



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

الأردن الفقهية في شرح
المعجز الفسقية

المجلد الثاني

البيع والإجازة



آية الله الشيخ ماجد الشكناطي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الدرر الفقهيہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ

نویسنده:

ماجد کاظمی

ناشر چاپی:

دار الہدی

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانہ ای قائمیہ اصفہان

فهرست

٥	فهرست
١٠	الدرر الفقهيہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ المجلد ١٠
١٠	اشارہ
١٠	اشارہ
١٣	(الفصل الثانی)
١٣	اشارہ
١٩	حکم المعاطاہ
٣٥	حکم اختلاف المتعاقدين اجتہاداً أو تقليدياً
٣٧	قاعده ما يضمن بصحيحه
٤٠	هل يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد؟
٤٠	قاعده الخراج بالضمان
٤١	كيفيه الضمان
٤٥	هل الضمان بقيمه يوم المخالفه ام التلف ام الاداء؟
٤٦	هل يلزم الغاصب باعلى القيم ام لا؟
٤٧	في شرائط المتعاقدين
٦١	بحث حول الاكراه
٦٤	حکم عقد الفضولي
٧٣	حکم بيع الفضولي لنفسه
٨٢	حکم ما لو باع غير المملوك مع ملكه
٨٣	كيفيه التسيط
٨٥	اولياء العقد
٩٩	شرائط العوضين
٩٩	(و هنا مسائل)
١٠٩	عدم صحه بيع الوقف

١١٣	عدم جواز بيع ام الولد
١١٤	موارد استثناء بيع ام الولد
١١٧	معلوماته العوضين
١٣٤	(القول فى الاداب)
١٣٤	(و هى اربعه و عشرون)
١٦٣	(الفصل الثالث فى بيع الحيوان)
١٦٣	اشاره
١٩٧	(مسائل)
٢١٥	(الفصل الرابع فى بيع الثمار)
٢١٥	اشاره
٢٢١	جواز بيع ما يخرط
٢٢٢	جواز استثناء ثمره شجره معينه
٢٢٣	(مسائل)
٢٣٥	(الفصل الخامس فى الصرف: و هو بيع الاثمان بمثلها و يشترط فيه التقابض فى المجلس)
٢٣٥	اشاره
٢٤٧	حكم تراب الذهب و الفضه عند الصياغه
٢٤٩	(خاتمته)
٢٥٥	(الفصل السادس فى السلف)
٢٥٥	اشاره
٢٥٨	شروط السلف
٢٦٢	اشتراط قبض الثمن قبل التفرق
٢٧٨	(الفصل السابع فى اقسام البيع بالنسيه الى الاخبار بالثمن و عدمه)
٢٨٥	(الفصل الثامن فى الربا)
٢٨٥	اشاره
٢٩٥	احكام خاصه بالربا
٣٠٤	المناقشه فى الحيل الشرعيه

- ٣١١ حكم الربا في غير البيع
- ٣١٢ (الفصل التاسع في الخيار)
- ٣١٢ اشاره
- ٣١٤ موارد سقوط الخيار
- ٣٣٠ الشرط الفاسد مفسد ام لا؟
- ٣٣٠ بيع الخيار
- ٣٥٠ كيفية الارش
- ٣٤١ شرائط صحة الشروط
- ٣٧٢ كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار
- ٣٧٤ مناقشات هذه الوجوه
- ٣٧٨ (الفصل العاشر)
- ٣٧٨ اشاره
- ٣٩٥ اختلاف الباع والمشتري
- ٣٩٧ ما يدخل في المبيع
- ٤٠١ (الرابع في اختلافهما)
- ٤٠٥ الاطلاق ينصرف الى المعتاد
- ٤١١ (كتاب الدين)
- ٤١١ اشاره
- ٤١٣ و الدرهم منه بثمانية عشر درهما
- ٤١٥ اعتبار الايجاب و القبول في تحقق القرض
- ٤١٧ عدم جواز اشتراط النفع
- ٤٢٣ شروط المقرض و المقترض
- ٤٢٤ و كلما تتساوى أجزاؤه يثبت في الذمه مثله
- ٤٢٤ و بالقبض يملك فله رد مثله
- ٤٢٧ و هل يلزم اشتراط الأجل فيه؟
- ٤٢٩ وجوب نيه القضاء

- ٤٣٣ و لا يصح قسمه الدين بل الحاصل لهما
- ٤٣٤ و يصح بيعه بحال لا بمؤجل و بزياده و نقيصه
- ٤٣٦ ما هو المراد من بيع الدين بالدين؟
- ٤٤١ و لا تحل الديون المؤجله بحجر المفلس
- ٤٤٣ حكم تركه الميت
- ٤٤٤ و للمالك انتزاع السلعه فى الفس
- ٤٤٧ و لو وجدت العين ناقصه بفعل المفلس
- ٤٤٨ و لا يقبل إقراره فى حال التفليس
- ٤٥١ و يحبس لو ادعى الإعسار حتى يثبتته
- ٤٥٣ و لا تباع داره و لا خادمه و لا ثياب تجمله
- ٤٥٦ (القسم الثانى دين العبد)
- ٤٥٧ و يقتصر المملوك فى التجاره على محل الاذن
- ٤٥٧ و ليس له الاستدانه بالإذن فى التجاره
- ٤٥٩ حكم ما لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك
- ٤٦٠ كتاب الاجاره
- ٤٦٠ اشاره
- ٤٦١ الفصل الأول فى الايجاب و القبول
- ٤٦٣ الفصل الثانى و هى لازمه من الطرفين
- ٤٦٣ اشاره
- ٤٦٤ حكم الاجاره المعاطاتيه
- ٤٧٧ الفصل الثالث وكل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح اعارته و اجارته
- ٤٨١ الفصل الرابع فى شروط المتعاقدين
- ٤٨٢ الفصل الخامس فى شرائط العوضين
- ٤٨٢ اشاره
- ٤٨٥ حكم العيب لو ظهر فى العين المستأجره
- ٤٩٥ متى تستقر الاجره؟

٥٠٠ ----- (مسائل)

٥٢٣ ----- الفهرس

٥٣٠ ----- درباره مركز

سرشناسه : كاظمى، ماجد، محقق

عنوان و نام پديدآور : الدرر الفقيهه فى شرح اللمعه دمشقيه / تاليف ماجد الكاظمى. الشارح

مشخصات نشر : قم: دارالهدى، ١٣٩٤. ١٤٣٧ هـ _ ق

مشخصات ظاهري : ١٢٤ ص.

٨ - ٤١٦ - ٤٩٧ - ٩٦٤ - ٩٧٨ (دوره)

وضيقت فهرست نويسى : برون سپارى.

يادداشت : عربى.

يادداشت : كتابنامه به صورت زيرنويس.

٥٨٢ ص، عربى.

الفهرسه طبق نظام فيبا

الموضوع: الشهيد الاول, محمد بن مكى، ٧٣٤ - ٧٨٦ ق. اللمعه دمشقيه - النقد و التفسير.

الموضوع: الفقه الجعفرى القرن ٨ ق.

التعريف الاضافى: الشهيد الاول, محمد بن مكى، ٧٣٤ - ٧٨٦ ق. اللمعه دمشقيه - الشرح.

الايداع فى المكتبه الوطنيه:

١٣٩٤، ٨٠٤٢٢٣ ل ٩ ش / ٣ / ١٨٢ BP

٣٨٦٧٧٢١ - ٢٩٧ / ٣٤٢

ص: ١

الدرر الفقهي

في شرح

اللمعه دمشقيه

كتاب

البيع والاجاره

الجزء العاشر

ايه الله الشيخ ماجد الكاظمي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الواحد الاحد الفرد الصمد و اشهد ان لا اله الا الله و ان محمداً عبده و رسوله و ان الائمه من بعده ائمة و سادة و قادة و منار الهدى من تمسك بهم لحق و من تخلف عنهم غرق اللهم صل على محمد و على ال محمد الطيبين الابرار .

(الفصل الثاني)

اشاره

(فى عقد البيع و آدابه و هو الايجاب و القبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم) قلت: هاهنا امور:

الاول: فى تعريف البيع و حقيقته.

فنقول: حيث انه ليس للبيع حقيقه شرعيه خاصه فالمرجع فى تشخيص حقيقته هو العرف العام و الظاهر من العرف هو انه مبادله عين بمال او حق و اليه يشير ما فى المصباح (بانه مبادله مال بمال)⁽¹⁾ و هو و ان لم يكن على وجه التحديد على طريقه

ص: ٣

١- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى؛ ج ٢، ص ٦٩ - بيع.

اهل الميزان ألما انه بصدد تفسيره حسب المفهوم العام منه و لا- شك ان المراد من المبادله هى المبادله على وجه التمليك بالعرض

هذا و يعتبر ان يكون المبيع عينا و عدم صحه كونه منفعه أو عملا فانه ان لم يكن هو المتبادر من لفظ البيع على خلاف الاجاره - التى يتبادر منها التعلق بالمنفعه أو العمل- فلا أقل من الشك فى اعتبار ذلك، و معه لا يصح التمسك بالعمومات لأنه تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه، و هو لا يجوز لأن الحكم لا يتكفل اثبات موضوعه.

و لا يشترط فى الثمن ان يكون عينا بل يصح ان يكون منفعه او عملا او حقا لعدم احتمال اعتبار ذلك فى المفهوم العرفى للبيع.

نعم لا يبعد شمول المعوض فى البيع لغير المال من الحقوق القابله للانتقال - بناءً على ان الحقوق خارجه عن مفهوم المال و ان كان العقلاء يبذلون فى مقابلها المال و ان كان الصحيح ان الحقوق القابله للانتقال و التى تقابل بالعرض مال حيث ان مفهوم المال عرفى ايضا - بخلاف المنافع و الاعمال لانها اشبه بالعين من حيث انقطاعها عن الباع و انتقالها الى المشتري كاملا .

و اما الحقوق غير القابله للانتقال فلا تدخل فى مفهوم البيع عرفاً و مثلها الحقوق غير القابله للانتقال لكنها قابله للاسقاط فانها ايضا لا تدخل فى مفهوم البيع بعد كونه عرفاً مبادله مال بمال و لا مبادله هنا.

و تفسير المصنف له: من كونه نقل الملك بعوض معلوم تفسير باللازم فاللازم من المبادله هو حصول النقل مضافاً الى ان المراد من النقل هنا هو النقل المقابل بالعوض لا مطلق النقل و هو عين المبادله نعم تقييده بالملك محل اشكال لعدم كون كل ملك مالاً- لكن لا- يخفى ان الملك غالباً مال و اليه ينصرف ما فى التعريف فلا اشكال و بذلك تبين ان تعريفه بمبادله مال بمال أو تمليك عين بعوض معلوم أو نقل ملك بعوض معلوم يراد منه شىء واحد كما تقدم توضيحه و الى ما ذكرنا يرجع قول المفيد: (ينعقد البيع على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له (...)(1) و قوله فيما يملكان التبايع له شامل للحقوق التى تقابل بالمال ايضاً هذا و لا يخفى ان ما اسقط الشرع المقدس ماليته لا يجوز بيعه و لا يقابل بالمال كما فى الميتة و قد تقدم ان عبيد الله بن عمر حينما قتل فى صفين و كان فى جيش معاويه لعنه الله كلمت نساؤه معاويه فى جيفته فأمرهن ان يأتين ربيعه فيبدلن فى جيفته عشره آلاف ففعلن ذلك فاستأمرت ربيعه علياً (عليه السلام) فقال: انما جيفته جيفه كلب لا يحل بيعها.(2)

واما تعريفه بانه انتقال عين مملوكه من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى كما فى المبسوط و السرائر(3) فهو تعريف بلوازم البيع من حصول اثره و هو الانتقال و مثله فى الضعف تعريفه بانه العقد الدال على الانتقال المذكور كما

ص: ٥

١- المقنعه ص ٥٩١ و المختلف عنه ج/٥ ص ٨٤ و الجواهر ص ٢١٠ ج/٢٢

٢- النجعه فى شرح اللمعه؛ ج ٧، ص: ٩

٣- الجواهر ج/٢٢ ص ٢٠٣

عن ابي الصلاح و ابن حمزه(1) و فى معناه انه: الايجاب و القبول ... و لا يخفى ما فيه فانه تعريف للعقد و ليس تعريفاً للبيع كما فعله المصنف (ره) هنا فقال: عقد البيع هو الايجاب و القبول الدالان على نقل الملك فجعل الايجاب و القبول تفسيراً و نقل الملك تفسيراً للبيع و لا يخفى الفرق بين عقد البيع و ذات البيع فالعقد انما هو كاشف عن البيع و دال عليه لا نفسه و لا شك ان العقد متقوم بركنين: و هما الايجاب و القبول كما وانه لا- شك فى ان من اوضح مصاديق ما يحصل به الايجاب و القبول هو اللفظ الصريح فى افاده المقصود و هى صيغته الفعل الماضى - بعت و قبلت- لكن ليس من دليل تعبدى يعين لنا حصول الايجاب و القبول بتلك الصيغه لا غير بل هما امران عرفيان يحصلان باى دال مفهم عرفاً و لو لم يكن لفظاً .

الثانى: فى شروط عقد البيع

١- يعتبر فى البيع الإيجاب و القبول وذلك لأنه عقد و ليس إيقاعاً، و هو متقوم بهما.

٢- و بكل ما يدلّ عليهما و لو لم يكن صريحا أو كان ملحونا أو ليس بعربى و لا بماض و ذلك لأنه بعد ظهور اللفظ فى البيع و صدق عنوانه- و لو كان الاستعمال

ص:٦

١- الجواهر ج/٢٢ ص ٢٠٤

بنحو المجاز أو الكناية- يشمله إطلاق أدلّه الامضاء كقوله تعالى: {أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ} (١).

ومع الأصل اللفظي المذكور لا تصل النوبه إلى الأصل العملي المقتضى للاقتصار على القدر المتيقن لاستصحاب عدم ترتب الأثر عند الانشاء بغيره.

لا يقال: ان الأصل العملي- كالأصل اللفظي- يقتضى نفى شرطيه ما يشك في شرطيته، فإنّ حديث الرفع يعم الأحكام الوضعيه أيضا حيث طبّقه الامام (عليه السلام) لنفى الصّحّه عن الحلف المكره عليه، كما في صحيحه صفوان و البزنطى جميعا عن أبى الحسن (عليه السلام) (٢). و بارتفاع الشرطيه المشكوكه بالبراءه لا يبقى مجال للتمسك بأصالة عدم ترتب الأثر لأنّ الشك فيه مسبب عن الشك في الشرطيه.

فإنّه يقال: إنّ الشك في الشرطيه يرجع في الحقيقه إلى الشك في ترتب الأثر على الفاقد للقيّد المحتمل اعتباره، و الأصل في مثله لا يقتضى البراءه بل عدم ترتب الأثر.

و بكلمه اخرى: ان مرجع الشك في الشرطيه إلى علم و شك، أى إلى علم بأن الواجد للقيّد يترتب عليه الأثر جزما، و شك في ترتبه على الفاقد، و عند الشك في ترتب الأثر لا معنى للبراءه.

ص: ٧

١- البقره: ٢٧٥

٢- وسائل الشيعه ١٦: ١٦٤ الباب ١٢ من كتاب الإيمان الحديث ١٢

و بهذا يتضح الفارق بين المقام و مسأله الشك بين الأقل و الأكثر الارتباطين حيث يتمسك فيها بالبراءه.

و الفارق: أنه فى تلك المسأله يرجع الشك إلى العلم بتعلق التكليف بتسعه أجزاء مثلا- و الشك فى تعلقه بما زاد، و البراءه تقتضى نفي ذلك لأنّ لازمه ثبوت الكلفه الزائده، و حيث إنّها مشكوكه فيمكن نفيها بالبراءه. و هذا بخلافه فى المقام فإنّ مرجع الشك إلى العلم بترتب الأثر و الامضاء على الواجد للقيّد و الشك فى ترتب ذلك على الفاقد، و الأصل عدمه.

٣- و أمّا الجواز بالملحون و غير الماضى أو العربى فلا إطلاق أدلّه الامضاء المتقدّمه.

و دعوى اعتبار العربيه من باب وجوب التأسى بالنبيّ صلّى الله عليه و آله حيث كان يعقد بها، مدفوعه بأنّ التأسى يراد به الإتيان بالفعل على النحو الذى كان يأتى به صلّى الله عليه و آله، و حيث نحتمل ان اجراءه صلّى الله عليه و آله العقد بالعربيه كان من باب اجراء العقد بأحد أساليبه و طرقة فلا يمكن إثبات اللزوم من خلال ذلك و يبقى إطلاق أدلّه الامضاء بلا مقيد.

و دعوى اعتبار الماضويه من جهه صراحه الماضى فى الانشاء بخلاف المضارع و الأمر فإنّهما أشبه بالوعد و الاستدعاء مدفوعه بأنّ الدلاله العرفيه على البيع إذا كانت متحققه فلا محذور فى التمسك بإطلاق أدلّه الامضاء.

ص: ٨

وبذلك تعرف ضعف ما عن المصنف من كون الايجاب والقبول بصيغه الماضى حيث قال:

(و يشترط وقوعهما بلفظ الماضى كبعث و اشترت و ملكته)

ثم قال: (و تكفى الاشاره مع العجز)

اقول: لو قلنا بتعديده الصيغه و عدم كفايه ما هو كاف لدى العرف فاللازم عدم صحه بيع العاجز عن اللفظ لعدم الدليل على كفايه الاشاره و نحوها و لو قلت اننا نقول بصحه البيع لاجل الاضطرار من جهه العجز عن اجراء صيغه قلنا: ان الاضطرار لا يقلب الشىء عما هو عليه فلو لم يكن بيعاً بالاشاره كيف ينقلب بيعاً بالاضطرار و لو كان بيعاً فما هو الدليل على لزوم أمر زائد فيه من لفظ و غيره؟

حكم المعاطاه

٤- و لا يعتبر اللفظ فى تحقق البيع و تكفى المعاطاه , و الملك الحاصل بها لازم لانها بيع حقيقه كما سيأتى تحقيقه و عليه فيعتبر فيها ما يعتبر فى العقد اللفظى من شروط العقد و العوضين و المتعاقدين و تثبت فيها الخيارات كما تثبت فى البيع كما وهى تجرى فى جميع المعاملات إلا ما خرج بالدليل كالطلاق و النذر و اليمين.

و اما قول المصنف (ره): (فلا تكفى المعاطاه)

فيرده انها بيع حقيقه و عرفاً فإى قصور فيها؟ و اى دليل قيد البيع و عقده بالالفاظ الخاصه دون سائر الكواشف العرفيه من الاقوال كافعال الامر و المضارع، والافعال الواضحه الدلاله كالمعاطاه؟ و قد عرفت ان البيع ليس الا امر عرفى و

كذلك عقده الكاشف عنه و قد احل الله تعالى البيع و من اظهر مصاديقه ما كان معمولاً و جارياً في زمن الرسول صلى الله عليه و اله و الائمه الطاهرين عليهم السلام و ليس من شاهد على تقييد تلك البيوع في ذلك الزمان بلفظ خاص بل الشواهد على العكس ففي صحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام) ان الباقر (عليه السلام) قال للتجار (... اني ابيعكم هذا المتاع باثني عشر الفاً فباعهم مساومه) (١) و في خبر جراح المدائني عنه (عليه السلام) (... و لكن ابيعك بكذا و كذا) (٢) و مثله خبر محمد والظاهر انه ابن مسلم عنه (عليه السلام) (٣) و في صحيح يعقوب بن شعيب عنه (عليه السلام) (... و سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه اما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيل مسمى و تعطيني نصف هذا الكيل اما زاد و نقص و اما ان آخذه بذلك؟ قال: نعم لا بأس به) (٤) و في موثق سماعه (سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع قال: لا الا ان يحلب لك سكرجه فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في السكرجه وما في ضروعها بثمان مسمى ...) (٥) و في صحيح رفاعه عن الكاظم (عليه السلام) في خبر حول شراء الجاريه الايقه و انه لا يصلح الا مع الضميمه قال (عليه السلام) فتقول لهم

ص: ١٠

١- الكافي ج ٥ ص ١٩٧ باب ٨٥ من ابواب المعيشه - بيع المرابحه ح/ ٢

٢- المصدر السابق ح/ ٣

٣- المصدر السابق ح/ ٤

٤- الكافي ج ٥ ص ١٩٣ باب ٨٣ من المعيشه ح/ ٢

٥- المصدر السابق ح/ ٦

«اشترى منكم جاريتكم فلانه وهذا المتاع بكذا وكذا درهمًا(١) و في خبر مسمع عن الصادق (عليه السلام) ان امير المؤمنين (عليه السلام) نهى ان يشتري شبكه الصياد يقول: اضرب بشبكتك فما خرج فهو من مالي بكذا وكذا(٢).

اقول: و النهى فيها انما هو من تضمن المعامله للغرر و الاستدلال بها من حيث الصيغه.

و يدل على ذلك صريحاً صحيح محمد بن قيس الاتى فى بيع الفضولى مضافاً الى السيره القطعيه حتى من المتشرعه فان عملهم على خلاف ما يشترطونه فى كتبهم الفقيهيه، اقول و غير ذلك من الاخبار مما هو كثير(٣) مما اشتمل على صيغه المضارع و الامر و قد ورد كفايه صيغه الامر حتى فى النكاح مما هو شديد و هو يحتاط له فراجع.

هذا و الاصل فى لابديه الالفاظ مع كونها بصيغه الماضى والايجاب والقبول و غيرها من الشرائط كتقدم الايجاب على القبول هو الشيخ فى المبسوط و الخلاف قال فى المبسوط (فأما البيع فان تقدم الايجاب فقال: بعتك و قال قبلت صح بلا خلاف و ان تقدم القبول فقال: بعنيه بألف فقال بعتك صح و الاقوى عندى لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت فاذا ثبت ذلك فكل ما يجرى بين الناس انما هو استباحات و تراض دون ان يكون ذلك بيعاً منعقداً مثل ان يعطى

ص: ١١

١- المصدر السابق ح / ٩

٢- المصدر السابق ح / ١٠

٣- راجع النجعه باب المتاجر ص ٦١ و ص ٦٠

الخباز درهماً فيعطيه الخبر أو قطعه للبقلی فيناوله البقله و ما اشبه ذلك و لو ان كل واحد منهما رجع في ما اعطاه كان له ذلك لانه ليس بعقد صحيح هو بيع(١) و قال في الخلاف بعد اشتراطه تأخر القبول «و قال ابو حنيفه ان كان القبول بلفظ الخبر مثل: اشتریت منك و ابتعت منك صحح و ان كان بلفظ الامر لم يصح»(٢) و تبعه من تأخر عنه مع انه لا اصل له عقلاً و لا شرعاً و لا عرفاً و انما الاصل في ذلك العامه و لم يقل احد به من علمائنا قبل الشيخ بذلك و قد تقدمت اليك عبارته المفيد (ره) و قال ايضاً «اذا تقاول اثنان في ابتياع شيء و تراضيا بالبيع و تقابضا و لم يفترقا بالمكان لم يتم البيع بينهما بذلك و ان افترقا من غير تقابض كان العقد بينهما على ما وصفناه فالبيع ماض الا ان يعرض فيه ما يبيح فسخه نحو ما ذكرناه»(٣) فتراه جعل البيع عبارته عن مجرد تقاول بأي لفظ كان لكن يشترط في لزومه انقضاء خيار المجلس بافتراق ما.

ص: ١٢

١- المبسوط في فقه الإماميه؛ ج ٢، ص ٨٧؛ فصل: في بيع الخيار . اقول: و عبارته المبسوط شاهده على ان في ذلك الزمان و ما قبله من الازمان لم يكن للصيغه عين و لا اثر فلاحظ. و يقال له: اذا كيف احل الله تعالى البيع الذي لا وجود له بين الناس بل و لا يوقعونه الا فيما شد و ندر.

٢- الخلاف؛ ج ٣، ص ٤٠؛ مسأله ٥٦

٣- المقنعه (للشيخ المفيد)؛ ص ٥٩٢؛ ٣ باب عقود البيوع.

هذا و الاقوال فى المعاطاه كما نقلها الشيخ الأعمم قدس سره سته أهمها: إفادتها الملك اللآزم، و إفادتها الملك الجائر، و إفادتها لإباحه التصرف لا غير(١).

و استدل لصحه المعاطاه بوجه:

الاول: التمسك بإطلاق قوله تعالى {أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ} (٢) بتقريب ان المراد من حلّيه البيع أمّا الحلّيه الوضعيه- كما تقتضيها نسيه الحل إلى الأمر الاعتبارى دون الفعل الخارجى- و بذلك يثبت المطلوب، لأنها عباره عن النفوذ و الامضاء، أو الحلّيه التكليفيه- التى تقتضيها وحده السياق حيث يرد من تحريم الربا تحريمه تكليفا بل و يقتضيها ظهور الحلّ نفسه فى ذلك - و بذلك يثبت المطلوب أيضا، لأنّ الحلّ التكليفى ليس منسوبا إلى البيع نفسه لعدم احتمال حرمة تكليفا ليدفع بإثبات جوازه بل هو منسوب إلى التصرفات المترتبه عليه، و لازم إباحه جميع التصرفات المترتبه عليه صحته و إفادته للملك.

ص: ١٣

١- كتاب المكاسب ١: ٢٤٧، انتشارات إسماعيليان

٢- البقره: ٢٧٥

وقد اختار الشيخ الأعظم قدس سره الثانى يعنى إرادته الحل التكليفى وقرب الدلاله بما ذكرناه(١).

الثانى: التمسك بإطلاق المستثنى فى قوله تعالى { لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ } (٢) بتقريب ان الأكل كناية عن التملك والاستيلاء، فكل تملك بالأسباب الباطله منهى عنه إلا ان تكون تجاره عن تراض، وحيث ان المعاطاه مصداق للتجاره عن تراض فتثبت صحتها بالبيانين السابقين.

الثالث: التمسك بإطلاق قوله تعالى { أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } (٣) فإن المعاطاه عقد، غايته عقد فعلى لا قولى، و الوفاء بالعقد عباره اخرى عن إتمامه و عدم نقضه فيثبت وجوب الوفاء بالمعاطاه و عدم جواز نقضها و من ثم تثبت إفاده المعاطاه للملك بل اللزوم بخلاف الآيتين السابقتين فإنه قد يشكك فى دلالتهما على اللزوم.

الرابع: التمسك بسيره العقلاء على ترتيب آثار الملك اللانزم على المعاطاه، فإن سيره المتشرع و ان أمكن التشكيك فى اتصالها بزمن المعصوم (عليه السلام) باعتبار ان الفقهاء قبل زمن المحقق الثانى كانوا يفتون بعدم إفادتها للملك، و معه لا يمكن

ص: ١٤

١- كتاب المكاسب ١: ٢٤٨، انتشارات إسماعيليان

٢- النساء: ٢٩

٣- المائدة: ١

الجزم بانعقادها بوصف أنهم متشرع على إفادتها الملك إلا ان سيره العقلاء لا مجال للتشكيك في انعقادها، و بعدم ثبوت الردع عنها يثبت الامضاء.

لا يقال: الردع ثابت بروايه خالد بن الحجاج: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل يجي ء فيقول: اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا، قال: أليس ان شاء ترك و ان شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس، أنما يحلّ الكلام و يحرم الكلام»⁽¹⁾، فإنّ لازم حصر المحلّ بالكلام عدم انعقاد البيع بالمعاطاه.

فإنه يقال: هذا مبنيّ على ان المراد: لا- يكون الشئ ء حلالا- أو حراما بمجرد القصد أو الفعل، و هذا باطل جزما، فإنّ إباحه التصرّف في المعاطاه ثابتة جزما و لا تحتمل حرمة التصرّف عند افتراض رضا المالك بالتصرّف، مضافا الى ان هذا المعنى لا يتناسب و مورد الروايه.

و الصحيح تفسيرها بأن من طلب من غيره اشتراء شئ ء له من غيره فمتى ما كان الكلام الدائر بينهما على مستوى المقاوله و المواعده فهو كلام محلّ، و متى ما كان على مستوى إيجاب البيع و إيقاعه قبل الشراء من الغير فهو كلام محرّم. و بناء عليه تكون الروايه أجنبه عن المقام و مرتبطه بمسأله من باع ثم ملك.

على ان مثل السيره المذكوره لاستحكامها القوى لا تكفي في تحقّق الردع عنها روايه واحده ذات لسان غير صريح.

ص: ١٥

١- وسائل الشيعه ١٢: ٣٧٦ الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ٤

ثم ان الملك الحاصل بها لازم لما تقدم من انها بيع حقيقه مضافا لس السيره اذ كما هي منعقدہ على حصول الملك بها كذلك هي منعقدہ على كونه لازما , و آيه الأمر بالوفاء بالعقود بالبيان المتقدم.

و مع التنزل و فرض الشك في كون الملك الحاصل بها لازما أو جائزا فلا بد من الحكم باللزوم لأصالة اللزوم التي يمكن الاستدلال لها بعدّه وجوه منها:

أ- التمسك باستصحاب بقاء الملك و عدم زواله بفسخ أحد الطرفين بدون رضا صاحبه.

لا يقال: لا يجرى الاستصحاب لأنّ الملك الجائر يجرم بعدم بقائه، و اللّازم يشك في أصل حدوثه.

فإنّه يقال: ان الجواز واللزوم من احكام الملكيه العارضه عليها فنحن نستصحب بقاء تلك الملكيه التي حدثت بالمعاطاه حيث نشك في ارتفاعها و بقائها .

وقد يقال: ان هذا الاستصحاب يكون من قبيل استصحاب الكلى من القسم الثانى . قلت: لا ربط لهذا الاستصحاب باستصحاب الكلى من القسم الثانى وذلك لان الظاهر من ادله الاستصحاب انها مختصه باستصحاب الافراد ولا نعم استصحاب الكليات لا اقل من انصرافها الى ذلك وكل الامثله التي تذكر لتقريب استصحاب الكلى من موارد العلم الاجمالي وتابعه لاحكامه مثلا العلم بنجاسه مردده بين

البول الذى يجب غسله بالقليل مرتين وبين الدم الذى يكفى غسله مره واحده لايمكن فيه استصحاب الفرد لعدم العلم به ولا الكلى لان قوله (عليه السلام) «لا تنقض اليقين بالشك..» لايشمل العلم بالجامع لعدم ظهوره فيه او لا اقل انه منصرف عنه هذا اولا وثانيا هذا العلم الاجمالي ينحل بعد غسله مره واحده فلا علم لنا بالنجاسه حتى تستصحب لانا كنا نعلم بنجاسه يجب غسلها مره واحده يقينا ولانعلم بوجود غسلها اكثر من ذلك بل تجرى البراءه فى ذلك، ولو استبدلنا المثال بمثال اخر مثل خروج رطوبه من متطهر مردده بين البول والمنى يعلم بحصول حدث مردد بين الاكبر والاصغر فهنا تجرى قاعده الاشتغال من وجوب الجمع بين الغسل والوضوء ولاربط لها باستصحاب الحدث بعد الغسل او الوضوء وهكذا كل الامثله المطروحه لاستصحاب الكلى، ففى مثال الفيل والبق من استصحاب القسم الثانى من الكلى فان المستصحب اما الاثر المترتب على الخصوصيه او الجامع والاوّل غير مراد والثانى ينحل الى العلم التفصلى لو كان مرددا بين الاقل والاكثر فلا استصحاب.

ثم ان جريان استصحاب بقاء الملك مبنى على جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمه و عدم معارضه اصاله بقاء المجعول بأصاله عدم الجعل الزائد كما هو المختار وقد تقدم الكلام فيه فى باب الطهاره.

ب- التمسك بعموم الحديث النبوي: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١) بتقريب ان مقتضى السلطنة عدم زوال الملكيه عن المالك بغير اختياره، و من المعلوم ان جواز الفسخ و التملك بدون رضا المالك مناف لسلطنته فلا يكون جائزا.

و الوجه المذكور وجيه بناء على صحه سند الحديث و لكنّه ضعيف لأنه لم يرو إلا في عوالي اللآلى وبشكل مرسل.

ج- التمسك بحديث النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبه نفسه»^(٢)، فإنّ الفسخ و أخذ المال من مالكة السابق بدون رضاه ليس بحلال بمقتضى الحديث.

د- التمسك بقوله تعالى { لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ }^(٣) فإنّ الفسخ و أخذ المال من مالكة السابق بدون رضاه ليس تجاره عن تراض فيدخل تحت أكل المال بالباطل المنهى عنه.

ه- التمسك بعموم قوله تعالى { أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }^(٤) بالبيان المتقدم.

ص: ١٨

١- عوالي اللآلى ١: ٢٢٢، ٤٥٧، و ٢: ١٣٨، و ٣: ٢٠٨

٢- وسائل الشيعة ١٩: ٣ الباب ١ من أبواب القصاص في النفس الحديث ٣

٣- النساء: ٢٩

٤- المائدة: ١

وبذلك يظهر أنه يعتبر في المعاطاه كل ما يعتبر في العقد اللفظي من شروط وذلك لأنه بعد ما كانت مصداقا عرفا للعقد و البيع فيثبت لها كل ما يثبت لهما تمسكا بالإطلاق , و منه يتضح ايضا الوجه في ثبوت الخيارات فيها وجريانها في جميع المعاملات بعد ما كانت مصداقا حقيقيا لكل فرد من أفراد المعاملات فيشملها إطلاق دليل إمضاء تلك المعامله و أحكامها الا ما خرج بالدليل كالطلاق والنذر وغيرهما الدال على اعتبار اللفظ في كل واحد منها حسبما يأتي في محلّه ان شاء الله تعالى.

هذا و لو قلنا بعدم كفايه المعاطاه في تحقق البيع فالقاعده تقتضى حرمه تصرف كل منهما في مال الاخر الا اذا قامت القرينه على اباحه كل منهما للآخر التصرف في ماله و لعله لاجل القرينه قال المصنف:

(نعم يباح التصرف و يجوز الرجوع- فيها- مع بقاء العين)

لانها مباحه عند المشتري و مادامت العين باقيه يجوز لصاحبها الرجوع فيها نعم مع تلفها و بسبب من البايع حيث انه اباح للغير تلفها لا ضمان على الغير فلا يجوز له الرجوع اليه .

٥- هذا و يعتبر التطابق بين الايجاب و القبول دون الموالاه بينهما أو تأخر القبول و ذلك لتوقف صدق عنوان العقد و البيع و التجاره عن تراض على ذلك.

٦- و اما الموالاه فقد قال جماعه- منهم الشهيد الأوّل في قواعده(١)- باعتبارها.

ص: ١٩

ووجه الشيخ الأعظم ذلك بأن الإيجاب والقبول بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض، ومع الفاصل الطويل لا يصدق عنوان العقد (١).

وفيه: انه يكفي صدق عنوان المعاقده ما دام الموجب لم يعرض عن إيجابه حتى مع تخلل الفاصل الطويل.

و استدلال صاحب المنية لاعتبار الموالاه بأن حقيقه العقد خلع و لبس، فالموجب يخلع ثوب سلطانه على المال و يلبسه القابل، و مع تحقق الفاصل يتحقق الخلع بلا لبس، و من ثم لا يتحقق العقد لأنه عباره عن مجموع الخلع و اللبس دون الخلع وحده (٢).

وفيه: أن اللبس إذا تحقق و لو بعد فاصل طويل يصدق آنذاك تحقق اللبس و الخلع و من ثم يصدق في ذلك الوقت تحقق العقد.

على ان اللبس و الخلع في اعتبار الموجب متحققان بمجرد قوله بعت و لو لم ينضم القبول، و في اعتبار الشرع و العقلاء لم يتحقق خلع قبل القبول بل يتحقق هو و اللبس بعد القبول، فالانفكاك غير متصور في كلا الاعتبارين.

ص: ٢٠

١- كتاب المكاسب ١: ٢٩٢، انتشارات إسماعيليان

٢- منية الطالب ١: ١١١

و عليه فالصحيح صحه القبول حتى مع الفصل الطويل ما دام الموجب لم يتراجع عن إيجابه.

٧- و اما جواز تأخر الايجاب فلائن عنوان البيع و العقد صادقان مع التأخر أيضا، و معه يتمسك بإطلاق دليل إمضاءهما.

هذا و لكن الشيخ الأعمش فضيل بين ما إذا كان القبول المتقدم بمثل لفظ قبلت فلا يجوز و بين ما إذا كان بمثل لفظ اشتريت فيجوز بتقريب أنه يعتبر في القبول دلالة على أمرين: الرضا بالايجاب و إنشاء القابل نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيه، و مع تقدم لفظ قبلت لا تكون الدلالة على الأمر الثاني ثابتة، و هذا بخلاف ما إذا كان القبول المتقدم بمثل لفظ اشتريت فإن دلالة على كلا الأمرين ثابتة بالرغم من تقدمه (١).

و فيه: ان المهم صدق عنوان العقد و البيع، و هو متحقق حاله تقدم القبول مطلقا، و مع تحققه يتمسك بإطلاق دليل الامضاء.

٨- (و لا يشترط تقديم الايجاب) لما تقدم (و ان كان احسن)

ص: ٢١

١- كتاب المكاسب ١: ٢٨٦، انتشارات إسماعيليان

عند المصنّف و مقصوده من الاحسنيه رعايه جانب الاحتياط و الّا فلا معنى للاحسنيه وقد عرفت انه لا اصل له فلا معنى لرعايه الاحتياط فيه على القول برجحان الاحتياط.

٩- هذا و من جمله ما يعتبر فى العقد التنجيز و عدم صحّحه العقد مع التعليق صرح بذلك الشيخ و ابن ادريس و من بعده العلامة و المصنّف (١) و استدلوا على ذلك بانه ينافى الجزم لانه يعرّض العقد لعدم الحصول, و لو قدر العلم بحصوله. و استدل بعضهم بانصراف ادله المعاملات عن التعليق فقال: و الحكم بالبطلان لقصور دليل الامضاء لا لمانع خارجى و لذا لا يصح البيع بتمليك الشىء للاخر مستقبلاً حتى فيما كان الجعل بنحو الواجب المعلق حيث ان تمليك العين مؤقتاً غير معهود عند العقلاء بخلاف تمليك المنفعه، ثم قال: و لا يبعد ان يكون التعليق حالاً او استقبالاً موجباً لكون البيع غررياً الّا ان هذا الدليل لا يجرى فى جميع العقود فضلاً عن الايقاعات .

اقول: و لا يخفى ما فيه من اشكال اما دعوى قصور ادله العقود فلا دليل و لا شاهد لها بعد كون العقد المعلق امراً عرفياً عقلائياً و قابلاً للجعل من قبل العقلاء نعم دعوى الغرر صحيحه .

ص: ٢٢

١- المبسوط ج ٢ ص ٨١؛ السرائر ج ٣ ص ١٥٨؛ التذكرة ج ٢ ص ٤٣٣؛ القواعد ج ٢ ص ٤؛ الدروس ص ٢٢٩ .

هذا و يدل على شرطيه التنجيز ما ورد فى بعض الاخبار «اذا اوجبه»^(١) الظاهر فى التنجيز لا التعليق و الحاصل هو شرطيه التنجيز فى العقود نعم التعليق على ما هو معلق عليه العقد فى الواقع لا- يضر بتنجز المعامله لتحقيقها عرفاً كما لو قال هى طالق ان كانت زوجتى هذا فى الايقاعات و مثلها العقود بلا فرق.

و استدلل عليه بعدّه وجوه ضعيفه منها:

أ- ما افيد فى الجواهر من ان ظاهر دليل وجوب الوفاء بالعقد هو ترتّب وجوب الوفاء من حين تحقّقه، فإذا لم يشمله من حين تحقّقه و لم يجب الوفاء به من حين حدوثه- لفرض التعليق- فلا دليل على ترتّب الأثر و وجوب الوفاء بعد ذلك^(٢).

وفيه: أننا نلتزم بترتّب وجوب الوفاء من حين تحقّق العقد، بيد ان وجوب الوفاء يعنى الالتزام بمدلول العقد، و مدلوله قد يكون هو النقل من حين تحقّق العقد فيلزم الحكم بتحقّق النقل من ذلك الحين، و قد يكون هو النقل بعد حصول المعلق عليه فيلزم الحكم بتحقّق النقل عند تحقّق المعلق عليه.

ص: ٢٣

١- كما فى بعض روايات خيار المجلس فلما استوجبته مشيت خطئى ليجب البيع.

٢- جواهر الكلام ٢٣: ١٩٨

ب- ما أشار إليه السيد العاملي من ان الأسباب الشرعيه لِمَا كانت توقيفيه فيلزم الاقتصار فيها على القدر المتيقن و هو العقد العارى من التعليق(١).

و فيه: ان العمل بإطلاق أدلّه الامضاء كاف في تحقّق التوقيف.

ج- ما أفاده صاحب المنيه من ان العقود المتعارفه هي المنجزه، و المعلقه ليست متداوله إلّا لدى الملوك و الدول أحياناً، و أدلّه الامضاء منصرفه إلى العقود المتعارفه(٢). و فيه: ان صغرى الدعوى المذكوره لم تثبت تماميتها.

د- التمسك بالإجماع المدعى فى المسأله . و فيه: ان الاتفاق لو تمّ واقعا فهو ليس حجّه لعدم كاشفيتها عن رأى المعصوم (عليه السلام) بعد كونه محتمل الاستناد إلى المدارك السابقه , و عليه فالحكم باعتبار التنجيز غير صحيح .

ثم انه قيل: و من جمله شروط البيع ان يقع كل من الايجاب و القبول فى حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء و استدلوا لذلك بعدم حصول معنى المعاقده لولا ذلك اقول: اذا فالشرط هو حصول المعاقده لا غير على فرض صحه هذه الدعوى .

حصيله البحث:

ص: ٢٤

١- مفتاح الكرامه ٤: ١٦٦

٢- منيه الطالب ١: ١١٣

حقيقه البيع: انه مبادله عين بمال او حق , و يعتبر ان يكون المبيع عيناً و لا يصح كونه منفعه أو عملاً, و لا يبعد شمول المعوض فى البيع لغير المال من الحقوق القابله للانتقال و لا يشترط فى الثمن ان يكون عيناً بل يصح ان يكون منفعه او عملاً او حقاً.

و يعتبر فى البيع الإيجاب و القبول و يتحقق بكلّ ما يدلّ عليهما عرفاً و لو لم يكن صريحاً أو كان ملحوناً أو ليس بعربى و لا بماض و بالمعاطاه، و تكفى الإشاره للاخرس بل لغيره اذا كانت مفهمه و لا يشترط تقديم الإيجاب على القبول و يعتبر التطابق بين الايجاب و القبول دون الموالاه بينهما ما دام الموجب لم يعرض عن إيجابه حتّى مع تخلّل الفصل الطويل. و يعتبر فى العقد التنجيز فلا يصح العقد مع التعليق.

حكم اختلاف المتعاقدين اجتهاداً او تقليداً

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً او تقليداً فى شروط تحقق البيع فهل يجوز ان يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه ام لا؟ الصحيح ذلك و ذلك فانه و ان كانت المعامله الواحده لا تتبعض فى الصحه و الفساد بالاضافه الى المتعاملين من حيث الواقع حيث لا تبدل فى الشرائط المعتره فى المعامله لكن التفكيك بين المتعاملين فى صحه المعامله و فسادها بالحكم الظاهرى امر ممكن حيث لا- بعد فى قيام حجه عن احدهما بصحه المعامله المفروضه و عند الاخر على بطلانها فيعمل كل منهما على طبق الحجه القائمه عنده و حينئذ ان لم يلزم من عملهما على طبقهما التخاصم و التشاجر فهو و الا يكون المورد من الموارد التى يرجع فيها الى الحاكم

و هو يحكم بينهما حسب رأيه سواء كانا مجتهدين او مقلدين لإعتبار قضائه في حق كل منهما كما دلت عليه المقبوله.

