والله العالم بحقيقه الحال.

بين الرهن ... ٢٧

اعتبار التمكّن من تسليم المبيع ... ٤٨

اعتبار العلم بمقدار الثمن ... ٨٥

اعتبار العلم بمقدار المثلثن ... ٨٩

الحكم فى بيع المعدود ... ٩٨

التقدير بغير ما يتعارف التقدير به ... ٩٩

كفايه الكيل أو الوزن فى المعدود إذا كان طريقاً إليه ... ١٠٥

تعيين المناط فى كون الشىء مكيلاً أو موزوناً ... ١٠٦

إخبار البائع بمقدار المبيع ... ١١٨

بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء ... ١٢٣

القسمه وأنها ليست بيعاً ... ١٢٤

بيع بعض من جملة متساويه الأجزاء ... ١٢٨

بيع الفرد المنتشر ... ١٣٥

بيع الكلّى فى المعين ... ١٣٨

تلف بعض الجملة ... ١٤٦



اقسام بيع الصبره ... ١٥٢

بيع العين بالرؤيه السابقه ... ١٥٥

الاختلاف فى تغير العين المرئيه سابقاً ... ١٥٩

الاختلاف فى تقدم التغير ... ١٧١

الاختلاف فى تقدم التلف على البيع وتأخره عنه ... ١٧٢

بيع المجهول مع الضميمه ... ١٨٤

فيما كان المجهول تابعاً ... ١٩٧

الانذار للظروف ... ٢٠٧

بيع المظروف مع ظرفه ... ٢٢٣

دفع المال إلى الغير لصرفه على طائفه ... ٢٣٨

الاحتكار ... ٢٤٧

القول فى الخيار وأقسامه وأحكامه، وفيه مقدمتان: ... ٢٤٨

الأولى: الخيار لغه واصطلاحاً ... ٢٤٨

الفرق بين الخيار والاختيار ... ٢٧٠

فى معنى الخيار فى المعاملات ... ٢٧٥

توجيه ما ذكر فى تعريف الخيار ... ٢٧٨

الخيار هو التمکن على فسخ النافذ بنحو الحق ... ٢٨١

الثانيه: الأصل فى البيع اللزوم ... ٢٨٢

المعانى المحتمله فى الأصل ... ٢٨٢

ما ذكره العلامه فى اصاله اللزوم ... ٢٨٧



توجيه ما ذكره العلامة ... ٢٨٩

رجوع إلى معانى الأصل ... ٢٩٠

التمسك بالعموم والإطلاق عند الشك فى لزوم العقد ... ٢٩١

الاستدلال بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ... ١٩١

الاستدلال بآيه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وآيه «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ... ٢٩٦

الاستدلال بآيات الثلاث ... ٢٩٧

الاستدلال بآيه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» ... ٢٩٨

الاستدلال بروايه «لا يحل مال امرئ مسلم» ... ٣٠٠

الاستدلال بروايه «الناس مسلطون على أموالهم» ... ٣٠٠

التمسك على لزوم العقد بما دل على لزوم الشرط ... ٣٠٢

مقتضى الاستصحاب أيضاً للزوم ... ٣٠٤

تقريب اصاله الجواز وما ذكر فى الجواب ... ٣٠٥

ظاهر المختلف: أن الأصل عدم اللزوم، والمناقشه فيه ... ٣٠٧

دوران العقد بين اللازم والجائز ... ٣٠٨

فى أقسام الخيار:

الأول: فى خيار المجلس ... ٣١٥

المراد ب «المجلس» والدليل على ثبوت هذا الخيار ... ٣١٥

فى خيار المجلس وثبوته للوكيل ... ٣١٦

عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل فى إجراء العقد ... ٣١٩

ثبوت خيار المجلس للموكل ... ٣٢٢



ثبوت الخيار للوكيل المستقل في التصرف المالي ... ٣٢٤

ما هو المراد من التصرف في حاله ثبوت الخيار للموكليين ... ٣٢٧

عدم جواز التفويض إلى الغير ... ٣٣٠

عدم ثبوت الخيار للفضوليين ... ٣٣٢

ثبوت الخيار فيما إذا كان أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً ... ٣٣٣

هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟ ... ٣٣٤

هل يثبت الخيار إن لم تكن العين قابله للبقاء؟ ... ٣٤١

اختصاص خيار المجلس بالبيع ... ٣٤٢

في مبدأ خيار المجلس ... ٣٤٥

مبدأ خيار المجلس في بيع الصرف والسلم ... ٣٤٧

في مسقطات خيار المجلس:

المسقط الأول: اشتراط السقوط في ضمن العقد ... ٣٥٠

المناقشه في شرط سقوط الخيار في عقد البيع ... ٣٥٥

صور اشتراط سقوط خيار المجلس ... ٣٥٩

اشتراط إسقاط الخيار ... ٣٦٣

اعتبار ذكر شرط سقوط الخيار في العقد ... ٣٦٧

إذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه ... ٣٧٢

المسقط الثاني: الإسقاط بعد العقد ... ٣٧٣

لو قال أحدهما: اختر، فاختر الآخر الفسخ انفسخ ... ٣٧٤

المسقط الثالث: افتراق المتبايعين ... ٣٧٨



بماذا يحصل الافتراق من المتبايعين ... ٣٨١

لا اعتبار بالافتراق عن إكراه ... ٣٨٣

الاستدلال على كون المسقط هو الافتراق عن رضا ... ٣٨٥

في افتراق المكره والمختار ... ٣٩٠

لو زال الإكراه ... ٣٩٩

الثانى: خيار الحيوان

خيار الحيوان وعمومه لكلّ ذى حياه ... ٤٠٢

هل يختصّ هذا الخيار بالبيع المعين أو يعمّ الكلّى أيضاً؟ ... ٤٠٤

اختصاص خيار الحيوان بالمشتري ... ٤٠٧

عن السيّد المرتضى وابن طاووس ثبوته للبائع أيضاً ... ٤٠٩

القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مثنماً ... ٤١١

عدم الفرق بين الأمه وغيرها فى مده الخيار ... ٤١٤

مبدأ خيار الحيوان تمام العقد ... ٤١٥

دخول الليلتين المتوسّطتين فى الثلاثه أيام ... ٤٢١

فى مسقطات خيار الحيوان ... ٤٢٣

ص: ٤٤٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات



الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