ويبقى الكلام في ترتيب آثار الصحه لمن يعلم ببطلانه فهل تترتب ام لا؟ قيل بترتيبها استناداً الى السيره الجاريه بين المسلمين اولاً و لصحيح ابن ابي عمير و هو من اصحاب الاجماع عن ابي الحسن الحذاء قال: (كنت عند ابي عبدالله (عليه السلام) فسألني رجل ما فعل غريمك قال ذاك ابن الفاعله فنظر اليّ ابو عبدالله (عليه السلام) نظراً شديداً قال فقلت جعلت فداك انه مجوسى امه اخته فقال او ليس ذاك في دينهم نكاحاً) (1) و مقتضاه ترتيب آثار الصحه على ذلك النكاح بعد اعتقادهم بصحته و ان كان في الواقع باطلاً.

اقول: اما السيره فشمولها لما نحن فيه محل تامل و اما الصحيح فالظاهر دلالتها اذا الغاينا خصوصيه المورد و هو محل منع وذلك لانه يلزم التعامل مع اهل كل دين بما يلتزمون به فلا عموميه لذلك.

حصيله البحث: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً او تقليداً في شروط تحقق البيع عمل كل منهما بما يقتضيه مذهبه, و لا يجوز ترتيب آثار الصحه لمن يعلم ببطلانه الا مع المخالفين او غير المسلمين فانه يلزم التعامل مع اهل كل دين بما يلتزمون به.

ص: ٢٦

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٢٤٠ باب كراهيه قذف من ليس على الإسلام

ثم ان المقبوض بالعقد الفاسد هل يكون مضموناً على المشتري ام لا؟ استدلال على الضمان بقاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

اقول: و حيث ان القاعده لا دليل عليها لا اصلاً ولا عكساً يعنى ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده بل لا تخلو من غموض فهل المراد بها نوع العقد ام صنفه؟ و لا دليل على احدهما كما وانها منقوضه بما لو اوقع العقد مع الصبي او المجنون و هو لا يعلم بصباوته او جنونه فصحيح العقد موجب للضمان دون فاسده و لا اقدام فى البين لعدم علمه بهما هذا من جهه اصلها, و اما عكسها فصحيح الهبه لا ضمان فيه الا ان فاسدها فيه الضمان مع تحقق القبض كما هو مقتضى على اليد ما اخذت حتى تؤدى او للسيره العقلانيه , فالملاك هو ما دل عليها فلا بد من النظر الى ادلتها و انها هل تكفى فى الضمان ام لا؟

استدل على الضمان بروايه العامه و بطريق سمره بن جندب و هى مرويه فى كتبنا الفقهيه عن النبي صلى الله عليه واله (على اليد ما اخذت حتى تؤدى) .

اقول: و لضعفها و عدم الجابر لها لا- تكون دليلاً- على المطلوب و استدلال السيد وغيره بها لافحام العامه بما رووه لا لاجل مقبوليتها.

نعم يستدل على ضمان التلف بمرسلة جميل بن دراج الداله على ضمان المشتري لمنفعه الجاربه المستوفاه (١) يعنى استيلادها, و بالاولويه على ضمان نفس الجاربه كما و استدل عليه بسيره العقلاء الجاربه بينهم على الضمان فى غير موارد الاستيمان المالكى او الشرعى و انها لم يردع عنها الشرع المقدس .

و كيف كان فالضمان على قسمين: الاول: معاملى، و الثانى: واقعى و مع فرض انتفائهما لا يمكن الحكم بالضمان و الاول منهما ثابت فى مورد صحيح العقد، و الثانى بحصول الاتلاف، فالتعدى عنهما الى العقد الفاسد لابد له من دليل خاص و هو مفقود نعم قيل انه حاصل بدليل الاقدام لكنه كما ترى فانه لم يقدم على ضمانه بالمثل او القيمه الواقعيه كما و انه اعم من الضمان كما لو اقدم على اخذ العين الموهوبه له مجاناً فبانت ملك الاخر، و اما دليل لا ضرر فلا دلالة له فى المقام حيث ان الضرر ناش عن التلف سواء حكم بالضمان ام لا مع انه معارض بالضرر على الضمان و لا يمكن عموم القاعده لمورد تعارض الضررين.

و اما قاعده احترام المسلم المستفاده من موثقه غياث بن ابراهيم ان امير المؤمنين (عليه السلام) (اتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمه و قال: انه امين) (٢) الداله على عدم ضمان الامين فقد قيل انها لا تختص بالمعامله الصحيحه.

ص: ٢٨

-
- ١- الكافى باب ٩٥ من ابواب المعيشه ح/١٠ و ما رواه زراره ح/ فى نفس الباب ح/١٣ و ما رواه فى التهذيب باب ٦ من التجاره الحديث الاخر و ايضاً ح/٦٧ و ما رواه امالى الشيخ المجلسى ٢٠ ح/١٢ و هذه الاحاديث تثبت المطلوب.
 - ٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٤٣ باب ضمان الصناع

اقول: اذا احرزنا رضا الدافع فلا- اشكال و انما الكلام فى ما اذا لم نحرز رضاه وظاهر الموثقه لا دلالة لها بل ظاهرها ان اعطاء الثياب لصاحب الحمام بالرضا و انما يدعى المدعى خيانه المدعى عليه.

و اما قانون احترام المسلم فهو لوحده لا يمكن ان يكون سبباً للضمان ما لم ينضم اليه اقدام الاخذ اليه و بالتالى فسوف يرجع الى ما تقدم من قانون الاقدام بداهه ان مجرد عدم احترام الشخص لا يدل على ضمانها و هو كاف فى عدم ثبوت اجره المثل.

فالتحقيق فى المقام ان يقال ان الدافع و القابض لمال الاخرين اما ان يكونا عالمين بفساد المعامله , او جاهلين , او الاول عالم و الثانى جاهل , او بالعكس .

فاما الصوره الاولى فبعد علمهما ببطلان المعامله و علم القابض انه لا يستحق التصرف بالمقبوض لا يجوز له ذلك و انه ضامن لو تلف ألما اذا احرز رضا الدافع بتصرفه بلا- عوض و مجاناً و ذلك فانه لا يحل مال امرىء الا عن طيب نفسه و مثلها الصوره الا-خيره و الثانيه, نعم فى الصوره الثانيه لا يمكن القول بضمان القابض بعد جهله و علم الدافع ببطلان المعامله و ذلك لقاعده الغرور. و بذلك يظهر ايضاً ببطلان عكس القاعده يعنى ما لا يضمن يصححه لا يضمن بفساده فبعد كونها لا دليل عليها عدا ما قيل من الاولويه بالنسبه للقاعده الاولى و قد تقدم ببطلانها, و اما هذه فلا اولويه فيها و ذلك فان المأخوذ بالعقد الصحيح كالعاريه هو عدم الضمان بخلاف الفاسد منها فانه بعد عدم امضاء الشرع المقدس لها كيف

يحكم بعدم الضمان فيما لو حصل سببه من التسلط العدواني كما لو كان القابض عالماً ببطلان المعامله.

هل يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد؟

ولا يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد بالوجوب النفسى و اما حرمه التصرف بمال الغير مثل قوله صلى الله عليه و اله الوارد فى صحيح زيد الشحام (لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله الا بطيبه نفسه)^(١) فلا دلالة فيه على نفس الرد بل يدل على حرمه الامساک و ان الرد انما هو للتخلص من الامساک فوجوبه اذاً تخلصى لا نفسى و يكفى التخليه بين المقبوض و بايعه و لو باخباره ان ماله عنده و لو كان هنالك دليل يدل على وجوب الرد فلا قرينه على كون المراد بالرد هو خصوص الايصال بل يعم التخليه.

قاعده الخراج بالضمان

قاعده الخراج بالضمان و التى ذكرها الشيخ فى الخلاف و المبسوط^(٢) و كذلك ابن حمزه^(٣) ضعيفه سنداً حيث انه لم يروها اصحابنا و انما هى فى كتب العامه و لم

ص: ٣٠

١- الوسائل ج/١٩ باب ١ من ابواب القصاص؛ ح/٣

٢- الخلاف؛ ج ٣، ص ١٠٧. المبسوط؛ ج ٢، ص ١٢٦؛ فصل: فى أن الخراج بالضمان.

٣- الوسيه إلى نيل الفضيله؛ ص ٢٤٩

يعمل بها غير من عرفت، و ضعيفه دلالة فيمكن ان يراد بالضمان فيها ضمان المعامله مضافاً الى ما ورد من ردها كما في صحيحه ابى ولاد. (١)

كيفية الضمان

و اما ضمان المثلى و القيمي فبم يكون؟ اقول: بعد كون اصل الضمان مما لا اشكال فيه وقع الخلاف في كونه بالمثل او القيمه فذهب ابن الجنيد الى كون الضمان بالمثل ان اختار صاحبها ذلك و الّا دفع قيمه كانت منذ يوم غضبها الى ان هلكت (٢) و هذه العبارة تعطى انه قائل باعلى القيم لكن لا مطلقاً و عن المرتضى تخيير المالك بين المثل و القيمه و ذكر انه روى انه يلزمه اعلى القيم مده ايام الغضب (٣) و بالمثل معيناً افتى الشيخ في المبسوطين (٤) و تبعه ابن البراج و ابن ادريس (٥) و ابن حمزه (٦) قلت: و لم نقف لهم على دليل بل لعل المثل يكون انقص قيمه يوم الردّ و الغاصب كان سببا له بمعنى أنّه لو كان ماله عنده باعه بأكثر و إنّما

ص: ٣١

١- الكافي باب ١٤٨ من المعيشه ح/٦

٢- مختلف الشيعه في أحكام الشريعه؛ ج ٦، ص ١٣١

٣- المسائل الناصريات؛ ص ٣٨٨

٤- الخلاف؛ ج ٣، ص: ٤١٥؛ المبسوط في فقه الإماميه؛ ج ٣، ص: ١٠٣

٥- السرائر ج/٢ ص ٤٨١؛ و المهذب (لابن البراج)؛ ج ١، ص: ٤٤٧ .

٦- الوسيله ص ٢٧٦؛ الّا انه لم يفصل بين المثلى و القيمي و ان فصل في النماء بين المثلى و القيمي .

المتيقن قبول ردّ العين و لو كان نقصت قيمته فان كان شىء له أجره يعطى أجرته أيضا و إلا فلا بد من التحلل من صاحب الحق. هذا كله فى المثلى.

و اما القيمى فذهب المبسوطان الى اعلى القيم الى يوم التلف(1) و كذلك ابن حمزه و ابن ادريس(2).

اقول: و الذى تدل عليه صحيحه ابى ولاد هو الضمان بالقيمه يوم المخالفه و المفهوم منها هو عدم الفرق بين المثلى و القيمى و ان وردت بالبغل و هذا هو الذى دل عليه العرف فالعرف يرى القيمه ميزانا للاشياء المتلفه و لا يرى المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى و هذا دليل آخر على اطلاق الضمان و يمكن الاستدلال بصحيحه ابى ولاد بعد اعتبار البغل المضمون بالقيمه مثليا فهو و ان قيل انه قيمي ألما ان الصحيح ان العرف لا يراه قيمياً بل مثليا لتوفر مثله بالصفات و المالىه و اذا ثبت ذلك فثبوت القيمه فى القيمى بطريق اولى .

هذا و قد دلت الصحيحه على ضمان منافعه المستوفاه كما دلت على ضمان العين بالقيمه و قد عرفت انه بذلك يعنى: القيمه فى المثلى, افتى الاسكافى و المرتضى و هو المفهوم من الكلينى و انه لم يفت بالمثل معينا ألما الشيخ و من تبعه و لا دليل لهم عدا صحيح صفوان الجمال عن الصادق (عليه السلام) «من وجد ضالّه فلم يعرّفها، ثمّ

ص: ٣٢

١- المختلف ج/٦ ص ٨١ و المبسوط ج/٣ ص ٧٥ و الخلاف ج/٣ ص ٤١٥

٢- السرائر ج/٢ ص ٤٨٢ و الوسيله ص ٢٧٦

وجدت عنده فإنها لربّها و مثلها من مال الذي كتمها»(١) فانه قد يستدل به على تعيين الضمان بالمثل لقوله (عليه السلام) «و مثلها» او «او لمثلها» .

وفيه: ان مورده الضالّه و هي اعم من القيمي و المثلي، و موردها الغصب او ما بحكمه من التعدى مضافا الى انها لا دلالة فيها على تعيين الضمان بالمثل و عليه فالجمع بينها و بين صحيح ابي ولاد هو تخير المالك بمطالبه المثل او القيمه .

و بما تقدم يظهر عدم صحه ما ادعى من الاجماع بضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمه بل المالك مخير بهما في باب الغصب لا مطلقا.

و اما صحيحتا يونس و صفوان من ضمان الدراهم بمثلها و لو سقطت عن المعامله(٢) فلا تعارض ما سبق بل تؤكد بعد كون الدرهم لا يصاغ الا بفضه و عليه فلا معنى لسقوطه عن الماليه بالمره فضمانها بمثلها ضمانها بقيمتها كما لا يعارضها ايضاً خبر يونس الدال على انه يضمونها بالدراهم الرائجه بين الناس(٣) نعم هو ضعيف سنداً بسهل بن زياد و بتفرد محمد بن عيسى عن يونس .

ص: ٣٣

١- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٤١؛ و الفقيه، ج ٣، ص: ٢٩٤، و التهذيب ج ٦ ص ٣٩٣ ح ٢٠؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

٢- وسائل الشيعه؛ ج ١٨، ص ٢٠٦ و ص ٢٠٧؛ باب ٢٠ باب حكم من كان له على غيره دراهم فسقطت حتى لا تنفق بين الناس. ح ١ و ٢ و ٤.

٣- تهذيب الأحكام؛ ج ٧، ص: ١١٦؛ باب ٨

و يشهد للضمان بالقيمه مطلقاً ما دل من الاخبار على الضمان بالقيمه فى الرهن كما فى موثقه ابن بكير قال «سألت ابا عبدالله (عليه السلام) فى الرهن ان كان اكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدى الفضل الى صاحب الرهن و ان كان اقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله و ان كان الرهن سواء فليس عليه شىء»^(١) و هى باطلاقها داله على ما ذكرنا و لا دليل على تقييدها بالقيمه كما و لا قرينه تشهد لذلك و يدل على ذلك ايضاً موثقه سماعه قال سألته عن المملوك بين شركاء- الى ان قال- يقوم قيمه و يضمن الثمن^(٢).

لا- يقال: ان المملوك قيمى, فانه يقال: ما اكثر المثل له و اعتباره قيمى اجتهاد بلا- دليل اصف الى ذلك انه لا تعرض فى الروايات و لا فى فتاوى من تقدم الشيخ على هذا التفصيل بين المثل و القيمى. كما و ان تعريف المثل بالذى تتساوى اجزؤه لا دليل عليه اولاً و لا يساعده العرف ثانياً .

ص: ٣٤

١- الوسائل ج/ ١٣ باب ٧ من ابواب الرهن ح/ ٣

٢- الوسائل ج/ ١٦ باب ١٨ من ابواب العتق ح/ ٥

هل الضمان بقيمه يوم المخالفه ام التلف ام الاداء؟

بقى شيء و هو ان الصحيحه توهم ان الضمان يكون بقيمه يوم المخالفه كما فى موضع من المبسوط (١) و يرد عليه انه من المعلوم انه لو كانت قيمته يوم التلف اكثر من قيمته يوم الغصب فانه ضامن للاكثر و لا وجه لسقوطه اصلا .

اقول: بالتأمل فى الصحيحه يرتفع هذا الاشكال و ذلك لان قوله (عليه السلام) يوم خالفته متعلق بقوله (عليه السلام) يلزمك و بقرينه ما ورد فيها فى تشخيص العيب و انه ضامن له من يوم المخالفه الى يوم الرد ففيها: «فقال: عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم تردّه عليه» (٢).

توضيح ذلك: انه يتردد الأمر بين أن يكون «يوم المخالفه» قيدا للقيمه، و أن يكون قيدا ليلزمك المستفاد من قوله عليه السلام: «نعم» فتكون الروايه ساكنه عن وقت القيمه.

فالنتيجه: أن الصحيحه لا تكون ظاهره فى اعتبار قيمه يوم الغصب، كما ادعى و ذلك لتطرق احتمال قيديّه يوم المخالفه لكل من القيمه و اللزوم. فعلى الأول يكون المدار على قيمه يوم الغصب و على الثانى يكون المعنى: يلزمك يوم

ص: ٣٥

١- المبسوط ج/ ٣ ص ٦٠

٢- الكافى (ط - دار الحديث)، ج ١٠، ص: ٤٦٩

المخالفة قيمه البغل، فتلخص: أنّ الصحيحه إمّا ظاهره فى اعتبار ضمان القيمه، أو مجمله، ولا ظهور لها فى اعتبار يوم الغصب.

و بذلك يظهر ان يوم الغصب يعنى يوم المخالفه, يبدأ الضمان ألّا ان الانتقال الى القيمه لا يكون ألّا بتلف العين حيث انه مع وجود العين يكون ضامناً لنفس العين فاذا تلفت انتقل الضمان الى القيمه لكن ذلك يصلح دليلاً للحكم التكليفى لا الوضعى و انما القاعده تقتضى العبره بيوم الاداء الذى هو يوم افراغ الذمه مضافا الى دلالة الصحيحه على يوم الاداء بفقرتها الثانيه «يوم ترده» .

هل يلزم الغاصب باعلى القيم ام لا؟

هذا و قد تقدم ان المرتضى قال بالقيمه مطلقاً و نسب اعلى القيم الى الروايه و قد عرفت افتاء ابن الجنيد بذلك حتى فى المثلى لكن لا- مطلقاً, و المبسوطين به ايضاً فى القيمى و كذلك ابنا حمزه و ادريس, ثم ان عمل هؤلاء ان كان من اجل هذه الروايه المرسله التى رواها السيد المرتضى كان عملهم جابراً لها لكن الظاهر ان فتواهم انما هو لاقتضاء القاعده ذلك حيث ان الغاصب مفوت لأعلى القيم على المالك و عليه فالاقوى انه ضامن لأعلى القيم الى يوم الرد و للمالك ايضاً مطالبه الغاصب بالمثل .

حصيله البحث:

ص: ٣٦

حكم المقبوض بالعقد الفاسد انه ضامن لو تلف و يحرم امساكه و يكفى فى الرد التخليه بين المقبوض و بين بايعه. و اما قاعدتى ما يضمن بصحيحه و عكسها و الخراج بالضمان فليستا بصحيحتين. و المشهور بين المتأخرين ضمان المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى و الاقوى عدم الفرق بينهما و انه بالقيمه فيهما, نعم للمالك المطالبه بالمثل فى باب الغصب او ما بحكمه من التعدى لا مطلقاً, كما و انه ضامن لكل المنافع المستوفاه و غيرها, كما و ان الغاصب ضامن لأعلى القيم الى يوم الرد .

فى شرائط المتعاقدين

الثالث: فى شرائط المتعاقدين:

الاول و الثانى: البلوغ و العقل كما قال:

(ويشترط فى المتعاقدين الكمال) بالبلوغ و العقل.

اقول: لا اشكال فى كون البلوغ و العقل و الاختيار من شرائط المتعاقدين فى الجمله و تفصيل ذلك نقول: اما العقل فلمحجوريه المجنون و رفع القلم عنه .

اما البلوغ فلا- خلاف فى عدم جواز بيع الصبى قبل بلوغه عشر سنين و كذلك من بلغ عشرأ و بذلك صرح الشيخ فى المبسوطين (١) نعم قال فى المبسوط و روى انه اذا بلغ عشر سنين و كان رشيداً كان جازى التصرف (٢).

ص: ٣٧

١- المبسوط ج/٢ ص ١٦٣ و الخلاف نقلاً عن الجواهر ج/٢٢ ص ٢٦٠

٢- المبسوط ج/٢ ص ١٦٣

اقول: و ظاهره عدم العمل بها مع معارضته لما هو اقوى مثل خبر حمران إو حمزه بن حمران الوارد حول البلوغ (١) و الذى اعتمده الاصحاب و قد تقدم الكلام فى باب البلوغ من بحث الصوم عنه و انه موثوق به و مثله صحيح عبد الله بن سنان عن الصادق (عليه السلام) «انه سئل ابي و انا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره قال: حتى يبلغ اشده قال و ما اشده قال: احتلامه» (٢) و صحيحه أبى الحسين الخادم يّباع اللؤلؤ عن أبى عبد الله (عليه السلام): «سأله أبى - و أنا حاضر- عن اليتيم متى يجوز أمره؟ ... قال: إذا بلغ و كتب عليه الشىء جاز أمره إلا ان يكون سفياً أو ضعيفاً» (٣) و غيرهما من النصوص المذكوره فى باب الحجر (٤)

و السند صحيح فإنّ أبى الحسين الخادم هو آدم بن المتوكل الذى وثقه النجاشى (٥).

ثم ان الكلام عن معاملات الصبى اعم من العقود و الايقاعات فى اربع جهات:

الجهة الاولى: فى جواز تصرفاته فى امواله مستقلاً مطلقاً و قد تقدم انه لا خلاف و لا اشكال فى انه لا يجوز له ذلك بدون اذن الولى و لم نقف على من خالف فى ذلك الا الحنفية و يدل على ذلك قوله تعالى رُو ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح

ص: ٣٨

- ١- الوسائل باب ٢ من ابواب احكام الحجر ح/١
- ٢- الوسائل ج/١٤ من ابواب عقد البيع ح/٣ و الخصال ص ٤٩٥
- ٣- وسائل الشيعه ١٣: ١٤٣ الباب ٢ من كتاب الحجر الحديث ٥
- ٤- الوسائل باب ١ من ابواب الجمر و باب ٤٥ و ٤٦ من ابواب احكام الوصايا
- ٥- رجال النجاشى: ٧٦، منشورات مكتبه الداورى

فان انستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم» (١) الداله على اعتبار الرشد فى جواز تصرفات الصبى فى امواله مستقلاً بعد اعتبار البلوغ فيه و لو كان الرشد وحده كافياً لكان ذكر البلوغ فى الايه المباركه لغواً .

و اما الاستدلال بهذه الايه المباركه على نفوذ تصرفات الصبى قبل البلوغ باعتبار قوله تعالى ﴿و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح﴾ حيث ان الايه داله على ان الابتلاء انما يحصل قبل البلوغ و المراد من الابتلاء يعنى اختبار حاله فى انه هل ان تصرفاته مناسبه أم لا؟ و هو لا يحصل الا باعطائه شيئاً من المال ليتصرف به فىرى كيف تكون تصرفاته فان احسن التصرف كان رشيداً و الا فلا و هذا الاختبار يحصل باى تصرف من التصرفات فلم تقيد الايه المباركه باختبار بنوع خاص من التصرفات.

و الجواب: ان الاختبار لا يتوقف على دفع ماله اليه ليستقل بالتصرف فيه و النهى الوارد فى الايه بعدم دفع المال اليهم قرينه على نوع الاختبار و انه لا- يكون بما يكون غايه للاختبار و الامر واضح لمن تأمل و الحاصل فالايه دلت على عدم جواز تصرف الصبى فى ماله بدون اذن الولى و كذلك الروايات فى حسنه ابن سنان - بالحسن بن على المعروف بابن بنت الياس - عن الصادق (عليه السلام) «اذا بلغ الغلام اشده ثلاث عشره سنه و دخل الاربع عشره و جب عليه ما و جب على المحتملين - الى - و جاز له كل شىء فى ماله الا ان يكون ضعيفاً أو سفيهاً» (٢) و خبر

ص: ٣٩

١- النساء: ايه ٦٠

٢- الخصال ص ٤٩٥ و الوسائل باب ٤٤ من احكام الوصايا

حمران أو حمزه بن حمران المتقدم وفيه: «و الغلام لا- يجوز امره في الشراء و البيع و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشر سنه»(١).

اقول: و اختلاف الروايتين في تحديد البلوغ قد مر حله في باب الصوم في مسأله البلوغ فراجع.

ثم ان مورد الايه المباركه و ان كان اليتيم الا ان تعليق جواز دفع ماله اليه على بلوغه و رشده على ان المنع عن دفع المال اليه انما هو لاجل عدم البلوغ و عليه فيعم الحكم غير اليتيم مضافاً لشمول الايه لمن كان له جد(٢) و كان ابوه ميتاً و حينئذ فيعم الحكم من كان ابوه حياً لعدم الفصل بينهما يقيناً.

الجهه الثانيه: في جواز تصرفات الصبي في امواله مستقلاً مع اذن الولي بذلك اقول: و قد عرفت اصل حكم تصرفاته بدون اذن الولي و حينئذ فاذا كانت تصرفاته غير نافذه فلا- دليل على انها بالاذن تكون نافذه مضافاً الا ان الولي يأذن فيما كان الشيء مشروعاً و لا يكتسب الشيء مشروعيه بالاذن بعد توقف الاذن على اصل جواز الشيء.

الجهه الثالث: في صحه مباشره الصبي العقود والايقاعات في امواله باذن الولي على ان لا يكون مستقلاً في ذلك كأن يكون وكيلاً أو آله و عدم صحتها؟ الصحيح هو الاول و ذلك فان الممنوع في الايه المباركه هو دفع مال اليتيم اليه

ص: ٤٠

١- الكافي ج/٧ ص ١٩٧ باب حد الغلام و الجاربه

٢- هذا بناءً على ثبوت ولايه الجد و سيأتي الكلام فيه في عنوانه و هو الاولياء سته احدهم الجد .

ليكون هو المتصرف فيه باستقلاله فلا- تعم ماذا باشر انشاء عقد أو ايقاع فى ماله باذن الولي لا بالاستقلال بل الايه المباركه صريحه فى جواز اختبارهم و امتحانهم قبل البلوغ هذا وقد يقال بالثانى باعتبار ان الصبى مسلوب العبارة لما دل على رفع القلم عنه و عدم نفوذ امره و ان عمدته و خطأه واحد الا ان الانصاف انه لا دلالة فى شىء من هذه الروايات على كونه مسلوب العبارة و ذلك: لان ما دل من الروايات على عدم نفوذ امره مثل حسنه ابن سنان المتقدمه و غيرها بعيد عن مقصود المستدل لانه صريح فى المنع عن نفوذ امر الصبى فى البيع و الشراء و غيرهما و ظاهر ذلك عدم نفوذ امره و عدم تسلطه عليها على نحو تسلط البالغين على امورهم و شؤونهم فهى تمنع عن تصرفاته بالاستقلال و لا ظهور لها بوجه فى سلب عبارته فلا تمنع من وقوف نفوذ معاملات-ته على اجازة الولي، و اما ما دل على رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم مثل خبر ابن ظبيان(1) فهى انما تدل على رفع الاحكام الالزاميه المتوجهه الى الصبيان كتوجهها الى غيرهم اذ مجرد اجراء الصيغه ليس من الاحكام الالزاميه حتى يرفع و انما الموضوع لها هو نفس المعامله التى اوجدها المتعاملان و عليه فارتفاع قلم التكليف عن الصبى لا- ينافى الالتزام بصحة العقود و الايقاعات الصادره منه اذ لا دلالة فيه على ازيد من رفع الزامه بشخصه مادام صبياً فهو لا يدل على رفع الزام البالغين بفعله أو على رفع الزامه بفعله بعد بلوغه كما هو الحال فى جنابته او فى اتلاف مال غيره. و الحاصل

ص: ٤١

١- وسائل الشيعه؛ ج ١، ص ٤٥؛ باب ٤؛ ضعيف سنداً بالحضرمى و غيره.

انه لا دلالة فيه على كون فعل الصبي كالعدم بل صيغته صيغته و عليه فبضميمة اجازة الولي يتم فعله و يكون صحيحاً. و اما ما دل على ان عمد الصبي و خطاه و احد كما في صحيحه محمد بن مسلم عن الصادق (عليه السلام) قال: «عمد الصبي و خطاه واحد» (١) و كما في خبر اسحاق بن عمار عنه (عليه السلام) «ان علياً كان يقول عمد الصبيان خطأ تحمله العاقلة» (٢) و غيرهما فقد يدعى في خصوص الصحيحه تنزيل عمد الصبي منزله الخطأ و عليه فلا يعتنى بصيغ العقود و الايقاعات الصادره منه كما لا يترتب الاثر عليها اذا صدرت من البالغين نسياناً و خطأ.

و الجواب: ان دلالة الروايه على تنزيل عمد الصبي منزله خطأ من جميع الجهات انما تتم اذا كان الظاهر منها هو نفى الحكم بلسان نفى الموضوع كأن يقول الامام (عليه السلام) عمد الصبي ليس بعمد او كلا عمد نظير قوله (عليه السلام) ليس بين الرجل و ولده رباً و ليس بين السيد و العبد رباً و غير ذلك. و اما في ما نحن فيه فلا يمكن ذلك لان الاخذ باطلاق التنزيل مخالف لضروره المذهب و موجب لتأسيس فقه جديد فارتكاب الصبي مثلاً لمفطرات الصوم عمداً حيث ان المفروض ان لا يبطل صوم الصبي لان عمدته خطأ و ارتكاب المفطرات خطأ لا ينقض الصوم و هكذا في الصلاة و الحج و غير ذلك. اذاً لا مجال لهذه القضية و هي عمد الصبي خطأ التي تقتضى ان يكون هناك اثر خاص للعمد و الخطأ عند صدورهما من البالغين لكي

ص: ٤٢

١- تهذيب الأحكام؛ ج ١٠، ص: ٢٣٣؛ ١٨ باب ضمان النفوس و غيرها.

٢- ضعيف سنداً بغياث بن كلوب .

يكون التنزيل بلحاظ ذاك الاثر نعم في الجنایات فانها ان صدرت من الجانى عمداً يقتص منه و ان صدرت منه خطأً فالديه على عاقلته و حينئذ يصح تنزيل جناحه الصبى عمداً منزله جنايته خطأً , اما في غير الجنایات فلا مورد لمثل هذا التنزيل .

فان قلت: قد دلت روايه ابى البخترى على ان العله في جعل عمد الصبى خطأً هو رفع القلم عنه و هي: عن جعفر عن ابيه عن على (عليه السلام) (انه كان يقول في المجنون المعتوه الذى لا- يفيق و الصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطأً تحمله العاقله و قد رفع عنهما القلم)^(١) فاذا كان رفع القلم عله لثبوت الديه على العاقله فهو لا- معنى له ألا بان يراد من رفع القلم رفع المؤاخذه سواء كانت دنيويه أم اخروييه و سواء تعلق المؤاخذه الدنيويه بالنفس كالتقصاص, ام بالمال كغرامه المال, و الحاصل انه لا يؤخذ الصبيان والمجانين بافعالهم و اقوالهم الصادره حال الصبوه و الجنون سواء أ كان ذلك منهم باذن الولى ام لم يكن و سواء كان ذلك بالاستقلال ام لا.

و الجواب: انها ضعيفه السند اولاً- و ثانياً: انه لا- عليه و لا معلوليه بين الفقرتين فلا ظهور في الروايه ان ذلك الحكم لاجل رفع القلم أو معلولاً- لرفع القلم و الظاهر ان وجه المناسبه في الجمع بينهما هو ان رفع القلم انما جرى به لبيان انه لا يترتب على افعال الصبى احكام العمد و انه لا يلزم بشيء من افعاله و اما انه يترتب عليه احكام الفعل الخطأى فهذا ما لا يرتبط بهذه الفقره بل تشبهه الفقره الاخرى يعنى قوله (عليه السلام) «تحمله العاقله» و على هذا القسم تحمل السيره الجاريه بين الناس من

ص: ٤٣

التعامل مع الاطفال و الصبيان بالشراء منهم و بالبيع لهم و السيره فى غير ذلك مردوعه بالروايات كما و لم يعلم وجودها ذاك الزمان.

الجهه الرابعه: فى جواز كونه و كياناً عن غيره فى عقد أو ايقاع و لو كان التوكيل على نحو التفويض سواء أ كان الموكل ولياً أم كان غيره و حينئذ فيوقع الصبى العقد أو الايقاع على نحو الاستقلال و بدون اذن الولي.

و التحقيق فى هذا القسم هو البطلان و عدم نفوذ تصرفات الصبى نعم مقتضى الاصل هو جواز تصرفات الصبى فى مال غيره لولا الدليل على المنع لكن الدليل قائم على عدم نفوذ تصرفاته مطلقاً كما دلت عليه الاخبار المتقدمه من خبر حمران و غيره الداله على عدم نفوذ امر الصبى مطلقاً و لا تقييد فيها من كونه فى ماله أو فى مال غيره فتعم كلا الموردين وبها تخصص العمومات و الاطلاقات الداله على صحه العقود و المعاملات.

هذا ويمكن دعوى عدم الفصل بين هذا القسم و القسم الثانى مع غض النظر عن الدليل الدال على عدم نفوذ امره بالاستقلال.

لا يقال: ان تلك الروايات مختصه باليتيم و انه ما لم يذهب يتمه لا يجوز امره .

فانه يقال: انه قد علمنا انه لا خصوصيه لليتيم فى الحكم، و الذوق العرفى يفهم الاعم.

فان قلت: ان غايه ما يستفاد من الاطلاق هو عدم نفوذ تصرف الصبى بما انه عقده و هذا لا ينافى ذلك التصرف بما انه مضاف الى الموكل .

قلت: و لا يخفى ما فى هذا من تناقض حيث ان الفرض ان يتصرف بالاستقلال فلا يضاف عقده الى غيره بعد كونه مستقلاً فى التصرف و ان اضيف فمجرد اعتبار لا يخرج الشىء عن واقعه مضافاً الى ما تقدم من ان اذن الولي لا يكون مشرعاً بعد المنع شرعاً عن تصرفات الصبي بالاستقلال.

ثم انه قد وقع الخلاف فى نفوذ امر الصبي فى مواضع:

الاول: فى قبض الصبي و انه هل يصح قبض الصبي فيفيد حصول الملك فى الهبه ام لا؟ و جهان حكى القول بالثانى منهما عن العلامة فى التذكرة (١) و الصحيح هو الاول لقيام السيره على ذلك اولاً و هو مقتضى جمله من الروايات ثانياً الوارده فى جواز اعطاء الصدقه و الكفاره للصبيان و انه بمجرد القبض يصبح ملكاً لهم ففى صحيح ابى بصير عن الصادق (عليه السلام) «الرجل يموت و يترك العيال يعطون من الزكاه؟ قال نعم» (٢) و خبر ابى خديجه عن الصادق (عليه السلام) قال: «ذريه الرجل المسلم اذا مات يعطون من الزكاه و الفطره كما كان يعطى ابوهم حتى يبلغوا» (٣) و غيرهما (٤).

ص: ٤٥

١- تذكرة الفقهاء (ط - الحديثه)؛ ج ١٠، ص: ١٢

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ٣، ص: ٥٤٨

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ٣، ص: ٥٤٩؛ ضعيفه سنداً بالمعلّى بن محمد لكنها موثوق بها.

٤- قرب الإسناد (ط - الحديثه)؛ ص ٤٩

الثانى: الوصيه، فهل تصح وصيته اذا بلغ عشرين ام لا؟ فعن المقنعه و المراسم و النهايه و المهذب و الغنيه انه تجوز وصيته فى البر و المعروف اذا بلغ عشرين(١) و به قال ابو الصلاح و ابن حمزه(٢).

اقول: و قد دلت جمله من الروايات على ذلك ففى صحيح(٣) عبد الرحمن بن ابى عبد الله عن الصادق (عليه السلام) قال: (اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته)(٤) و فى صحيح ابى بصير عنه (عليه السلام) قال: (اذا بلغ الغلام عشر سنين فاوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته و اذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير فى حق

ص: ٤٦

-
- ١- الخلاف؛ ج ٦، ص ٤١٩؛ مسأله ٢١ حكم تدبير الصبى و وصيته؛ المقنعه ص ٦٦٧؛ ٣ باب وصيه الصبى و المحجور عليه؛ المراسم العلويه و الأحكام النبويه؛ ص: ٢٠٣؛ ذكر: أحكام الوصيه؛ النهايه فى مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: ٦١١؛ باب شرائط الوصيه؛ غنيه النزوع إلى علمى الأصول و الفروع؛ ص: ٣٠٥؛ فصل فى الوصيه؛ المهذب (لابن البراج)؛ ج ٢، ص: ١١٩.
 - ٢- الوصيله إلى نيل الفضيله؛ ص ٣٢٣؛ الكافى فى الفقه؛ ص ٣٦٤؛ فصل فى الوصيه.
 - ٣- لا يضر بصحته ابان بن عثمان فانه امامى ثقة من اصحاب الاجماع .
 - ٤- تهذيب الأحكام؛ ج ٩، ص ١٨١؛ ٨ باب وصيه الصبى و المحجور عليه.

جازت وصيته(١) و في صحيح ابن مسلم «ان الغلام اذا حضره الموت و لم يدرك جازت وصيته لذوى الارحام و لم تجز للغرباء»(٢) و غيرها(٣).

هذا و لم يخالف الا ابن ادريس(٤) عملاً بعمومات البلوغ و لا وجه له بعد كون الكل(٥) قائلين بجواز وصيته .

نعم هل تجوز مطلقاً ام مع شرائط فيها لا مطلقاً و الشرائط كون وصيته في حد معروف وحق في موضع الصدقه وللارحام كما يشهد لذلك موثق صفوان عن موسى بن بكر عن زراره، عن الباقر (عليه السلام): «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق و تصدق و أوصى على حد معروف و حق فهو جائز»(٦) و به عمل الفقيه(٧).

ص: ٤٧

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٩ ح ٤

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٨ ح ١

٣- الكافي (ط - الإسلامية)؛ ج ٧، ص ٢٩، ح ٣

٤- السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ٣، ص: ٢٠٦؛ باب شرائط الوصيه.

٥- فقال به الشيخان و الحلبيان و ابنا حمزه و البراج و الديلمي و الصدوق و الاسكافي و الكليني.

٦- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٨ ح ١

٧- الفقيه ج ٤ ص ١٩٧ باب الحد الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته.

و الظاهر ان المراد من كونه حقا ان يكون في موضع الصدقه كما يدل على ذلك موثق عبيد الله الحلبي، و محمد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام): سئل عن صدقه الغلام ما لم يحتلم؟ قال: نعم إذا وضعها في موضع الصدقه»(١).

و اما قيد الارحام فقد تقدم في صحيح ابن مسلم(٢).

هذا و الحق بوصيته صدقته و طلاقه و هبته و وقفه كما قال الشيخ: «وكذا تجوز صدقه الغلام - إذا بلغ عشر سنين - وهبته و عتقه إذا كان بالمعروف في وجه البر، فأما ما يكون خارجا عن ذلك فليس بممضاه على حال»(٣) و كذا قال ابن البراج(٤).

و قال المفيد: إذا بلغ الصبي عشر سنين جازت وصيته في المعروف في وجوه البر - الى - و وقفهما و صدقتهما كوصيتهما جائزه إذا وقعا موقع المعروف»(٥).

و قال ابن حمزه: «أما تصح وصيه الحر البالغ كامل العقل أو حكمه و نفاذ تصرفه في ماله، و حكم كمال العقل يكون للمراهق الذي لم يضع الأشياء في غير مواضعها، فإن وصيته و صدقته و عتقه و هبته بالمعروف ماضيه دون غيرها»(٦).

ص: ٤٨

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٨٢ ح ٩

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٨ ح ١

٣- النهايه و نكتها: ج ٣ ص ١٥٢ ؛ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج ٦، ص: ٣٨٩

٤- المهذب: ج ٢ ص ١١٩ ؛ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج ٦، ص: ٣٨٩

٥- المقنعه: ص ٦٦٧ ؛ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج ٦، ص: ٣٨٩

٦- الوسيله: ص ٣٧٢ ؛ مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج ٦، ص: ٣٨٩

و يشهد لهم موثق محمد بن مسلم المروى بثلاث اسانيد احدها موثق و هو احد سندی الكلینی فی الكافی و فيه (يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و ان لم يحتلم)^(١) و به افتی الكلینی و هو و ان لم يذكر الهبه لكن ذكره للوصيه يشمل الهبه لعدم الفرق بينهما عرفا كما وانه قيد الحكم بالنفوذ اذا ما عقل و قد حدد في موثق صفوان عن موسى بن بكر عن زراره عن الباقر (عليه السلام): «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق و تصدق و أوصى على حد معروف و حق فهو جائز»^(٢) بعشر سنين و به عمل الكلینی و الفقيه^(٣) و موسى بن بكر و ان لم يوثق صريحا إلا ان روايه صفوان عنه هنا تكفي في موثوقه الخبر لان صفوان من اصحاب الاجماع.

و اما ما يعارضها من الروايات الواردة في الطلاق مثل خبر الكنانی وغيره فقد اجبنا عنها في كتاب الطلاق.

هذا: و منطوق صحيحه ابى بصير المتقدمه: نفوذ امر الصبى البالغ سبعاً في ماله باليسير^(٤) و لا اظن احداً افتى بذلك و حكمها مع الاعراض عنها واضح.

الثالث: الاختيار .

ص: ٤٩

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٨٢ ح ٨

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٨ ح ١

٣- الفقيه ج ٤ ص ١٩٧ باب الحد الذي إذا بلغه الصبى جازت وصيته.

٤- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٩ ح ٤

اقول: تقدم كلام المصنف فيه في اول الباب .

(و يشترط في المتعاقدين الكمال و الاختيار ألا ان يرضى المكره بعد اكراهه)

لكن تخصيصه الرضا و الاجازه بالمكره يدل على ان الصبي و المجنون لو اجازا بعد البلوغ و العقل و اجاز وليهما قبل ذلك لا يؤثر، وقد عرفت بطلانه حيث ان عقد البيع لا يشترط فيه لفظ مخصوص و الاجازه حقيقتها عقد و التعبير بالاجازه بحسب مقتضى الحال و المقام فمعنى قوله: (اجزت ذلك العقد) بعثك الان و حينئذ فلا فرق بين المكره و الصبي و المجنون بعد البلوغ و العقل.

هذا و يدل على اصل شرطيه الاختيار الكتاب و السنه قال تعالى {و لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منكم} و تقريب دلالتها ان الباء المفيده للسببيه في كلمه الباطل و مقابلتها في الايه مع التجاره عن تراض قرينتان على ان الايه المباركه في مقام تمييز الاسباب الصحيحه عن الاسباب الفاسده و الاستثناء في الايه المباركه سواء كان متصلاً او منقطعاً يفيد حصر الاسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض اما الاول فواضح و اما الثاني فلان الاستثناء المنفصل و ان كان لا يفيد الحصر بنفسه الا ان الايه لما كانت بصدد بيان الاسباب المشروعه للمعاملات و فصل صحيحها عن فاسدها و كان الاهمال مخلاً بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الايه بالقرينه المقاميه، و الحاصل انه لا ريب في خروج بيع المكره عن كونه تجاره عن تراض فيكون فاسداً و يشهد لبطلانه ايضاً الروايات الداله على حرمه التصرف في مال الغير الا بطيب نفسه كما تقدم واحداً منها بسند صحيح، و ما دل على بطلان طلاق المكره

ص: ٥٠

و عتاقه كما فى صحيح زراره عن الباقر (عليه السلام) (ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق)^(١) و ما دل على رفع الاكراه فى شريعته الاسلام المقدسه الدال على رفع الاحكام التكليفيه و الوضعيه كما حقق فى الاصول.

هذا و المراد من الاختيار هو صدور الفعل من العاقد عن الرضا و طيب النفس - كما هو صريح بعض النصوص - قبال الاكراه و عدم الرضا لا اختيار مقابل الجبر و الالغاء.

بحث حول الاكراه

و اما الاكراه فلا شك فى حصوله مع قصد المكره للفعل و ذلك لان عقد المكره كسائر افعاله التكوينييه الصادره منه كرهاً كالاكل و الشرب و القيام و العقود و لا يعقل صدورهما من المكره بغير قصد فكذلك العقد غايه الامر انه لم ينشأ عن الرضا و طيب النفس. فما عن الشهيد الثانى فى المسالك من انه قاصد للفظ دون مدلوله غير واضح^(٢) و لا يساعد عليه الدليل.

ثم انه هل يعتبر فى تحقق الاكراه الوعيد من الامر؟ اقول: لا شك فى صدق الاكراه من وجود مكره يخاف ضرره فلو امره ابن السلطان و هو يخاف الضرر من السلطان ان علم بمخالفته لامر ولده صدق الاكراه، كما و لا يعتبر ظن الضرر بل احتمالاه مما يعتد به العقلاء و المعبر عنه بخوف الضرر كما هو واضح.

ص: ٥١

١- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ٦، ص ١٢٧؛ باب طلاق المضطر و المكره.

٢- مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ٣، ص ١٥٧

ثم انه لا بد في صدق الاكراه من كون الضرر المتوقع به غير مستحق عليه فلو كان الضرر المتوقع به مستحقاً عليه كما لو قال له افعل كذا و الا-قتلتك قصاصاً أو طالبتك بالدين الذى لى عليك و نحو ذلك فلا يصدق الاكراه و مثله موارد اجبار الحاكم الشخص لبيع امواله لاجل ايفاء ديونه و غيرها من الموارد فلا-شك في نفوذ ذلك البيع و لا يحكم بفساد العقد و لا يشمل حديث الرفع و الا لزم ان يكون حكمه تعالى لغواً.

و توهم ان المعامله فاقدته لطيب النفس مدفوع بان توعد الامر له بمطالبه الحق ليس اكراهاً بلا حق و هنا من حقه ان يلزمه بحق له عليه. و هل يعتبر في موضوع الا-كراه أو حكمه عدم امكان التخلص عن ذلك الضرر المتوقع به أم لا؟ بالتوريه أم غيرها؟ مر الكلام فيه مفصلاً في باب حرمه الكذب من المكاسب المحرمه.

الرابع: (و القصد فلو اوقعه الغافل او النائم او الهازل لغا)

كما هو واضح حيث ان العقود متقومه بالقصود و لولاها لا-يحصل العقد، و بعبارة اخرى: حقيقه العقود و الايقاعات امور اعتباريه انشائية و من الواضح ان الانشاء و الاعتبار قائم بقصد المعتبر و هو كالايجاد في عالم التكوين و كما ان الخالق تبارك و تعالى يوجد الاشياء بارادته و كذلك المعتبر في عالم الاعتبار مضافاً الى ان العقد هو الالتزام و الالتزام فماهيه الالتزام هو قبول الشىء و جعله في عهده و هو لا-يمكن بلا-قصد. و بذلك يظهر وجه قاعده العقود تابعه للقصود مضافاً الى دليل السيره العقلانيه .

(و) اما (ان لحقته الاجازه)

فالذی اختاره المصنف هو بطلان البیع لتوقف البیع عنده على الفاظ مخصوصه و هی مفقوده لان ما حصل منها سابقاً لا قصد فيه فلا اثر له و اما الاجازه لاحقاً فهی غیر كافیه عنده لعدم كونها من الفاظ صیغه البیع .

و فيه: انه قد عرفت ضعف ذلك و انه لا يشترط لفظ مخصوص فی عقد البیع و ان الاجازه بیع بلفظ مناسب لمقتضى الحال و المقام فلو قال: «اجزت ما قلته غافلاً» او هازلاً» او نائماً» يكون مثل قوله: بعثك الان و المفروض قبول الطرف الاخر من قبل و استمرار قبوله الى الاجازه فينعقد البیع من حين الاجازه و عليه فلو لم يكن راضياً بالبیع حين الاجازه فلا شك فی عدم انعقاد البیع و عدم حصول اركانه من الايجاب و القبول. و بذلك يظهر ان للطرف الاخر الرد حين اجازه مقابله.

حصيله البحث:

يشترط فی المتعاقدين الكمال بالعقل و البلوغ , نعم تصح مباشره الصبی العقود والایقاعات فی امواله باذن الولی على ان لا يكون مستقلاً فی ذلك كأن يكون و كیلاً أو آله فی القبض و الاقباض مثلاً, و من جمله شرایط المتعاقدين الاختیار إلا أن یرضى المکره بعد زوال الكراهه، و من جمله شرایط المتعاقدين القصد، فلو أوقعه الغافل أو النائم أو الهازل لغی.

ص: ۵۳

(و يشترط في اللزوم الملك أو اجازة المالك)

اقول: التحقيق ان البايع لو لم يكن مالكاً أو وكيلاً عن المالك لا يكون هنالك بيع حقيقه حتى يتكلم عن جوازه و لزومه و ذلك لما عرفت من ان حقيقه البيع هي تمليك عين بعوض معلوم و هو لا يحصل من غير المالك أو وكيله أو وليه و ليس البيع هو مجرد انشاء الايجاب و القبول كما تقدم تحقيقه حتى يقال بحصولهما و وقوف اثرهما من اللزوم على كون العاقد مالكاً أو على اجازة المالك و حصولهما لغو لا اثر لهما الا لو صدرا من المالكين و لذا لو حصل الايجاب من المالك مثلا تكون الاجازة من الاخر بنفسها جزء العقد لو كان ايجاب الاصيل باق عرفا .

و كيف كان فقد وقع الخلاف في صحه بيع الفضولي بالاجازة و عدمه فذهب المفيد(١) و ابن الجنيدي(٢) و ابن حمزه(٣) و الشيخ في النهايه(٤) الى صحته بالاجازة و ذهب في الخلاف و المبسوط الى بطلانه(٥) و به قال ابن ادريس(٦).

ص: ٥٤

١- المقنعه ص ٦٠٦

٢- المختلف ج/٥ ص ٨٥ مساله ٤٧

٣- الوسيله ص ٢٣٦

٤- النهايه ص ٣٨٥

٥- الخلاف ج/٣ ص ١٦٨ مساله ٢٧٥ و المبسوط ج/٢ ص ١٥٨

٦- السرائر ج/٢ ص ٢٧٤

و استدلل للصحه بعدّه وجوه:

١- بانه عقد صدر من اهله فى محله و المراد صدوره من بالغ عاقل مختار لعين يصح تملكها و ينتفع بها و قابله للنقل من مالك الى غيره و صحته لاجل قيام المقتضى و عدم المانع و ان تاخر اذن المالك عند العقد فان المالك لو اذن له قبل البيع لصح فكذا بعده اذ لا فارق بينهما .

و عليه فان الصحه يمكن تخريجها على طبق القاعده بلا حاجه الى دليل خاص، فان العقد بعد اجازته ينتسب الى المالك و يصدق انه عقده فيشملة آنذاك اطلاق خطاب { أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ } (١) و { أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } (٢) و { تِجَارَةٌ عَنِ تِرَاضٍ } (٣) بعد فرض عدم تقيده بما إذا كان الاستناد إلى المالك ثابتا حدوثا و بعد وضوح قابليه الأمر الاعتبارى - كالعقد - على خلاف الأمر التكوينى للاستناد إلى غير موجد بالاذن أو بالاجازه.

وفيه: ان البيع حقيقته تملك الغير و هو وان امكن انشاؤه من غير المالك الا - انه لا - يترتب عليه اثر فهو لغو ما لم يمض من الشارع و المدعى يدعى شمول الاطلاقات له بعد اجازته المالك و بذلك يحصل امضاؤه لكن الاشكال فى كونه

ص: ٥٥

١- البقره: ٢٧٥

٢- المائده: ١

٣- النساء: ٢٩

عقدا قبل اجازته المالك و ذلك لان طرفيه الفضولى لا اثر لها وكالعدم فهو مجرد ايجاب بلا قبول او قبول بلا ايجاب فان قلنا بان ما قام به الاصيل من ايجاب او قبول باقيا حقيقه او عرفا بحيث يعول عليه عند العقلاء فى معاملاتهم الى ان اجاز المالك تم العقد و صح بشمول الاطلاقات له والّا يعنى لو لم يكن ذلك الايجاب او القبول السابق باقيا حقيقه او مما يعول عليه عرفا فى مقام المعامله فلا دليل على شمول الاطلاقات - لعقد انشائى لا اثر له - بانضمام اجازته المالك بعد غياب الاصيل بمجرد انشائه السابق الذى لم يكن له اثر زمان انشائه .

و عليه فنحن نقول بصحته فى ما اذا كان ذلك الايجاب او القبول السابق باقيا حقيقه او مما يعول عليه عرفا فى مقام المعامله والّا فلا نقول بصحة بيع الفضولى .

لا يقال: انه ثبت صحة العقد الفضولى فى النكاح فانه يقال: ثبوته لاجل النص لا بمقتضى القاعده فلاحظ .

٢- التمسك بروايه عروه البارقى قال: «قدم جلب فأعطاني النبي صَلَّى الله عليه و آله دينار فقال: اشتر بها شاه، فاشترت شاتين بدينار، فلحقني رجل فبعت احدهما منه بدينار، ثم أتيت النبي صَلَّى الله عليه و آله بشاه و دينار فردّه عليّ، و قال: بارك الله لك فى صفقه يمينك. و لقد كنت أقوم بالكناسه أو قال بالكوفه فأربح فى اليوم أربعين ألفاً» (١) بتقريب ان شراءه الشاتين بدينار و إن أمكن توجيهه بما يخرج به عن الفضوليه إلّا ان بيعه لإحدى الشاتين فضولى جزما، و النبي صَلَّى

ص: ٥٦

١- مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، و مسند أحمد بن حنبل ٤: ٣٧٦

اللّٰه عليه و آله قد أمضى بيعه المذكور بقوله: «بارك...». و اما سنده فهو و ان كان ضعيفا، إلّا أنّه قد يقال كما فى الجواهر: «أغت شهرته عند الفريقين عن النظر فى سنده»^(١).

و فيه: ان خبر البارقى اول ما فيه انه ضعيف لانه خبر عامى مضافاً الى امكان حمله على ان الرضا بشهاده الحال كالرضا بشهاده المقال فيكون عمله كعمل وكيل حينئذ بل هو ظاهر بهذا المعنى لا بالاجازه اللاحقه للعقد و حينئذ ينبغى ان تعقد المساله فى ان الرضا بشهاده الحال يقوم مقام الرضا بشهاده المقال ام لا؟ و حينئذ يمكن ان يستدل للاول بخبر البارقى و بالسيره العقلانيه^(٢) و هى قويه على اثبات المطلوب .

هذا و قد ناقش الشيخ الأعظم الدلاله باحتمال ان بيع عروه و قبضه و اقباضه كان مقرونا بعلمه برضا النبى صلّى اللّٰه عليه و آله بذلك، و المعامله تخرج عن الفضوليه باقترانها بذلك^(٣).

ص: ٥٧

١- جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٧

٢- كما هى واضحه فى تصرفات الزوجه فى غياب زوجها و الوالد فى غياب ابيه و الصديق فى غياب صديقه فيشترى ما يعلمون به رضا المالك بل هى ظاهره فى تصرفات الصبيان حيث يشتري منهم و يباع عليهم و لا مبرر له الا العلم برضا آبائهم و بذلك يتم تصحيح اعمالهم.

٣- كتاب المكاسب ١: ٣٦٦-٣٦٨، انتشارات إسماعيليان

وقد يستدل بقوله تعالى ﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وازواجه امهاتهم و اولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين و المهاجرين الا ان تفعلوا الى اوليائكم معروفاً كان ذلك في الكتاب مسطوراً﴾ (١) و ذلك فان سياق الايه المباركه حول ولايه النبي صلى الله عليه واله و الارحام و لم يستثن من ذلك الفعل المعروف فالظاهر من الايه - و لا بد من التامل اكثر - ان المعروف للاخرين لا يحتاج الى اذن مسبق فهي بظاهرها شامله لمثل مورد عروه البارقي حيث ان شراء اثنين بدينار مع كونه مكلفاً بواحد نوع من ابداء المعروف للغير وكذلك يبعه لشاه واحده بدينار و رجوعه بدينار مع شاه للرسول صلى الله عليه واله ايضاً نوع من المعروف و ابداء للجميل بل قد يستدل بآيه ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ (٢) لكن قد يقال انها اخص من المدعى فالآيه الاولى مخصوصه بموارد المعروف و الثانيه مخصوصه بالاحسان هذا و لا بد من تتبع الروايات في ذلك فقد يستدل بما تقدم من انه لا يحل مال امرىء الا عن طيب نفسه بان يقال ان المشتري لمال الغير مع علمه برضا الغير الحالى لا المقالى يحل له التصرف بمنطوق ما تقدم و لازم ذلك صحه هذه المعامله فتامل.

ثم انه لا يمكن جعل قول المفيد و ابن الجنيد بكون الاجازه مصححه للعقد السابق و ذلك فان المفيد لا يشترط في عقد البيع لفظاً خاصاً و عليه فالاجازه كافيه في افاده البيع و بعبارة اخرى الاجازه قد تكون عنده بيع و اما ابن الجنيد

ص: ٥٨

١- سورة الاحزاب/٦

٢- سورة التوبه/٩١

فحيث ان عبارته لم تصل اليها وانما نقل العلامة عنه اكتفاءه بالاجازه فلعله مثل المفيد نعم الشيخ و ابن حمزه ناظران الى ذلك .

٣- التمسك بصحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام): «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه- يعنى الذى باعه الوليده- حتى ينفذ لك ما باعك فلما أخذ البيع (١) الابن قال أبوه: ارسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليده الأول أجاز بيع ابنه» (٢).

و نوقشت دلالتها بعدم عمل الأصحاب بها في موردها - و هو الاجازه بعد الردّ التي هي غير مجديه اجماعا - فكيف يمكن العمل بها في غيره.

و الوجه في تحقّق الردّ قبل الاجازه امور ثلاثة: أخذ الوليده و ابنها، و رفع الخصومه إلى الإمام (عليه السلام) الذى لا معنى له لو لا الرد، و مناقشه المشتري الامام (عليه السلام) علاج المشكله، و لو لا الردّ لما كان لها وجه.

و فيه: ان ظاهر الضمير في ذيل الحديث «أجاز بيع ابنه» انه يرجع الى ولد الامه بقريته ان نزاع المشتري مع مالك الوليد انما هو عليه لا على الامه و عليه فهذه

ص: ٥٩

١- اى المشتري، فان لفظ البيع يطلق على البائع و المشتري .

٢- وسائل الشيعه ١٤: ٥٩١ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء ح ١

الفقره لا دلالة لها على صحة بيع الفضولى اصلا اذ لم يكن بيع لهذا الطفل كما ويكفى هذا الاحتمال فى سقوط الاستدلال .

و اما قوله: «خذ ابنه - يعنى الذى باعه الوليده - حتى ينفذ لك ما باعك» فاعم من صحة بيع الفضولى و ذلك لان هذا التعبير مما يقتضيه الحال والمراد حتى يبيع لك مالك الوليده بقبوله بيع ابنه الانشائي .

و اما قوله: «الاجازه بعد الردّ التى هى غير مجديه اجماعا» .

فغير صحيح و ذلك لان المسأله لم تكن معنونه فى كلمات الاصحاب فكيف يدعى الاجماع فيها مضافا الى ان اجماع المتأخرين لا قيمه له و لا حجيه فيه و عليه فلو قلنا بصحة بيع الفضولى فلا يضره وقوع الاجازه بعد الرد بل الصحيحه - بناء على دلالتها على صحة بيع الفضولى - داله على عدم ضرريته.

٤- التمشك بصحيحه زراره عن أبى جعفر (عليه السلام): «سألته عن مملوك تزوّج بغير اذن سيّده، فقال: ذاك إلى سيّده، ان شاء أجازته و ان شاء فزّق بينهما، قلت: أصلحك الله، ان الحكم بن عتيبه و ابراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: ان أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ اجازته السيّد له، فقال أبو جعفر (عليه السلام): أنّه لم يعص الله و

أثما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز»(١) بتقريب ان التعليل يدلّ على ان اجازته من بيده الأمر كافيّه في تصحيح عقد الفضولي.

و فيه: مضافا لما سبق ان الاشكال على ذلك واضح، إذ المفروض في مورد الروايه صدور العقد ممّن ينبغي صدوره منه - و هو العبد الزوج - غايته هو فاقد لرضا من يعتبر رضاه - و هو المولى - فإذا رضى ينبغي وقوع العقد صحيحا، و هذا بخلافه في سائر الموارد فإنّ العقد لا يفرض فيها صدوره ممّن ينبغي صدوره منه.

و هناك روايات اخرى استدللّ بها على المطلوب، إلّا ان الكلّ قابل للمناقشه.

و اما القول بالبطلان فاستدلّ له بعدّه وجوه، نذكر منها:

١- التمسّيك بقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (٢) فإنّه يدلّ بمقتضى مفهوم الحصر أو مفهوم الوصف على ان غير التجاره عن تراض أو التجاره لا عن تراض ليس بسبب مبيح لأكل مال الغير، و معلوم ان التجاره في الفضولي ليست تجاره عن تراض.

و اورد عليه: ان التجاره أثما تنتسب إلى المالك متى ما أجاز، و آنذاك يصدق انها تجاره عن تراض.

ص: ٦١

١- وسائل الشيعة ١٤: ٥٢٣ الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١

٢- النساء: ٢٩.

وفيه: ما تقدم فى الجواب على الاستدلال الاول لاثبات صحته فراجع .

٢- التمسك بما ورد فى صحيحه سليمان بن صالح عن أبى عبد الله (عليه السلام) من ان النبى صلى الله عليه وآله: «... نهى عن بيع ما ليس عندك»^(١), و خبر عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وآله فى خبر انه قال (و لا بيع الا فيما تملك)^(٢) و نظيره ما ورد فى روايات العامه من نهيه صلى الله عليه وآله حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده^(٣) فإن المقصود من ذلك الكنايه و انه لا- تبع ما لا- تملكه أو لا تبع ما لا تقدر على تسليمه لعدم كونك مالكا له، و حيث ان النهى فى أمثال المقام ظاهر فى الارشاد فيكون دالاً على فساد بيع الفضولى.

و اورد عليه: ان البيع انما ينتسب إلى المالك حينما يجيزه، و آنذاك يصدق ان يبعه لما عنده و ليس لما ليس عنده.

وفيه: ما تقدم فى الجواب على الاستدلال الاول لاثبات صحته من ان البيع حقيقته تمليك الغير و هو وان امكن انشاؤه من غير المالك الا- انه لا- يترتب عليه اثر فهو لغو ما لم يمض - من الشارع والمدعى يدعى شمول الاطلاقات له بعد اجازة المالك وبذلك يحصل امضاؤه لكن الاشكال فى كونه عقدا قبل اجازة المالك

ص: ٦٢

١- وسائل الشيعه ١٢: ٣٧٤ الباب ٧ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢

٢- سنن ابى داود ج/٢ ص ٦٥٠ ح/٢١٩٠ و الخلاف ج/٣ ص ١٦٨ مساله ٤٧٥

٣- سنن الترمذى ٣: ٥٣٤

وذلك لان طرفيه الفضولى لا- اثر لها وكالعدم فهو مجرد ايجاب بلا قبول او قبول بلا ايجاب فان قلنا بان ما قام به الاصيل من ايجاب او قبول باقيا حقيقه او عرفا بحيث يعول عليه عند العقلاء فى معاملا-تهم الى ان اجاز المالك تم العقد وصح بشمول الاطلاقات له والا- يعنى لو لم يكن ذلك الايجاب او القبول السابق باقيا حقيقه او مما يعول عليه عرفا فى مقام المعامله فلا دليل على شمول الاطلاقات - لعقد انشائى لا اثر له - بانضمام اجازة المالك بعد غياب الاصيل بمجرد انشائه السابق الذى لم يكن له اثر زمان انشائه .

و عليه فنحن نقول بصحته فى ما اذا كان ذلك الايجاب او القبول السابق باقيا حقيقه او مما يعول عليه عرفا فى مقام المعامله وآلا فلا نقول بصحة بيع الفضولى .

و بذلك يظهر حكم حاله منع المالك مسبقا و انه ان كان ذلك الايجاب او القبول السابق باقيا حقيقه او مما يعول عليه عرفا فى مقام المعامله صح البيع و آلا فلا نقول بصحة بيع الفضولى .

حكم بيع الفضولى لنفسه

و بما تقدم ايضا يظهر حكم بيع الفضولى لنفسه بوقوع البيع للمالك بعد اجازته كما هو الحال فى بيع الغاصب عاده .

قال المصنف و يشترط فى اللزوم الملك لقصور ادله اللزوم لغير المالك نعم لو قلنا بصحة بيع الفضولى فلا بد من اجازة المالك بناء على عموم الادله لبيع الفضولى

كما تقدمت و قد تقدم ان المختار عدم عمومها لبيع الفضولي و عليه فلا معنى للبحث عن كون الاجازه كاشفه ام ناقله .

و كما تقدم انه لو قلنا بصحته فلا بد من الاجازه (و هي) يعنى الاجازه (كاشفه عن صحه العقد لا ناقله) عند المصنف .

اقول: بناء على القول بصحة بيع الفضولي اختلف الاصحاب فى كون الاجازه كاشفه أم ناقله .

اما وجه النقل فواضح، فإنّ السبب الناقل ليس مجرد العقد بل العقد عن رضا، و حيث ان الرضا يتحقق بالاجازه فيلزم تحقّق النقل عند تحقّقها.

واما وجه الكشف فاستدل له بوجوه منها:

أ- ما ذكره الشهيد و المحقّق الثانيان: «من ان العقد سبب تام فى حصول الملك لعموم {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} و تمامه فى الفضولى أنّما يعلم بالاجازه، فإذا أجاز تبين كونه تاماً فوجب ترتّب الملك عليه و إلّا لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصه بل به مع شىء آخر، و لا دليل يدل عليه»(١).

و فيه: كيف يكون العقد تمام السبب؟! و على تقديره لا تبقى حاجه إلى الاجازه.

ص: ٦٤

١- جامع المقاصد ٤: ٧٤، و قريب من ذلك عباره الروضه البهيه ١: ٣١٤

اللهم إلاً ان يكون المقصود ان السبب هو العقد المتعقب بالاجازه، فمع حصولها يعلم بتحقق العقد المتعقب من حين صدوره.

و هو جيد ثبوتاً إلهياً أنه لا- دليل اثباتاً على مدخله وصف التعقب، بل ظاهر قوله تعالى {إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ} مدخله وصف التراضي نفسه لا التعقب به.

ب- ما جاء عن فخر الدين من انها «لو لم تكن كاشفه لزم تأثير المعدوم فى الموجود لأن العقد حالها عدم»(1).

وفيه: ان قياس الامور الاعتباريه على الامور التكوينية قياس مع الفارق، فمن الوجيه اعتبار العقد مؤثراً من حين تحقق الاجازه و ان كان معدوماً آنذاك.

وقد يقال بالكشف الانقلابي: وهو ان المالك حيث يجيز العقد من حين صدوره و ليس من حين الاجازه فيلزم ان تثبت الملكيه بعد الاجازه من حين العقد، فاعتبارها من حين الاجازه إلاً ان المعقب- الملكيه- سابق و من حين العقد.

و هذا نحو من الكشف قد يصطلح عليه بالكشف الانقلابي، بمعنى انه قبل الاجازه لا- ملكيه من حين صدور العقد غير انه بالاجازه ينقلب الواقع إلى حدوث الملكيه من حين صدور العقد.

ص: ٦٥

و لا يصل الامر بعد امكان الكشف بالنحو المذكور إلى ما تبناه الشيخ الأعظم من الكشف الحكمي، و هو انه بالاجازه لا تحدث الملكية من حين العقد بل تترتب جميع أحكامها من حين العقد(١).

اذ فيه: ان ما ذكره لا وجه له بعد ان كان المجيز يجيز العقد من حين صدوره، إذ لازم الاجازه بالشكل المذكور تحقق الملكية بعد الاجازه من حين صدور العقد.

على ان اعتبار ترتب جميع آثار الملكية من حين العقد دون الملكية نفسها لعله لا يخلو من تهافت.

و بهذا يتضح ان الاحتمالات في الكشف ثلاثة: الكشف الحقيقي، و الكشف الانقلابي، و الكشف الحكمي.

و المقصود من الأول: ان اعتبار الملكية من حين العقد ثابت قبل تحقق الاجازه ما دامت الاجازه تحصل بعد ذلك في علم الله سبحانه.

و المقصود من الثاني: ان اعتبار الملكية من حين العقد يثبت بعد تحقق الاجازه لا قبلها.

و المقصود من الثالث: انه بالاجازه تترتب آثار الملكية من حين العقد دون نفسها.

ص: ٦٦

و بضم هذه المحتملات إلى النقل يصير المجموع أربعة وهناك احتمالات آخر عرضنا عن ذكرها .

اقول: اما المختار في اصل المسأله فقد تقدم, و اما بناءً على صحه بيع الفضولى فالصحيح هو النقل لعدم الدليل على الكشف كما هو مقتضى القاعده ألا ما يتوهم من صحيح محمد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) (قضى امير المؤمنين (عليه السلام) فى وليده باعها ابن سيدها و ابوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاماً ثم جاء سيدها الاول فخاصم سيدها الاخر فقال له: وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال: الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذى اشتراها فقال له: خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع فلما اخذه قال له ابوه: ارسل ابنى قال: لا و الله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلك سيد الوليده اجاز بيع ابنه(1) و قد تقدم عدم دلالة على صحه بيع الفضولى فضلا عن دلالة على الكشف .

ثم ان الصحيح اشتمل على بعض الفوائد مثل دلالة على ان المغرور يرجع على من غزه فان الولد البايع لما كان غاراً للمشتري و سبباً فى حبس ولد الجاربه حيث ان والد الولد من حقه ان ياخذ الجاربه و نماءها (على اشكال سوف يأتى الجواب عنه) فأرشد امير المؤمنين (عليه السلام) المشتري انه من حقه ان يحبس الولد البايع لانه هو السبب فى غرور المشتري فان الظاهر من هذا الصحيح ان الغار يتحمل مسؤوليه غروره للاخرين فكما انه كان السبب فى حبس ولد المشتري كان من حق

ص: ٦٧

المشترى حبسه فلا اشكال على هذا الصحيح من جهة القواعد بل هو موافق للقواعد و مثله فى باب الغرور مستفيض فراجع نعم
يبقى اشكال آخر سيأتى قريباً.

و اما الثمره فتظهر فى موارد متعدده: منها ما قال المصنف:

(فالنماء المتخلل للمشترى و نماء الثمن المعين للبايع)

و تظهر ايضا بين أفراد الكشف فى من اشترى جاريه بالفضوليه و أولدها و أجاز المالك بعد ذلك، فإنه على الكشف الحقيقى
يكون الوطء حلالاً- و تصير بذلك أم ولد، بينما على الكشف الانقلابى و الحكمى يكون الوطء زنا و لا تصير أم ولد، لأنّ
الوطء ليس وطأ فى الملك حدوثاً بل هو كذلك- على الكشف الانقلابى- بقاء، فإذا استظهر من أدله أم الولد اعتبار كون
الوطء فى الملك حدوثاً لم تصر بذلك أم ولد.

و تظهر الثمره بين الكشف الانقلابى و الحكمى فيما إذا بنينا فى المثال السابق على كفايه تحقّق الوطء فى الملك بقاء، فإنه على
الكشف الانقلابى تصير الأمه أم ولد بخلافه على الكشف الحكمى، فإنّ الوطء فى الملك غير متحقّق حتى بقاءً.

(و لا يكفى فى الاجازة السكوت عند العقد او عند عرضها عليه)

لانهما اعم فلا يدلان على الرضا نعم سكوت البكر في عقد النكاح كاف في رضايتهما للنص و هو صحيح داود بن سرحان عن الصادق (عليه السلام) (في رجل يريد ان يزوج أخته قال: يؤامرهما فان سكتت فهو اقرارها)^(١) و به افتى المشهور .

(و يكفي أجزت أو انفذت أو أمضيت أو رضيت و شبهه فان لم يجز انتزعه من المشتري)

كما هو معلوم و صحيح محمد بن قيس المتقدم قد تضمن ذلك.

(و لو تصرف فيه بما له اجره رجع بها عليه)

كما في صحيح زراره (قلت لابي جعفر (عليه السلام) الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء رجل فيقيم البيئه على انها جاريته لم تبع و لم توهب قال فقال يرد اليه جاريته و يعوضه مما انتفع)^(٢) و غيره^(٣) و قد تقدم تفصيل ذلك.

(و لو نما كان لمالكه)

كما هو مقتضى القاعده مضافاً لما تقدم من صحيح محمد بن قيس.

(و يرجع المشتري على البايع بالثمن ان كان باقياً عالمماً كان او جاهلاً و ان تلف قيل: لا رجوع به مع العلم و هو بعيد مع توقع الاجازة)

و تقدم الكلام فيه تحت عنوان المقبوض بالعقد الفاسد هل يكون مضموناً على المشتري ام لا ؟ و نقول هنا اما مع بقاء ماله فله الرجوع الى ماله فالناس مسلطون

ص: ٦٩

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٣٩٧ باب الولي و الشهود و الخطبه و الصادق .

٢- الكافي (ط - الإسلامية)؛ ج ٥، ص: ٢١٦؛ باب من يشتري الرقيق .

٣- تهذيب الأحكام؛ ج ٧، ص ٦٤؛ باب العيوب الموجه للرد.

على اموالهم سواء كان عالماً ببطلان المعامله ام جاهلاً لكن ان تلف فذكر المصنف قولين:

الاول: عدم رجوع المشتري على البايع العاقد ان كان المشتري عالماً ببطلان المعامله وذلك لانه كان راضياً بتلف ماله باقدامه الباطل.

الثانى: ان له الرجوع لتوقعه الاجازه من المالك.

اقول: وكلاهما صحيحان ثبوتاً فانه فى الواقع لو كان راضياً بان يتلف البايع ماله مجاناً و كان اقدمه على المعامله الباطله اباحه له فلا شك انه لا يحق له الرجوع بماله وان كان قد اعطى الثمن توقعاً لاجازه المالك فلاشك انه يحق له الرجوع به و لو تلف لانه لم يسقطه مجاناً هذا كله فى عالم الثبوت لو علم و شهدت الامارات به فهو.

و اما اثباتاً فالصحيح هو الثانى لانه الاصل حرمة التصرف فى مال الغير الا بطيب النفس و هو لم يحرز لان اقدمه اعم و لعل المصنف ناظر الى ذلك (و يرجع) المشتري (بما اغترم ان كان جاهلاً)

و ذلك لقاعده المغرور يرجع على من غزه و قد تقدم الاستدلال على القاعده فراجع و يشهد للمقام صحيح جميل بن دراج «عن الصادق (عليه السلام) فى الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجاربه فقال: ياخذ الجاربه المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بثمان الجاربه و قيمه الولد التى أخذت منه»(1).

ص: ٧٠

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٧ ص ٨٢ باب ٦؛ الاستبصار؛ ج ٣، ص ٨٤؛ باب ٥٧

اقول: لا اشكال فيما يرتبط باصل المسأله و القاعده الّا ان الاشكال فى خصوص استرجاع ولد الجاربه و انه هل للمشتري انتزاعه مع اعطاء قيمته كما فى مرسل جميل و (خبره) المتقدم آنفاً ام للمشتري انتزاعه بدون اعطاء قيمته بل يعطى قيمه سائر المنافع كما فى صحيح زراره المتقدم و خبره الاخر و هو صريح الدلاله ام ينتزع المالك ولد جاربه و ليس للمشتري انتزاع ولده لا بالقيمه و لا بدونها و هو الذى دل عليه صحيح محمد بن قيس المتقدم.

اقول: اما صحيح محمد بن قيس فقد تقدم اجماله من هذه الجهه فلا يقاوم ما نحن فيه من الاخبار الداله على ان المشتري له انتزاع ولده بالقيمه ام بدونها و اما هذه الاخبار فالترجيح لذات القيمه باعتبار اعتماد الكلينى عليها و تفسير احمد الاشعري لخبر زراره بذلك و المعارض لها انما هو خبر زراره فقط لا غير و هو ضعيف سندا و لو قلنا بالتكافى و التسايط فالقاعده تقتضى اخذ ولده بالقيمه ايضاً.

حصيله البحث:

لا- اثر بيع الفضولى نعم لو حصل الايجاب من المالك مثلا تكون الاجازه من الاخر بنفسها جزء العقد لو كان ايجاب الاصيل باق عرفا لانه لا يشترط فى عقد البيع لفظ خاص و تحصل الاجازه بكل لفظ مفهوم و لا يكفى فى الاجازه السكوت عند العقد أو عند عرضها عليه، و لا يجوز للاصيل قبض المبيع قبل اجازته الاخر فلو قبض و لم يجز انتزعه المالك من المشتري، و لو تصرف فيه بما له أجره رجع بها عليه، و لو نما كان لمالكة و يرجع المشتري على البائع بالثمن إن

ص: ٧١

كان باقياً أو تالفاً، عالماً كان أو جاهلاً، و يرجع المشتري على الفضول بما اغترم إن كان جاهلاً.

حكم ما لو باع غير المملوك مع ملكه

(و لو باع غير المملوك مع ملكه و لم يجز المالك صح) البيع (فى ملكه) بمقتضى صحيح الصفار عن العسكرى (عليه السلام) فى رجل باع قريه و لم تكن القرية كلها له و انما له بعض القرية قوقع (عليه السلام) «لا يجوز بيع ما لا يملك و قد وجب الشراء على البايع على ما يملك» و هو دال على لزوم البيع من طرف البايع .

(و تخير المشتري مع جهله)

كما دل عليه الصحيح المتقدم و بدليل تبعض الصفقه عليه حسب الشرط الارتكازى و يشهد له موثق عمر بن حنظله الآتى فى الخيارات لكنه فيه اشكال سيأتى فى محله .

و اما لو كان المشتري عالماً فان كان قد اشترى المجموع متوقعاً لاجازه المالك ففى الحقيقه يكون هنا شراء معلق على حصول الكل له و مقتضى القاعده فيه بطلانه لما تقدم من شرطيه التنجيز فى العقود و الايقاعات نعم هو منجز بالنسبه الى ما يملك البايع و قد دل صحيح الصفار على لزومه من قبله لكن لا دليل على لزومه من قبل المشتري فله الخيار فى فسخه و لولا النص بالقاعده تقتضى البطلان.

و ان كان قد اشترى المجموع كيف ما كان ففي الحقيقه يرجع هنا شراؤه الى بيعين احدهما فضولى دون الاخر و لا- علاقه لاحدهما بالآخر سواء اجاز المالك ام لم يجز.

ثم انه هل يحمل البيع مع علم المشتري بذلك على الاحتمال الاول ام الثانى؟ الظاهر هو الاول و قد عرفت ثبوت الخيار للمشتري فى هذه الصوره لاطلاق الصحيحه و ذلك لانه لو كان لجهل المشتري خصوصيه لفصل الامام (عليه السلام) و لم يفصل.

(فان فسخ رجع كل الى مالكة) كما هو واضح (و ان رضى صح) البيع (فى المملوك بحصته من الثمن بعد تقويمهما (جميعاً) ثم تقويم احدهما)

اقول: الواجب شرعاً هو ان يأخذه المشتري بما يخصه من الثمن الذى يتقسط عليه على حد تعبير السرائر .

كيفية التقسيط

و اما كيفية التقسيط فهى مسأله حسابيه و المشهور بين المتأخرين ما ذكر من تقويمهما معاً ثم تقويم احدهما ثم نسبه احدهما الى مجموع الثمن ضروره انه لو قوم منفرداً من دون ملاحظه النسبه المذكوره و اخذت قيمته من الثمن امكن حينئذٍ فى بعض الاحوال استيعابها له بل زيادتها عليه فيبقى الاخر بلا مقابله شىء من الثمن، و قد تنظر البعض فى طريقه المشهور و انها طريقه صحيحه لو لم يكن للهيئه الاجتماعيه مدخله فى زياده القيمه اما اذا كان كذلك فلا يقومان مجتمعين

اذلا- يستحق مالك كل واحد ما له ألّا منفرداً و ينسب قيمه احدهما الى مجموع القيمتين و يقسط الثمن حتى ما قابل الهيئه الاجتماعيه منه على تلك النسبه.

اقول: اذا كان اللازم هو رعايه الدقه العقليه فى المقام فالحق انه قد باع ثلاثة اشياء احدهما ماله و اثنين فضولين و هما مال الغير و الهيئه الاجتماعيه و ذلك فانه لو كانت للهيئه الاجتماعيه ماله فحينما يضم ماله الى مال الغير فهو بذلك يبيع ماله بهذه الهيئه التى ليست له و انما تحصل بضميمه مال الغير فهو ايضاً بيع ما لا يملك فان المشتري ان رضى بعد رد الغير لبيع ماله فقد رضى بمال البايع منفرداً عنهما، فاذا اردنا اعطاء ما يخص ما له من الثمن فلا بد من اخراج ما يخص مال الغير و ما يخص الهيئه الاجتماعيه و حسابه كالتالى: فاذا كان قيمتهما مجتمعين اثنى عشر و منفردين تسعه فما يخص الهيئه الاجتماعيه هى الربع من الثمن المسمى و اذا كان قيمه احدهما ثلاثة فنسبتهما ايضاً الى الاثنى عشر هى الربع و يؤخذ حينئذ له ربع الثمن و الحاصل ان المبيع له ثلاثة اقسام لكل قسم قيمه, مال البايع وله ربع الثمن والهيئه الاجتماعيه و لها ربع الثمن ايضاً و مال الغير و له نصف الثمن - الباقي - و بذلك يظهر صحه طريقه المشهور.

و اما ذكره صاحب القول الثانى من ان المالك لا يختص باستحقاق ما يزيد باجتماعهما مدفوع بان المشتري ايضاً لا يستحق ما يزيد باجتماعهما ألّا بعد تمام البيع الواقع على المجموع و لم يحصل له بل الذى تم له هو مال البايع فقط فكيف يستحق ما قابل الهيئه الاجتماعيه حتى تكسر من الثمن و تعطى للمشتري.

و اما ما قد يقال من ان الاوصاف لا تقابل بالاثمان فيرده ان التقابل عرفاً موجود آلاً في بعض الموارد مما لم يلحظ فيه آلاً ذات المبيع كما و انه لا دليل على هذا الادعاء.

(وكذا لو باع ما يملك وما لا يملك كالعبد مع الحر والخنزير مع الشاه)

اقول: اما الحر فهو لا يملكه احد و اما الخنزير فعدم مالكيه المسلم له باعتبار عدم وجود منفعه محلله فيه فلو كانت له منفعه محلله فالقاعده تقتضى ماليتها و مملوكيته آلاً اذا كان هناك دليل خاص بعدم مملوكيته للمسلم لكنى لم اعثر عليه .

(و) حينئذٍ يقوم الحر لو كان عبداً و الخنزير عند مستحليه)

من اهل الكتاب و غيرهم و حكمه فى التقويم كسابقه و الدليل عين الدليل.

حصيله البحث:

لو باع غير المملوك مع ملكه و لم يجز المالك صحّ فى ملكه و تخير المشتري مع جهله، فإن رضى صحّ فى المملوك بحصّيته من الثمن بعد تقويمهما جميعاً ثم تقويم أحدهما، و كذا لو باع ما يملك و ما لا يملك كالعبد مع الحرّ و الخنزير مع الشاه و يقوم الحرّ لو كان عبداً، و الخنزير عند مستحليه.

اولياء العقد

(وكما يصح العقد من المالك يصح من القائم مقامه و هم ستة)

الاول: (الاب)

ص: ٧٥

اما ولايه الاب فلا خلاف و لا شبهه فيها للنصوص الواردة فيها كما ستأتى.

(و) الثانى: (الجد) للاب .

و اما ولايه الجد للاب فقد وقع الخلاف فى ان حياه الاب شرط فى ولايه الجد ام لا؟ فذهب الى الاول الشيخ فى النهايه والتهذيب فقال: «وإنما يجوز عقد الجدّ مع وجود الأب، فأما إذا كان ميتاً فلا يجوز له أن يعقد عليها إلّا برضاها»(١).

و به قال ابن الجنيد و ابو الصلاح و ابن البراج و الصدوق فقال فى الفقيه: «و إن كان لها أب و جدّ فللجدّ عليها ولايه ما دام أبوها حياً لأنه يملك ولده و ما ملك، فإذا مات الأب لا يزوّجها الجدّ إلّا بإذنها»(٢).

و اما ابن ابى عقيل فلم يذكر للجد ولايه مطلقاً، و كلامهم و ان كان فى النكاح إلّا ان الظاهر منه هو العموم بل لا خصوصيه للنكاح .

و ذهب الى الثانى المفيد والمرضى و سلاز و ابن ادريس و يشهد لهم اطلاق موثق عبيد بن زراره قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام) «الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل و يريد جدها تزويجها من رجل فقال: «الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً ان لم يكن الاب زوجها قبله و يجوز عليها تزويج الاب و الجد»(٣) و الروايه

ص: ٧٦

-
- ١- تهذيب الأحكام؛ ج ٧، ص ٣٩٠؛ باب ٣٢ باب عقد المرأة على نفسها النكاح .
 - ٢- من لا يحضره الفقيه؛ ج ٣، ص ٣٩٦؛ باب الولي و الشهود و الخطبه و الصداق .
 - ٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٩٥ ح ١

و ان كانت فى النكاح أآ انه لا خصوصيه له أولاً و يشمل باقى الموارد بطريق اولى لكن يعارضه موثق الفضل بن عبد الملك عن الصادق (عليه السلام) «قال: ان الجد اذا زوج ابنه ابنه و كان ابوها حياً و كان الجد مرضياً جاز، قلنا: فان هوى ابو الجاربه هوى و هوى الجد هوى وهما سواء فى العدل و الرضا قال: « احب اللى ان ترضى بقول الجد» (١) وهو صريح انها لا ينفذ امره فيها من دون رضاها .

و يشهد لذلك ايضاً صحيح محمد بن مسلم عن احدهما (عليه السلام) قال « اذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه » (٢) فان الظاهر منه ان الجد امره على ولده نافذ لا على اولاد اولاده و بذلك يظهر ان ولايه الجد على ابن ابنه او بنت بنته انما هى فى الحقيقه على ولده لا على اولاد ولده و بذلك يمكن الجمع بين قول ابن ابي عقيل و قول الصدوق و ابن الجنيد و غيرهما ممن قال بتقيده ولايه الجد بحياه الاب فان الجد لا ولايه له على الحفيد و انما امره نافذ على ولده و لا يعارض ذلك ما تقدم من موثق ابن زراره فان مورده حياه الوالد فالسؤال فيها لم يقع مطلقاً و انما فيمن كان ابوها يريد ان يزوجه من رجل و يريد جدها تزويجها من آخر و عليه فقوله « و يجوز عليها تزويج الاب و الجد » لا يقتضى ان للجد ولايه مطلقه عليها بل يصدق بما قلنا من ان امر الجد نافذ على ولده والولد يطيع امر ابيه فى ابنه و ليس له مخالفته أآ اذا كان مضاراً بمقتضى موثق ابن زراره و بدليل لاضرر و لا

ص: ٧٧

١- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ٢٩٠ ح ٤

٢- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ٢٨٩ ح ١

ضرر ايضاً و بذلك يظهر ضعف ما قيل « من ان ولايه الجد اقوى فلا يؤثر فيها موت الاضعف » .

و وجه اقوائيتها ما جاء فى موثق ابن زراره من ان الجد اولى اقول: و تقدم ان الاولويه لا من جهه ولايته بل من جهه اخرى.

هذا و لو قلنا باطلاق موثق عبيد بن زراره فهو يحمل على المقيد من ان ذلك مختص بحياه الاب .

و على ما ذكرنا يحمل خبر عبيد بن زراره الاخر عن الصادق (عليه السلام) قال: «إني لذات يوم جالس عند زياد بن عبيد الله الحارثي إذا جاء رجل يستعدى على أبيه فى تزويج ابنته بغير إذنه فقال زياد لجلسائه: ما تقولون؟ قالوا: باطل، ثم أقبل على فقال: ما تقول، فأقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فى ما تروون أن رجلاً جاء يستعدى على أبيه فى مثل هذا، فقال له النبى صلى الله عليه و آله: أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى، فقلت لهم: فكيف يكون هذا هو و ماله لأبيه، و لا يجوز نكاحه عليهم-
الخبر»(١).

و صحيح هشام بن سالم و محمد بن حكيم، عن الصادق (عليه السلام): «إذا زوج الأب و الجد كان التزويج للأول، و إن كانا جميعاً فى حال واحده فالجد أولى»(٢).

ص: ٧٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٥ ح ٣

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٥ ح ٤

و اما خبر أبي العباس، عنه (عليه السلام): «إذا زوج الرجل فأبى ذلك والده فإن تزويج الأب جائز وإن كره الجد، ليس هذا مثل الذى يفعله الجد، ثم يريد الأب أن يرده»^(١) فظاھر انه بعد تزويج الاب ابنته لا تضر كراهه الجد .

و اما قول ابن الجنيد من ان الام و اباھا يقومان مقام الاب مستدلاً «بان رسول الله (ص) أمر نعيم النخام ان يستأمر ام بنته فى امرھا وقال: فأمرهن فى بناتهن»^(٢) فضعيف للغاية و الروايه عاميه و دلالتها غير ظاھرہ لاحتمالها الاستشاره و معارضه بما هو اقوى مثل موثق الفضل بن عبد الملك.

هل للاب ولايه على الصغير بعد بلوغه مجنوناً او سفيهاً؟

هل ان ولايه الاب - و الجد على القول بولايته - ثابتة على الصغير بعد بلوغه مجنوناً او سفيهاً ام انها تنقطع بالبلوغ؟ و لو قلنا بثبوتها بعد البلوغ اذا ما كان الجنون متصلًا به فهل هي ثابتة لو بلغ عاقلًا ثم جن ام تعود الولاية للحاكم الشرعى؟

استدل للاول منها بالاجماع و الاستصحاب و هما كما ترى و اشكلوا على ثبوتها فى الثانى بعد انقطاعها اولاً.

ص: ٧٩

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٦ ح ٦

٢- مختلف الشيعه فى أحكام الشريعه؛ ج ٧، ص: ١٢٤ وراجع سنن البيهقى ٧: ١١٥-١١٦. و سنن أبى داود ٢: ٥٧٥ / ٢٠٩٥

اقول: أَلَا ان المستظهر من الروايات هو ثبوت الولاية سواء كان الجنون و السفه متصلًا بالبلوغ ام منقطعاً عنه منها صحيح هشام، عن الصادق (عليه السلام) «انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يونس منه رشد و كان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله»^(١) فان المفهوم عرفاً من الولي هو الاب.

ومنها: ما دل على ان المرأه المالكه لنفسها يجوز تزويجها بغير ولي مثل صحيح الفضلاء عن الباقر (عليه السلام) « قال: المرأه التي ملكت نفسها غير السفيهه و لا المولى عليها ان تزويجها بغير ولي جائز »^(٢) فان المراد بالولي ما هو المعهود من ولاية الاب لا- الحاكم الشرعى و مثل حسنه زراره عن الباقر (عليه السلام) قال: اذا كانت المرأه مالكة امرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها فان لم يكن ذلك فلا يجوز أَلَا بأمر وليها « فان المنصرف من الولي فيها لا شك هو الاب دون الحاكم الشرعى و لا اشكال فى سنده الا من جهة موسى بن بكر والظاهر اعتماد الاصحاب عليه فراجع معجم رجال الحديث.

وعليه فالمستظهر من الروايات ان ولاية الاب على ولده مفروغ عنها و لا تفصيل فيها بمن كان مجنوناً بعد البلوغ متصلًا به ام منقطعاً عنه .

الثالث: (و الوصى)

ص: ٨٠

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٦٨ ح ٢

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٩١ ح ١

المراد من الوصى هو الوصى القيم لا مطلق الوصى ولا شك في نفوذ تصرفانه حيث جعل الراوى صحه القيمومه بالوصيه امرا مفروغاً عنه وقد اقرهما الامام على ذلك كما يشهد لذلك ما فى صحيحه محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصيه، فرفع أمره إلى قاضى الكوفه... قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر (عليه السلام)، وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا، ولا يوصى إلى أحد، و يخلف جوارى، فيقيم القاضى رجلاً مناً لبيعهنّ أو قال: يقوم بذلك رجلاً مناً فيضعف قلبه؛ لأنهنّ» (١)

و صحيحه على بن رثاب: «رجل مات و بينى و بينه قرابه و ترك أولاداً صغاراً و مماليك غلماناً و جوارى و لم يوص...» (٢).

و موثقه سماعه: «فى رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار، من غير وصيه، و له خدم و مماليك و عقد كيف يصنع...» (٣)

و صحيحه إسماعيل بن سعد «قال: سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل يموت بغير وصيه...» (٤)

ص: ٨١

-
- ١- الوسائل ١٢: ٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢
 - ٢- الوسائل ١٢: ٢٦٩، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع و شروطه
 - ٣- وسائل ١٣: ٤٧٤، الباب ٨٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢
 - ٤- الوسائل ١٢: ٢٦٩، ٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، الحديث ١

و اما صحيح محمد بن اسماعيل الاخر فسياتي الجواب عنه في باب النكاح.

الرابع: (و الوكيل) حسب مفاد عمومات الوكاله .

الخامس: (و الحاكم الشرعى وامينه)

و استدل له بمقبوله عمر بن حنظله والظاهر اختصاصها بالقاضى نعم قد يستفاد منها بالاولويه القطعيه ولايه الحاكم بتقريب ان الاسلام لم يهمل مشكله الترافع و التخاصم فكيف يهمل ما هو اهم منه كاداره البلاد و اجراء الحدود و التصدى لكل امر لا متصدى له بالخصوص مما هو موكول الى الامام (عليه السلام) و استدل له ايضاً بالتوقيع الشريف و هو ما صح عن الكليني عن اسحاق بن يعقوب و فيه « فاما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه احاديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجه الله » و سنده لا اشكال فيه حتى من جهه اسحاق حيث جاء فى نهايه التوقيع « و السلام عليك يا اسحاق » الظاهر فى جلالته و وثاقته و لا يضره انه هو الراوى لهذه الفقره بعد اعتماد الكليني عليه.

و اما دلالته بتقريب ان المراد من الحوادث هى الوقائع و الامور العمليه و الرجوع فيها ليس المراد منه الرجوع فى حكمها بل الرجوع فى شخصها و بقرينه ان الامام (عليه السلام) جعل رواه احاديثهم حجه على العباد من قبل شخصه (عليه السلام) وهذا لا يناسب الرجوع فى حكمها، بل ذيلها ظاهر فى النصب و انهم منصوبون مطلقاً من قبله (عليه السلام) لعدم تقييده (عليه السلام) حجيتهم بامر خاص هذا ولا يخفى ان المراد من الرواه هم الفقهاء كما هو واضح.

و يشهد لجواز التصدي عند عدم تمكن من له الامر قوله تعالى { شرع لكم من الدين ...-الى- ان اقيموا الدين } الدال على لزوم اقامه الدين بكل ابعاده و ان هذا التكليف لا يسقط بسبب فقدان من له الامر بل ان قوله تعالى { و المؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر } دال على عموم الولايه للمؤمنين وبقريته يأمرون ... و لا تنافى وجوب اطاعه ولى الامر عندما يكون مبسوط اليد بل يكون دليل وجوب اطاعه ولى الامر مخصصا لهذه العمومات.

و يشهد لذلك ورود الروايات بجواز تصدى الثقه و العدل و ان تصرفهم نافذ كما فى صحيح ابن رثاب المتقدم عن الكاظم (عليه السلام) « سألته عن رجل بينى و بينه قرابه مات و ترك اولاداً صغاراً و ترك مماليك غلماناً و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه يتخذها ام ولد و ما ترى فى بيعهم ؟ فقال ان كان لهم ولى يقوم بامرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها ام ولد ؟ قال لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم » (١) و الظاهر ان المراد بالقيم فيه الارحام الموثوق بهم كما يشهد له موثق سماعه و فيه « ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس » (٢).

ص: ٨٣

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٠٨ ح ١ و الفقيه، ج ٤، ص: ٢١٨ ح ١

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢١٨ ح ٢

و يشهد لذلك ايضاً صحيح اسماعيل بن سعد الاشعري و فيه « فقال: اذا كان الاكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس به اذا رضى الورثه و قام عدل فى ذلك » (١) و صحيح محمد بن اسماعيل المتقدم و فيه فقال: « اذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس » (٢) فاذا كان مطلق الثقه و العدل يجوز له بيع مال الصغار بعد ما كان ناظراً لهم فيما يصلحهم فالحاكم الشرعى و امينه اولى بذلك.

ثم ان الاصل فى حصر الاولياء بهؤلاء الستة هم العامه و اول من عدتهم سته منا هو الشيخ فى المبسوط و تبعه من تأخر عنه هذا و لم تقيد ولايه القيم فى الاخبار الماضيه ألما بقوله (عليه السلام) و نظر لهم و بقوله الناظر فيما يصلحهم و اما ولايه الفقهاء المستفاده من قوله (عليه السلام) فى التوقيع الشريف « واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه احاديثنا » فالظاهر اطلاقها ألما ان يدل دليل آخر على تقيدها بشرط او قيد.

(و بحكم الحاكم المقاص)

و يشهد لجواز التقاص من منكر حقه الاخبار المستفيضة (٣) لكن بشرطين: احدهما اذا لم يحلفه و ثانيهما اذا لم يكن ما وقع تحت يده من المنكر امانه.

(و يجوز للجميع تولى طرفى العقد ألما الوكيل و المقاص)

اما جوازه للجميع فلمقتضى القاعده فلا مانع من تولى طرفى العقد .

ص: ٨٤

١- الوسائل ١٢: ٢٦٩ ٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، الحديث ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٠٩ ح ٢

٣- الفقيه ج ٣، ص: ١٨٦ ح ٣٦٩٩ و قد ذكر عده من النصوص المعتمده .

و اما الوكيل و المقاص فلم يستشنيا من تلك القاعده و انما ورد في الاخبار منع الوكيل في شراء شيء ان يعطى الموكل مما عنده و قد افتى بعدم الجواز ابن الجنيد و الشيخ في المبسوط و التهذيب و هو المفهوم من الكليني حيث اقتصر على صحيح هشام بن الحكم و فيه: «اذا قال الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك و ان كان الذي عندك خيراً منه» الظاهر في الحرمة و لم يرو ما يعارضه و مثله معتبر اسحاق(1) و خير القلانسي ألما انه اشتمل على عله ظاهره في الكراهه ففيه «قال لا ترده قلت و لم قال: اليس انت اذا عرضته احببت ان تعطى به او كس من ثمنه قلت نعم قال: لا ترده»(2) و يشهد للحمل على الكراهه معتبر ابن ابي حمزه ففيه «قال ما احب لك ذلك»(3) و في موثق ميسر تفصيل اخر حيث قال (عليه السلام): «ان امننت ان لا يتهمك فاعطه من عندك و ان خفت ان يتهمك فاشتر له من السوق»(4). و موثق معمر الزيات عنه (عليه السلام): «إنني رجل أبيع الزيت يأتيني من الشام فأخذ لنفسى ممّا أبيع، قال: ما أحبّ لك ذلك، قال: إنني لست أنقص لنفسى شيئاً ممّا أبيع، قال: بعه من غيرك و لا تأخذ منه شيئاً، أ رأيت لو أنّ رجلاً قال لك: لا أنقصك رطلاً من دينار كيف كنت تصنع لا تقربه»(5).

ص: ٨٥

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٣٥٢
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٥٨ ح ٥٢
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٢٨ ح ٢٩
- ٤- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ١٩٥ ح ٣٧٣٣
- ٥- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٢٧ ح ٢٨

و كيف كان فهذه الأخبار إنّما نظرها إلى التّهمه و عدمها ولا علاقته لها بالايجاب و القبول , نعم المتقاص لا يأخذ حقه بعنوان البيع و انما تضمن صحيح ابى بكر الحضرمى «انه يقول بينه و بين الله عزوجل انه ما اخذه ظلماً و خيانه بل مكان ماله»(١) و به افتي فى المقنع و لا يخلو من فائده و لعلها انه لو استحلفه بانك ما اخذت من مالى شيئاً جاز له الحلف بانه ما اخذه يعنى ظلماً بل اخذ حقه منه

(و لو استأذن الوكيل جاز)

اذا ما قلنا بالحرمة فبالاجازه ترتفع لخروج ذلك عن مفاد صحيح هشام و كما هو مقتضى القاعده.

(ويشترط كون المشتري مسلماً اذا ابتاع مصحفاً او مسلماً الا من ينعق عليه)

اما عدم جواز اشتراء الكافر القرآن الكريم فلم يرد به خبر بالخصوص و لم يذكره المتقدمون عدا قول ابن الجنيدي حيث قال لا اختار ان يرهن الكافر مصحفاً او ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيراً من الاطفال هذا و استدلوا عليه بوجوب احترام القرآن و فحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر .

اقول: اما الاول فكونه و اجب الاحترام لا يكفى فى حرمة بيعه نعم ما يوجب اهانتته يوجب حرمة بيعه الا انه لا تلازم بين الحكم التكليفي و الوضعي و اما الثانى فالفحوى غير ظاهره لعدم وضوح مناط الحكم فلعله شىء خاص بالمسلم.

و اما عدم جواز اشتراء الكافر للعبد المسلم فيدل عليه ما فى المرفوع عن حماد بن عيسى عن الصادق (عليه السلام) « ان امير المؤمنين اتى بعبد لدمى قد اسلم فقال اذهبوا

ص: ٨٦

فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا- تقروه عنده»(١) فاذا كان عبد الكافر اذا اسلم لا يقر على يده فعدم جواز اشتراؤه له اولى و يؤيده انه قد ادعى ابن زهره الاجماع عليه . وفيه: انها ضعيفه السند و اما الاجماع فلا يكشف عن قول المعصوم فلا عبره به.

و اما الاستدلال له بايه نفى السبيل فالظاهر دلالة الايه عليه و ذلك لان ملكيته له توجب الولاية عليه وهى نوع من السبيل الذى نفت الايه المباركه جعله .

لا يقال: انها لو كانت لها هذه الدلاله لزم تخصيصها بزوال ملك الكافر بمجرد اسلام العبد و لم يقل به احد كما وان التخصيص مناف لسياق الايه الابى عن التخصيص حيث ان كلمه لن تفيد النفي الابدى مضافا الى ورود تفسيرها فى بعض الاخبار بنفى الحجه للكفار على المؤمنين(٢) فبناء على هذا التفسير لا علاقه لها بالمقام.

فانه يقال: الايه داله على نفى السبيل و الولاية على المسلم و الامر كذلك لو اسلم العبد فلا بد من بيعه على المسلم كما صرحت بذلك المرفوعه المتقدمه جمعا بين الامرين « فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا تقروه عنده» فلا تخصيص فى الايه فلا سبيل للكافر عليه بعد الاسلام و ان كان الكافر مالكا له.

ص: ٨٧

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ٤٣٢ باب النوادر

٢- تفسير نور الثقلين، ج ١، ص: ٥٦٤ ح ٦٣٠

و اما ما ورد من تفسيرها فى بعض الاخبار بنفى الحجه للكفار على المؤمنين. ففيه اولاً: ان المعنى الاول لنى السبيل هو الظاهر منه بقرينه نفى الجعل الظاهر فى نفى التشريع . وثانياً: انه لا ينافى المعنى الاول بل المنفى كل منهما - الجعل التشريعى و الحجه - و الايه قابله للحمل على هذا المعنى ايضا فلا تنافى بين المعنيين.

و اما جوازه لو كان ينعق عليه فلعدم المانع منه بعد عدم كونه سبباً عليه و لعدم شمول الخبر المتقدم له، و بذلك تعرف ضعف قول الشيخ فى المبسوط و ابن البراج استناداً الى ايه نفى السبيل .

حصيله البحث:

الأب و الوصىّ القيمّ لا- مطلق الوصى و الوكيل و الحاكم و أمينه، و بحكم الحاكم المقاصّ لجواز التقاص من منكر حقه لكن بشرطين: احدهما اذا لم يحلفه و ثانيهما اذا لم يكن ما وقع تحت يده من المنكر امانه. و ولايه الاب ثابتة على الصغير ايضا اذا بلغ مجنوناً او سفيهاً ، و اما الجد فالظاهر ان امره نافذ على ولده لا على اولاد اولاده فلا ولايه له عليهم. و يجوز للجميع تولّى طرفى العقد ، و يكره للوكيل فى شراء شىء ان يعطى الموكل مما عنده و كذلك ان يشتري مما و كل فى بيعه، و يشترط كون المشتري مسلماً إذا ابتاع مسلماً ، و اما المصحف فتعريضه للنجاسه و للاهانه نوع هتك و اهانه فهو حرام .

ص: ٨٨

(الاولى: يشترط كون المبيع مما يملك فلا يصح بيع الحر)

لعدم كونه ملكاً لاحد ولا ماله له فلا مصحح للبيع بعد الشك في تحققه .

اما اعتبار الملكيه و عدم جواز بيع مثل السمك و الطير قبل أخذهما من الماء و الهواء فقد استدل له ببعض الروايات من قبيل ما كتبه الامام العسكري (عليه السلام) إلى الصفار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك»(١).

و الصحيح ان يستدل على ذلك بانّ البيع تمليك عين بعوض فإذا لم يكن الشخص مالكا فكيف يملك غيره. و هذا من دون فرق بين البائع و المشتري و يكفي في الشرطيه الشك في تحقق البيع بدون ان يكون مالكا .

و أمّا الروايه المذكوره و ما شاكلها فهي ضعيفه الدلاله لأنها ناظره في جملة «لا يجوز بيع ما ليس يملك» إلى ان من باع ما هو مملوك لغيره فلا يمضى بيعه، و هذا من الواضح أجنبي عن المطلوب اثباته .

ص: ٨٩

واما اعتبار المالىه فقد يستدل له بما فى المصباح من كون البيع مبادله مال بمال(١).

و اجيب: بان الاطلاقات العرفيه أعم من ذلك، فالورقه الصغيره ليست مالا و لكن باعتبار اشمالها على دعاء خاص لى كامل الاعتقاد به أقدم على شرائها و يصدق البيع و الشراء على ذلك من دون تشكيك.

و مع تحقّق الصدق فى زماننا فباستصحاب القهقرى- أو اصاله عدم النقل- يثبت الوضع للمعنى الوسيع عصر صدور النصوص.

اقول: ما ذكره من ان «الاطلاقات العرفيه أعم من ذلك» فادعاء يحتاج الى الدليل، و اما ما ذكره كشاهد عرفى من قوله «فالورقه الصغيره ليست مالا و لكن باعتبار اشمالها على دعاء خاص لى كامل الاعتقاد به أقدم على شرائها و يصدق البيع و الشراء على ذلك من دون تشكيك» فليس بشاهد له لان الورقه بعد اشمالها على ذلك الدعاء ذات قيمه عرفيه ولو كانت قليله لا انها فاقده للماليه .

و عليه فنشكك فى تحقق البيع بدون ان يكون للعوضين مالىه وذلك يكفى فى لزوم الاشتراط , ولذا قال المصنف:

(و ما لا نفع فيه كالحشرات و فضلات الانسان)

ص: ٩٠

لعدم كونهما مالاً بحيث تكون لها منافع محلله يرغب فيها العقلاء و قد تقدم الكلام فى تشخيص المال و الاختلاف فيه فراجع و ان الصحيح ان كل ما يرغب فيه العقلاء و لو نادراً فله ماله و على القول الاخر اذ كانت منافعه المحلله غالبه لا نادره و عليه فيجوز بيع لبن المرأه و ان كان معدوداً من فضلات الانسان كما قال:

(اللبن المرأه) فيباع بشرائط البيع.

و من جمله مصاديق غير المملوك المباحات قبل الحيازه و لذا لا يصح بيعها لان الكل فيها سواء كما قال المصنف:

(ولا المباحات قبل الحيازه)

و اما بعد الحيازه فباعتبار ان الحيازه من اسباب التمليك بدليل السيره العقلانيه فلا اشكال فى البيع و لا يخفى ان الحيازه متقومه بالقصد و نيه التملك والا فلا يقال له حاز و بذلك يظهر ضعف القول بان الحيازه موجب للتمليك بلا قصد التملك .

(ولا) يصح بيع (الاراضى المفتوحه عنوه)

يعنى قهراً بمعنى المفعول يعنى المقهوريه لا- الفاعل بمعنى القاهريه و لا- يصح بيعها لانها ملك لجميع المسلمين كما فى الروايات المستفيضه منها صحيحه الحلبي عن الصادق (عليه السلام) انه سئل عن السواد ما منزلته ؟ قال: « هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل فى الاسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد...» و خبر ابى برده و مرسله حماد الطويله و خبر ابى الربيع وغيرها .

(الآ تبعا لآثار المتصرف)

كما فى خبر ابى برده المتقدم ففیه: «لا- بأس ان يشتري حقه منها و يحول حق المسلمين عليه و لعله يكون اقوى عليها و املئ بخراجهم منه» و المراد ان يشتري حق البايع و هو حق الانتفاع من الارض و مثله خبر ابن شريح لكن ظاهر عبارته المبسوط «اطلاق المنع عن التصرف فيها بيع و لا شراء و لا هبه و لا معاوضه و لا يصح ان يبنى دوراً و منازل و مساجد و سقايات و لا غير ذلك من انواع التصرف الذى يتبع الملك و متى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً و هو على حكم الاصل» و ظاهره انه لا يتحقق للمتصرف حق فيها حتى ينتقل الى المشتري تبعاً للاثار.

اقول: و قد يتوهم من عبارته فى التهذيب جواز تملك نفس الرقبه على العكس من عبارته المتقدمه الا ان استدلاله بخبر ابى برده على جواز بيع الاثار دون الرقبه قرينه على مراده و كيف كان فكلامه بلا دليل و لا شاهد.

(و الاقرب عدم جواز بيع رباغ مكه زادها الله شرفاً لنقل الشيخ فى الخلاف الاجماع ان قلنا انها فتحت عنوه)

اقول: انما نقل الشيخ الاجماع فقط و كونها مفتوحه عنوه لا علاقته له بالاجماع بل هو دليل اخر و بذلك تعرف الخلل فى تعبير المصنف .

ثم انه لا شك ان مكه فتحت عنوه الا انه قيل ان النبى (ص) حينما قال لهم انتم الطلقاء و اطلق رؤوسهم و انفسهم كيف لم يهب لهم اموالهم .

قلت: هذا مجرد استبعاد و حدس و كيف كان فيشهد لعدم جواز بيع رباغ مكه صحيح الحسين بن ابى العلاء عن الصادق (عليه السلام) ان معاويه اول من علق على بابيه

مصراعين بمكه فممنع حاج بيت الله ما قال عز وجل { سواء العاكف فيه و الباد } و كان الناس اذا قدموا مكه نزل البادى على الحاضر حتى يقضى حجه (١) و قريب منه خبر يحيى بن العلاء (٢) و قد جاء مفسرين للايه المباركه و قد ذكر الشيخ فى تفسيرها ان الايه لها دلالة على ذلك حيث قال: «و المسجد الحرام اسم لجميع الحرم لقوله تعالى { سبحان الذى اسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام الى المسجد الاقصى } و انما اسرى به (ص) من بيت خديجه و روى من شعب ابى طالب فسماه مسجداً..» و مضافاً لذلك فقد تقدم فى باب القبلة وروود عده اخبار داله على كون الحرم قبله لمن هو خارج عنه الا انك عرفت الاشكال فيها مما تقدم.

ثم ان نتيجته الاستدلال بالايه حرمة بيع كل اراضى الحرم و عدم اختصاص هذا الحكم برباع مكه و لم يتعرض لذلك احد فتأمل.

حصيله البحث:

يشترط كون المبيع ممّا يملكه، فلا يصحّ بيع الحرّ و ما لا نفع فيه غالباً كالحشرات و فضلات الإنسان إلّا لبن المرأه فيباع بشرائط البيع، و لا- المباحات قبل الحيازه، و لا الأرض المفتوحه عنوةً إلّا تبعاً لآثار المتصرّف، و الأقرب عدم جواز بيع رباع مكّه زادها الله شرفاً بل الحرم .

ص: ٩٣

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٤، ص: ٢٤٣ ح ١

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٤، ص: ٢٤٣ ح ٢

(الثانيه: يشترط فى المبيع ان يكون مقدوراً على تسليمه)

و لم يعرف خلاف فى اعتبارها و استدلال على ذلك بعدّه وجوه منها:

١- التمسك بالنبوى المعروف: «نهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر»^(١) بعد تفسير الغرر بالمخاطره المتحققه بشراء ما لا يقدر على تسليمه.

واورد عليه: بانّه ضعيف سنداً للإرسال, و دلالة لإمكان اندفاع الغرر باشتراط الخيار على تقدير عدم تحقق التسليم خلال مدّه مضبوطة.

و أيضا يمكن تصوّر اندفاع الغرر فيما إذا أمكنت الاستفادة من المبيع بالرغم من عدم القدره على تسليمه, كما فى العبد الآبق حيث يمكن عتقه فى كفاره و الدار المغصوبه حيث يمكن وقفها على من هى بيدهم و ذريتهم ما تناسلوا.

وفيه: انه ليس بمرسل بل له ثلاثة اسانيد توجب الوثوق به و هى كالتالى:

١- حدّثنا أبو الحسن محمّد بن عليّ بن الشّاه الفقيه المروزي بمرورود فى داره قال حدّثنا أبو بكر بن محمّد بن عبد الله النّيسابورى قال حدّثنا أبو القاسم عبد الله بن أحمد بن عامر بن سليمان الطّائى بالبصره قال حدّثنا أبى فى سنه ستين و مائتين قال حدّثنى عليّ بن موسى الرّضا (عليه السلام) سنه أربع و تسعين و مائه .

ص: ٩٤

١- وسائل الشيعه ١٢: ٣٣٠ ب ٤٠ من أبواب آداب التجاره ح ٣, العيون, ج ٢, ص: ٤٦

١- و حَدَّثَنَا أَبُو مَنْصُورٍ أَحْمَدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ بَكْرِ الْخَوَرِيِّ بْنِ سَابُورٍ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَارُونَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْخَوَرِيِّ قَالَ حَدَّثَنَا جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ زِيَادٍ الْفَقِيهِ الْخَوَرِيِّ بْنِ سَابُورٍ قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْهَرَوِيُّ الشَّيْبَانِيُّ عَنِ الرَّضَا عَلِيِّ بْنِ مُوسَى (عَلَيْهِ السَّلَامُ) .

٢- و حَدَّثَنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْأَشْنَانِيُّ الرَّازِيُّ الْعَدْلُ بَلِيغٌ قَالَ حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ مَهْرُوبِ الْقَزْوِينِيِّ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سَلِيمَانَ الْفَرَّاءِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُوسَى الرَّضَا (عَلَيْهِ السَّلَامُ) (١).

فهذه ثلاثة اسانيد لا- علاقه لاحدهما بالاخر فكيف يصح وقوع الكذب منهم فانهم وان لم يوثقوا باجمعهم لكننا لا نحتمل توافقهم على الكذب مضافا الى ان متون الاخبار التي نقلوها ترتبط بالدفاع عن المذهب وحقانيته و عليه فالخبر موثوق به و لا وجه للقول بضعفه .

و اما دلالة فما اجاب به المستشكل اجنبي عن المدعى فما ذكره من اندفاع الغرر بالشرط خروج عن البحث وما ذكره اخيرا نادر لا يعول عليه الا بالشرط و نحن قائلون بصحته .

٢- ما تمسك به صاحب المنية من زوال المالىة عما لا يقدر على تسليمه (٢).

ص: ٩٥

١- عيون أخبار الرضا (عليه السلام)، ج ٢، ص: ٢٥

٢- منية الطالب ١: ٣٧٨

و اجيب: بانه لا نسلم بزوال المالىه بعدم القدره فانه مخالف للوجدان.

٣- ان الاقدام على المعامله التى لا قدره فيها على التسليم سفهيه.

و فيه: ان السفاهه منتفيه فى حاله امكان الانتفاع كما فى المثالين السابقين.

و مع غصّ النظر عن ذلك يمكن أن يقال: لا دليل على بطلان المعامله السفهيه بل مقتضى اطلاق مثل «أحل الله البيع» امضاؤها و عدم اشتراط ان لا تكون كذلك. نعم تصرّف السفهيه فى أمواله باطل لا ان المعامله السفهيه باطله.

٤- ان أكل المال بازاء ما لا يقدر على تسليمه أكل له بالباطل، و هو منهى عنه بمقتضى قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (١).

و فيه: ان من المحتمل أن يكون المقصود: لا تأكلوا أموالكم بالأسباب الباطله و ليس لا تأكلوها بلا مقابل. و يكفى الاحتمال فى المقام حيث تعود المطلقات بلا مانع يمنع من التمسك باطلاقها.

٥- التمسك بالروايات الناهيه عن بيع الآبق بلا ضميمه، كما فى موثقه سماعه عن أبى عبد الله (عليه السلام): «الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلّا

ص: ٩٦

ان يشتري معه شيئاً آخر و يقول: اشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه»(١).

و إذا لم يحتمل اختصاص مثل الروايه المذكوره بموردها أمكنت الفتوى باعتبار الشرط المذكور , و لذا:

(فلو باع الحمام الطائر لم يصح إلا ان تقضى العاده بعوده)

لعدم الغرر هذا وقد يقال بان الطائر اذا طار و ليس مما يعود يخرج عن الملكيه كالسمكه اذا اخرجها من الماء الى الارض ثم وثبت اليه فليس الباع اولى بها من المشتري ويرده ان صيروره الحيوان ممتنعاً لا- يخرجه عن الملكيه وعلى فرض الشك فى الملكيه تستصحب.

(و لو باع الابق صح مع الضميمة فان وجدته و إلا كان الثمن بازاء الضميمة) كما يدل عليه صحيح رفاعه النخاس و موثق سماعه.

ثم ان صحه البيع مع الضميمة لانتفاء الغرر ام للنص تعبيراً؟ فعلى الاول يمكن التعدى منه الى باقى الموارد من امثاله كما قاله المصنف فى المسأله الاقيه «و لو تعددت العبيد كفت ضميمة واحدة» , و على الثانى فلا . قلت: و الاول هو الاقوى.

(و لا خيار للمشتري مع العلم)

ص: ٩٧

لإقدامه على تحمل الضرر .

(و لو قدر المشتري على تحصيله فالاقرب عدم اشتراط الضميمة و عدم لحوق احكامها لو ضم)

لخروجه من الغرر فان ما لا يقدر على تسليمه و تسلمه فهو غرر و أّلا فلا فالموضوع هنا منتف و وجه اشتراط الضميمة شمول ظاهر النص له بعد الجمود عليه لكنه خلاف الفهم العرفي فلا تشتط الضميمة.

و (اما الضال و المجحود فيصح البيع ويراعى بامكان التسليم)

عند المصنف لكنه عجيب فان الصحه اما موجوده او معدومه و لا- معنى لتعليقها على امكان التسليم و لافرق بين الضال و المجحود و الأبق فكلها غرريه و لا يصح بيع الغرر مطلقاً لا انه موقوف على امكان التسليم و ذلك لان البيع اما ان يحظى بامضاء المولى فيصح و اما ان لا يحظى فيبطل نعم لو كان المراد من امكان التسليم عدم العلم بتعذر التسليم صح ما قال و يكون تعذره كاشفاً عن بطلانه من رأس لانه غررى و بذلك يظهر ضعف قول المصنف: (وان تعذر فسخ المشتري ان شاء) و ذلك لانه من موارد الانفساخ لا الفسخ.

(و فى احتياج العبد الأبق المجعول ثمناً الى الضميمة احتمال و لعله الاقرب و حينئذٍ يجوز ان يكون احدهما ثمناً و الاخر مثنماً مع الضميتين و لا يكفى ضم آبق اليه)

كل ذلك اذا كان المفهوم من النص المتقدم هو حصول الغرر فكلما حصل الغرر بطل و أّما فلا- و لا شك فى ارتفاع الغرر بالضميتين للثمن و المثن كما لا يكفى

جعل الضميمة عبداً آبقاً لعدم خروجه عن موضوع الغرر نعم لو قلنا ان جواز بيع الآبق مع الضميمة امر تعبدى فلا يجوز حينئذ التعدى عنه .

(و) بذلك يظهر حكم ما (لو تعددت العبيد) وانه لا تكفى الضميمة الواحدة على القول بالتعبد و الآ (كفت ضميمة واحدة) كما هو الاقوى.

حصيله البحث:

يشترط أن يكون مقدوراً على تسليمه، فلو باع الحمام الطائر لم يصح إلا أن تقضى العاده بعوده، و لو باع الآبق صح مع الضميمة، فإن وجدته و إنما كان الثمن بإزاء الضميمة، و لا خيار للمشتري مع العلم بإباقه، و لو قدر المشتري على تحصيله فالأقرب عدم اشتراط الضميمة و عدم لحوق أحكامها لو ضم. و لا- يصح بيع الضال و المجهود , و يصح بيع العبد الآبق المجعول ثمناً مع الضميمة و حينئذ يجوز أن يكون أحدهما ثمناً و الآخر مثنياً مع الضميتين، و لا يكفى ضم آبق آخر إليه و لو تعددت العبيد كفت ضميمة واحدة.

عدم صحه بيع الوقف

(الثالثه: يشترط) فى المبيع (ان يكون طلقاً)

هذا الشرط انتزاعى من عدم جواز بيع الوقف و الرهن و العبد الجانى و كلما تعلق به حق الغير لقيام الدليل الخاص فى كل مورد على ذلك و لذا (فلا يصح بيع الوقف)

كما جاء به النص ففي صحيح ابن الحجاج عن الكاظم (عليه السلام) وفيه « لا يحل لمؤمن بالله و اليوم الاخر ان يبيعها او شيئاً منها يبتاعها و لا- يهبها و لا- ينحلها و لا يغير شيئاً منها مما وضعته عليها حتى يرث الله الارض و ما عليها» (١) و في الصحيح « الوقوف على ما وقفها عليها اهلها» (٢) نعم استثنيت بعض الموارد على خلاف:

الاول: ما قال: (و لو ادى بقاؤه الى خرابه كخلف بين اربابه فالمشهور الجواز)

اما جواز بيع الوقف في ما لو ادى بقاؤه الى خرابه كخلف بين اربابه فمستنده صحيح على بن مهزيار ففيه: « قال كتبت الى الجواد (عليه السلام) ان فلاناً ابتاع ضيعه فوقفها و جعل لك في الوقف الخمس و يسأل عن رأيك في بيع حصتك - الى - و كتبت اليه ان الرجل ذكر ان بين من وقف بقيه هذه الضيعه عليهم اختلافا شديدا - الى - فان كان ترى ان يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما كان وقف له...» و به افتى المفيد مع ضم صورتين اخريين به و هما «خرابه في نفسه و سقوط عن الانتفاع به و حاجه شديده الى بيعه» و مثله المرتضى وسلار و ابن زهره و ابن حمزه و الراوندى و صاحب النزاهه و اقتصر الشيخ على ما في العنوان فقط و حملة الصدوق على الوقف المنقطع و مثله الحلبي و القاضي و اطلق المنع ابن الجنيد و به صرح ابن ادريس و بذلك تعرف ضعف القول بان جواز البيع هو المشهور مضافاً الى عدم دلالة الصحيح على ما قالوا و ذلك لان ظاهر بل صريح الصحيح هو ان رجلاً اشترى ضيعه فوقف عند نفسه قبل تسليم الوقف الى

ص: ١٠٠

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٤٩ ح ٨

٢- الكافي (ط - دار الحديث) ج ١٣ ص ٤١٧

الموقوف عليهم على جمع له عنايه بهم الا- انه بينهم خلف شديد و وقف خمساً منها على الامام (عليه السلام) كذلك بلا ان يقبضها اياه (عليه السلام) ثم استدعى من ابن مهزيار ان يكتب اليه (عليه السلام) و يسأله عن رأيه (عليه السلام) فى انه هل يقيه له كما نوى و يسأله عن رأيه فى ابقائه سهام اولئك الجمع لهم او يبيعها و يعطيهم ثمنها لاختلاف شديد بينهم فاجابه (عليه السلام) ببيع سهمه لكون ثمنه اصلح له و بيع سهامهم لامكان اداء اختلافهم الى ما فيه الهلكه فى نفوسهم واموالهم كما هو حال كثير من الناس قال تعالى { و ان كثيراً من الخطاء ليبنى بعضهم على بعض الا الذين آمنوا و عملوا الصالحات و قليل ما هم } و حاصل الصحيح انه تضمن السؤال عن وقف غير تام لانه غير مقبوض لهم و لا له (عليه السلام) و عليه فلا يصلح الاستناد اليه فى جواز بيع الوقف و لا- علاقه له بحمل الصدوق له على الوقف المنقطع و بذلك يظهر ضعف حمل الشيخ له فى التهذيب و الاستبصار على « انه جاء رخصه بشرط ما تضمنه - الى - فيجوز بيعه و اعطاء كل ذى حق حقه » و يدل على الذى ذكرنا ان الصحيح تضمن بيع الواقف للوقف لا بيع الموقوف عليهم له كما هو مفروض المسأله.

واما ما اضافته المفيد من صورتين اخريين:

اولاهما: خرابه و عدم الانتفاع به فاستدل له بان مورد اخبار عدم جواز البيع بقاؤه و الانتفاع به و مع عدم الانتفاع يخرج من مورد تلك الاخبار فهو من قبيل السالبه بانتفاء الموضوع.

وجوابه: ان هذا الكلام يصح لو كان الوقف مقصوراً على العقار بمعنى انه لا يمتد الى ارضه بعد وقفه و هو خلاف الظاهر عرفاً الا مع التصريح بذلك ثم ان الدوام

مأخوذ في الوقف اما ذاتاً او حكماً بمعنى ان الدوام اما ان يكون جزءاً من ماهية الوقف كما عليه صاحب الجواهر(١). و اما هو من جمله احكامه كما عليه الشيخ الاعظم(٢) فهو باق ما دامت الارض باقيه نعم يصح ذلك في الوقف المنقطع مثل العبد يوقف على المسجد مثلاً فيموت فيموتته ينتفى الموضوع فيبطل الوقف .

ثانيها: في صورته حاجتهم وقد استندوا في ذلك الى صحيح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن ابن رثاب عن جعفر بن حيان، عن الصيادق (عليه السلام): «سألته عن رجل وقف غلّه له على قرابه من أبيه و قرابه من امّه - إلى - قلت: فلورثه من قرابه الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا إليها و لم يكنهم ما يخرج من الغلّه، قال: نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيراً لهم باعوا»(٣) لكنه كما ترى ليس وقفاً دائماً و ابدياً لانه انما تضمن وقف الغله على قرابته و لم يقيّد بقتيد « ان انقضوا ففي سبيل البر» فمع وجود هذا المعنى و لو احتمالاً كيف يجوز لنا ان نقول بجواز بيع وقف قئد ببقائه الى ان يرث الله الارض و من عليها .

و لا مانع من العمل به في مورده خصوصاً إذا سقط الانتفاع به بحيث أن تكون الغلّه لا أثر لها في أمر معاشهم .

ص: ١٠٢

١- الجواهر ج ٢٢ ص ٣٥٨

٢- المكاسب ج ٤ ص ٣٧ الطبعة الحديثه

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٣٥-٢٩

و اما خبر الاحتجاج عن محمد الحميرى فيما كتبه للحجه (عليه السلام) عن الوقف الذى لا يجوز بيعه ؟ واجابه (عليه السلام) اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه واذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين ان شاء الله « فضعيف سنداً و لا- يقاوم ما تقدم من ان الوقوف على ما وقفها اهلها عليها و قابل للحمل على الوقف المنقطع بقريته السؤال حيث جاء فى صدره « اذا كان الوقف على قوم باعياهم و اعقابهم » بخلاف الوقف على امام المسلمين فانه مفروض البقاء الى اخر الدنيا و عليه فهو وقف ابدى و بذلك يظهر عدم صحه بيع الوقف المؤبد مطلقاً .

عدم جواز بيع ام الولد

الثانى: من موارد جواز بيع ما ليس طلقاً بيع ام الولد فقال المصنف:

(و لا) يجوز (بيع الامه المستولده مادام الولد حياً الا فى ثمانية مواضع)

و عدم جواز بيعها فى غير تلك المواضع لما ورد فى صحيح عمر بن يزيد الاتى عن يونس ففيه: « فان كان لها ولد ليس على الميت دين فهى للولد فاذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها و ان كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها و تستسعى فى بقيه ثمنها » .

و اما صحيح زراره عن الباقر (عليه السلام) سألته عن ام الولد قال: امه تباع و تورث و توهب و حدها حد الامه فالظاهر سقط من آخره جمله « اذا لم يكن لها ولد » و ذلك لان الصدوق نقل هذه الروايه بعينها سنداً و متناً فى ابواب الحدود مع تلك الجملة و عليه فلا وثوق بها على كل حال.

و اما مواضع الجواز:

(احدها فى ثمن رقبتهـا مع اعسار مولاها سواء كان حياً ام ميتاً)

كما دل عليه صحيح عمر بن يزيد لكنه خاص بما بعد موت مولاها ففيه: «ايما رجل اشترى جاريه فاولدها ثم لم يؤد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدى عنها اخذ ولدها منها و بيعت فادى ثمنها قلت فيعن فى ما سوى ذلك من ابواب الدين و وجوهه؟ قال لا» (١) و عليه يحمل اطلاق خبره الاخر و الذى فيه قال: نعم يعنى تباع فى ثمن رقبتهـا، و بذلك يظهر لك ضعف كلام المصنف بجواز بيعها عند حياها مولاها فانه بلا دليل.

(و ثانيها: اذا جنت على غير مولاها)

لما سيأتى فى باب الجنايات من ان المجنى عليه له ان يأخذ رقبتهـا او قيمتهـا.

(و ثالثها: اذا عجز مولاها عن نفقتها)

لم يظهر له من مستند يخصص به ما تقدم و القاعده فى ذلك تقتضى عدم الجواز.

(و رابعها: اذا مات قريبتها و لا وارث له سواها)

و استدلاله بان العله فى عدم جواز بيعها هى ان تعتق من نصيب ولدها و هنا تعجيل فى عتقها و عليه فيجوز و هذا الاستدلال يتوقف على مقدمتين احدهما ان العله فى عدم جواز بيعها هى لاجل ان تعتق من نصيب ولدها فيفهم عرفاً ان كل

ص: ١٠٤

ما يوجب عتقها فهو جائز فلا يختص الحكم بالمقدمه الثانيه بل يجوز بيعها بشرط العتق. و ثانيهما ان الرقيق يرثون عند انحصار الوارث بهم و كلاهما لا بد من مراجعه النصوص فيهما.

(و خامسها: اذا كان علوقها بعد الارتهان)

و ذلك لاسبقيه حق المرتهن فان المولى ممنوع من تفويت حق المرتهن و عليه فاستيلادها غير مشروع فلا اثر له.

(و سادسها: اذا كان علوقها بعد الافلاس)

و هو كسابقه حيث قد تعلق بها حق الغير و المفلس محجور عليه فى اموله عدا ما استثنى.

(و سابعها: اذا مات مولاها و لم يخلف سواها و عليه دين مستغرق و ان لم يكن ثمناً لها)

لكن لم يظهر لهذا الاستثناء مصدر و يعارضه صحيح عمر بن يزيد المتقدم من عدم جواز بيع الامه فلاحظ.

(وثامنها: يبيعها على من تنعتق عليه فانه فى قوه العتق)

لكن قد عرفت الاشكال فيه فى الموضوع الرابع فراجع .

(و فى جواز بيعها بشرط العتق نظر اقربه الجواز)

لانه فى قوه العتق عند المصنف و قد تقدم الكلام حوله فى الموضوع الرابع فراجع.

حصيله البحث:

ص: ١٠٥

يشترط في المبيع أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف المؤبد مطلقاً، ولا بيع المستولده ما دام الولد حيّاً إلّا في مواضع: أحدها في ثمن رقبتها مع إعسار مولاها بعد موت مولاها و ثانيها إذا جنت على غير المولى و ثالثها إذا كان علوقها بعد الارتهان و رابعها إذا كان علوقها بعد الإفلاس .

(الرابعة: لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنايته من بيعه)

لأنه لم يخرج عن ملك مولاها بها و التخيير في فكه للمولى فإن شاء فكه بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمته و إن شاء دفعه إلى المجنى عليه أو وليه ليستوفى من رقبته ذلك.

(و لو جنى عمداً فالأقرب أنه) أى البيع (موقوف على رضا المجنى عليه أو وليه)

لأن التخيير بين قتله أو استرقاقه في جنايه العمد إلى المجنى عليه لدلاله النصوص عليه ففي صحيح أبان بن تغلب و هو من اصحاب الاجماع عمّن رواه، عن الصادق (عليه السلام): «إذا قتل العبد الحرّ دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوه، و إن شاءوا حبسوه (و إن شاءوا استرقّوه) و يكون عبداً لهم»(١).

ص: ١٠٦

و صحيح زراره، عن أحدهما عليهما السلام «فى العبد إذا قتل الحرّ دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوه، و إن شاءوا استرقوه»(١).

و اما خبر الوابشى من اخذ العبد بجنايته او يفتديه مولاه فاعم لانه ليس فيه ادعاء جنايه عمد .
نعم لا يخرج عن ملك سيده بالجنايه و عليه فيكون البيع فضوليا نظرا إلى تعلق حق المجنى عليه قبله و رجوع الأمر إليه .
و اما كونه موقوفاً او باطلاً فهذا تابع لحكم بيع الفضولى و قد تقدم الكلام فيه.

حصيله البحث:

لو جنى العبد خطأ لم يمنع من بيعه، و لو جنى العبد عمداً فالأقرب أنه موقوفٌ على رضی المجنى عليه أو وليه.

معلومه العوضين

(الخامسة: يشترط علم الثمن قدرأ و جنساً و وصفاً)

و من جمله شرائط البيع ضبط العوضين و لا خلاف فيه بين الأصحاب، و تدلّ عليه روايات كثيره من قبيل:

ص: ١٠٧

١- صحیحہ الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): «سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدّه فيكال بمكيال ثم يعدّ ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد، قال: لا بأس به»^(١)، فإنّها تدلّ على ارتكاز عدم جواز بيع المعدود بلا عدّ، و الامام (عليه السلام) قد أمضى الارتكاز المذكور. و موردها و ان كان هو المعدود إلّا ان الخصوصية له غير محتمله فيتعدّى إلى غيره.

٢- صحیحہ محمد بن حمران: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنّه كاله فصدّقناه و أخذناه بكيله، فقال: لا- بأس، فقلت: أيجوز ان أبيع كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، اما انت فلا تبعه حتى تكيله»^(٢)، هذا كلّه بالنسبه إلى المبيع.

و اما اعتبار ضبط الثمن فيمكن ان يستفاد من الروايات السابقة بعد تنقيح المناط و الغاء العرف خصوصيه المورد حيث يفهم ان المعلوميه معتبره في العوضين بلا خصوصيه للمبيع.

(فلا يصح البيع بحكم احد المتعاقدين او اجنبى)

كل ذلك لاجل دفع وقوع الغرر و هذا صحيح لولا- النصوص و النصوص دفعت الغرر بطريق اخر و هو الجواز اذا لم يحكم البايع بالاكثر من قيمه العادله و لم

ص: ١٠٨

١- وسائل الشيعه ١٢: ٢٥٩ الباب ٧ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ١

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٢٥٦ الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ٤

يحكم المشتري بالاقبل منها كما في صحيحه رفاعه النخاس و فيها فقال (عليه السلام): « ارى ان تقوم الجاربه بقيمه عادله فان كان ثمنها اكثر مما بعثت اليه كان عليك ان ترد اليه ما نقص من قيمه و ان كانت قيمتها اقل مما بعثت فهو له » هذا لو كان الحكم للمشتري وكذلك لو كان الحكم للبايع لما ورد في نصوص متعدده موثوق بها من ان « غبن المسترسل سحت » كما في خبر اسحاق بن عمار و به افتى في الفقيه و في خبر عمرو بن جميع غبن المسترسل ربا و عن كتاب احمد بن محمد بن يحيى انه لا يحل.

و المسترسل هو من يشتري بلا- ان يسأل عن قيمه و من دون تعيينها بل يكل ذلك الى البايع و يجعل قدر الثمن الى حكمه عملاً من دون اشتراط و قد تضمنت هذه النصوص ان اصل البيع صحيح الا ان غبنه سحت و حرام و ربا بمعنى انه لا يجوز للبايع ان يأخذ اكثر من قيمه المتعارفه و هى العادله و هذه النصوص شامله لمن يشتري بحكم البايع بالفهم العرفى و قد افتى بهذه الاخبار الشيخان و ابن ادريس و ابن البراج و ابن زهره و الصدوق و الكلينى نعم البيع بحكم اجنبى باطل لعدم خروجه عن الغرر.

(و لا) يجوز البيع (بثمن مجهول القدر و ان شوهد)

خلافاً لابن الجنيد حيث قال: «لا بأس ببيع الجراف مما اختلف جنسهما لانتفاء الجهاله بالمشاهده و انتفاء الربا باختلاف الجنس» و يردده انه غررى و لا دليل على صحته و قال ايضاً « لو وقع العقد على مقدار بينهما و المثلن مجهول لاحدهما

جاز اذا لم يكن يواجبه وكان للمشتري الخيار اذا علم...» فجوز بيع المجهول مع الخيار و يردده ان الخيار لا يرفع الغرر.

هذا و لكن روى المشايخ الثلاثة صحيحاً عن الصادق (عليه السلام) «عن رجل اشترى تبن بيدر قبل ان يداس تبن كل بيدر بشيء معلوم يأخذ التبن و يبيعه قبل ان يكال الطعام. قال: لا بأس» و فى روايه الكليني انه قال تبن كل كر بشيء معلوم و قد روى هذا الخبر جميل و بتوسط ابن ابى عمير(1) و بروايه التهذيب عن زراره و كلهم من اصحاب الاجماع و عليه اعتمد الكافى و الفقيه و لا بد من كون المشاهده فيه رافعه للغرر بان لا يكون لمقداره اهميه فمن يريد شراء عشرين كراً و قد حصل على مقدار منها قد يكون عشره و قد يكون اقل او اكثر فيشترى ثم يكال له فلا يكون فيه غرر كما هو واضح.

(و لا) يجوز بيع (مجهول الصفه و لا مجهول الجنس و ان علم قدره)

للغرر ولأينّ مورد النصوص السابقه و ان كان هو المقدار إلّا ان المفهوم منها اعتبار المعلوميه الرافعه للجهاله، و ذلك لا يتحقق بضبط المقدار دون الجنس و الصفات.

(فان قبض المشتري المبيع و الحال هذه كان مضموناً عليه ان تلف)

ص: ١١٠

بقيته يوم القبض عند الشيخين و سلاز و الحلبي و ابن البراج و اعلى القيم عند ابن ادريس و قد تقدم الكلام فيه مفصلاً فراجع.

حصيله البحث:

يشترط العلم بالثمن قدرأً و جنساً و وصفاً، فلا يصح البيع بحكم أجنبي أو أحد المتعاقدين اذا لم يحكم البايح بالاكثر من قيمه العادله و لم يحكم المشتري بالاقل منها و الأصح، و لا بثمان مجهول القدر و إن شوهد و لا مجهول الصيفه و لا مجهول الجنس و إن علم قدره، فإن قبض المشتري المبيع و حاله هذه كان مضموناً عليه إن تلف.

(السادسه: اذا كان العوضات من المكيل او الموزون او المعدود فلا بد من اعتبارهما بالمعتاد)

كما يدل عليه صحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام) « ما كان من طعام سميت فيه كياً فلا يصلح بيعه مجازفً و هذا مما يكره من بيع الطعام »^(١) و المراد من قوله يكره هي الحرمة بقريته قوله فلا يصلح بيعه الظاهر في فساد المعامله و الحاصل ان هذا الصحيح و غيره دل على لزوم الاعتبار و انه لا يجوز بيعه مجازفه نعم يجوز الاكتفاء باخبار البايح و تصديقه كما في صحيح ابان و هو من اصحاب الاجماع عن محمد بن حمران و فيه « اشترينا طعاماً فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه و

ص: ١١١

١- وسائل الشيعه، ج ١٧، ص: ٣٤٢ ح ٢

اخذناه بكيه فقال: لا بأس فقلت: يجوز ان يبيعه كما اشترت بغير كيل قال: لا اما انت فلا تبعه حتى تكيله» (١) و غيره مثل موثق سماعه (٢) و قد تضمن ان المشتري لا يجوز له بيعه بعد تصديق البايع الا بكيه كما ورد ذلك ايضاً في صحيح عبد الرحمن بن ابي عبد الله (٣) و به افتى الصدوق و لا يلزم حصول الوثوق في الاعتماد على قول البايع كما هو صريح صحيح ابان و غيره، هذا والتأمل في الاخبار يرفع كل ما يظهر من بعض الاخبار مما هو خلاف ما تقدم في هذا الباب كما في مرسل ابن بكير « اما ان يأخذ كله بتصديقه و اما ان يكيه كله » فانه ظاهر في انه لو صدقه كفى التصديق في كله و الا فلا معنى للتبعيض بالتصديق في البعض دون البعض.

(و لو باع المعدود وزناً صح)

و استدلال لذلك بصحيح الحلبي لكنه اجنبي عما نحن فيه لانه المقصود فيه هو وقوع البيع على العدد فما يحصل بالكيل قد لا يكون موافقاً للعدد فأجازه الامام عند المشقه فان بيع المجازفه و ما فيه الغرر باطل .

(و) بذلك يظهر انه (لو باع الموزون كيلاً او بالعكس امكن الصحه فيهما) بعد عدم كونه غريباً و مجازفه .

ص: ١١٢

١- وسائل الشيعه، ج ١٧، ص: ٣٤٥ ح ٤

٢- وسائل الشيعه، ج ١٧، ص: ٣٤٥ ح ٧

٣- وسائل الشيعه، ج ١٧، ص: ٣٤٦ ح ٨

و اما خبر وهب بن وهب الوارد فى جواز اسلاف ما يوزن فى ما يكال و بالعكس فاجنبى عما نحن فيه و انما يدل على جواز هذا بذاك.

(و يحتمل صحه العكس) و هو المكيل بالوزن (لا الطرد) و هو الموزون كَيْلاً و ذلك (لان الوزن اصل للكيل)

لكنه احتمال ضعيف سواء كان الوزن اصلاً ام لا- مع انه لا- دليل على اصالته و ذلك لما عرفت من ان الملاك هو بطلان بيع الغرر و المجازفه فاذا فرضنا ارتفاع الغرر و المجازفه ببيع الموزون كَيْلاً فائى محذور فيه و قد جرى سوق المسلمين على ما ذكرنا فلا- حظ، و الحاصل ان الاعتبار بما يؤمن معه الغرر كما اشير اليه فى مرسله ابراهيم بن هاشم فى حديث طويل «..ولا ينظر فيما يكال او يوزن الّا الى العامه ولا يؤخذ فيه بالخاصه فان كان قوم يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم لان اصل اللحم ان يوزن واصل الجوز ان يعد» فليس المعتبر تسامح بعض الناس بل المعتبر حال عموم الناس.

(و لو شق العد اعتبر مكيال و نسب الباقي اليه)

كما فى صحيح الحلبي المتقدم و الغرض من هذا الصحيح ليس جواز اعتبار المعدود كَيْلاً كما توهم بل ان المبيع يباع بالعدد و لاجل مشقه الحساب يكتفى بالمكيال فى تشخيص العدد لا انه معيار مستقل كما توهم.

حصيله البحث: إذا كان العوضان من المكيل أو الموزون أو المعدود فلا بدّ من اعتبارهما بالمعتاد، و لو باع المعدود وزناً صحّ، و لو باع الموزون كَيْلاً أو بالعكس صحّ لارتفاع الغرر بذلك، و لو شقّ العدّ اعتبر مكيالاً و نسب الباقي إليه.

(السابعه: يجوز ابتياع جزء معلوم النسبه مشاعاً تساوت اجزاؤه او اختلفت اذا كان الاصل معلوماً فيصح بيع نصف الصبره
المعلومه)

فى متساوى الاجزاء (و الشاه المعلومه)

فى مختلف الاجزاء لعدم المانع من ذلك بعد كون العوضين معلومين و لا جهاله فيهما .

(و) اما (لو باع شاه غير معلومه من قطيع بطل) لحصول الغرر فيه .

(و لو باع قفيزاً من صبره صح و ان لم يعلم كميه الصبره)

للعلم العادى بان الصبره مشتمله عليه و لذا لا يكون غرر فى البين، فان تبين عدم مطابقه العلم للواقع و ظهر نقصانها كما قال:

(فان نقصت تخير المشتري بين الاخذ بالحصه)

لانه بيع صحيح لا غرر فيه و لا خيار للبايع لعدم الموجب له .

(و) بين (الفسخ) منه بخيار تبعض الصفقه حسب المرتكز العقلائى هذا و ذكر الشهيد الثانى «ان اقسام بيع الصبره عشره ذكر
المصنف بعضها منطوقاً و بعضها مفهوماً و جملتها انها اما ان تكون معلومه المقدار او مجهولته فان كانت معلومه صح بيعها اجمع
و بيع جزء منها معلوم مشاع و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه و بيعها كل قفيز بكذا لا بيع كل قفيز منها بكذا- الى- و هل ينزل
القدر المعلوم فى الصورتين على الاشاعه او يكون المبيع ذلك المقدار فى الجمله ؟ و جهان اجودهما الثانى و تظهر الفائده فى
ما لو تلف بعضها فعلى الاشاعه يتلف من المبيع بالنسبه و على الثانى يبقى المبيع ما بقى قدره» .

ص: ١١٤

اقول: فحيث اشترى امرأً معيناً من جملة فهو صالح لان ينزل على الكلى فى المعين و يكون اختيار تعيينه بيد المالك كما و يمكن ان ينزل على الاشاعه فليس هنا ما يقتضى تعيين احد الامرين فى نفسه الا ان الظاهر انه عرفاً منزل على الكلى فى المعين و يكون شرطاً ضمناً، هذا و لو لم يكن بتلك المشابهه من الوضوح عرفاً فالذى ورد فى صحيح بريد بن معاويه تعين الكلى فى المعين ايضاً ففيه: « فقال البايع قد بعتهك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشتري قد قبلت -الى- و وكل المشتري من يقبضه فاصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون الف و بقى عشره الاف طن فقال: العشره الاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البايع » و افتي به الشيخ فى النهايه حيث قال انه من مال البايع دون المشتري لان الذى اشترى منه فى ذمته و اجابه ابن ادريس بان هذا البيع ما هو فى الذمه بل مرئى و اجابه العلامة فى المختلف بانه مضمون على البايع حتى يقبضه المشتري و هذا معنى قول الشيخ لان الذى اشترى منه فى ذمته و لا يريد ان القصب فى الذمه، والحاصل ان المعامله وقعت على جزء الموجود ومع ملاحظه قاعده كل مال تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فلا يكون ما بقى للمشتري الا اذا قلنا بكون المبيع كلياً فى المعين والا على القول بالاشاعه لا يكون جميع ما بقى للمشتري سواء كان ذلك التلف قبل القبض ام بعد القبض لان الموجود بعد التلف لا يكون جميعه للمشتري بعد كون حقه مشاعاً فدلاله الصحيح على الكلى فى المعين فى غايه الوضوح كما هو كذلك عرفاً و بذلك تعرف الخلل فى كلام الشهيد الثانى قدس سره.

يجوز ابتياع جزءٍ معلوم النسبه مشاعاً، تساوت أجزاءه أو اختلفت إذا كان الأصل معلوماً، فيصح بيع نصف الصبره المعلومه و الشياه المعلومه، و لو باع شاه غير معلومه من قطع بطل، و لو باع قفيزاً من صبره صح، و إن لم يعلم كميه الصبره فإن نقصت تخير المشتري بين الأخذ بالحصه و بين الفسخ. و لو اشترى امراً معيناً من جمله ينزل على الكلى فى المعين عرفاً و يكون اختيار تعيينه بيد المالك و لا ينزل على الاشاعه .

(الثامنه: يكفى المشاهده عن الوصف و لو غاب وقت الابتياح بشرط ان يكون مما لا يتغير عاده)

لعدم الغرر فيه فلا مانع من صحته و لأنّ المستفاد من النصوص السابقه اعتبار معلوميه العوضين فإذا تحققت بالمشاهده كفت، و لا دليل على اعتبار ما هو أكثر منها.

(فان ظهر المخالفه تخير المغبون منهما)

حسب الشرط الارتكازى العقلانى و ان كان اصل البيع صحيحاً لكونه واجداً لكل شرائط البيع .

(و لو اختلفا فى التغير قدم قول المشتري مع يمينه)

و لعله من جهة ان الاصل عدم وصول حق المشتري اليه لكنه كما ترى فانه اصل مسبي بل الاصل عدم التغير و هو اصل سببي حاكم على الاصل المسببي فالقول قول البايع كما قال به الشيخان مضافاً الى معتبر عمر بن يزيد عن الصادق (عليه السلام) عن النبي (ص) في حديث فان اختلفا فالقول قول رب السلعة او يتتاركا.

حصيله البحث: تكفي المشاهدة عن الوصف، و لو غاب وقت الابتاع فإن ظهر المخالفه تخير المغبون و لو اختلفا في التغير قدّم قول البايع بيمينه.

(التاسعه: يعتبر ما يراد طعمه و ريحه)

اختباره بالذوق و الشم دفعاً للغرر كما عن المفيد و ابن البراج و سلاز و الحلبي و ابن حمزه والاستدلال له بخبر محمد بن العيص و فيه: « عن رجل اشترى ما يذاق يذوقه قبل يشتري قال نعم فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري» فباطل حيث ان الخبر في مقام بيان عدم الحرمة التكليفيه في ذوق ما يريد ان يشتريه لا في مقام بيان لزوم اختباره.

(و لو اشتراه بناء على الاصل)

و هو اصاله السلامة و العقود منصرفه اليه و مبنيه عليه عرفاً .

(جاز فان خرج معيماً تخير المشتري بين الرد و الارش)

على القول بان خيار العيب يوجب تخير المشتري بين الرد و الارش و سيأتي في باب الخيارات .

(و يتعين الارش لو تصرف فيه و ان كان اعمى)

ص: ١١٧

لما دل على سقوط الرد بالتصرف و سيأتي الكلام فيه في باب الخيارات و انه هل يسقط بمطلق التصرف ام بالدال على الرضا بالمعيب ام غير ذلك و اشار المصنف الى خلاف سلار حيث جوز الرد للاعمى و لو تصرف فيه و لا شاهد له كما سيأتي انشاء الله تعالى.

(و ابلغ في الجواز ما يفسد باختياره كالبطيخ و الجوز و البيض فان ظهر فاسداً رجع بارشه)

و ارشه جميع الثمن لو لم يكن لمكسوره قيمه كما قال:

(و لو لم يكن لمكسوره قيمه كالبيض رجع بالثمن اجمع)

و دليله انه مع ظهور فساد اجمع يكون كاشفاً عن بطلان البيع من اصله لانه اكل للمال بالباطل قال المصنف في الدروس «و لو تبرأ البايع من العيب صح عند الشيخ و اتباعه و يشكل انه اكل مال بالباطل اذ لا عوض منها» لكنه تردد هنا فقال:

(و هل يكون العقد مفسوخاً من اصله او يطرأ عليه الفسخ نظر)

و قد عرفت ان الصحيح بطلانه من اصله لانه وقع على مالا قيمه له فلم يقع على مبيع مستجمع للشرايط حتى يصح بيعه نعم لا يعلم ذلك الا بعد الاختبار فمن حين الاختبار يعلم انه لم يكن صالحاً للبيع لانه يبطل من حين الاختبار .

(و تظهر الفائده في مؤونه نقله فعلى الاول على البائع و على الثاني على المشتري)

و يرد عليه ما اورده الشهيد الثاني بقوله « و يشكل بانه و ان كان ملكاً للبائع حينئذٍ لكن نقله بغير امره فلا يتجه الرجوع عليه بالمؤونه ».

حصيله البحث:

ص: ١١٨

يعتبر ما يراد طعمه و ريحه اختباره بالذوق و الشم دفعا للغرر و لو اشتراه بناءً على أصاله السلامه جاز فإن خرج معيباً تخير المشتري بين الردّ و الأرش، و يتعين الأرش لو تصرّف فيه، و إن كان أعمى ، و أبلغ في الجواز ما يفسد باختباره كالبطيخ و الجوز و البيض فإن ظهر فاسداً رجع بأرشه، و لو لم يكن لمكسوره قيمه رجع بالثمن. و يكون العقد مفسوخاً من أصله .

(العاشره: يجوز بيع المسك في فأره وان لم يفتق)

هذا بالنسبه الى الاوصاف الراجعه الى الصحه و الفساد فحكمه حكم البيض و الجوز و يكفي فيه الاعتماد على اصاله الصحه اما بالنسبه الى الاوصاف التي تتفاوت بها قيمه فيشكل الامر في بيعه بلا اختبار للغرر .

(و فتقه بان يدخل فيه خيط ثم يخرج و يشم احوط)

اذا لم يثبت كونه غررياً لكن يشك في ذلك فاذا اختبر ارتفع الشك و لذا فالاحتياط يقتضى الاختبار .

حصيله البحث:

العاشره: يجوز بيع المسك في فأره و إن لم يفتق بالنسبه الى الاوصاف الراجعه الى الصحه و الفساد و اما بالنسبه الى الاوصاف التي تتفاوت بها قيمه فلا بد من فتقه بأن يدخل فيه خيط و يشم .

ص: ١١٩

(الحادي عشره: لا يجوز بيع سمك الآجام مع ضميمه القصب او غيره و لا اللبن فى الضرع كذلك و لا الجلود و الاصواف على الانعام الا ان يكون الصوف مستجزاً و لو شرط جزه فالاقرب الصحه)

اقول: عدم الجواز فيما ذكر لما تقتضيه القاعده من بطلان بيع الغرر و ذكرها بالخصوص لوجود المخالف فيها لما ورد من نصوص فجوز الشيخ و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره الكليني و الصدوق بيع السمك مع الضميمه كما فى خبر البنظى مرسلأ عن الصادق (عليه السلام) و معتبر ابان بن عثمان عن اسماعيل بن الفضل فففيه: « اذا علمت ان من ذلك شيئاً واحداً انه قد ادرك فاشتره و تقبل به»^(١) و غيرهما.

و جوز ابن الجنيد و الشيخ و ابن حمزه و ابن البراج و الكليني و الصدوق بيع اللبن فى الضرع مع الضميمه و يشهد له موثق سماعه فففيه « فقال لا الا ان يحلب لك منه اسكرجه » و فى ذيله « فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجه » و يظهر من النصوص المستفيضه جوازه بلا ضميمه كما فى صحيح العيص بن القاسم فففيه: « عن رجل له نعم يبيع البانها بغير كيل قال حتى تنقطع او شىء منها » و فى صحيح الحلبي « فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبه سنه شيئاً معلوماً او دراهم معلومه من كل شاه كذا و كذا قال لا بأس بالدراهم و لست احب ان يكون بالسمن » و غيرهما و قد روى هذه الاخبار اصحاب الاجماع مثل بن ابى عمير و ابن محبوب و صفوان و هذا النوع من البيع له اسم و عنوان و هو الضريبه

ص: ١٢٠

١- وسائل الشيعه، ج ١٧، ص: ٣٥٥ ح ٤

فهو احد انواع البيع مع هذه الخصوصيات و يبقى انها تعارض موثق سماعه المتقدم الدال على جواز ذلك لكن بالضميمه و قد حملة البعض على ما لو لم يعلم وجود اللبن فى الضرع و اما مع العلم فلا حاجه للضميمه و هذا حمل جيد الا انه لا شاهد له و اذا لم يحصل الجمع الدالتي فلا شك فى تقدم هذه الاخبار على خبر سماعه لاكثريتها و اعتماد الاصحاب عليها كما عرفت .

و اما بيع الجلود على الانعام و الاصواف على الاغنام فيشهد له ما فى صحيح الحسن بن محبوب عن ابراهيم الكرخى و فيه « رجل اشترى من رجل اصواف مأه نعجه و ما فى بطونها من حمل كذا و كذا درهمما فقال: لا بأس بذلك ان لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ما له فى الصوف » و به افتى فى الفقيه كما و اعتمده الكلينى و قد عرفت ان فى سنده الحسن بن محبوب و هو من اصحاب الاجماع و مقتضاه ان بيع الاصواف على الاغنام لا اشكال فيه لكونها مشاهده بل يجوز جعلها ضميمه لما فى البطون الذى لا يعلم وجوده و اذا جاز بيع الصوف جاز بيع جلود الانعام لعدم الخصوصيه مضافاً لورود جوازه ايضاً كما فى خبر السراج الذى اعتمده الكافى «قال: كُنَّا عند أبى عبد الله ع فدخل عليه معتب فقال بالبَابِ رجلان فقال أدخلهما فدخلتا فقال أحدهما إنى رجل قصاب و إنى أبيع

المسوك(١) قبل أن أذبح الغنم قال ليس به بأس و لكن انسبها غنم أرض كذا و كذا(٢).

هذا و قد عرفت ان المصنف منع من ذلك مطلقاً للغرر و يرده ان مع هذه النصوص الصحيحه و الموثوقه و التى عمل بها الاصحاب يعلم انه لا-غرر فى البين كما فى نظائره من بيع الثمار مع الضميمة او لأكثر من عام مما سيأتى فانه لا اجتهاد فى قبال النص نعم استثنى المصنف ما لو استجز و هو واضح و ذكر انه لو بيع الصوف على ظهورها بشرط الجز فالاقرب الصحه.

اقول: اذا كان بيع الصوف على ظهور الغنم غررياً فهذا الشرط لا ينفع فى رفع الغرر فلا وجه لصحه المعامله و ان لم يكن غررياً جاز مطلقاً.

حصيله البحث:

لا- يجوز بيع سمك الآجام بلا ضميمة و يجوز مع ضميمة القصب أو غيره، و كذلك يجوز بيع الجلود و الأصواف و الأشعار على الأنعام مع الضميمة و كذلك يجوز بيع اللبن فى الضرع مع الضميمة بل و بلا ضميمة و يسمى بالضريبه.

(الثانيه عشره: يجوز بيع دود القز و نفس القز و ان كان الدود فيه لانه كالنوى فى التمر)

ص: ١٢٢

١- المُسوك: الجلود

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٠١ ح ٩

و الدليل على الجواز شمول العمومات له بلا اشكال.

(الثالثه عشره: اذا كان المبيع فى ظرف جاز بيعه معه و أسقط ما جرت العاده به للظرف)

و يشهد لاصل الجواز موثقه حنان و فيها: «فقال له (عليه السلام): ان كان (يعنى الاندار) يزيد و ينقص فلا بأس و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه » و غيرها و ظاهر هذه الموثقه عدم كفايه ماجرت العاده به بل لا بد من كون المندر لا يعلم فيه الزيادة و النقصان بل يحتملها كما عن الشيخ و ابن حمزه و بذلك يظهر ضعف ما اطلقه المصنف من كفايه العاده مطلقاً.

(و لو باعه مع الظرف فالاقرب الجواز)

و ذلك لانه اذا جاز بيع المظروف منفرداً مع جهاله وزنه جاز بيعه منضمماً لعدم الفرق بين الامرين .

لكن قد يقال ان هذا الدليل اخص من المدعى فلا- يشمل مطلق انضمام الظرف الى المظروف كما فى ظرف الفضة المملوه بشراب و امثاله مما لا يشمله الدليل المتقدم لانصرافه عنه بعد كون الظرف مما له قيمه تعادل قيمه المظروف او تزيد عليه ففى مثل هذه الموارد لا- يلاحظ العرف ظرفاً و مظروفاً بل يلاحظهما شيئين انضم احدهما الى الاخر فى المعامله و لا بد من رفع جهاله كل منها و ما تقدم من ادله الاندار منصرف عن مثل هذه الموارد.

حصيله البحث:

ص: ١٢٣

يجوز بيع دود القزّ و نفس القزّ و إن كان الدود فيه , و إذا كان المبيع في ظرفٍ أسقط ما جرت العاده به للظرف و لا بد من كون المندر لا- يعلم فيه الزيادة و النقصان بل يحتملها، و لو باعه مع الظرف فالأقرب الجواز في ما لم يكن للظرف قيمه تعادل قيمه المظروف او تزيد عليه.

(القول في الاداب)

(و هي اربعة و عشرون)

(الاول: التفقه فيهما يتولاه و يكفى التقليد)

إذا لم يكن مجتهداً أقول: و التفقه في ما يتولاه ليس من الاداب بل من الواجبات حيث يجب تعلم كل ما يكون مورداً لابتنائه مقدمه لامثال التكاليف الالهيه فالواجب عقلاً و شرعاً امثال احكام الله جل و علا و اذا توقف الامثال على التعلم و جب مقدمه للواجب نعم مالا يكون محلاً لابتنائه قد يقال باستحباب تحصيل تعلمه و يرشد لما ذكرنا من الحكم العقلي ما ورد من الاخبار فعن الاصبغ عن امير المؤمنين (عليه السلام) « يا معشر التجار الفقه ثم المتجر الفقه ثم المتجر الفقه ثم المتجر و الله للربا في هذه الامه اخفى من ديبب النمل على الصفا...» و في مرسله المفيد عن الصادق (عليه السلام) انه قال: من اراد التجاره فليتفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه و من لم يتفقه في دينه ثم اتجر تورط في الشبهات «

(الثاني: التسويه بين المعاملين في الانصاف)

كما يدل عليه خبر عامر بن جذاعة فقيه: «فلا يعجبني ألا أن يبيع بيعا واحدا»^(١) لكنه ضعيف سنداً.

(الثالث: اقاله النادم اذا تفرقا من المجلس او شرطا عدم الخيار)

كما دلت عليه عدّه من الاخبار منها مرسله الصدوق في المقنع عن الصادق (عليه السلام) ايما مسلم اقال مسلماً بيع ندامه اقاله الله عز و جل عشرته يوم القيامة .»

(وهل تشرع الاقاله في زمن الخيار الاقرب) عند المصنف (نعم)

با دعاء شمول الادله المتقدمه له اقول لا بد من معرفه الاقاله لغه و هل معناها مجرد الفسخ او فسخ الامر اللازم والظاهر عرفاً منها هو الثاني ويكفي الشك في مفهومها في بطلان الاول .

(ولا يكاد يتحقق الفائده ألا اذا قلنا هي بيع او قلنا ان الاقاله من ذى الخيار اسقاط للخيار)

اقول: الاقاله لا هذا و لا ذاك فانها ليست بيعاً بل فسخ البيع و جعله كأن لم يكن كما و انها اعم من دلالتها على اسقاط الخيار .

(و يحتمل سقوط خياره بنفس طلبها مع علمه)

و هذا ايضاً لا وجه فان الخيار لا يسقط إلا بمسقط و طلب الاقاله ليس من المسقطات نعم ورد ذلك في اخبار العامه و لا عبره به.

(الرابع: عدم تزيين المتاع)

ص: ١٢٥

لم يظهر له مستند يدل على ان عدم تزيينه من الاداب و انما دل الدليل على حرمه الغش ففي صحيح هشام بن الحكم ان الامام الكاظم (عليه السلام) مر به فقال له « يا هشام ان البيع في الظلال غش و الغش لا يحل » فان كان تزيينه موجبا للغش حرم و الا فلا. و في صحيح الحلبي « قال: ان كان لا يصلحه الا ذلك (يعنى البيل) و لا ينفقه غيره من غير ان يلتمس فيه الزيادة فلا بأس و ان كان يغش به المسلمين فلا يصلح» (١).

(الخامس: ذكر العيب ان كان) فيه عيب .

كما في خبر السكوني عن أبي عبد الله ع قال قال رسول الله ص من باع و اشترى فليحفظ خمس خصال و الا فلا يشترين و لا يبيعن الزبا و الحلف و كتمان العيب و الحمد إذا باع و الذم إذا اشترى» (٢) لكنه ليس من الاداب فاعلام المشتري بذلك واجب كما ورد في النصوص منها صحيح هشام بن سالم عن الصادق (عليه السلام) (ليس منا من غشنا) (٣) و في صحيحه هشام بن الحكم قال كنت ابيع السابري (٤) في الظلال فمرّ بي ابو الحسن (عليه السلام) فقال لي (يا هشام ان البيع في الظلال غش و الغش لا

ص: ١٢٤

١- وسائل الشيعة، ج ١٨، ص: ١١٣ ح ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٥١

٣- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٥ ص ١٦٠ باب الغش

٤- ثوب جيد رقيق.

يحل(١) و غيرها. نعم لو كان العيب مما يطلع عليه المشتري فلا يجب اعلامه لكن لم يعلم استحباب اعلامه من معتبر السكوني.

حصيله البحث: يجب تعلم كل ما يكون مورداً لابتلائه مقدمه لامثال التكاليف الالهيه, و يكفى التقليد. و إقاله التادم إذا تفرقا من المجلس أو شرط عدم الخيار. و يحرم الغش و يجب ذكر العيب إن كان فيه عيب.

(السادس: ترك الحلف على البيع و الشراء)

كما قال تعالى ونقطت به عده من الاخبار منها صحيح ابى ايوب عن الصادق (عليه السلام) « لا تحلفوا بالله صادقين و لا كاذبين فان الله عزوجل قد نهى عن ذلك فقال عزوجل { و لا تعجلوا الله عرضه لأيمانكم } (٢).

(السابع: المسامحه فيهما خصوصاً في شراء آلات الطاعات)

كما دلت عليه عده من الاخبار منها معتبر السكوني عن الصادق (عليه السلام) عن النبي (ص) « السامحه من الرياح قال ذلك لرجل يوصيه و معه سلعه يبيعه» (٣).

و اما المسامحه في آلات الطاعات فلخبرين رواهما الفقيه احدهما خبر حماد و انس ففيه « لا- تماكس في اربعة اشياء في الاضحيه و الكفن و في ثمن نسمة و في

ص: ١٢٧

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٧١ باب البيع في الظلال

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٣٦٢ باب الأيمان و النذور و الكفارات

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٥٢ ح ٧

الكرى الى مكه «(١) و هو ضعيف سنداً. و ثانيهما: موثق ابن سنان انه كان زين العابدين (عليه السلام) يقول لقهرمانه « اذا اردت ان تشتري لى من حوائج الحج شيئاً فاشتر و لا تماكس «(٢) الا انها معارضان لخبر الحسين بن يزيد عن الصادق (عليه السلام) « قال ابو حنيفه: عجب الناس منك و انت بعرفه تماكس بيدنك اشد مكاس يكون فقال (عليه السلام) له: و ما لله من الرضا ان أغبن فى مالى فقال له ابو حنيفه: لا و الله ما لله فى هذا من الرضا قليل و لا كثير و ما نجيبك الا جئنا بما لا مخرج لنا منه «(٣) و مرسله الصدوق « قال ابو جعفر (عليه السلام) ماكس المشتري فانه اطيب للنفس و ان اعطى الجزيل فان المغبون فى بيعه و شرائه غير محمود و لا مأجور «(٤) و يظهر من خبر الحسين ان القول بالكراهه اصله العامه و كيف كان فلا وثوق بما دل على الكراهه ثم على فرض قبولهما فانما هما مخصوصان فى المشتري .

(الثامن: تكبير المشتري ثلاثاً و تشهد الشهادتين بعد الشراء)

اقول: الوارد فى الاخبار استحباب الدعاء و التشهد لأهل السوق كما فى صحيح حنان عن ابيه سدير و صحيح معاويه بن عمار و قد تضمننا دعاءً خاصاً و يمكن ان يفهم منهما عموم الدعاء بالدخول الى السوق و التشهد مع الدعاء عند ما يجلس فى مجلسه فى السوق وورد ايضاً دعاء لدخول السوق مع بعض الاذكار كما فى

ص: ١٢٨

١- الفقيه (فى أول نوادر آخر كتابه)

٢- الفقيه ٢٨ من ٤ من المعاش

٣- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٤، ص: ٥٤٦ ح ٣٠

٤- الفقيه (فى ٢٦ من المعاش)

صحيح ابى بصير و صحيح الخفاف و يمكن ان يفهم منهما عموم الدعاء مع الذكر وكذلك ورد بعض الادعيه عند شراء شىء للتجاره كما فى صحيح حريز و غيره و ذكر الصدوق فى ذيله أنه كان الرضا (عليه السلام) يكتب على المتاع « بركه لنا » و ورد دعاء عند شراء دابه كما فى صحيح معاويه بن عمار و فى غيره « او رأساً » و كذلك عند شراء جاريه و كذلك عند شراء شيئاً، و الحاصل ليس لدينا دليل على استحباب التكبير لشراء شىء غير ما ذكرنا.

(التاسع: ان يقبض ناقصاً و يدفع راجحاً نقصاناً و رجحاناً لا يؤدى الى الجهاله)

اقول: كل ما ورد انما هو فى وجوب الوفاء فى الكيل و الوزن و الورد فى ما نحن فيه معتبره السكونى فقط عن الصادق (عليه السلام) انه « مرّ امير المؤمنين (عليه السلام) على جاريه قد اشترت لحماً من قصاب و هى تقول زدنى فقال له امير المؤمنين (عليه السلام) زدها فانه اعظم للبركه» (1) و اما انه يستحب ان يقبض ناقصاً فلم نجد له مستنداً.

(العاشر: أن لا يمدح سلعته و لا يذم سلعه صاحبه)

كما فى معتبر السكونى (2) و غيره.

(و لو ذم سلعه نفسه بما لا يشتمل على الكذب فلا بأس) كما هو معلوم.

حصيله البحث: يكره الحلف على البيع و الشراء. و تستحب المسامحه فى البيع و الشراء. و يستحب الدعاء بالماثور و التشهد لأهل السوق و ورد ايضاً دعاء لدخول السوق مع بعض الاذكار و عند شراء شىء للتجاره و كان الرضا (عليه السلام) يكتب على

ص: ١٢٩

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٥٢ ح ٨ باب آداب التجاره

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٥٠ ح ٢ باب آداب التجاره

المتاع « بركه لنا». و يجب الوفاء فى الكيل و الوزن و يستحب ان يدفع راجحاً فانه اعظم بركه. و يكره أن يمدح سلعته و يذمّ سلعه صاحبه و لو ذمّ سلعه نفسه بما لا يشتمل على الكذب فلا بأس

(الحادى عشر: ترك الربح على المؤمنين)

كما استدلل له بخبر سليمان بن صالح و ابى شبل و فيه: « ربح المؤمن على المؤمن ربا » و مثله خبر فرات و هو ضعيفان سنداً و ظاهران فى الحرمة و لم يقل احد بذلك مع مخالفتهم للقران من حليه التجاره و هى متقومه بالاسترباح و معارض بما دل على كون ذلك فى زمان حضور صاحب الامر و الزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف و غيره و حمله على الكراهه بلا شاهد قال المصنف:

(الأ مع الحاجه فيأخذ منهم نفقه يومه موزعه على المعاملين)

و دليله منحصر بخبر سليمان بن صالح المتقدم و هو يتفاوت مع ما قال و قد عرفت ضعفه.

(الثانى عشر: ترك الربح على الموعود بالاحسان)

كما فى مرسل على بن عبد الرحيم عن الصادق (عليه السلام) قال: «سمعتة يقول اذا قال الرجل للرجل هلم احسن بيعك يحرم عليه الربح» و به افتى الصدوق فى الفقيه لكنه صريح فى الحرمة لا فى الكراهه و يؤيد ذلك الاخبار المستفيضه الداله على لزوم الوفاء بالوعد نعم قد يقال انها داله على لزوم الوفاء بما وعده من الاحسان و الاحسان يصدق مع قله الربح ايضاً فهى اعم و كيف كان فان ثبت اعراض

ص: ١٣٠

الاصحاب عن القول بالحرمة فلا يثبت شيء من الحرمة و لا الكراهه و الّا فالقول بالحرمة بعد اعتماد الكليني على الخبر وفتوى الصدوق به قوى.

حصيله البحث: لا- يكره الربح على المؤمن, و يجب الوفاء بالوعد فاذا وعد احدا بالاحسان اليه فى المعامله و جب ترك الربح عليه او تقليه بما يصدق الاحسان اليه .

(الثالث عشر: ترك السبق الى السوق و التأخر فيه)

كما فى مرفوعه الصدوق عن امير المؤمنين (عليه السلام) عن الرسول (ص) «شُرُّ بَقَاعِ الْأَرْضِ الْأَسْوَاقُ»^(١) لكنها ضعيفه السند , على العكس من المساجد كما فى صحيح سيف بن عميره عن جابر الجعفى^(٢) و قريب منه صحيح ابن ابى نصر عن مفضل عن سعيد.

(الرابع عشر: ترك معاملة الادين)

و الادينون جمع الادينى من الدنو لا الدنىء و فى القاموس جمع الدنى ادنئاء و دنآء و المراد هنا هو المعنى الثانى لا الاول و لذا لا يصح ان يقال ادنين فى جمعه المجرور والمنصوب و الدنىء هنا بمعنى الخسيس و الخبيث كما قال ابن السكيت و الفراء و ابو منصور و كيف كان فيشهد له خبر عيسى «اياك و مخالطه

ص: ١٣١

١- وسائل الشيعه، ج ٥، ص: ٢٩٣ ح ١

٢- وسائل الشيعه، ج ٥، ص: ٢٩٤ ح ٢ و مثله صحيح ابن ابى عمير عن جابر.

السفله فان السفله لا يؤول الى خير» و ذكر الصدوق فى الفقيه انه جاءت الاخبار فى معنى السفله على وجوه:

١_ الذى لايبالى بما قال و ما قيل فيه ٢_ و من يضرب بالطنبور ٣_ و من لم يسره الاحسان ولا تسوؤه الاساءه ٤_ و من ادعى الامامه و ليس لها بأهل، ثم قال: و هذه كلها اوصاف السفله من اجتمع فيه بعضها او جميعها و جب اجتناب مخالطته.

اقول: و الخبر المتقدم لا ظهور له فى وجوب الاجتناب بل هو ظاهر فى الارشاد فلا وجه لقوله: و جب اجتناب مخالطته.

(و المحارفين)

و هم المحرومون من الرزق كما فى المغرب و الاسم الحرفه بضم الحاء و بشهد له صحيح الوليد بن صبيح «لا تشتت من محارف فان صففته لا برکه فيها» و غيره و فى النهج: «شاركوا الذى قد أقبل عليه الرزق فانه اخلق للغنى و اجدر باقبال الحظ عليه» هذا و فى صفات الشيعة للصدوق عن الصادق (عليه السلام) «المؤمن لا يكون محارفاً» .

(و المؤوفين)

و هم الذين اصابتهم آفه كما فى خبر ميسر عن الصادق (عليه السلام) «لا تعامل ذا عاهه فانهم اظلم شىء».

(و الاكراد)

كما فى خبر الشامى من انهم حي من احياء الجن كشف عنهم الغطاء لكنه خلاف ظاهر الايه المباركه {انا خلقناكم من ذكر و أنثى} فان ظاهر الضمير كم هو

ص: ١٣٢

جميع الناس بلا- استثناء ولا- يخفى انحصار طريق الروايه بابي الربيع الشامى و هو مهمل لم يوثق عدا وروده فى اسانيد تفسير القمى ولا- عبره بذلك، ولم يرو ذلك غيره و بذلك تعرف ضعفها و انها لا- يمكن الاعتماد عليها و الوثوق بها و لعله لاجل ذلك احتمال المجلسى تأويلها بانهم لسوء اخلاقهم و كثره حيلهم اشباه الجن فكأنهم منهم كشف عنهم الغطاء .

(و اهل الذمه)

ولا- شاهد له بل خلاف القرآن قال تعالى { لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ان تبروهم و تقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين* } إِنَّمَا يَنْهَى اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوهُمْ وَ مَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ { (١) وحتى النهى فان متعلقه توليهم لا البيع والشراء.

و اما صحيح ابن رثاب عن الصادق (عليه السلام) « لا ينبغي للرجل منكم ان يشارك الذمى و لا يبضعه بضاعه و لا يودعه وديعه و لا يصفيه الموده » (٢) فلا علاقه له اولاً بالبيع و الشراء منهم و لذا رواه الفقيه فى باب المضاربه.

و كل ما تقدم مكروه عند المصنف (للهى عنه) وقد عرفت الاشكال فيه.

(و) ذكر المصنف ايضاً كراهه معامله (ذوى الشبه فى المال)

ص: ١٣٣

١- الممتحنه ايه ٨- ٩

٢- الفقيه (فى ٨ من أخبار مضاربه ١٣ من معاشه)

و لا شاهد له عدا حكم العقل برجحان الاجتناب عن اموالهم اما لاثارها الوضعيه بعد احتمال ذلك و اما لما يترتب على ذلك من عواقب بعد انكشاف الحرام منها هذا و مقتضى قاعده الحل الثابته بالنص الصحيح عدم حرمتها و اما مرفوع الاشعري عن الصادق (عليه السلام) « قلت له: الرجل يخرج ثم يقدم علينا و قد افاد المال الكثير فلا ندرى اکتسبه من حلال او من حرام؟ فقال: اذا كان ذلك فانظر فى اى وجه يخرج نفقاته فان كان ينفق فى مالا ينبغى مما ياثم عليه فهو حرام » فهو ظاهر فى حرمة ذلك المال لا كراهه اجتنابه و معارض لقاعده الحل الثابته بالنص الصحيح من ان كل شىء لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه مضافا لارساله.

و اما الاستدلال لذلك بما ورد من قوله (عليه السلام) « فمن ترك الشبهات نجا من المحرمات » و قوله: « الوقوف عند الشبهه خير من الاقتحام فى الهلكه » ففيه: انه ان كان المراد بالريب او الشبهه التى جعلت موضوعاً للحكم فى هذه الاخبار الريب فى الحكم الظاهرى فهو ممنوع لارتفاعه بوضوح الحكم فى هذه الاموال و ان كان المراد به الريب فى الحكم الواقعى فالاموال كلها الا ما شذ و ندر مورداً للشبهه من حيث الواقع حتى الاموال التى هى فى يد عدول المؤمنين لوجود احتمال الحرمة الواقعيه فى جميع ذلك و لا- شك انه ليس المراد من الشبهه هو هذا المعنى و عليه فما نحن فيه خارج عن موضوع الشبهه موضوعاً، والمتيقن من هذه الاخبار الشبهه المحصوره.

هذا و لم يذكر المصنف كراهه المعامله مع مستحدث النعمه كما فى صحيح حفص بن البختري « قال استقرض قهرمان للصادق (عليه السلام) من رجل طعاماً له (عليه السلام)

فألح في التقاضى فقال (عليه السلام) له ألم انهك ان تستقرض لى ممن لم يكن له فكان « و من لم ينشأ فى الخير كما فى موثق
ظريف بن ناصح « لا تخالطوا و لا تعاملوا الا من نشأ فى الخير».

(الخامس عشر: ترك التعرض للكيل والوزن اذا لم يحسن)

كما فى خبر حفص و فيه « قال هذا لا ينبغى له ان يكيل » اقول ايفاء حق الغير ليس من الاداب بل هو واجب و عليه فلا يصح
جعل هذا من الاداب بل من الواجبات و ما فى الخبر من قوله « لا ينبغى » المراد منه الحرمة بقربنه مناسبات الحكم و الموضوع.

(السادس عشر: ترك الزيادة فى السلعه وقت النداء)

كما فى المرسل عن الشعيرى عن الصادق (عليه السلام) كان امير المؤمنين (عليه السلام) يقول اذا نادى المنادى فليس لك ان
تزيد و انما يحرم الزيادة النداء و يحلها السكوت « و هو صريح فى الحرمة لا الاستحباب و روايه عامى و هو السكونى مضافاً الى
ارساله و عدم الافتاء بمضمونه من الحرمة مع معارضته مع ما يدل على ان البيعين بالخيار ما لم يفترقا فالبايع بعد ان يزيد المزيد
يحق له ان يفسخ و لا يحرم على الاخرين ترغييه بالفسخ بعد كون المعامله خياريه .

و اما حديث المناهى وفيه: نهى رسول (ص) عن ان يدخل الرجل فى سوم اخيه المسلم فضعيف سنداً نعم اعتمده الصدوق فى
الفقيه و الزيادة وقت النداء من مصاديق الدخول فى سوم الاخرين و سيأتى الكلام حوله.

(السابع عشر: ترك السوم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس)

لمرفوع ابن اسباط قال: نهى رسول الله ص عن السّوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشّمس (١) و هو و ان رواه المشايخ الثلاثة لكنه ضعيف, هذا وترتفع الكراهه عند الاضطرار.

و كان على المصنف ان يذكر استحباب المبادره الى الصلاه فى اوقاتها للتجار وغيرهم كما فى صحيح ابى بصير وغيره وفيه: «فى قوله تعالى { رجال لا تلهيهم تجاره ولا بيع عن ذكر الله } اذا دخل مواقيت الصلاه ادوا الى الله حقه فيها».

(الثامن عشر: ترك دخول المؤمن فى سوم اخيه بيعاً و شراء بعد التراضى او قربه)

كما فى حديث المناهى المتقدم و هو ضعيف سندا لكن قد عرفت اعتماد الصدوق عليه ثم ان الشيخ و ابن حمزه و ابن زهره و ابن ادريس افتوا بحرمه ذلك فان كان فتواهم كافيه فى جبران سنده - فى ما اذا انكشف استنادهم اليه - قلنا بذلك و الا فلا .

و قد يستدل للحرمه مضافاً لظهور الخبر المتقدم بعموم العله فى قوله تعالى فى بيان وجه حرمه الخمر و الميسر { انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوه و البغضاء فى الخمر و الميسر... } و ان الدخول فى سوم الاخرين مما يوجب ذلك قطعاً و عليه فالزياده بعد النداء ايضاً يقال بحرمتها اذا كانت موجه لذلك كما هى كذلك.

ص: ١٣٦

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٥٢ باب آداب التجاره

وفيه: ان الاستدلال صحيح لو كان قوله {انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوه و البغضاء فى الخمر و الميسر} (١) تمام العله والحال ان الايه ذكرت امرين اخرين وهما {و يصدكم عن ذكر الله و عن الصلاه} فلا يتم الاستدلال .

ثم ان القول بحرمه الدخول لا يلزم فساد المعامله بل صرح الشيخ بصحه المعامله و ذلك لعدم تعلق النهى بذات المعامله حتى تفسد.

هذا و استدل الشيخ بعد ما عرفت من قوله بصحه البيع بما رواه العامه عنه (ص): « لا يبيعن احدكم على بيع اخيه » الظاهر فى النهى عن ذات البيع لا عن الدخول فى السوم فقط حتى يقال بصحه البيع لكنه ضعيف .

(و لو كان السوم بين اثنين لم يجعل نفسه بدلاً من احدهما)

اقول: و لم يعلم الفرق بينه و بين ما تقدم .

(و لا كراهه فى ما يكون فى الدلاله)

و ظاهره انه لا يكره دخول السوم بين دلال البايع مع المشتري او بالعكس لكنه بلا شاهد بعد عدم الفرق بين الدلال و من ينوب عنه لانه و كيله و الوكيل كالاصيل

(و فى كراهه طلب المشتري من بعض الطالبين الترك له نظر)

لعدم صدق الدخول فى سوم الاخرين و من كون المناط فيهما واحدا و هو حرمانه من مطلوبه. قلت: و الصحيح هو الاول و لا وجه للثانى كما لا يخفى نعم

ص: ١٣٧

قد يقال بکراهه السؤال مطلقاً كما ورد في صحيح محمد بن مسلم « لو يعلم السائل ما في المسأله ما سأل احد احداً» (١).

(و لا كراهه في ترك الملتمس منه)

للاصل فلا كراهه بل قد يقال باستحباب اجابته كما ورد ذلك في ذيل الصحيح المتقدم «و لو يعلم المعطى ما في العطيّه ما ردّ أحد أحداً» (٢).

حصيله البحث: يستحب التجنب عن معامله المحارفين و هم المحرومون من الرزق, و مستحدث النعمه , و يكره دخول المؤمن في سوم أخيه بيعاً أو شراءً و يكره طلب المشتري من بعض الطالبين الترك له لما ورد من انه «لو يعلم السائل ما في المسأله ما سأل احد احداً كما و يستحب اجابته لما ورد من انه لو يعلم المعطى ما في العطيّه ما ردّ أحد أحداً».

(التاسع عشر: ترك توكل حاضر لباد)

الوارد في النصوص ليس ترك توكل الحاضر للبادى (٣) بل بيع الحاضر للبادى و التعبير الاول اعم ففي خبر عروه عن الباقر (عليه السلام) انه «قال: قال رسول الله (ص) في

ص: ١٣٨

١- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٢٠ باب كراهيه المسأله

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٤ ص ٢٠ باب كراهيه المسأله

٣- فما ذكره الشهيد الثانى من قول الرسول (ص) لا يتوكل حاضر لباد لا وجود له لا في اخبار الخاصه ولا العامه.

حديث لا يبيع حاضر لباد...»(١) و به افتى الصدوق(٢) و مثله خبر جابر(٣) و قد فسرته فى صحيح يونس حيث « قال: تفسير قول النبى ص لا- يبيعن حاضر لباد ان الفواكه و جميع اصناف الغلات اذا حملت من القرى الى السوق فلا يجوز ان يبيع اهل السوق لهم من الناس ينبغى ان يبيعه حاملوه من القرى و السواد فأماً من يحمل من مدينه إلى مدينه فإنه يجوز و يجرى مجرى التجاره»(٤) و ظاهر هذا التفسير لقول النبى (ص) هو الحرمة و بها افتى الشيخ فى المبسوط و ابن ادریس و ابن البراج نعم افتى المفيد و الشيخ فى النهايه بالكراهه و حيث ان ظاهره الحرمة فلا بد للحمل على الكراهه من قرينه و شاهد و لم نقف عليها.

(العشرون: ترك التلقى للركبان)

كما فى خبر عروه عن الباقر (عليه السلام) عن النبى (ص) « لا يتلقى احدكم تجاره خارجاً عن المصر...»(٥) و به افتى الفقيه(٦) لكنه رواه طعاماً خارجاً بدل تجاره خارجاً

ص: ١٣٩

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٦٨ باب التلقى

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ باب التلقى

٣- وسائل الشيعه ج ١٧ ص ٤٤٥ , ٣٧ باب أنه يكره أن يبيع حاضر لباد

٤- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٧٧ باب بيع الثمار و شرائها ولا يضر فى سنده اسماعيل بن مرار فى ما يرويه عن يونس لشهاده ابن الوليد بصحتها.

٥- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٦٨ باب التلقى

٦- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ باب التلقى

و هو القدر المتيقن بعد تعارض النسختين و يشهد له ايضاً صحيح ابن الحجاج عن منهل القصاب .

(وحده اربعة فراسخ)

بل ما دون الاربعة فراسخ كما فى الصحيح المتقدم عن منهل ففيه: « و ما حد التلقى؟ قال: ما دون غدوه أو روجه قلت: و كم الغدوه و الروحه؟ قال: اربع فراسخ قال ابن ابى عمير: و ما فوق ذلك فليس بتلق » و لا- يخفى انه ليس مراد ابن ابى عمير أن الغدوه و الروحه من التلقى بدليل صريح صدر الخبر هذا ونقل الخبر عن منهل باسانيد اخرى والذى نقلناه أصحها سنداً و قد جاء فى واحد منها ان حد التلقى روجه و الظاهر سقوط دون من هذه الروايه بدليل اصاله عدم الزيادة و كيف كان فالقدر المتيقن فى كراهه او حرمة التلقى هو ما دون الغدوه و الروحه بعد تساقط كل من الاحتمالين بالتعارض و يشهد لذلك ايضاً مرفوع الفقيه ان حد التلقى روجه فاذا اصر الى اربع فراسخ فهو جلب هذا كله (اذا قصد الخروج لاجله) و الا فلا يسمى تلقياً بل لقاءً.

هذا و ما تقدم من النهى مطلق فلا وجه لتقييده بجهل البايع و المشتري خلافاً للمصنف حيث قال: (مع جهل البايع او المشتري بالسعر)

و اما ما ورد فى ذيل بعض هذه الاخبار من انه ذروا المسلمين يرزق الله بعضهم من بعض فدلالته على التقييد غير واضحه .

ص: ١٤٠

ثم انه ذهب المفيد و سلار و ابن حمزه و الشيخ فى النهايه الى كراهه التلقى و ذهب يونس من اصحاب الاجماع و الشيخ فى المبسوطين الى تحريمه و مثله ابن البراج و ابن ادريس و ذهب ابن الجنيد الى بطلانه فضلاً عن حرمة.

اقول: و بعد ثبوت اصل النهى من النبى (ص) لا بد من القول بالحرمة عملاً بظاهر النهى اّ اذا قامت القرينه على الكراهه و هى مفقوده.

و على القول بالحرمة فهل يبطل البيع كما قال ابن الجنيد او يثبت الخيار للمغبون كما عن الشيخ فى المبسوط و ابن حمزه و ابن زهره و ابن ادريس و قد استند الشيخ فى المبسوط الى روايات العامه فعن ابى هريره «عن النبى (ص) لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فاذا اتى سيده السوق فهو الخيار» ام لا هذا و لا ذاك؟

الظاهر هو الاول حيث ان النهى تعلق بذات البيع كما فى صحيح ابن محبوب عن الحناط عن منهال ففيه « و لا تشتري ما تُلقَى و لا تأكل من لحم ما تُلقَى» و ظاهره حرمة الاكل مما تُلقَى و هو ظاهر الفقيه و الكافى.

هذا ولوقلنا بعدم البطلان فلا دليل على ثبوت الخيار و ما استند اليه المبسوط لا عبره به .

و اما اصل خيار الغبن فلم يثبت لكن قيل بامكان ثبوته على نحو الشرط الضمنى بتقريب ان كل عاقد عاقل يشترط ضمن العقد لنفسه الخيار- اشتراطاً ضمئياً- على تقدير كونه مغبوناً و كون التفاوت فاحشاً . قلت: و هو ايضاً غير واضح الارتكاز بين المتعاملين كعرف يعول عليه , و عليه فالصحيح عدم ثبوت خيار الغبن و بذلك

يظهر لك ما فى عبارة المصنف من قوله: (وترك شراء ما يتلقى ولا خيار الأا مع الغبن).

حصيله البحث: يحرم التلقى و حدّه ما دون أربعة فراسخ إذا قصد مع جهل البائع أو المشتري بالسّعر و يحرم شراء ما يتلقى لبطلان البيع.

(الحادى و العشرون: ترك الحكره فى الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن و الزيت و الملح)

اما الحكره فى الطعام ففى صحيح الحلبى عن الصادق (عليه السلام) وفيه «قال ان كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به و ان كان الطعام قليلاً- لا- يسع الناس فانه يكره ان يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام» و الكراهه هنا اعم من الحرمة لعدم وجود القرينه فى الحمل على الحرمة.

هذا و ورد التحديد باربعين يوماً فى الخصب و ثلاثه ايام فى الشده و البلاء كما فى معتبره السكونى و كونه ملعوناً بعد تلك المده اعم من الحرمة و الكراهه ايضاً فان اللعن بمعنى الطرد و لا دلالة فيه على التحريم و قد يستدل للحرمة بقوله تعالى { وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِالْحَادِ بِظُلْمٍ نُذِقْهُ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ } (١) حيث جاء فى تفسيرها عند بعض المفسرين ان المراد هو الاحتكار و عليه فظهور الايه فى الحرمة واضحه لكن بناء على هذا التفسير لا اطلاق فى الايه و عليه فيؤخذ بالقدر المتيقن وهو مورد الضروره وسيأتى الكلام حوله.

ص: ١٤٢

و اما كون الاحتكار فى ما ذكر ففى موثق غياث ابن ابراهيم عن الصادق (عليه السلام) « ليس الحكره أآ فى الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن » و افتى به الصدوق لكنه نقل الخبر باضافه الزيت و اذا ما قلنا بحجيه اصاله عدم الزيادة تثبت هذه الزيادة و أآ فلا و الزيت قد ذكر ايضاً كما فى معتبره السكونى المرويه فى الخصال و صحيح الحلبي أآ انه ورد فى بعض نسخه الزبيب بدل الزيت.

و اما الملح فلم يرد فى باب الاحتكار فيه شىء و لم يذكره احد من المتقدمين عدا المبسوط لكن ورد فيه انه لا يحل منعه فى باب استقراضه كما فى خبر ابى البختري عن الصادق (عليه السلام) انه قال امير المؤمنين « لا يحل منع الملح و النار »^(١) لكنه ضعيف سنداً و معارض بما دل على كراهه المنع عن قرض الخمير و الخبز و النار كما فى خبر معاويه بن عمار معللاً ذلك بإأنه يجلب الرزق على أهل البيت مع ما فيه من مكارم الأخلاق^(٢) وهذا التعليل شاهد على الكراهه لا الحرمة و قريب منه معتبر السكونى^(٣) و غيرهما.

(و لو لم يوجد غيره و جب البيع)

كما فى موثق غياث ابن ابراهيم انه مرّ رسول (ص) بالمحتكرين فأمر بحكرتهم ان تخرج الى بطون الاسواق و حيث تنظر الابصار اليها...» و فى صحيح الحنط

ص: ١٤٣

١- وسائل الشيعة، ج ١٧، ص: ٤٤٦ ح ٢

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٣١٥ باب النوادر

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٧ ص ١٦٢، ١٣ باب التلقى و الحكره

ان الصادق (ص) قال له « يبيعه (يعنى الطعام) احد غيرك؟ قلت: ما ابيع أنا من الف جزء جزءا قال: لا بأس انما كان ذلك رجلا من قريش يقال له حكيم بن حزام و كان اذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمرّ عليه النبي (ص) فقال يا حكيم بن حزام اياك ان تحتكر « و هو ظاهر فى حرمه احتكار الطعام عند عدم وجدانه بدلاله مفهومه و غيرهما.

(ويسعر عليه ان اجحف و الآ فلا)

الآ ان التسعير لا شاهد له من الاخبار حتى لو اجحف ففى موثق غياث المتقدم « و قيل للنبي (ص) لو اسعرت لنا سعراً فان الاسعار تزيد وتنقص فقال (ص) ما كنت لألقى الله ببدعه لم يحدث الى فيها شيئاً فدعوا عباد الله يأكل بعضهم من بعض « و فى صحيح الثمالى عن زين العابدين (عليه السلام) « ان الله عزوجل و كل بالسعر ملكاً يدبره بأمره « و فى صحيحه الاخر انه ذكر عنده (عليه السلام) غلاء السعر فقال: و ما على من غلائه ان غلا فهو عليه و ان رخص فهو عليه « و اما ما ورد فى عهد الامام امير المؤمنين (عليه السلام) الى مالِك الا شتر مما جاء فيه: « فامنع من الاحتكار فان رسول الله (ص) منع منه و ليكن البيع بيعاً سمحاً بموازين عدل و اسعار لا يجحف بالفريقين من البايع و المتبايع « فغايبه ما يدل عليه انه يؤمر بالنزول و يمنع من الاجحاف و لا دلاله له على التسعير.

ثم انه و ان كان ظاهراً فى المنع عن مطلق الاحتكار سواء كان عند الضروره ام لا بل قد يقال انه ظاهر فى المنع عن احتكار كل شىء سواء كان طعاماً ام غير طعام اقول: الا انه حيث استند فيه صلوات الله عليه بمنع رسول الله (ص) و قد تقدم فى

صحيح الحنات ان منعه (ص) كان فى مورء الطعام و عند عدم وءءان من ببعه ؒره مضافاً للنصوص الاخرى الءاله على عدم حرمة اءءكار الطعام عند ؒر الضروره فلا بء من ءقبعه بموارء الطعام و عند الضروره هءا و ءء ؒاء فى ذبله « فمن قارف ءكره بعء نهكك اياه فنكل به و عاقب من ؒر اسراف » و هءا ءءزفر من شؤوناء ءاكرم الشرعى كما لا بءفى.

ءصبله البءء:

بءرم الاءءكار فى ءءظه و الشعمفر و ءءمر و الزبب و السمن و الزبء عند عدم وءءانه و بءب علىه الببع و لا بسعرف علىه و ان أءءف امر بالنزول, و بكره المنع عن قرض ءءمفر و ءءبز.

(ءءانى و العشرون: ءرك الربا فى المءءوء على الاقوى)

انه من الاءاب لا- من الواءبائ و ذلك لاءءصاص ءرمة الربا بالمكبل و الموزون كما فى النصوص المسءفبضه منها صءبب زراره عن الصاءق (علىه السلام) « لا بكون الربا الا فبما بكال او بوزن» ءلافا لابن ءببء والمفبء وسلار ءبء قالوا بءرمة فى المءءوء و المشهور عدم ءرمة كما فى ءءلافف و المبسوط و النهابه و هو قول ابن ابى عقل و الصءءوقفن و ابن البراء و ابن اءرفس و اءءب المفبء بعموم النهى عن الربا و هو فى اللغة الزبباءه و هى مءءقه فى المءءوء و لصءبب مءمء بن مسلم الاى و موءق سماعه الاى و البواب ان الزبباءه المءلقة ؒر مءءبره بل لابء من

ص: ١٤٥

شرائط معها وقد فسرت الروايات الصحيحة تلك الشرائط واما الروايتان فسيأتي الجواب عنهما.

و اما كون المعدود مكروهاً فللدلالة صحيح محمد بن مسلم عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع و البعير بالبعيرين و الدابه بالدابتين فقال كره ذلك على (عليه السلام) فنحن نكرهه الا ان يختلف الصنفان « و الكراهه و ان كانت تستعمل فى الاعم من الحرمة الا انه لا شاهد على كونها هنا للحرمة فان قلت قد ورد انه لم يكن على (عليه السلام) يكره الحلال كما فى صحيح سيف التمار قلت: من اين يعلم ان المراد بالحلال ما يشمل المكروه فلعل المراد لا يكره الحلال المتساوى الطرفين و اما المكروه فانه لا شك بكراهته له هذا مضافاً لما تقدم من الاخبار من اختصاص حرمة الربا بالمكيل و الموزون .

و اما ما فى صحيح ابن مسكان من « انه لا يصلح معاوضه الفرس بالفرس مع الزيادة » وموثق سماعه من « انه لا يجوز بيع الحيوان الواحد باثنين الا اذا سمى الثمن » فلا تقاوم الاخبار المتقدمه من عدم حصول الربا فى المكيل و الموزون مضافاً الى اجمال موثق سماعه فما المراد من قوله « اذا سميت الثمن فلا بأس » فلعل المراد تسميه كون الحيوان الواحد بعنوان انه الثمن او الاثنان ثمناً و ليس المراد من الثمن تعيين النقد فلا ظهور لها بتسميه النقد.

هذا و قد يقال بموافقتها لعموم القران من حرمة الربا مطلقاً سواء كان معدوداً ام لم يكن لكن لا يخفى ان الايه و ان حرمت الربا مطلقاً الا انها لم تفسر موارد وجود الربا و اين يكون و النصوص هى التى فسرت لنا ان الربا لا يكون الا فى

المكييل و الموزون فهذه الروايات فسرت القرآن على ان المعدود خارج عن الربا موضوعاً لا حكماً فلا يعلم كونهما موافقين للقران بل مخالفان له من جهه وجوب للوفاء بالعقود ومن جهه حليه البيع.

(وكذا فى النسئئه مع اختلاف الجنس)

انه مكروه عند المصنف و خالف فى ذلك ابن ابى عقيل و ابن الجنيد و المفيد و سلار و ابن البراج فقالوا بالتحريم للنصوص المستفيضه المصرحه بجواز البيع بالتفاضل يداً بيد و التى قد يفهم منها الحرمة اذا لم يكن يداً بيد منها صحيح زراره عن الباقر (عليه السلام) (البعير بالبعيرين و الدابه بالدابتين يداً بيد ليس به بأس(١)) و صحيح الحلبي (عن الزيت بالسمن اثنين بواحد قال يداً بيد لا بأس(٢)) و صحيح محمد بن مسلم (اذا اختلفا الشئان فلا بأس به مثلين يداً بيد(٣)) لكن فى صحيح الحلبي الذى ورد بطريق عديده عن الصادق (عليه السلام) قال (ما كان من طعام مختلف او متاع او شىء من الاشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيد فأما نظره فلا يصلح(٤)) و هذا ظاهر فى فساد و حرمة معامله و قد رواه اخرون(٥) ايضاً و اعتمده الصدوق و الكليني مضافاً الى ان الراوين له من اصحاب الاجماع و هم ابن ابى

ص: ١٤٧

- ١- الوسائل باب ١٧ من الربا ح/٤
- ٢- الوسائل باب ١٧ من الربا ح/١٣
- ٣- الوسائل باب ١٣ من الربا ح/١
- ٤- الوسائل باب ١٣ من الربا ح/٢
- ٥- الوسائل باب ١٧ من الربا ح/١٤ و ح/٩

عمير و حماد بن عثمان و ابان بن عثمان و قد عرفت ان دلالة الطائفة الاولى من الروايات بالاشعار اذ لم يرد فيها شرط او ما يدل على المفهوم بشكل واضح و اما صحيح الحلبي (١) فدلالته على الحرمة بقوله لا- يصلح و مثله في الدلالة صحيح محمد بن قيس (٢) الا انه يعارضه بالخصوص صحيح علي بن جعفر عن اخيه (عليه السلام) قال (سألته عن الحيوان بالحيوان بنسبه و زياده دراهم ينقد الدراهم و يؤخر الحيوان قال: اذا تراضيا فلا بأس) (٣) وهو صريح في جواز بيع النسيه بتفاضل و كذلك تعارضهما النصوص المعتمده الداله على عدم تحقق الربا في غير المكيل و الموزون و عليه تكون فهذه الاخبار بعد خروج موردها موضوعاً عن الربا مخالفه

ص: ١٤٨

١- و يدل على ذلك خبر علي بن ابراهيم عن رجاله عن ذكره و هو حديث طويل و فيه (و تباع الفضة بالفضه و الذهب بالفضه كيف شئت يداً بيد و لا بأس بذلك و لا تحل النسيئه...) الوسائل باب ١٧ من ابواب الربا ح/١٢ و فيه انه ظاهر بجواز بيع الفضة بالفضه بالتفاضل يداً بيد و هو خلاف الضروره الفقهيه و مخالف للقرآن و النصوص المستفيضة مضافاً الى ضعفه بالارسال و مضافاً الى انه لم يسنده للمعصوم بل قد يكون مجموعته استنباطات من كلام المعصوم و عليه فلا يعلم كونه روايه فلاحظ.

٢- الوسائل باب ١٧ من ابواب الربا ح/٥ و فيه لا تتبع راحله عاجلاً بعشر ملاقيح من اولاد جمل في قابل.

٣- الوسائل باب ١٧ من ابواب الربا ح/١٧

للقران من حليه البيع فالصحيح حملها على الكراهه ان كان هناك شاهد للحمل(١) و الّا فيرد علمها الى اهلها.

و اما الاستدلال للحرمه بما نقل العامه عن النبي صلى الله عليه واله «انما الربا فى النسيه»(٢) الداله بالحصر على جواز الربا كيف ما كان يداً بيد فهى بذلك مخالفه بالقران فلا يصار اليها بالمره .

و اما الاستشهاد للجواز بما نقل عنه صلى الله عليه واله (اذا اختلف الجنسان فيبيعوا كيف شئتم) فخير عامى(٣) لا يعول عليه.

(الثالث والعشرون: ترك نسبة الربح و الوضيعه الى رأس المال)

كما يشهد له صحيح ابان بن عثمان عن محمد عن الصادق (عليه السلام) «انه قال: انى لاكره بيع عشره بأحدى عشره و عشره بأثنى عشر و نحو ذلك فى البيع و لكن

ص: ١٤٩

١- صحيح مسلم ج/٣: ١٠٢ و سنن النسائى ٧: ٢٨١ و سنن ابن ماجه ٢: ٧٥٩ و شرح معانى الآثار ٤: ٦٤

٢- و لم يمكن حملها على التقيه و حملها على التقيه ورد فى موثق سعيد بن يسار (الوسائل باب ١٧ من ابواب الربا ح/٨) بعد ان ورد جواز بيع البعير بالبعيرين يداً بيد و نسيه قال: لان الناس (و المراد العامه) يقولون لا فانما فعل ذلك للتقيه. و لا بد من مراجعه فتاوى العامه ليتضح الامر اكثر.

٣- رواه مسلم و ابو داود و نقله عوالى اللثالى و لا يخفى ضعف كتاب العوالى و ضعف مؤلفه و اورده القرطبى فى تفسيره ١٠:

٨٦ و ابن قدامه فى الشرح الكبير ٤: ١٦٥ و نقله الشيخ عن العامه فى الخلاف ٣: ٧٢

ايبيعك بكذا و كذا مساومه...»(١) و غيره(٢) و ظهوره في الكراهه واضح لكن يعارضه معتبر حنان بن سدير ففيه: «ما تقول في العينه في رجل يبائع رجلاً فيقول: اباعك بده دوازه و بده يازده فقال الصادق (عليه السلام): هذا فاسد و لكن يقول اربح عليك في جميع الدراهم كذا و كذا و يساومه على هذا فليس به بأس و قال: اساومه و ليس عندي متاع قال: لا بأس»(٣) و ظاهره فساد المعامله و لعله اليه استند المفيد في المقنعه و الشيخ في النهايه حيث افتيا بعدم الجواز(٤).

و فيه: ان الروايه يمكن حملها على فساد هذا القول لا فساد المعامله بقريته قوله و لكن يقول و عليه فلا دلالة على حرمه المعامله مضافا الى معارضتها لعموم القرآن الدال على حليه البيع بعد عدم كونه رباً و حينئذ فلا تعارض روايه الجواز هذا و الروايه دلت على كراهه المراهه بالنسبه الى اصل المال و بالفهم العرفي نتعدى الى الوضيعه كما لا يخفى.

(الرابع والعشرون: ترك بيع ما لم يقبض مما يكال اويوزن)

و النصوص بجواز بيعه مستفيضه مثل صحيح عبدالرحمن بن ابي عبد الله «قال: سألته عن رجل عليه كُرٌّ من طعام فاشترى كُرّاً من رجل و قال للرجل انطلق

ص: ١٥٠

١- الوسائل باب ١٤ من ابواب احكام العقود ح/٤ ج ١٨ ص ٦٣ ط- ال البيت

٢- الوسائل باب ١٤ من ابواب احكام العقود ح/٢

٣- الوسائل باب ١٤ من ابواب احكام العقود ح/٣

٤- النجعه في شرح اللمعه؛ ج ٧، ص: ١٥٠

فاستوف حَقَّكَ قال لا بأس به» و صحيح الحلبي «قال: سألته عن الرَّجل يشتري الثمره ثمَّ يبيعهها قبل أن يأخذها قال لا بأس به إن وجد بها ربحاً فليبع» (١) الأ انه يظهر من اخبار اخر عدم جواز بيعه و به افتى ابن ابي عقيل (٢) و بالكراهه افتى المفيد (٣) و الشيخ فى النهايه و ابن البراج فى الكامل و ذهب الشيخ فى المبسوطين الى عدم الجواز فى الطعام و به قال ابن البراج فى المهذب و ابن حمزه (٤) لكن الاخبار الداله على المنع مختلفه ففى صحيح الحلبي الوارد فى من يبيعه قبل ان يكال قال لا يصلح له ذلك (٥) و فى صحيح ابن جعفر التفصيل بين التوليه فالجواز و عدمها فالعدم (٦) و مثله غيره (٧) و فى صحيح محمد بن قيس تعميم عدم الجواز لمن احتكر طعاماً أو علفاً (٨) و فى موثق سماعه التفصيل عند عدم القبض فلا يجوز ان لم معه شريك و الجواز يبيعه على الشريك بربح أو توليه (٩).

ص: ١٥١

- ١- الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام العقود ح/٢ و ح/٤ و غيرهما مثل ح/٣ و ح/١٩
- ٢- النجعه ج ٧ ص ١٥٠ و ص ٣٢٣
- ٣- النجعه ج ٧ ص ١٥٠
- ٤- الوسائل باب ١٦ من العقود ح/٥
- ٥- النجعه المتاجر ص ٣٢٣
- ٦- الوسائل باب ١٦ من العقود ح/٩
- ٧- الوسائل باب ١٦ من العقود ح/١٦ و ح/١٨ و ح/١١ و ح/١٤ و ح/١٣
- ٨- الوسائل باب ١٦ من العقود ح/١٧
- ٩- الوسائل باب ١٦ من العقود ح/١٥

و هذه الاخبار مع معارضتها لتلك الاخبار المتقدمه مخالفه لعموم القرآن و موافقه للعامه على ما حكى (١) و نقلوه فى اخبارهم كما روى النسائي عن ضرار بن حكيم بن حزام من قوله فاردت بيعه فسألت النبي صلى الله عليه واله فقال لا تبعه حتى يقبضه (٢) و قد رواه الوسائل عن مجالس ابن الشيخ عن العامه (٣) و بذلك يظهر الاشكال حتى على القول بالكراهه لعدم الوثوق بها و قد جمع البعض بينهما بالحمل على الكراهه و بشهاده خير ابى بصير الظاهر فى الكراهه ففیه: «عن رجل اشترى طعاماً ثمَّ باعه قبل أن يكيله قال لا- يعجبني أن يبيع كيلاً- أو وزناً قبل أن يكيله أو يزنه إلّا أن يُؤلّيه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع و ما كان من شىء عنده ليس بكيل و لا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه» (٤) لكنه ضعيف.

حصيله البحث: يكره الرّبا فى المعدود على الأقوى و يكره نسبه الرّبح و الوضيعه إلى رأس المال, قيل: و يكره بيع ما لم يقبض ممّا يكال أو يوزن و هو ممنوع .

ص: ١٥٢

١- النجعه ص ١٥٤ المتاجر

٢- النجعه ص ١٥٤ المتاجر عن سنن النسائي باب بيع الطعام قبل ان يستوفى.

٣- الوسائل باب ١٦ من العقود ح/٢١ لا يخفى ان الصحيح فى سنده هو: عن حزام بن حكيم عن ابيه.

٤- الوسائل باب ١٦ من العقود ح/١٦

(و هو قسمان أناسى وغيره و الأناسى يملك بالسبى مع الكفر الأصلي و يسرى الرقّ «فى أعقابهم، و ان أسلموا بعد الأسر» ما لم يعرض لهم سبب محرّر)

و ستأتى أسباب التحرير و منها أن يكون أحد الوالدين حرّاً أو يرثه أو يشتريه من ينعق عليه.

(و الملقوط فى دار الحرب رق إذا لم يكن فيها مسلم)

لا نصّ فى لقيط دار الحرب و إنّما ألحقه المصنّف بالأسر منها، لكن كان عليه تقييده بقصد التملك لانه لا دليل على حصول الملك بلا قصد التملك، و عليه فلو التقطه ترخّماً لا يصير رقاً له، و أمّا دار الإسلام فلا وجه لرقّيته كما قال:

(بخلاف دار الإسلام)

ففى موثق زراره، عن الصادق (عليه السلام) «اللّقيط لا يشتري و لا يباع»^(١).

و صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) «اللّقيط حرّ، لا يباع و لا يوهب»^(٢).

ص: ١٥٣

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٢٥ ح ١

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٢٥ ح ٥

و صحيح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن محمّد بن أحمد، عنه (عليه السلام) «سألته عن اللقيطه، قال: لا تباع و لا تشتري و لكن استخدمها بما أنفقت عليها»^(١). و عن نسخه: «عن محمّد» أى محمّد بن مسلم .

و اما قول المصنف: إذا لم يكن فيها مسلم فلا دليل عليه واما استدلال الشيخ فى المبسوط لذلك بقوله (عليه السلام) «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» فشموله لدار الحرب غير واضح بل معارض بصحيح إسحاق بن عمّار المتقدم «قلت فإن كان فيها غير أهل الإسلام قال إذا كان الغالب عليها المسلمين فلا بأس» الدال بمفهومه على ان الغالب عليها لو كان اهل الكفر فهى محكومته بالكفر و عليه فالاقوى ان لقيطها محكوم بالكفر ابتداءً و عليه فيجوز استرقاقه، و بذلك صرح المفيد فقال: إن الحكم فى الدار على الأغلب فيها و كل موضع غلب فيه الكفر فهو دار كفر و كل موضع غلب فيه الإيمان فهو دار إيمان و كل موضع غلب فيه الإسلام دون الإيمان فهو دار إسلام قال الله تعالى فى وصف الجنة ﴿وَلَنِعْمَ دَارُ الْمُتَّقِينَ﴾ و إن كان فيها أطفال و مجانين و قال فى وصف النار ﴿سَارِيكُم دَارَ الْفَاسِقِينَ﴾ و إن كان فيها ملائكة الله مطيعون فحكم على كلتا الدارين بحكم الأغلب فيها^(٢).

(ألا أن يبلغ و يقر على نفسه)

ص: ١٥٤

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٢٥ ح ٤

٢- أوائل المقالات فى المذاهب و المختارات، ص: ٩٤

كما هو مقتضى قاعده اقرار العقلاء على انفسهم جائز مضافا الى معتبره إسماعيل بن الفضل، عن الصادق (عليه السلام) «سألته عن شراء مملوكى أهل الذّمّه إذا أقروا لهم بذلك، فقال: إذا أقروا لهم بذلك فاشتر و انكح»(١).

و معتبره عبد الرحمن البصرى، عنه (عليه السلام) «سألته عن رقيق أهل الذّمّه أشتري منهم شيئا، فقال: اشتر إذا أقروا لهم بالرق»(٢). و غيرهما

كما أنّه إذا أنكر وكان فى يد نخاس لم يسمع إنكاره إلّا بيّنه كما فى صحيح ابن ابي عمير عن حمزه بن حمران، عن الصادق (عليه السلام): أدخل السوق أريد أن أشتري جاريه فتقول لى: إنى حرّه، فقال: اشترها إلّا أن تكون لها بيّنه(٣).

(و المسبى حال الغيبه يجوز تملكه)

لانه قابل للتملك فيملك بالحيازه .

(و لا خمس فيه رخصه)

كما هو مقتضى روايات التحليل وهى كثيره منها التوقيع الشريف عن إسحاق بن يعقوب فى ما ورد عليه من توقيعاته بخطه يعنى الحجّه (عليه السلام) «و أمّا المتلبسون

ص: ١٥٥

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢١١ ح ٧

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢١١ ح ١٠

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢١١ ح ١٣

بأموالنا، فمن استحلّ منها شيئاً فأكله فإنما يأكل النيران، و أما الخمس فقد أبيع لشيعتنا و جعلوا منه فى جلّ إلى وقت ظهور أمرنا لتطيب ولادتهم و لا تخبث»(١).

حصيلة البحث:

يملك الاناسى بالسبى مع الكفر الأصلى و يسرى الرّق و إن أسلموا بعد ما لم يعرض سبب محرّر، و الملقوط فى دار الحرب رُق و ان كان فيها مسلم مع قصد التملك، فلو التقطه ترخّما لا يصير رقا له بخلاف اللقيط فى دار الإسلام فلا يصح تملكه إلا أن يبلغ و يقرّ على نفسه بالرّق، و المسبى حال الغيبه يجوز تملكه و لا خمس فيه رخصه .

(و لا يستقر للرجل ملك الأصول و الفروع و الإناث المحرّمات نسبا و رضاعا و لا يستقر للمرأة ملك العمودين)

كلّ ما قاله لا خلاف فيه سوى عدم استقرار ملك المحرّمات الرضاعية، فذهب العمانيّ و الإسكافيّ و المفيد و الديلمى إلى صحه ملكهنّ و ذهب الشّرخ و القاضى و ابن حمزه إلى عدمها وهو ظاهر الكافى ايضا فروى صحيح محمّد بن

ص: ١٥٦

١- الإكمال - فى ٤ من أخبار ٤٩ من أبوابه

مسلم، عن الباقر (عليه السلام) «إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو خالته أو عمته عتقوا عليه، و يملك ابن أخيه و عمه، و يملك أخاه و عمه و خاله من الرضاعه»(١).

و موثق عبید بن زرارہ، عن الصادق (عليه السلام) «إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته عتقوا، و يملك ابن أخيه و عمه و خاله، و يملك أخاه و عمه و خاله من الرضاعه»(٢). و رواه التهذيب آخذا له عن كتاب الحسين بن سعيد مع زياده في صدره و اختلاف مع الكافي في باقيه، ففيه: «و قال: إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه - و ذكر هذه الآيه من النساء - عتقوا، و يملك ابن أخيه و خاله و لا يملك أمه من الرضاعه، و لا يملك أخته و لا خالته، إذا ملكهم أعتقوا».

قلت: قوله «و ذكر هذه الآيه من النساء» إشاره إلى قوله تعالى في سورة النساء {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ - إِلَى - وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ} و من المحتمل أنه سقط من الكافي و قلنا بسقوطه لأن النساء المحرّمات لا ينحصرن بالأُم و الأخت و العمه و الخاله، كما اقتصر عليهنّ خبر الكافي.

ص: ١٥٧

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٧٧ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٧٧ ح ٤

و فى صحيحه أيضا، عن الصادق (عليه السلام) «سألته عمّا يملك الرّجل من ذوى قرابته، قال: لا يملك والده و لا والدته و لا أخته و لا- ابنه أخيه و لا- ابنه أخته و لا- عمّته و لا- خالته، و يملك ما سوى ذلك من الرّجال من ذوى قرابته، و لا يملك امّه من الرّضاعه» (١) و غيرها .

و فى صحيح الحلبىّ و ابن سنان، عن الصادق (عليه السلام) «فى امرأه أرضعت ابن جاريتها، قال: تعتقه» (٢) .

و فى صحيح عبد الله بن سنان عنه (عليه السلام) «سألته عن امرأه ترضع غلاما لها من مملوكه حتّى تفضمه، يحلّ لها بيعه؟ قال: لا حرام عليها ثمنه، أ ليس قد قال التّنبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم: «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النّسب»؟ أ ليس قد صار ابنها؟ فذهبت أكتبه، فقال (عليه السلام): و ليس مثل هذا يكتب» (٣) و غيرها (٤) .

و أمّا موثق إسحاق بن عمّار، عن عبد صالح (عليه السلام) «سألته عن رجل كانت له خادم، فولدت جاريه فأرضعت خادمه ابنا له و أرضعت أمّ ولده ابنه خادمه، فصار الرّجل أبا بنت الخادم من الرّضاع يبيعه؟ قال: نعم إن شاء باعها فانتفع بثمرها،

ص: ١٥٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٧٧ ح ٧

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٧٧ ح ٥

٣- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ٤، ص: ١٨ ح ٤

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٧٧ ح ٦

قلت: فان كان قد وهبها لبعض أهله حين ولدت و ابنه اليوم غلام شاب فيبيعها و يأخذ ثمنها و لا يستأمر ابنه أو يبيعها ابنه؟ قال: يبيعها هو و يأخذ ثمنها ابنه، و مال ابنه له، قلت: فيبيع الخادم و قد أرضعت ابنا له؟ قال: نعم و ما أحبّ له أن يبيعها، قلت: فإن احتاج إلى ثمنها؟ قال: فيبيعها»(١).

و وجهه الشيخ في الإستبصار بتوجيه خلاف مقتضى سياقه لكنه يكشف عن عدم الوثوق به عنده .

و صحيح الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام) «في بيع الأمّ من الرّضاعه قال: لا بأس بذلك إذا احتاج». و هو صحيح سنداً على الأصحّ في الحسن بن فضال من رجوعه عن الفطحيّه، و لا بدّ أنّ هذه الاخبار مستنده العمانيّ و من قال بمقالته لكنها لا وثوق بها مع مخالفتها لقول النبيّ صلّى الله عليه و آله: «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» الذي قيل بتواتره .

و بذلك يظهر ما في حمل الشيخ لموثقه عبيد بن زراره بروايه التّهذيب و الإستبصار التي زاد في أولها على ما في الكافي «لا يملك الرّجل أخاه من النسب و يملك ابن أخيه و يملك أخاه من الرّضاعه»(٢) و قال بعده: عدم ملكه للأخ النسبيّ محمول على الاستحباب، و استدللّ بصحيح أبان، عن رجل، عن الصادق، «الرّجل

ص: ١٥٩

١- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ٤، ص: ١٨٨

٢- الاستبصار ج ٤، ص: ١٥٦

يملك أخاه إذا كان مملوكا ولا يملك أخته» (١) وانه لا شاهد له وخلاف السنه القطعيه.

و أما أنّ المرأة لا يستقرّ لها ملك العمودين فيشهد له خبر أبي حمزه، عن الصادق (عليه السلام) «سألته عن المرأة، ما تملك من قرابتها، قال: كلّ أحد إلّا خمسه: أباهَا و أمّها و ابنها و ابنتها و زوجها» (٢) وهو ان كان ضعيف السنه باسد بن ابى العلاء لكنه اعتمده الاصحاب .

هذا و عدم ملكها لأبويها و ولديها حقيقى و أمّا بالنّسبه إلى زوجها فمحمول على عدم ملكها له مع بقاء الزّوجيه فيصير ملكها و ينفسخ زواجيتها لها، ففي قضايا أمير المؤمنين (عليه السلام) «أنّ رجلا مات فقال (عليه السلام) لرجل: لمّا مات هذا صارت زوجتك عليك حرام، فقال عمر له (عليه السلام): كلّ قضاياك عجيبه، كيف يموت رجل و يحرم زوجه آخر؟ فقال (عليه السلام): هذا الرجل كان عبدا للميت و قد كان زوّجه ابنته، فلمّا مات صار زوجها إرثها و لا يصحّ تزوّج المرأة بعدها فينفسخ نكاحها» (٣).

ص: ١٦٠

١- الإستبصار ج ٤، ص: ١٥٧

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٧٧

٣- النجعه ج ٧ الفصل الثالث فى بيع الحيوان

هذا و المفيد لم يذكر في الإناث المحرّمات على الرّجل بنت الأيخ و بنت الأخت و ذكر في محرّمات المرأه أخاها و عمّها و خالها(١) و لم يظهر له مستند.

(و لا تمتنع الزوجيه من الشراء فتبطل الزوجيه)

كما في صحيح سعيد بن يسار «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه حرّه تكون تحت المملوك فتشتريه هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم لأنّه عبد مملوك لا يقدر على شيء»(٢).

(و الحمل يدخل مع الشّروط)

للاصل و به قال المفيد و الدّيلمى و الحلبيّ، و الشّيخ في نهايته، و القاضي في كامله، و ابن زهره و الحلبيّ.

و المفهوم من الإسكافي كونه للمشتري إلّا أن يستثنيه البائع. فقال: يجوز أن يستثنى الجنين في بطن أمّه من آدمي أو حيوان، و تبعه ابن حمزه.

ص: ١٦١

١- المقنعه (للشيخ المفيد)؛ ص ٥٩٩؛ ٨ باب ابتياع الحيوان و أحكامه.

٢- الكافي باب المرأه التي تكون زوجه لعبد ثمّ ترثه أو تشتريه فيصير زوجها عبدا، ١٢٥

وقال المبسوط بعدم صحّحه شرط البائع له، و تبعه القاضى فى مهذبّه و جواهره، و ذهب المبسوط إلى عدم استثناء البيض للبائع أيضا، و يردّه قولهم عليهم السّلام: المؤمنون عند شروطهم» فى الحمل و البيض.

و أما خبر السيّد كونى عن جعفر، عن أبيه عليهما السّلام «فى رجل أعتق أمته و هى حبلى فاستثنى ما فى بطنها، قال: الأمه حرّه، و ما فى بطنها حرّ، لان ما فى بطنها منها»^(١) فمحمول على التّقيه، و عن المبسوط أنّه مذهب الشّافعىّ.

هذا و أغرب المبسوط و تبعه المهذب بأنّه لو باع جاريه حبلى بولد حرّ لم يجر لأنّ الحمل يكون مستثنى و هذا يمنع صحّحه البيع.

قيل: الظاهر أنّ الإسكافىّ استند إلى خبر الوشاء، عن الرّضا (عليه السلام) «سألته عن رجل دبّر جاريته و هى حبلى، فقال: إن كان علم بحبلها، فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلمه فما فى بطنها رقّ»^(٢). قلت: الخبر حول المدبره ولا علاقه للخبر بمسألتنا .

ثم انه لو لم يشترطه و احتمل وجوده عند العقد و عدمه فهو للمشتري لأصالة عدم تقدّمه، و لو اختلفا فى وقت العقد قدّم قول البائع مع اليمين و عدم البينه لأنّ الحمل كالحامل فى يد المشتري فيكون محكوما بمملوكيته له شرعا لعدم

ص: ١٦٢

١- التّهذيب (فى ٨٤ من عتقه)

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ١٨٤ ح ٤

معلوميته وجوده في زمن ملك البائع لها فيكون البائع مدّعيًا والمشتري منكراً فيقدّم قوله .

(و لو شرط فسقط قبل القبض رجوع من الثمن بنسبته بأن تقوم حاملا و مجهضا)

كما هو مقتضى الأصول بل يمكن إدخاله في عمومات أخبار ضمان البائع قبل قبض المبيع.

(و يجوز ابتياع جزء مشاع من الحيوان لا معيّن)

قلت: بل اتفقوا على جواز استثناء جزء معيّن، لكن اختلفوا هل يكون مالكا لعين المستثنى أو يصير شريكا بنسبته؟ ذهب إلى الأوّل الإسكافيّ و المفيد و المرتضى و الحلبيّان و الحلّي، و الى الثّاني الشّيبخ و القاضي. قال الحلّي: إذا استثنى الرّأس و الجلد جاز لأنّه استثنى معلوما من معلوم؛ و هو مذهب المرتضى يناظر عليه المخالفين في انتصاره.

اقول: الذي تقتضيه القاعده ودل عليه النص هو انه لو شارك شريكه بالنسبه فهو يستحقها لا غير كما في خبر هارون بن حمزه الغنوي عن أبي عبد الله ع «في رجلٍ شهد بغيراً مريضاً و هو يباع فاشتراه رجلٌ بعشره دراهم فجاء و أشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرّأس و الجلد فقضى أنّ البعير برأ فبلغ ثمنه دنانير قال فقال لصاحب الدرهمين خذ خمس ما بلغ فأبى قال أريد الرّأس و الجلد فقال ليس له

ص: ١٤٣

ذلك هذا الضرار و قد أعطى حقه إذا أعطى الخمس»(١) و مدلول الخبر واضح حيث ان البعير لما كان مريضاً كان خمسه يسوى الرأس والجلد و هو قد شارك صاحبه بالخمس فاذا برء و زادت قيمته فهو شريكه فى الخمس لا غير , و اما لو شاركه فى الرأس و الجلد فهو شريكه فى ذلك لا فى النسبه كما دل على ذلك معتبر السنكونى عن أبى عبد الله ع «قال: اختصم إلى أمير المؤمنين ع رجلان اشترى أحدهما من الآخر بغيراً و استثنى البائع الرأس و الجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه فقال للمشتري هو شريكك فى البعير على قدر الرأس و الجلد»(٢) . و لا تعارض بين الخبرين .

حصيله البحث:

لا- يستقر للرجل ملك الأصول و الفروع و الإناث المحزّمت نسباً و رضاعاً، و لا للمرأة ملك العمودين، و لا تمنع الزوجية من الشراء فتبطل، و الحمل يدخل مع الشرط و لو شرط فسقط قبل القبض رجع بنسبته بأن يقوم حاملاً و مجهضاً، و يجوز ابتياع جزء مشاع من الحيوان او معين.

(و يجوز النظر الى وجه المملوكه إذا أراد شراءها و الى محاسنها)

ص: ١٦٤

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٩٣ ح ٤

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٠٤ ح ١

كما هو مقتضى القاعده فمن عرض مملوكته للبيع فقد اباح النظر اليها مضافا الى معتبر أبي بصير «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها، قال: لا بأس بأن ينظر إلى محاسنها ويمسّها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي له النظر إليه» (١).

و هو ظاهر في جواز النظر إلى غير العوره و في سند الخبر علي بن أبي حمزه و هو ثقة على الاقوى .

و خبر حبيب بن معلّى الخثعمي «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إنني اعترضت جواري بالمدينه فأمذيت، فقال: أمّا لمن يريد الشراء فليس به بأس، و أمّا لمن لا يريد أن يشتري فإنّي أكرهه» (٢) و غيرهما (٣).

(و يستحبّ تغيير اسم المملوك عند شرائه، و الصدقه عنه و إطعامه شيئا حلواً و أن لا يدع ينظر المملوك الى ثمنه)

كما في صحيح زراره «قال: كنت جالسا عند أبي عبد الله (عليه السلام) فدخل عليه رجل و معه ابن له فقال (عليه السلام) له: ما تجاره ابنك؟ فقال: التنخس، فقال (عليه السلام): لا تشتريّن

ص: ١٦٥

١- التهذيب (في ٣٥ من أخبار ابتياع حيوانه

٢- التهذيب (في ٤٩ من زيادات آخر تجاراته)

٣- التهذيب (في ٥ من زيادات آخر تجاراته) و في قرب الحميري، عن الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام «أنه كان إذا أراد أن يشتري الجاربه يكشف عن ساقها فينظر إليهما».

شينا و لا- عيبا، و إذا اشترت رأسا فلا تريّن ثمنه في كفه الميزان، فما من رأس رأى ثمنه في كفه الميزان فأفلح، و إذا اشترت رأسا فغير اسمه و أطعمه شيئا حلوا إذا ملكته و تصدّق عنه بأربعة دراهم»(١).

و في خبر محمّد بن قيس [ميسر- خ ل]، عن أبيه، عنه (عليه السلام) «من نظر إلى ثمنه و هو يوزن لم يفلح»(٢).

(و يكره و طى المولوده من الزنا بالملك أو بالعقد)

كما في خبر أبي خديجه، عن الصادق (عليه السلام) «و لا يطيب ولد الزنى، و لا يطيب ثمنه أبدا، و الممزار لا يطيب إلى سبعة آباء فقيل له: و أى شىء الممزار؟ فقال: الرّجل يكسب مالا- من غير حلّه فيتزوج به أو يتسرّى به فيولد له فذاك الولد هو الممزار»(٣) وهو ضعيف بابى الجهم فلم يوثق الّا على كبرى كامل الزيارات و لا نقول بها .

ص: ١٦٦

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢١٢ ح ١٤

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢١٢ ح ١٥

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٢٥ ح ٤

و فى صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن الخبيثه أتزوجها؟ قال: لا و قال: إن كان له أمه و طأها و لا يتخذها أمّ و لده» (١).

و صحيح عبد الله بن سنان «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): «ولد الزنى ينكح؟ قال: نعم و لا يطلب ولدها» (٢).

و صحيح الحلبيّ عن الصادق (عليه السلام): «سئل عن الرّجل يكون له الخادم و ولد زنا عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، و إن تنزّه عن ذلك فهو أحبّ إليّ» (٣).

و فى صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام «فى الرّجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشده و يتخذها لنفسه؟ فقال: إن لم يخف العيب على و لده فلا بأس» (٤).

و فى موثق زراره، عن الباقر (عليه السلام) «لا خير فى ولد الزنى و لا فى بشره و لا فى شعره و لا فى لحمه و لا فى دمه و لا فى شىء منه، عجزت عنه الشّفينه و قد حمل فيها الكلب و الخنزير» (٥).

ص: ١٦٧

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٥٣ ح ٣

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٥٣ ح ٢

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٥٣ ح ٥

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٥٣ ح ٢

٥- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٥٥ ح ٥

عند المصنف ألا انه محل خلاف فروى الكافي صحيحاً عن عمر بن يزيد «قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبه فرضها عليه في كل سنة ورضى بذلك منه المولى، فأصاب المملوك في تجارته مالا- سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبه؟ فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك، ثم قال (عليه السلام): أليس قد فرض الله عزّ وجلّ على العباد فرائض فإذا أدوها إليه لم يسألهم عما سواها؟ قلت له: فما ترى للمملوك أن يتصدق مما اكتسب و يعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها إلى سيده؟ قال: نعم و أجر ذلك له، قلت: فإن أعتق مملوكاً مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء المعتق؟ فقال: يذهب فيتوالى إلى من أحبّ، فإذا ضمن جريرته و عقله كان مولاه و ورثه، قلت له: أليس قال النبيّ صلى الله عليه و آله و سلم: «الولاء لمن أعتق»؟ فقال: هذا سائبه لا يكون ولاؤه لعبد مثله؛ قلت: فإن ضمن العبد الذي أعتقه جريرته و حدثه أيلزمه و يكون مولاه و يرثه؟ فقال: لا- يجوز ذلك و لا- يرث عبد حرّاً»(١). و به افتى في الفقيه(٢).

ص: ١٦٨

١- الكافي في أول باب المملوك يعتق و له مال، و هو ١٣ من عتقه

٢- الفقيه في ٦ من أخبار باب مكاتبته

و موثقا عن زراره، عنه (عليه السلام) «إذا كاتب الرجل مملوكه و أعتقه و هو يعلم أنّ له مالا و لم يكن استثنى السيد المال حين أعتقه فهو للعبد»(١).

و حسنا عنه عن أحدهما عليهما السلام في رجل أعتق عبدا له و له مال لمن مال العبد؟ قال: إن كان علم أنّ له مالا تبعه و إلّا فهو للمعتق»(٢).

و صحيحا عنه عن أبي جعفر (عليه السلام) «سألته عن رجل أعتق عبدا له و للعبد مال لمن المال؟ فقال: إن كان يعلم أنّ له مالا تبعه و إلّا فهو له»(٣).

و في خبر إسحاق بن عمّار «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقلّ أو أكثر فيقول: حللني من ضربى إِيّاك و من كلّ ما كان منى إليك و ممّا أخفتك و أرهبتك، فيحلّله و يجعله في حلّ رغبه في ما أعطاه، ثمّ إنّ المولى بعد أصاب الدرهم التي كان أعطاه في موضع قد وضعها فيه العبد فأخذها المولى، إحلال هي له؟ فقال: لا تحلّ له لأنّه افتدى بها نفسه من العبد مخافه العقوبه و القصاص يوم القيامة؛ فقلت له: فعلى العبد أن يزكّيها إذا حال عليها الحول؟ قال: لا إلّا أن يعمل له بها و لا يعطى العبد من الزكاه شيئا»(٤) و هو و

ص: ١٦٩

١- الكافي في ٢ باب المملوك يعتق و له مال، و هو ١٣ من عتقه

٢- الكافي في ٣ باب المملوك يعتق و له مال، و هو ١٣ من عتقه

٣- الكافي في ٤ باب المملوك يعتق و له مال، و هو ١٣ من عتقه

٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨، ص: ٢٢٥ ح ٤١

ان كان ضعيفا بموسى بن عمر حيث لم يوثق لكنه مطابق في الدلالة مع صحيح ابن يزيد المتقدم وقد دلا على ملكه فاضل الضريبه و أرش الجنايه، و بعباره اخرى دلا على نفوذ توافق السيد والعبد و بهما أفتى الشيخ و القاضي و كذا ابن حمزه و زادوا، ما ملكه مولاه و قالوا هم و الإسكافي و الحلبي: إذا أعتقه و علم بماله و لم يستثنه كان المال للعبد، و إنما أنكره الحلبي و قال لقوله تعالى {عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ}.

اقول: كامل قوله تعالى هكذا: {ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَّ مَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسِينًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَ جَهْرًا هَلْ يَشْكُرُونَ} و معناه أنّ العبد في الأصل لا يقدر على شيء بان ينفق مما اكتسب سرا و جهرا كالحرة، و لا ينافي ذلك كون مولاه ملكه شيئا فينفق منه كما يشاء.

و قد تضمن صحيح عمر بن يزيد المتقدم أنّ عبدا جعل عليه ضريبه ينفق من الفاضل بالتصدق و العتق كما يشاء. و أما لو أعتقه و علم بماله و لم يستثنه فكون المال له كما قاله أولئك فمستنده أخبار زراره المتقدمه و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق (عليه السلام) قال: «سألته عن رجل أعتق عبدا له و للعبد مال و هو يعلم أنّ له مالا فتوفى الذي أعتق العبد لمن يكون مال العبد؟ أ يكون للذي

أعتق العبد أو للعبد؟ قال: إذا أعتقه و هو يعلم أنّ له مالا فماله له، و إن لم يعلم فماله لولد سيده»(١).

و استدّل المختلف بصحيح عبد الرحمن المتقدم لعدم تملك العبد و هو كما ترى، فتوهم أنّ قوله: «فماله له» معناه ماله لسيده مع أنّ السياق يأباه لأنّ ظاهره أنّه لو كان عند العبد مال و لو بدون أن يملكه أو أن يكون فاضل الضريبه أو أرش الجنايه فمع علم المولى بذلك المال لو سكت عن استثنائه عند عتقه له يفهم أنّ المولى خلاه للعبد فالمال له، و أمّا إن لم يعلم فالمال للمولى.

و أمّا ما فى معتبر أبى جرير «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل قال لمملوك: أنت حرّ و لى مالك. قال: لا يبدأ بالحرّيّه قبل المال يقول له: «لى مالك و أنت حرّ» برضى المملوك فان ذلك أحبّ إلى»(٢)، فالظاهر منه ان قوله « فان ذلك أحبّ إلى » متعلقه رضى المملوك يعنى يستحب له ان يرضى المملوك فى اخذ ماله بناء على نسخه الكافى من زياده «فان ذلك أحبّ إلى» الموافقه لاصاله عدم الزيادة و يكفى احتمالها فى سقوط الاستدلال بنسخه التهذيب التى قد يتوهم منها عدم جواز اخذ ماله الا برضاه .

ص: ١٧١

١- تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ج ٨، ص: ٢٢٣ ح ٣٨

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ج ٨، ص: ٢٢٣ ح ٣٩ و رواه الفقيه (فى أوّل نوادر عتقه) عن حريز و لا- يبعد صحّه أبى جرير كما لا يخفى.

(فإن اشتراه و معه مال فللبائع إلّا بالشرط)

كما فى صحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا، فقال: المال للبائع إنّما باع نفسه إلّا أن يكون شرط عليه أنّ ما كان له من مال أو متاع فهو له»^(١) وغيره.

لكن اطلاقه مقيد بما فى صحيح زراره «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرّجل يشتري المملوك و له مال، لمن ماله؟ فقال: إن كان علم البائع أن له مالا فهو للمشتري، و إن لم يكن له علم فهو للبائع»^(٢). و به افتى الفقيه .

و لا ينافيه اطلاق خبر يحيى بن أبى العلاء، عنه، عن أبيه (عليه السلام) «من باع عبدا و كان للعبد مال فالمال للبائع إلّا أن يشترط المبتاع، أمر رسول الله صلّى الله عليه و آله بذلك»^(٣) الدال على انه للبايع علم به ام لم يعلم وذلك لان المطلق يحمل على المقيد.

(فتراعى فيه شروط المبيع)

قال بذلك الإسكافى و الشّرخ فى مبسوطه و هو المفهوم من الدّيلمى و ابن حمزه.

ص: ١٧٢

١- الكافى فى ٢ باب المملوك يباع و له مال، و هو ٩٤ من معيسته

٢- الكافى فى أوّل باب المملوك يباع و له مال، و هو ٩٤ من معيسته

٣- م ن لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٢٠ ح ٣٨١٥

اقول: وهذا هو الذى تقتضيه القاعده ان لم يرد دليل خاص على خلافها لكن الفقيه قال: وروى عن زراره «قال قلت لأبى عبد الله ع الرجل يشتري المملوك و ماله فقال لا- بأس قلت فيكون مال المملوك أكثر مما اشتراه به فقال لا بأس»^(١). وهو من حيث الدلاله تام فيشمل ما لو يلزم معه الربا فيكون معارضا لادله الربا لكن بالعموم والخصوص من وجه فيتساقطان فى خصوص بيع العبد و ماله و عليه فلا مانع من بيع العبد و ماله مطلقا . و به أفتى المفيد و الشيخ فى نهايته، و هو ظاهر الكافى والفقيه.

و اما سنداً فقد طعن المختلف فيه بوقوع على بن حديد فى طريقه.

و قد يقال: إنّما هو بروايه الكافى و التهذيب له، و أمّا الفقيه فرواه عن كتاب زراره و إسناده إليه صحيح^(٢).

قلت: إنه لم يقل روى زراره بل قال: «روى عن زراره» فلعله اراد ما رواه ابن حديد و عليه فسنده ضعيف بناء على عدم ثوثيق على بن حديد.

اقول: فان حصل الوثوق به باعتماد من عرفت به فهو كما هو الظاهر وآلا فلا.

ص: ١٧٣

١- م ن لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٢٠ ح ٣٨١٧

٢- م ن لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٢٠ ح ٣٨١٧

وقد يوجه ما فى الخبر بأنّ شرائط البيع موردها بيع مستقلّ لمختصّ أو مشترك دون مثل مال العبد الذى هو بالتبع و إنّما البيع على العبد . قلت: لم يتضح لنا ذلك .

(و لو جعل جعلاً على شرائه لم يلزم)

عند المصنف كما فى صحيح معاوية بن ميسره، عن الصادق (عليه السلام) «سألته عن الرّجل يبيع عبده بنقصان من ثمنه ليعتق، فقال له العبد فى ما بينهما: «لك على كذا و كذا» أله أن يأخذه منه؟ قال: يأخذه منه عفوا و يسأله إتياءه فى عفوا فإنّ أبى فليدعه»^(١).

لكن يعارضه صحيح الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام) «فى الرّجل يبيع المملوك و يشترط عليه أن يجعل له شيئاً. قال: يجوز ذلك»^(٢). و به عمل الفقيه .

والجمع العرفى بينهما كراهه الاخذ لو لم يكن عفوا و عليه فالصحيح لزومه اذا كان مع مولاه.

و اما خبر الفضيل «قال غلام لأبى عبد الله (عليه السلام): إننى كنت قلت لمولاي: بعنى بسبعمائه درهم و أنا أعطيك ثلاثمائه درهم؟» فقال (عليه السلام) له: إن كان لك يوم—

ص: ١٧٤

١- الفقيه (فى ٦ من نوادر عتقه)

٢- التّهذيب (فى ابتياع حيوانه فى خبره الخامس)

شرطت أن تعطيه، شىء، فعليك أن تعطيه و إن لم يكن لك يومئذ شىء فليس عليك شىء» (١) الدال على التفصيل بين ما لو كان عنده مال وما لم يكن ومثله خبره الآخر بإسناد آخر عنه بلفظ: (غلام سندی) و الظاهر انهما خبر واحد و قد اعتمدهما الكافي فلا يصلح للمعارضه مع صحيح الحلبي هذا مضافا لما تقدم من نفوذ توافقات العبد مع سيده .

و أمّا قول الشيخ في النهاية: «إذا قال مملوك إنسان لغيره: اشتريني فإنك إذا اشتريتنى كان لك على شىء معلوم، فاشتره فان كان للملوك فى حال ما قال ذلك له مال لزمه أن يعطيه ما شرط، و إن لم يكن له مال فى تلك الحال لم يكن له عليه شىء على حال». و تبعه القاضى ، فلم يظهر له مستند و مورد ما تقدم ما اذا كان الجعل مع مالكة لا مع المشتري ومقتضى القاعده محجوريه العبد فى تصرفاته قبل ان يتحرر .

حصيله البحث:

و يجوز النظر إلى وجه المملوكه إذا أراد شراءها و إلى محاسنها، و يستحبّ تغيير اسم المملوك عند شرائه و الصدقه عنه بأربعه دراهم و إطعامه حلواً، و يكره و طء المولوده من الزنى بالملك أو بالعقد، و العبد يملك على الاقوى و لو اشتراه و معه

ص: ١٧٥

مأً فلبائع إلا بالشرط او علم به البائع و لم يستثنه و لا يلزم فيه مراعاة عدم حصول الربا، و لو جعل جعلاً على شرائه لزم.

(و يجب استبراء الأمه)

اما اصل وجوب الاستبراء على البائع فيدل عليه صحيح حفص بن البختري، عن الصادق (عليه السلام) في خبر «و قال في رجل يبيع الأمه من رجل؟ فقال: عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع»^(١) و غيره.

(قبل بيعها بحيضه أو مضي خمسه و أربعين يوماً في من لا تحيض و هي في سن من تحيض)

كما صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) «في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: يستبرئ رحمها بحيضه. قلت: فإن وقع عليها؟ قال: لا بأس»^(٢).

و صحيح الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح، عن الصادق (عليه السلام) «نادى منادى النبي صلى الله عليه و آله في الناس يوم أوطاس أن استبرؤوا سباياكم بحيضه»^(٣).

ص: ١٧٦

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٢ ح ٤

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ١٧٥ ح ٣٦

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ١٧٥ ح ٣٩

و اما ما فى صحيح سعد بن سعد الأشعري، عن الرضا (عليه السلام) «سألته عن رجل يبيع جاريه كان يعزل عنها هل عليه فيها استبراء؟ قال: نعم، و عن أدنى ما يجزى من الاستبراء للمشتري و البائع؟ قال: أهل المدينة يقولون: حيضه، و كان جعفر (عليه السلام) يقول: حيضتان»(١).

فقد حملة الشيخ الحيزتين فيه على الاستحباب لكنه كما ترى. فظاهر الخبر الإيجاب و الصحيح رده بالشذوذ كيف و تضمن الاستبراء على البكر التي لم يدخل بها.

ومثله فى الشذوذ أيضا صحيح محمد بن إسماعيل «سألت: أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أ يجزى ذلك أم لا بد من استبرائها؟ قال: استبرئها بحيضتين. قلت: هل للمشتري ملامستها؟ قال: نعم و لا يقرب فرجها»(٢).

و يدل على مضي خمسة و أربعين يوما فى من لا تحيض و هى فى سن من تحيض موثق سماعه «سألته (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه و لم يكن لها زوج أ يستبرء رحمها؟ قال: نعم. قلت: فإن كانت لم تحض؟ فقال: أمرها شديد فإن هو

ص: ١٧٧

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ١٧١ ح ١٨

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ١٧٣ ح ٢٩

أتاها فلا ينزل الماء حتى يستبين أجبلى هي أم لا؟ قلت: وفي كم يستبين له؟ قال: في خمسة و أربعين يوماً»(١).

و في صحيح الحلبي عنه (عليه السلام) «في رجل ابتاع جاريه و لم تطمئث؟ قال: إن كانت صغيره لا يتخوف عليها الحبل فليس له عليها عدّه و ليطأها إن شاء و إن كانت قد بلغت و لم تطمئث فإنّ عليها العدّه و سألته عن رجل اشترى جاريه و هي حائض قال إذا طهرت فليمسّها إن شاء»(٢).

و المراد من العده مده الاستبراء بقريته ذيله كما و ان الظاهر أنّ المراد بها أنّه إذا اشترى جاريه لم تبلغ ليس عليها استبراء و إن كانوا وطأوها و يجوز له وطئها إذا صارت بالغه بعد شراءها، فلا دلالة فيه على جواز وطئ غير البالغه و لو كانت مملوكته كما يتراءى في بادي النظر.

و في موثق سماعه الاخر «سألته عن رجل اشترى جاريه و هي طامث أ يستبرء رحمها بحيضه أخرى أم تكفيه هذه الحيضه؟ قال: لا بل تكفيه هذه الحيضه، فإن استبرأها بأخرى فلا بأس، هي بمنزله فضل»(٣).

ص: ١٧٨

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٢ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٢ ح ٦

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٢ ح ٨

وقد دلّ هذا الموثق و صحيح الحلبي المتقدم على أنه لو كانت حيضتها باقيه وقت الشراء تكفى و لا يجب عليه استيناف حيضه لها .

كما و ان وجوب الاستبراء للوطى لا للاستمتاع الاخرى كما فى موثق سماعه المتقدم اولاً و صحيح الحلبي المتقدم انفا و يؤيد ذلك خبر حمران، عن الباقر (عليه السلام) «سألته عن رجل اشترى أمه هل يصيب منها دون الغشيان و لم يستبرئها؟ قال: نعم إذا استوجبها و صارت من ماله، فإن ماتت كانت من ماله»(1).

ثم إن المصنّف قال: «أو مضى خمسه و أربعين يوماً» كما فى موثق سماعه المتقدم، و لكن الوارد فى صحيح الحلبي المتقدم و سائر النصوص هو: «خمس و أربعين ليلة» و الجمع بينهما يقتضى التخيير .

هذا، و المقنعه قال: بدل «خمسه و أربعين يوماً أو خمس و أربعين ليلة» بثلاثة أشهر. و لم يظهر له مستند و إنما ثلاثة أشهر بدل ثلاثة قروء فى الطلاق.

(و يجب على المشتري أيضا استبراؤها)

و أما وجوب الاستبراء على المشتري فيشهد له صحيح الحلبي و موثق سماعه المتقدمين وغيرهما .

ص: ١٧٩

و أما صحيح عبد الله بن سنان عنه (عليه السلام) «سألته (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية و لم تحض؟ قال: يعتزلها شهرا إن كانت قد مسّت. قال: أفرأيت إن ابتاعها و هي طاهر و زعم صاحبها أنّه لم يطأها منذ طهرت؟ قال: إن كان عندك أمينا فمسّها. و قال: إنّ ذا الأمر شديد، فإن كنت لا بدّ فاعلا فتحفظ لا تنزل عليها» (١) الدال على كفايه اعتزال شهر عمّن لم تحض فقد حمّله الشيخ على أنّها تحيض أوّلا في كلّ شهر حيضه. و هو كما ترى حمل تبرعى و خلاف الظاهر من قوله: «يشتري الجارية و لم تحض» فان الظاهر منه عدم حيضها أصلا و لم يعمل به احد فلا وثوق به .

(الّا أن يخبره الثقة بالاستبراء)

كما في صحيح حفص بن البختريّ، عنه (عليه السلام) «في الرجل يشتري الأّمه من رجل فيقول: إنّى لم أطأها؟ فقال: إن وثق به فلا بأس بأن يأتيها» (٢).

و اما صحيح عبد الله بن سنان عنه (عليه السلام) «قلت له: أشتري الجارية من الرجل المأمون فخبّرني أنّه لم يمسيّها منذ طمشت عنده و طهرت عنده؟ قال: ليس بجائر أن يأتيها حتّى يستبرئها بحيضه و لكن يجوز ما دون الفرج، إنّ الذين يشترون

ص: ١٨٠

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٢ ح ٧

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٢ ح ٤

الإمام، ثم يأتوهنّ قبل أن يستبرئهنّ فأولئك الزّناه بأموالهم»^(١) الدال على عدم كفايه خبر الثقة فمعارض بصحيحه الآخر المتقدم و صحيح الحلبي ، و على كفايه خبر الثقة عمل الاصحاب .

(أو تكون لامرأه)

كما في صحيح رفاعه «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الأمه تكون لامرأه»، فتبيعهها؟ فقال: لا بأس بأن يطأها من غير أن يستبرئها»^(٢) و غيره^(٣) .

(أو تكون يائسه، أو صغيره أو حائضاً) كما هو معلوم.

(و استبراء الحامل بوضع الحمل و لا يحرم في مده الاستبراء غير الوطى)

كما في صحيح رفاعه، عن الكاظم (عليه السلام) «سألته فقلت: أشتري الجاربه فتمكث عندى الأشهر لا تطمئ و ليس ذلك من كبر فأريها النساء، فيقلن: ليس بها حبل، أفلى أن أنكحها في فرجها؟ فقال: إنّ الطمئ قد تحبسه الرّيح من غير حبل فلا

ص: ١٨١

١- الفقيه في أوّل استبراء إمائه ٣٧ من نكاحه

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ١٧٤ ح ٣١

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص: ١٧٤ ح ٣٢

بأس أن تمسّها في الفرج. قلت: فإن كانت حبلتي فمالي منها إن أردت؟ قال: لك ما دون الفرج»(١).

و في بعض نسخ الكافي زياده «إلى أن يبلغ في حملها أربعة أشهر و عشرة أيام فإذا جاز حملها أربعة أشهر و عشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج».

ونقل في التهذيب الخبر ثم قال: «و قد روى أنه إذا جاز حملها أربعة أشهر و عشرة أيام جاز له وطئها في الفرج»(٢).

و رواه كاملا- مع تلك الزيادة و زاد «قلت: إن المغيرة و أصحابه يقولون: لا- ينبغي للرجل أن ينكح امرأته و هي حامل و قد استبان حملها حتى تضع فتغذو ولده، قال: هذا من أفعال اليهود»(٣). و من المحتمل أن نسخه من الكافي نقلت الزيادة عن التهذيب و يشهد لذلك أن الفقيه رواه مرسلا بدون تلك الزيادة، و أن الوافي و الوسائل نقلاه بدونها و أن نسخه الكافي أيضا نقلتها في الحاشيه بتوهم سقوطها من المتن. والحاصل انه لا وثوق بتلك الزيادة بل يردها صحيح محمد بن قيس،

ص: ١٨٢

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٥ ح ٢

٢- التهذيب ح ٤٦ في باب لحوق أولاده، ٧ من ابواب الطلاق

٣- التهذيب ح ٨٦ من زيادات فقه النكاح

عن الباقر (عليه السلام) «في الوليدة يشتريها الرجل و هي حبلى، قال: لا يقربها حتى تضع ولدها» (١).

هذا ولو قاربها فلا يبيع ذلك الولد و لا يورثه و عليه ان يعتقه، فإنه قد غداه بنطفته كما في النصوص المستفيضه منها صحيح إسحاق بن عمار، عن أبي الحسن (عليه السلام) «سألته عن رجل اشترى جاريه حاملا و قد استبان حملها فوطأها؟ قال: بئس ما صنع، قلت: فما تقول فيه؟ قال: أعزل عنها أم لا؟ قلت: أجبني في الوجهين، قال: إن كان عزل عنها فليتق الله و لا يعود، و إن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد و لا يورثه و لكن يعتقه، و يجعل له شيئا من ماله يعيش به فإنه قد غداه بنطفته» (٢) و قد تضمن ايضا ان يجعل له شيئا من ماله يعيش به.

و قد استفاضت النصوص بحرمه و طئ الحامل و به قال الكليني و هو المفهوم من الصّيدوق حيث روى في الفقيه (٣) صحيح إسحاق بن عمار المتقدم و قال في هدايته: «يحرم من الإماء عشر» و نقل مضمون خبر مسعده الذي رواه التهذيب الدال على حرمه الوطئ.

ص: ١٨٣

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٥ ح ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٨٧ ح ١

٣- الفقيه في ٣٩ من نكاحه باب الرجل يشتري الجارية و هي حبلى

و لم نقف على من قال بالتحديد إلى أربعه أشهر و عشره أيام سوى النهايه و تبعه القاضى و ابن حمزه. و ذهب فى الخلاف و تبعه الحلّى الى عدم التحديد أصلا و لعلهما استندا إلى إطلاق قوله تعالى {أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ}.

و ذهب المفيد و الديلمى و الحلينان الى الاكتفاء بأربعه أشهر، و ليس لهم من دليل .

و أمّا موثق عمّار، عن الصادق «فى رجل اشترى من رجل جاريه بثمان مسمى ثم افترقا، قال: وجب البيع و ليس له أن يطأها و هى عندها صاحبها حتى يقبضها و يعلم صاحبها- الخبير»(1) الدالّ على اكتفاء المشتري بإعلام البائع بأنّه يريد وطئها، فمن أخبار عمّار الشاذّه.

(و يكره التفرقه بين الطفل و الأمّ قبل سبع سنين و التحريم أحوط)

لكن الاقوى الحرمة قبل استغنائه كما سيوضح .

و اما اخبار المساله ففى صحيح معاويه بن عمّار، عن الصادق (عليه السلام) «أتى النّبىّ صلّى الله عليه و آله بسبى من اليمن فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم، فباعوا جاريه من السبى كانت أمها معهم، فلما قدموا على النّبىّ صلّى الله عليه و آله و

ص: ١٨٤

سَلَّمَ سَمِعَ بَكَاءَهَا، فَقَالَ: مَا هَذِهِ؟ فَقَالُوا: احْتَجْنَا إِلَى نَفَقِهِ فَبِعْنَا ابْنَتَهَا، فَبِعْتَ بِثَمَنِهَا فَآتَى بِهَا، وَقَالَ: بَيَعُوهَا جَمِيعًا أَوْ أَمْسُكُوهُمَا جَمِيعًا»(١).

و مَوْتَقُ سَمَاعِهِ «سَأَلْتَهُ عَنْ أُخْوَيْنِ مَمْلُوكَيْنِ هَلْ يَفْرَقُ بَيْنَهُمَا؟ وَعَنْ الْمَرْأَةِ وَوَلَدِهَا؟ قَالَ: لَا هُوَ حَرَامٌ إِلَّا أَنْ يَرِيدُوا ذَلِكَ»(٢).

و صَحِيحُ هِشَامِ بْنِ الْحَكَمِ، عَنِ الصَّادِقِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) «اشْتَرَيْتَ لَهُ جَارِيَةً مِنَ الْكُوفَةِ فَذَهَبْتَ لِتَقُومَ فِي بَعْضِ الْحَاجَةِ. فَقَالَتْ: يَا أُمَّاهُ، فَقَالَ: (عَلَيْهِ السَّلَامُ) لَهَا: أَلَيْكَ أُمٌّ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَمَرَ بِهَا فَرَدَّتْ، فَقَالَ: مَا أَمَنْتَ لَوْ حَبَسْتَهَا أَنْ أَرَى فِي وَدِيِّ مَا أَكْرَهُ»(٣).

و صَحِيحُ عَمْرُو بْنِ أَبِي نَصْرٍ «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): الْجَارِيَةُ الصَّغِيرَةُ يَشْتَرِيهَا الرَّجُلُ؟ فَقَالَ: إِنْ كَانَتْ قَدْ اسْتَغْنَتْ عَنِ أَبْوَيْهَا فَلَا بَأْسَ»(٤).

و صَحِيحُ ابْنِ سَنَانَ عَنْهُ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) «فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْغُلَامَ أَوِ الْجَارِيَةَ وَ لَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ أَوْ أَبٌ أَوْ أُمٌّ بِمَصْرٍ مِنَ الْأَمْصَارِ؟ قَالَ: لَا يَخْرُجُهُ إِلَى مَصْرٍ آخَرَ إِنْ كَانَ صَغِيرًا وَ لَا يَشْتَرِيهِ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ أُمٌّ فَطَابَتْ نَفْسُهَا وَ نَفْسُهُ فَاشْتَرَاهُ إِنْ شِئْتَ»(٥).

ص: ١٨٥

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢١٨ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢١٨ ح ٢

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢١٨ ح ٣

٤- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢١٨ ح ٤

٥- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢١٨ ح ٥

اقول: المفهوم من هذه الاخبار الحرمه وقد صرح الإسكافي بالمنع من التفريق بين الأختين، وقال بالتحريم في الطفل ايضاً و مثله المفيد و القاضى في الطفل، و ذهب الحلبي إلى الكراهه و لعله استند الى صحيح هشام الظاهر في الكراهه لكنه مجمل من حيث الحد و لعل مورده ما اذا استغنى الطفل عن ابويه و قد عيّن صحيح عمرو المتقدم حدّ الجواز في الطّفل باستغنائه عن أبويه و عليه فقبل الاستغناء لا دليل على ارتفاع الحرمه.

هذا و بين صحيح ابن سنان حدّ مذمومته بما إذا لم يرضيا فاذا رضيا فلا ذمّ، و لو كان بين الأمّ و ولدها.

حصيله البحث:

يجب استبراء الأمه قبل بيعها بحيضه أو مضى خمسه و أربعين يوماً فيمن لا تحيض و هي في سنّ الحيض و لو كانت حيضتها باقيه وقت الشراء تكفى و لا يجب عليه استيناف حيضه لها، و يجب على المشتري أيضاً استبراؤها إلّا أن يخبره الثقه بالاستبراء أو تكون لامراه أو تكون يائسه، أو صغيره أو حائضاً و استبراء الحامل بوضع الحمل و لو قاربها فلا يبيع ذلك الولد و لا يورثه و عليه ان يعتقه، فإنّه قد غداه بنطفته، و لا يحرم في مدّه الاستبراء غير الوطاء، و يحرم التفريق بين الطّفل و الأمّ قبل استغنائه عن أبويه إذا لم يرضيا فاذا رضيا فلا مانع من بيعه.

ص: ١٨٤

(الاولى: لو حدث عيب فى الحيوان قبل القبض فللمشترى الرد أو الأرش و كذا فى زمن الخيار و كذا فى غير الحيوان)

أمّا لو كان حدوث العيب قبل القبض فكونه على البائع ككونه عليه إذا كان العيب قبل البيع، و فى العيب قبل البيع يكون للمشترى الردّ أو الأرش فلاّ البائع قبل القبض ضامن لأصله فكذا فى عيبه.

و اما انه ضامن لأصله فيدل عليه صحيح بريد بن معاويه « فقال البائع قد بعتك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشترى قد قبلت -الى- و وكلّ المشترى من يقبضه فاصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون الف و بقى عشره الاف طن فقال: العشره الاف طن التى بقيت هى للمشترى و العشرون التى احترقت من مال البائع» و خصوص خبر عقبه بن خالد(١) و سياى تفصيل الكلام فى خيار العيب .

و أمّا بقاء الحيوان بعد القبض فى مدّه خياره ثلاثه و شرطه فى ضمان البائع مثل قبل القبض فلصحيح عبد الله بن سنان «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرّجل يشتري

ص: ١٨٧

١- الوسائل باب ١٠ من الخيار ح/١ عن الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ١٧١ ح/١٢ و الحديث ضعيف سنداً إلا انه موثوق به.

الدَّابَّةُ أو العبد و يشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدَّابَّةُ أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري»(١).

و معتبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عنه (عليه السلام) «سألته عن رجل اشترى أمه بشرط من رجل يوما أو يومين، فماتت عنده و قد قطع الثمن، على من يكون الضمان؟ فقال: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه»(٢).

و اما خبر عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين، عن أبيه، عن جعفر بن محمد قال: «قال النبي صلى الله عليه وآله و سلم في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان»(٣).
الدال على تقيد الضمان باستحلاف المشتري فمضافا لضعف سنده لم يقل به احد فلا وثوق به .

ثم ان مراد المصنّف بقوله: «و كذا في غير الحيوان» كون الخيار للمشتري، و أما لو كان للبائع فمن مال المشتري كما في صحيح إسحاق بن عمار «أخبرني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) قال: سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع

ص: ١٨٨

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٧١ ح ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٧١ ح ٩

٣- التهذيب (في ٥٧ من أخبار باب ابتياع حيوانه، ٦ من تجاراته)

داره فمشى إلى أخيه فقال له: أبيعك داري هذه و تكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن ترد علي. فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنة ردها عليه، قلت: فإنها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون؟ فقال: الغله للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله» (١) و غيره (٢).

(الثانيه: لو حدث عيب من غير جهة المشتري في زمن الخيار فله الرد بأصل الخيار و الأقرب جواز الرد بالعيب أيضا و تظهر الفائده لو أسقط الخيار الأصلي أو المشتري، و قال الفاضل نجم الدين أبو القاسم في الدرر: لا يرد إلا بالخيار و هو ينافي حكمه في الشرائع بأن الحدث في الثلاثه من البائع مع حكمه فيها بعدم الأرش فيه)

إنما حكم في كتاب الشرائع أن العيب الحادث غير مانع من الرد بأصل الخيار و ظاهره جواز الرد بأصل الخيار و بالعيب الحادث، ثم أجيب عن التنافي بين حكمه بكون الحدث في الثلاثه من مال البائع و حكمه بعدم الأرش فيه بأن ضمان البائع له بمعنى انفساخ العقد لو تلف لا أنه يغرم المثل أو قيمه.

ص: ١٨٩

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٧١ ح ١٠

٢- التهذيب (في ٣٧ رهونه، ١٥ تجاراته)

هذا و الأصل فى نفى الأرش المبسوط و الخلاف كما و نفى الشيخ فى الخلاف الخلاف فى نفى الارش .

اقول: هذا مراد المحقق و الشيخ و هو الذى تقتضيه الادله و انه لو تلف كله انفسخ البيع و لا مورد له و اما لو تعيب او تلف بعضه فمقتضى ضمان البايع له الانفساخ فى مقدار العيب او التلف لكنه لا يمنع من صحه البيع فى الباقي فللمشترى الارش او الرد هذا هو مقتضى القاعده فان كان هناك نص او اجماع على خلافها فهو و الا كان العمل على ما تقتضيه القاعده .

(الثالثه لو ظهرت الأمه مستحقه فأغرم الواطى العشر أو نصفه أو مهر المثل , و الأجره و قيمه الولد رجوع بها على البائع مع جهله)

اما رجوع الولد الى المالك فهو على مقتضى القاعده ويدل عليه ايضا صحيح محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) «قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما، ثم جاء سيدها الأوّل فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابنى بغير إذنى؟ فقال: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذى اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع»^(١) و اعتمده الكلينى و الصدوق فى الفقيه و إليه استند الشّرخان

ص: ١٩٠

١- الكافى فى باب شراء الرقيق ب ٩٣ من المعيشه فى خبره ١٢ و الفقيه فى البيوع ح ٥٦

فى قولهما: «للمالك انتزاع الأمه و ولدها إلّا أن يرضيه الأب بشىء و يرجع المشتري على البائع بما قبضه فى ثمنها و غرمه عن ولدها».

و فيه اشكالات كتضمّنه أنّ للمشتري أن يأخذ البائع سيأتى الجواب عنها فى بيع الفضولى.

و اما ان المشتري يأخذ ولده بقيمته فالنصوص به مستفيضه منها صحيح جميل بن درّاج، عن بعض أصحابنا، عن الصادق (عليه السلام) «فى رجل اشترى جاريه فأولدها فوجدت مسروقه؟ قال: يأخذ الجاربه صاحبها و يأخذ الرّجل ولده بقيمته»^(١).

و معتبر زراره «قلت لأبى جعفر (عليه السلام): الرّجل يشترى الجاربه من السّوق فيولدها ثمّ يجىء رجل فيقيم البيّنه على أنّها جاريتيه لم تبع و لم توهب، فقال لى: يردّ إليه جاريتيه و يعوّضه ممّا انتفع، قال: كأنه معناه قيمه الولد»^(٢) قلت لا ينحصر عوض الانتفاع بقيمه الولد فما فهمه زراره صحيح فان الولد انتفاع عرفا لكن ظاهر الخبر لزوم دفع عوض كل ما انتفع كما هو مقتضى القاعده .

و صحيح جميل ابن درّاج، عن الصادق (عليه السلام) «فى الرّجل يشترى الجاربه من السّوق فيولدها ثمّ يجىء مستحقّ الجاربه، فقال: يأخذ الجاربه المستحقّ و يدفع

ص: ١٩١

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢١٥ ح ١٠

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢١٥ ح ١٣

إليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمان الجاربه و قيمه الولد التي أخذت منه»(١).

و خبر زراره «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل اشترى جاربه من سوق المسلمين فخرج إلى أرضه فولدت منه أولادا ثم إن أباه يزعم أنها له و أقام على ذلك البيئه؟ قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجاربه و يعوّضه في قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها»(٢) وفي سنده صفوان بن يحيى و هو من اصحاب الاجماع فلا اشكال فيه.

و صحيح معاويه بن عمّار، عن الصادق (عليه السلام) في خبر «قال: فإن اشترى رجل جاربه و جاء رجل فاستحقّها و قد ولدت من المشتري ردّ الجاربه عليه و كان له ولدها بقيمتها»(٣).

و اما قول المصنف: فأغرم الواطى العشر أو نصفه ، فيشهد للعشر و نصف العشر صحيح الحسن محبوب، عن جميل بن صالح، عن الفضيل بن يسار، قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): «جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحلّ الرجل لأخيه جاربه فهى له حلال؟ فقال: نعم يا فضيل، قلت له: فما تقول في

ص: ١٩٢

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٨٢ ح ٦٧

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٨٢ ح ٧١

٣- التهذيب في ١٤ من باب لحوق الأولاد، ٧ من طلاقه

رجل عنده جاربه له نفيسه و هو بكر أحل لأخيه ما دون فرجها أله أن يفتضها؟ قال: لا ليس له إلا ما أحل له منها و لو أحل له قبله منها لم يحل له ما سوى ذلك، قلت: أ رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل يكون زانيا؟ قال: لا- و لكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها»(١).

و صحيح العباس بن الوليد بن صبيح، عن الصادق (عليه السلام) «في رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها له، قال: إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليتها فالتكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: إن وجد مما أعطاه شيئا فليأخذه و إن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها، و إن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها - إلى أن قال - قلت: فإن جاءت بولد؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان التكاح بغير إذن الموالى»(٢). و غيرهما.

و لا يخفى ان مورد صحيح العباس تدليس الأمه نفسها بحرّه ألا ان ما تقدم اعم و لا يختص بهذا المورد.

ص: ١٩٣

١- الكافي في أول باب الرجل يحل جاربه لأخيه، ١١٢ من نكاحه .

٢- الكافي (في أول باب المدلسه، ٦٧ من نكاحه .

قيل: ان قوله: «أولادها منه أحرار» لا يناسب قوله: «إذا كان النكاح بغير إذن الموالى» ولذا حمّله الشيخ على أنّ المراد كان الولد حرّاً إذا كان شهد شاهدان عند المتزوج أنّها حرّة أو مع ردّ الأب ثمن الولد، و استدللّ لحمّله الأوّل بموثق سماعه «قال: سألته (عليه السلام) عن مملوكه قوم أتت قبيله غير قبيلتها و أخبرتهم أنّها حرّة، فتزوجها رجل منهم فولدت له، قال: ولده مملوكون إلّا أن يقيم البيّنه أنّه شهد لها شاهد أنّها حرّة فلا تملك ولده و يكونون أحراراً»^(١).

و خبر زراره «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): أمه أبقّت من مواليتها فأتت قبيله غير قبيلتها فادّعت أنّها حرّة فوثب عليها رجل فتزوجها فظفر بها مولاهما بعد ذلك و قد ولدت أولاداً؟ فقال: إن أقام البيّنه الزوج على أنّه تزوّجها على أنّها حرّة أعتق ولدها، و ذهب القوم بأمّتهم فإن لم يقيم البيّنه أوجع ظهره و استرقّ ولده»^(٢).

و استدللّ لحمّله الثّانى بخبر سماعه، عن الصّيادق (عليه السلام) «سألته عن مملوكه أتت قوما فزعمت أنّها حرّة فتزوجها رجل منهم و أولدها ولدا ثمّ إنّ مولاهما أتاها فأقام عندهم البيّنه أنّها مملوكته و أفترت الجارية بذلك، فقال: تدفع إلى مولاهما هي و ولدها، و على مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم تصير إليه، قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: يسعى أبوه فى ثمنه حتّى يؤدّيه و يأخذ ولده،

ص: ١٩٤

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٠٥ ح ٢

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٠٥ ح ٣

قلت: فان أبى الأب أن يسعى فى ثمن ابنه؟ قال: فعلى الإمام أن يفتديه و لا يملك ولد حرّ»(١).

و هو كما ترى لا- يرفع الثنافية الذى قلنا و حمل صاحب الوسائل قوله: «أولادها منه أحرار» على الإنكار و هو أيضا كما ترى فالوسائل لم يقل إنهم أحرار حتى ينكر ذلك عليه.

اقول: الصحيح أن الولد حرّ إذا كان أحد الأبوين حرّا و أنما على الأب قيمته و على ما قلنا يستقيم اللفظ و المعنى فلا اشكال .

كما هو صريح صحيح عاصم بن حميد، عنه (عليه السلام) «فى رجل ظنّ أهله أنه قد مات أو قتل فنكحت امرأته و تزوّجت سرّيته فولدت كلّ واحده منهما من زوجها، ثم جاء الزوج الأول و جاء مولى السّريه فقضى فى ذلك أن يأخذ الأول امرأته فهو أحق بها و يأخذ السّيد سرّيته و ولدها إلّا أن يأخذ من ضامن الثّمن له ثمن الولد»(٢).

ص: ١٩٥

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٤٩ ح ٦٠ ولا اشكال فى سنده إلّا من جهة ابى ايوب والظاهر انه الخزاز الثقه الا انى لم اتحققه .

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٤٩ ح ٦١

و صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «في رجل تزوّج جاريه على أنّها حرّه، ثمّ جاء رجل فأقام البيّنه على أنّها جاريته، قال: يأخذها و يأخذ قيمه ولدها»(١).

و اما قول المصنف من «التخيير بين العشر ونصفه أو مهر المثل» فلم يذكر له مستند .

و اما غرامه الأجره عما استوفاه من منافعها أو فاتت تحت يده، فقد تقدم ما يدل على ذلك .

و اما مرسله الفقيه عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن الصّادق (عليه السلام) «سألته عن الرّجل يشتري الجاريه فيقع عليها فيجدها حبلية! فقال: يردها و يردها معها شيئاً» فمضافاً لضعف سندها وعدم اعتماد الفقيه عليها اذ نسبها الى الروايه انها مجمله فلعل المراد من «يرد معها شيئاً» هو العشر و نصف العشر .

و اما صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «قضى علىّ (عليه السلام) في امرأه أتت قوما فخبّرتهم أنّها حرّه، فتزوّجها أحدهم و أصدقها صداق الحرّه ثمّ جاء سيدها، فقال: تردّ إليه و ولدها عبيد»(٢). و رواه أحمد الأشعريّ في نوادره عن محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في المرأه إذا أتت إلى قوم و أخبرتهم أنّها منهم و هي كاذبه و ادّعت أنّها حرّه و تزوّجت، أنّها تردّ إلى أربابها

ص: ١٩٤

١- من لا يحضره الفقيه؛ ج ٣، ص: ٤١٤

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٤٩ ح ٥٦

و يطلب زوجها ماله الذى أصدقها و لا حقّ لها فى عنقه، و ما ولدت من ولده فهم عبيد» فحمل على علمهم بكذب ادعائها فانه لا- ريب أنّه مع علمه و غاصبيّته يكون ولده رقًا كما دلّ عليه صحيح جميل المتقدّم لكنه ليس بواضح بل قد يكون المراد ان الاصل هو رقيه الولد الّا ان يثبت مخدوعيه المشتري ويشهد لهذا الحمل خير زواره المتقدّم فى قوله: «أقام البيّنه على أنّه تزوّجها على أنّها حرّه- إلى- فإن لم يقم البيّنه أوجع ظهره و استرقّ ولده» فتأمل.

و اما قول المصنف: و رجع بالغرامه - من العشر أو نصفه أو مهر المثل و الأجره و قيمه الولد - على البائع مع جهله. فلقاعده المغرور يرجع على من غره مضافا لبعض النصوص الخاصه كخبر إسماعيل بن جابر، عن الصادق (عليه السلام) «سألته عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنه فلان، فأتى أباهما فقال: زوّجنى ابنتك، فزوّجه غيرها فولدت منه فعلم بعد أنّها غير ابنته و أنّها أمه، يردّ الوليده على مولاها و الولد للرجل و على الذى زوّجه قيمه ثمن الولد يعطيه موالى الوليده كما غرّ الرجل و خدعه»(1).

(الرابعه لو اختلف مولى مأذون فى عبد أعتقه المأذون عن الغير و لا- بينه حلف المولى و استرق العبد، و لا- فرق بين كونه أبا للمأذون أولا، و لا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله و لا بين استيجاره على حج و عدمه)

ص: ١٩٧

هذه المساله ترتبط بصحيح الحسن بن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم، عن أبي جعفر (عليه السلام) في عبد لقوم مأذون له في التجاره دفع اليه رجل ألف درهم فقال له: اشتر منها نسمة و أعتقها عني و حج عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف الدرهم فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي في الحج عن الميت، فحج عنه فبلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت، فاختصموا جميعا في الألف درهم. فقال موالى المعتق: أنما اشتريت أباك بمالنا، و قال الورثة: إنما اشتريت أباك بمالنا، و قال موالى العبد: أنما اشتريت أباك بمالنا، فقال أبو جعفر (عليه السلام): أما الحج فقد مضت بما فيها لا ترد، و أما المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه، و أي الفريقين أقام البيه أن العبد اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا^(١) و عمل به الشيخ و تبعه القاضي و أنكره الحلبي و تبعه المصنف في ما أفتى.

والمراد من قوله (عليه السلام): «أما الحج فقد مضت بما فيها لا ترد» هو أن الحج مع عيوبها لا يمكن ردّها كما يمكن رد الأب الذي أعتقه غير المالك و لم يعلم اذنه لغيره في ذلك الى الرقيّه.

و اشكل الشهيد الثاني على الخبر بقوله: «ظاهر الأمر حجّ بنفسه و لم يفعل».

ص: ١٩٨

١- الكافي (في ٢٠ من نوادر وصاياه، ٣٧ من أبوابه) و تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٢٣٤ ح ٤٣ (و في ١٣٦ من أول عتقه، و في ٣٨ من زيادات آخر وصاياه) وروايه التهذيب مثل ما في الكافي في المواضع الثلاثة و لكن في الثاني أسقط قوله: «و قال الورثة إنما اشتريت أباك بمالنا».

قلت: الاشكال في غير محلّه لانه لا معنى للاستناد الى ظاهر لفظ في قضيه في واقعه، فان من المعلوم أنّ الشاهد يرى ما لا يرى الغائب فلا- بدّ أنّ المأذون فهم ما فعل، و ما أمكن حمل قول على الصّححه لا يحمل على الباطل، و العبد أنّما كان مأذونا في التّجاره لا في الحجّ عن الناس فلا بدّ من حمله على أخذه التّائب.

و أمّا ما يقال من ضعف سنده فصحيح لكن بناءً على حجه الخبر الموثوق به فحيث انه إلى الحسن بن محبوب صحيح و هو من أصحاب الإجماع فما صحّ عنه صحيح على ما صرح به الكشّي و أقره الشيخ من ان العصابه اجمعت...

لكن قال في النجعه: «مخالفته للأصول مسلّمه لا- سيّما بالنّسبه إلى ردّ الأب المعتقد إلى مواليه فإنّ العبد و إن كان مأذونا في التّجاره لكن لا يتضمّن الخبر أنّ موالى الأب أعطوا مالا بيده حتّى يدّعوا أنّه اشترى أباه بمالهم.

ثمّ الميّت و إن كان أعطاه مالا- لكن لا- معنى لقول ورثته اشترى أباك بمالنا بعد إقرار المأذون بكون أصل المال لمورّثهم و وصّياه بشراء عبد و إعتاقه عنه و كانت القاعده أن يقولوا: أقررت بأنّ مورّثنا أعطاك مالا لكن نحن نقول: أعطاك للتّجاره لا للعمل بما تقول من الوصيه.

فإن قيل: إنّ اللفظ و إن كان قاصراً إلّا أنّ المراد أنّ العبد المأذون كان بيده مال من مولى نفسه، و مال من مولى أبيه، و مال من ميّت ادعى وصيته، قلت: و مع كون هذا الحمل خلاف طريقه المحاوره لا يدفع مخالفته للأصول فإنّ العبد بعد

كونه مأذونا يكون كالحزّ يقبل قوله في ما ائتمن عليه و إقراره لم يكن إقرارا مستقلا ... و الظاهر أنّ الخبر وقع فيه تحريف و أنّ الأصل: «في عبد لقوم مأذون له في التجاره ادّعى دفع رجل كان له عنده مال ألف درهم آخر، و قال له: اشتر منها نسمة- إلى آخره» و لا يقبل ادّعاؤه لأنه إنّما كان مأذونا في التجاره فقط لا لأن يصير وصيا للناس»(1).

اقول: و عليه فلا وثوق بالخبر فاللازم في هذه المساله العمل بما تقتضيه الاصول و القواعد .

(الخامسه لو تنازع المأذونان بعد شراء كل منهما صاحبه في الأسبق و لا بينه قيل: يقرع، و قيل: يمسح الطريق)

الأصل في هذه المسأله ما رواه الكافي عن أبي سلمه عن الصادق (عليه السلام) «قال في رجلين مملوكين مفوض إليهما يشتريان و يبيعان بأموالهما و كان بينهما كلام، فخرج هذا يعدو إلى مولى هذا و هذا إلى مولى هذا، و هما في القوه سواء فاشترى هذا من مولى هذا العبد و ذهب هذا فاشترى من مولى هذا العبد الآخر و انصرفا الى مكانهما و تشبّث كلّ واحد منهما بصاحبه، و قال له: أنت عبدى قد اشتريتك من سيّدك. قال: يحكم بينهما من حيث افترقا يذرع الطريق فأيهما كان أقرب فهو الذى سبق الذى هو أبعد و ان كانا سواء فهو ردّ على مواليهما جاء

ص: ٢٠٠

سواء و افترقا سواء الّا أن يكون أحدهما سبق صاحبه فالسابق هو له، ان شاء باع و ان شاء أمسك، و ليس له أن يضرب به» (١). قال:
و فى روايه أخرى «إذا كانت المسافه سواء يقرع بينهما فأيهما وقعت القرعه به كان عبده» (٢).

و ظاهر الكافى عمله بالاول او ترجيحه له لانه نقله فى باب نادر و لا يعمل بنوادر الاخبار , دون الثانى لانه نسبه الى الروايه و مثله
الفقيه حيث اقتصر على روايه الأول (٣) بل أفتى به فى المقنع .

و المفهوم من الاستبصار العكس حيث قال أخيرا: «و هذا عندى أحوط لما روى من أنّ كلّ مشكل يردّ إلى القرعه» و به أفتى
فى النّهايه و تبعه القاضى .

اقول: الخبر الاول مضافا لضعف سنده لا وثوق به و عليه فلا بد من الرجوع الى ما تقتضيه القاعده وهى هنا العمل بالقرعه بعد
العلم الاجمالى بصحة احد البيعين بدليل عمومات القرعه .

ص: ٢٠١

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢١٨ ح ٣ و رواه التّهذيب (فى ابتياع حيوانه، فى خبره ٢٤) و الاستبصار (فى باب
المملوكين المأذونين لهما) عن الكافى , إلّا أنّهما بدّلا قوله: «عن أبى - سلمه» بقولهما: «عن أبى خديجه» لكنّ المراد واحد فأبو
سلمه و أبو خديجه كنيته سالم بن مكرم .

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢١٨ ذيل ح ٣

٣- الفقيه ح ٣ من باب الحيل ١٢ من قضاياه

(و لو أجزى عقدهما فلا إشكال، و لو تقدّم العقد من أحدهما صحّ خاصّةً إلّا مع إجازة الآخر) كما هو واضح.

(السادس: الأّمه المسروقه من أرض الصلح لا يجوز شراؤها فلو اشتراها جاهلا ردها و استعاد ثمنها منه و لو لم يوجد الثمن شاع و قيل: تسعى الأّمه فيه)

الأصل فيه خبر مسكين السّمّان، عن الصادق (عليه السلام) «سألته عن رجل اشترى جاريه سرقت من أرض الصلح، قال: فليردّها على الذى اشتراها منه و لا يقربها إن قدر عليه أو كان موسرا، قلت: جعلت فداك فإنّه قد مات و مات عقبه؟ قال: فليستسعها»(١).

و أفتى به فى التّهايه و تبعه القاضى، و أنكره الحلّى و قال: بل تردّ إلى حاكم المسلمين.

و أمّا قول المصنّف بردها الظاهر فى ردها على البائع مع توقّفه فى استسعاء الأّمه فعلم ببعض الخبر دون بعضه.

اقول: الخبر ضعيف براويه و هو مسكين السّمّان حيث لم يوثق و عليه فالعمل على ما تقتضيه القاعدة و هى: ان كانت هنالك معاهده مع الكفار و جب العمل على طبقها فلا- يجوز شراؤها و ردت الجاريه الى اصحابها و ان لم يعلم اصحابها كانت من الانفال كما هو حكم الغنيمه بغير اذن الامام كما تقدم ذلك فى صحيح معاويه

ص: ٢٠٢

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٨٣ ح ٦٩

بن وهب «و ان لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كل ما غنموا للامام..»(١) في كتاب الانفال.

(السابعه: لا يجوز بيع عبد من عبيد ولا بيع عبيد) لانه غررى .

(و يجوز شراؤه موصوفا سلما) لارتفاع الغرر .

(و الأقرب جوازه حالا فلو باعه عبدا و دفع اليه عبيد للتخيير فأبق أحدهما بنى على ضمان المقبوض بالسوم، و المروى انحصار حقه فيهما و عدم ضمانه فيفسخ نصف المبيع و يرجع بنصف الثمن على البائع و يكون العبد الباقي بينهما بالنصف إلا أن يجد الأبق يوما فيتخير)

الأصل فى ما قال خبر الكافى عن محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) «سألته عن رجل اشترى من رجل عبدا و كان عنده عبدان فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيهما شئت و رد الآخر و قد قبض المال، فذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده؟ قال: ليرد الذى عنده منهما و يقبض نصف الثمن مما أعطى من البيع و يذهب فى طلب الغلام فإن وجد اختار أيهما شاء و رد النصف الذى أخذ و إن لم يوجد كان العبد بينهما، نصفه للبائع و نصفه للمبتاع»(٢).

ص: ٢٠٣

١- الكافى ج ٥ ص ٤٣ ح ١

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢١٧ ح ١ و رواه التهذيب (فى ٢٢ من ابتياع حيوانه) عن محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) مثله، و رواه (فى ٦٨ منه) عن الشيبكونى، عن الصيادق (عليه السلام) مثله. و إسناد الكافى و التهذيب الأول: «على بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي حبيب، عن محمد بن مسلم». و رواه الفقيه (فى ١٠ من إباقه، ٨ من عتقه) عن كتاب ابن أبي عمير، عن أبي حبيب، عن محمد بن مسلم، و فى إسناده إلى كتابه إبراهيم بن هاشم و غيره.

اقول: ظاهر الخبر وقوع البيع على أحد العبدین لا بعينه مع كون حقّ التّعيين بيد المشتري فلا غرر في البين و يكفي احتمال هذا المعنى في سقوط الخبر عن دلالة فيما يخالف القاعده و حينئذ فالحكم الوارد في الخبر مطابق لما تقتضيه القاعده كما وانه وان كان ضعيفا سندا الا انه موثوق به لكون الراوى له ابن ابى عمير .

(و في انسحابه في الزيادة على اثنين إن قلنا به تردد)

من عدم الغرر في هذا البيع بمعونه النص المتقدم , و من كونه خروجاً عن المنصوص المخالف للأصل والاقوى هو الاول فلو كانوا ثلاثة فأبى واحد فثالث المبيع و ارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما ذكر.

(و كذا لو كان المبيع غير عبد كأمه)

فدفع إليه أمتين أو إماء و قطع في الدروس بثبوت الحكم هنا (بل) في انسحاب الحكم (في أى عين كانت) كثوب و كتاب إذا دفع إليه منه اثنين أو أكثر .

ص: ٢٠٤

(لا يجوز بيع الثمره قبل ظهورها عاماً و لا ازيد على الاصح للغرر)

اقول: كونه غررياً محل منع و ذلك لان العاده قاضيه بحصول الثمره و احتمال عدم حصولها منتفٍ بحكم بناء العقلاء و اذا كان غررياً فبيعه سنتين و اكثر لا يخرج من الغرر و عليه فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالعقود مضافاً الى وورد النصوص المعتبره في جوازه ففى صحيح بريد عن الباقر (عليه السلام) (خرج النبي صلى الله عليه واله فسمع ضوضاء فقال ما هذا؟ فقيل له: تباع الناس بالنخل فقعد النخل العام فقال صلى الله عليه واله: اما اذا فعلوا فلا تشتروا النخل لعام حتى يطلع فيه شىء و لم يحرمه (1)) و مثله صحيح الحلبي و فيه: «فلما رأهم لا يدعون الخصومه نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ المثمره و لم يحرمه و لكن فعل ذلك من اجل خصومتهم» (2) و فى صحيح يعقوب بن شعيب عن بيع النخل و الفاكهه سنتين أو ثلاث أو اربع سنتين «قال: لا بأس انما يكره شراء سنه واحده قبل ان يطلع مخافه

ص: ٢٠٥

١- الوسائل باب ١ من بيع الثمار ح/١ رواه الكافي عن ثعلبه يعنى ابن ميمون عن بريد و رواه التهذيب و الاستبصار عن ثعلبه بن زيد و هو و هم لعدم وجوده فى الرجال بل الصحيح نسخه الكافي.

٢- المصدر السابق ح/٢

الآفه حتى يستين»(١) و غيرها(٢) و بذلك افتي الشيخ في التهذيب و الاستبصار و هو المفهوم من الصدوق و الكليني لروايتهما و اعتمادهما روايات الجواز و اما ما روي من اخبار المنع مثل خبر الوشاء (قال لا يجوز بيعه حتى يزهو - الى - يحمل و يصفر(٣)) فظاهر اعتمادهما هو الحمل على الكراهه بل روايات الجواز داله على المنع لكنه لا بدرجه الحرمة و بذلك يظهر الجواب عن نصوص المنع مثل خبر ابن ابي حمزه و خبر ابي الربيع الشامي و خبر عمار الساباطي و غيرها(٤).

(و يجوز بعد بدو صلاحها) كما هو منطوق النصوص الصحيحه .

(و في جوازه قبله بعد الظهور خلاف اقربه الكراهه)

كما قال المفيد و سلار و ابن ادريس , و بعدم الجواز قال ابن الجنيد و ابو الصلاح و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره و الشيخ في النهايه و المبسوط و الخلاف و الصدوق في المقنع و مستند الطرفين الاخبار المتقدمه.

(و تزول) الكراهه (بالضميمه) كما في موثق سماعه(٥).

(او شرط القطع او بيعها مع الاصول)

كما هو مقتضى القاعده و يشهد له ايضاً خبر معاويه بن عمار(٦).

ص: ٢٠٦

١- المصدر السابق ح/ ٨

٢- المصدر السابق ح/ ٤

٣- المصدر السابق ح/ ٣

٤- المصدر السابق ح/ ٥ و ح/ ٦ و ح/ ٧ و ح/ ٩ و ح/ ١٠ و ح/ ١٢

٥- الوسائل باب ٣ من ابواب بيع الثمار ح/ ١

٦- الوسائل باب ٣ من ابواب بيع الثمار ح/ ٣ في سنده محمد بن زياد و لعله ابن ابي عمير و على هذا الاحتمال يكون السند صحيحاً .

(و بدو الصلاح احمرار التمر او اصفراره و انعقاد ثمره غيره و ان كان فى كمام)

اما التمر فورد الاحمرار و الاصفرار فيه فى خبر الوشاء المتقدم و فى خبر ابن ابي حمزه المتقدم و فيه حتى يتلون و فى صحيح سليمان بن خالد حتى يطعم(١) و فى صحيح على بن جعفر حتى يبلغ(٢) و انه اذا استبان البسر من الشيص حل بيعه(٣).

و اما غيره ففى خبر ابن ابي ربيع الشامى المتقدم حتى تبلغ ثمرته و فى موثق عمار اذا عقد(٤) و كذلك خبر ابن شريح(٥) و فى خبر ابي بصير حتى تثمر و تأمن ثمرتها من الآفه(٦).

هذا و الكمام جمعه اكّمه كما فى لسان العرب و اساس البلاغه و كمّ كل نور و عاؤه.

هذا و لا شك ان الثمار لو كانت مقطوعه فالمعامله عليها بيع لا اجاره و اما لو كانت على الاشجار فقد عرفت ان حقيقه البيع هى نقل الاعيان و ان حقيقه الاجاره نقل المنافع و التعبير الوارد فى النصوص و الفتاوى هو البيع لكن العرف

ص: ٢٠٧

١- الوسائل باب ١ من بيع الثمار ح/ ٩

٢- المصدر السابق ح/ ٢٢

٣- المصدر السابق ح/ ١٧

٤- الوسائل باب ١ من بيع الثمار ح/ ٦ و لا يخفى شذوذ اخبار عمار.

٥- الوسائل باب ١ من بيع الثمار ح/ ١٣

٦- الوسائل باب ١ من بيع الثمار ح/ ١٢

يعدون الثمار منافع الاشجار و يجعلون معاملتها اجاره و يشهد لهم صحيح محمد الحلبي و عبيد الله الحلبي عن الصادق (عليه السلام) «تقيل الثمار اذا تبين لك بعض حملها سنه و ان شئت اكثر و ان لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجرها»(١) و مثله خبر نوادر احمد الاشعري عن الصادق (عليه السلام) «و ان استبان لك ثمره الارض سنه او اكثر صلح اجارتها و الا لم يصلح»(٢) و لا بد حينئذ من تشخيص ان المعامله على ثمر الاشجار بيع حتى يلحقه احكامه الخاصه به ام اجاره حتى يلحقها احكامها بعد العلم بكونها حقيقه واحده كما هو ظاهر جميع الاخبار فنقول: ان قامت قرينه على كون احدهما معيناً فهو(٣) و الا فالاصل هو كونها بيع و ما ورد من التعبير بالاجاره انما هو

ص: ٢٠٨

١- التهذيب ج/٣٦ من باب ١٩ من اخبار المزارعه.

٢- النوادر(للأشعري) ص ١٦٩ باب ٣٦

٣- و ذلك بان يقال بان العقود موضوعات عرفيه و العرف يعتبر الثمره منفعه للشجره و لا- يلتفت الى كونها عيناً خارجيه و تملكها تملكاً للعين حتى يقال انه من مصاديق البيع كما يرى العرف ان الارضاع من مصاديق الاجاره و قد نطق به القرآن الكريم مع انه مشتمل على اللبن و هو عين اقول لكن الاشكال باق بحاله و ذلك فان العرف ايضاً يسمى بيع الثمره بيعاً و يشهد لذلك كثره استعمال الرواه و الائمه عليهم السلام و العلماء لذلك مع ان استعمال كلمه الاجاره في بيع الثمره لم يرد الا في خبرين على ما وقفت و لم يعلم ان استعمالهم لكلمه البيع بالعيه بل هو استعمال عرفي و حقيقي و اما ان كون الارضاع اجاره لا بيعاً للبن فلعله لانداك كاك اللبن في عمليه الارضاع المشتمله على امور منها اللبن و الذي هو مع ماله من الاهميه امر تبعية لعمليه الارضاع بنظر العرف و كأن الرضاع يشبه الحلب بطريقه خاصه من دون التفات الى خصوص اللبن فلاحظ.

للتسامح العرفي فهذه العناية العرفيه اطلق عليها اسم الاجاره و الّا فحقيقه المعامله بيع لا غير و مجرد التسامح لا يقرب الشىء عن حقيقته كما ان مجرد التعبير غير كاف و لو كان كافياً لعارضه التعبير بالبيع ايضاً ولو كان التسامح بقوه بحيث يوازي المعنى الاولي ونشك في كونها بيعاً ام اجاره فنقول حينئذ بتعارض الاحتمالين و تساقطهما و تؤخذ بالقدر المشترك من احكام البيع و الاجاره و لا تثبت احكامهما الخاصه بهما مثل خيار المجلس في البيع و كيف كان فالفائده نادره .

(و يجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطه و لقطات معينه)

كما في صحيح بريد و موثق سماعه و غيرهما(١).

(كما يجوز شراء الثمره الظاهره و ما يتجدد في تلك السنه و في غيرها)

كما تقدم في صحيح الحلبي(٢) و غيره و قد تقدم بعضها.

(و يرجع في اللقطه الى العرف)

كما هو واضح بعد وقوع المعامله على المرتكزات العرفيه.

(و لو امتزجت الثانيه تخير المشتري بين الفسخ و الشركه)

اقول: لا- وجه للفسخ مطلقاً سواء كان المشتري مفرطاً في حصول الامتراج ام البايع ام لم يكن واحد منهما مفرطاً و ذلك لان الفسخ لا بد له من دليل و هو مفقود و حصول الشركه امر قهرى و لو كان احدهما مقصراً فذلك لا يوجب حق

ص: ٢٠٩

١- الوسائل باب ٤ من ابواب بيع الثمار ح/١ و ح/٢ و ح/٣

٢- الوسائل باب ١ من ابواب بيع الثمار ح/٢

الفسخ بل غايته ارتكب امرأ محرماً لكونه ظلماً أو ايذاءً أو غيرهما من العناوين المحرمة فلا خيار للمشتري و لا للبايع و بذلك يظهر انه لا موقع لكلام المصنف:

(و لو اختار الامضاء فهل للبايع الفسخ لعيب الشركه)

اذ ان الشركه امر قهري لا ارتباط له بحق الفسخ حتى يقول: فيه (نظر اقربه ذلك اذ لم يكن تأخر القطع بسببه) و يقول المصنف بناء على ما بناه (و حينئذ لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البايع و قبض المشتري امكن عدم الخيار المشتري) ثم احتمل تفصيلاً اخر فقال: (و لو قيل بان الاختلاط ان كان قبل القبض تخير المشتري) و لعله باعتبار عدم القدره على تسليمه حقه

(و ان كان بعده فلا خيار لاحدهما كان قوياً)

و يرد على هذا التفصيل انه نمنع عدم القدره على تسليمه اولاً بل غايته اختلاط حقه بحق الاخرين و هو لا يوجب عدم القدره على تسليمه ثم ان كان عدم القدره على تسليمه ان كان بسبب من نفس المشتري لا يوجب حق الفسخ له لانه هو السبب في تضرره حيث ان عدم القدره ان اعتبرناه فانما هو بدليل نفى الضرر بان نقول ان لزوم المعامله موجباً للضرر و هو منفي بحديث لا ضرر اما لو هو اقدم على الضرر فلا يجرى هذا الحديث هذا مضافاً للاشكال في اصل جريان حديث لا ضرر و ذلك لان قاعده لا ضرر لا يجرى فيما كان للضرر حكم معين كما فيما نحن فيه من اشتراكهما و حل الشركه بالقسمه فلا ضرر من حكم الشارع بالزوم.

حصيله البحث:

ص: ٢١٠

قيل: لا- يجوز بيع الثمره قبل ظهورها عاماً او أزيد و الاقوى الجواز، و يجوز بعد بدو صلاحها، و يجوز قبله بعد الظهور على كراهيه، و تزول بالضّميمه أو بشرط القطع أو بيعها مع الأصول، و يجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطه و لقطاتٍ معينه كما يجوز شراء الثمره الظاهره و ما يتجدد في تلك السنه و في غيرها، و يرجع في اللقطه إلى العرف و لو امتزجت الثانيه حصلت الشركه بين البايع والمشتري قهراً.

جواز بيع ما يخروط

(و يجوز بيع ما يخروط ورقه كالحناء و التوت خرطه و خرطات و ما يجز كالرطبه - بفتح الراء- و القضب و البقل جزه و جزات)

كما في موثق سماعه و صحيح برید و غيرهما(١).

(و لا تدخل الثمره في بيع الاصول الا في النخل بشرط عدم التأبير)

اما عدم دخول الثمره في بيع الاصول فلمقتضى القاعده بعد تغاير الاصل مع الثمره و اما استثناء النخل بعد التأبير فللنصوص الوارده(٢) منها موثق غياث بن ابراهيم(٣)، هذا هو المشهور و فصل ابن حمزه بين بدو الصلاح للبايع و عدمه للمشتري و لا دليل له.

ص: ٢١١

١- الوسائل باب ٤ من ابواب بيع الثمار ح/٢ و ح/١ و ح/٣

٢- الوسائل باب ٣٢ من باب احكام العقود ح/٣ و ح/١ و ح/٢

٣- المصدر السابق ح/٣

جواز استثناء ثمره شجره معينه

(و يجوز استثناء ثمره شجره معينه او شجرات معينه)

كما هو واضح مضافاً لصحيح حماد(١).

(و جزء مشاع و ابطال معلومه و فى هذين يسقط من الثنيا بحسابه لو خاست)

اقول: هاهنا صورتان:

الاولى: استثناء جزء مشاع و فى مثله يسقط التالف على المستثنى بالنسبه كما هو مقتضى القاعده كما قال.

الثانيه: استثناء اربطاً معينه مثلاً عشره اربط و حينئذ هل يحمل هذا الاستثناء على الاشاعه كما هو ظاهر المصنف ام يحمل على الكلى فى المعين كما هو المفهوم عرفاً و عليه فلا يحسب التالف منه بل يكون ما تبقى ملكاً للبايع؟ الظاهر هو الثانى كما تقدم الكلام فى نظيره فى بيع الصبره فراجع.

(بخلاف المعين)

كالشجره و الشجرات فإن استثناءها كبيع الباقي منفردا فلا يسقط منها بتلف شىء من المبيع شىء لامتياز حق كل واحد منهما عن صاحبه الا اذا كان التلف منها.

حصيله البحث: يجوز بيع ما يخرط كالحنّاء و التوت خرطه و خرطات، و ما يجرّ كالزّطبه و البقل جزّه و جرّات و لا تدخل الثمره فى بيع الأصول إلّا فى النخل بشرط عدم التأبير، و يجوز استثناء ثمره شجره معينه أو شجرات و لا يسقط منها

ص: ٢١٢

شئ بتلف شئ من المبيع إلا إذا كان التلف منها . ويجوز استثناء جزء مشاع و عليه يسقط في الثنيا بحسابه لو خاست الثمره , و لو استثنى اطلاقاً معينه حمل هذا الاستثناء على الكلى في المعين لا الاشاعه و عليه فلا يحسب التالف منه بل يكون ما تبقى ملكاً للبايع .

(مسائل)

(الاولى: لا يجوز بيع الثمره بجنسها)

من نفس الثمره لا مطلقاً عند الشيخ في النهايه و ابي الصلاح و ابن البراج في الكامل(١) و هو المفهوم من الكليني حيث اعتمد على ما يدل على الجواز من غيرها فروى صحيح يعقوب بن شعيب و صحيح الحلبي و غيرهما(٢) و مطلقاً عند ابن حمزه و ابن زهره و الشيخ في الخلاف و المبسوط و ابن البراج في المهذب و هو الظاهر من المفيد و سلا(٣) حيث اطلقا عدم الجواز و لم يفصلا لإطلاق بعض الاخبار الاتيه و سيأتي البحث عنه هذا كله في ثمر النخل .

و اما غير النخل فقال ابن زهره: «فاما ما عدا التمر من الثمار فلا نص لاصحابنا في المنع من بيع رطبه بيابسه و يدل على جوازه ظاهر القران و دلالة الاصل و حمله على الرطب قياس و ذلك عندنا لا يجوز(٤) .

ص: ٢١٣

- ١- النجعه في شرح اللمعه؛ ج ٧، ص: ٢١٠
- ٢- الوسائل باب ١٠ من ابواب بيع الثمار ح/١ و ح/٢ و ح/٣
- ٣- النجعه في شرح اللمعه؛ ج ٧، ص: ٢١١
- ٤- غنيه النزوع إلى علمي الأصول و الفروع؛ ص ٢٢٦؛ الفصل الثاني .

فان قلت: انما تعديه ذلك للعله المنصوصه فى المنع عن بيع الرطب بالتمر و هى نقصانه عند الجفاف ان بيعت يابس و لتطرق احتمال الزيادة فى كل من العوضين الربويين.

قلت: اما العله فموردها المكييل و الموزون - على القول بها- و الثمر غير مكييل و لا موزون و اما مجرد احتمال تطرق الزيادة و النقصان فلا- يكون دليلاً- على الحرمة حيث ان موضوع الربا هو التفاضل لا- احتمال التفاضل و بذلك يظهر لك ضعف قول المصنف: (نخلاً كان او غيره) .

هذا (و يسمى فى النخل مزابنه) و يشهد له صحيح البصرى الدال على حرمة المزابنه و المحاقله كما قال المصنف عطفاً على قوله لا يجوز:

(و لا بيع السنبل بحب منه او غيره من جنسه و يسمى محاقله)

التي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه واله و عن المزابنه كما فى صحيح البصرى و قد ورد فيه انهما «النخل بالتمر و بيع السنبل بالحنطه»^(١) و فى صحيحه الاخر «ان يشتري حمل النخل بالتمر و الزرع بالحنطه»^(٢) و ظاهرهما انه لا- فرق فى ذلك بين ما لو كان بتمر منه و حب منه ام من غيرهما من التمر و الحبوب و بذلك افتى عدّه من الاصحاب ممن تقدم ذكرهم لكن يرد عليه معارضه هذا الاطلاق بما تقدم من صحيح الحلبي و غيره الدال على جواز بيع ثمر النخل بتمر من غيره ففيه: (رجل

ص: ٢١٤

١- الوسائل باب ١٣ من ابواب بيع الثمار ح/٢.

٢- الوسائل باب ١٣ من ابواب بيع الثمار ح/١.

قال لاخر بعنى ثمره نخلك هذا الذى فيها بقفيزين من تمر او اقل او اكثر يسمى ما شاء فباعه فقال: لا بأس به (...)(١) و حيث ان تعارضهما بالخصوص و العموم فنخصص صحيح البصرى الدال على حرمه المحاقله و المزابنه مطلقاً بهذه الاخبار الداله على جواز ذلك بتمر و بهذا التفصيل صرحت صحيحه الوشاء قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل اشترى من رجل أرضاً جُرباناً معلومه بمائه كتر على أن يعطيه من الأرض فقال حرام فقلت جعلت فداك فإنى اشترى منه الأرض بكييل معلوم و حنطه من غيرها قال لا بأس بذلك (٢) نعم الظاهر كراهته كما فى صحيح يعقوب بن شعيب ففيه: (عن الرجل يكون له على الاخر ماء كرم و له نخل فيأتيه فيقول: اعطني نخلك هذا بما عليك فكأنه كرهه)(٣).

(ألا العريه بخرصها تمرأ من غيرها)

بل منها لما عرفت من ان بيع ثمر النخل بتمر اخر لا- اشكال فيه و لا- يحتاج الى الاستثناء اما بتمر منها فهو الذى يحتاج الى الاستثناء فقد ورد فى معتبر السكونى عن الصادق (عليه السلام) «انه رخص رسول الله صلى الله عليه و اله فى العرايا بأن تشتري بخرصها تمرأ قال: و العرايا جمع عريه و هى النخله تكون للرجل فى دار رجل آخر فيجوز له ان يبيعها بخرصها تمرأ و لا يجوز ذلك فى غيره»(٤) و قوله فيما بعد

ص: ٢١٥

- ١- الوسائل باب ٦ ح ١/ من ابواب بيع الثمار.
- ٢- الوسائل باب ١٢ ح ٢/.
- ٣- الوسائل باب ٦ ح ٢/.
- ٤- الوسائل باب ١٤ من الثمار ج ١/.

«قال» ظاهر في كون القائل هو الصادق (عليه السلام) بدلاله سياق الكلام و احتمال رجوعه الى السكوني ضعيف والروايه ظاهره في استثناء العريه مطلقاً سواء كان بتمر منها ام من غيرها فلا وجه لتخصيص المصنف بكونها من غيرها حتى لو قلنا بعموم حرمة المزاينه كما هو قائل بذلك و يؤيد ذلك خبر المعاني عن ابي عبيد القاسم بن سلام ففيه (و العراء: ان يجعل له ثمره عامها)(١).

هذا و استثناء العريه ذكره الشيخ في المبسوط و الخلاف و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره و ابن ادريس و لم يتعرض له المفيد و سلا و الحلبي و لا الشيخ في النهايه(٢).

حصيله البحث: لا- يجوز بيع ثمره النخل بجنسها من نفس الثمره على أصولها و تسمى مزابنه و لا- السنبل بحب منه و تسمى محاقله إلا العريه بخرصها تمرأ منها.

(الثانيه: يجوز بيع الزرع قائماً و حصيداً و قصيلاً)

كما هو مقتضى القاعده و بذلك استفاضت الاخبار كما في صحيح الحلبي و صحيح سليمان بن خالد و موثق بكير و موثق سماعه و صحيح زراره(٣) و لا يعارضها صحيح معاويه بن عمار ففيه: (لا تشتري الزرع ما لم يسنبل فاذا كنت

ص: ٢١٤

١- الوسائل باب ١٤ من الثمار ح/٢ و معاني الاخبار ص ٨٠

٢- النجعه في شرح اللمعه؛ ج ٧، ص ٢١٥

٣- الوسائل باب ١١ من ابواب بيع الثمار ح/١ و ح/٦ و ح/٧ و ح/٩.

تشتري اصله فلا بأس(١) و قريب منه خبر ابي بصير (قال سألته عن الحنطه و الشعير اشترى زرعه قبل ان يسنبل و هو حشيش؟ قال: لا- ألما ان يشتريه لقصيل يعلفه الدواب ثم يتركه ان شاء حتى يسنبل)(٢) و بهذا التفصيل افتي الصدوق في الفقيه(٣) و المقنع(٤) لا كما نسبه المختلف اليه من مطلق المخالفه(٥) بل مخالفته في الشراء لخصوص الحنطه و الشعير قبل ان يكون حنطه و شعيراً كما هو الظاهر من خبر ابي بصير و صحيح معاويه حيث فصل بين ما لو كان المراد منه اصله فيجوز و ما اذا كان المراد منه سنبله فلا يجوز، و الوجه في عدم المعارضه ان الاخبار الاولى في مقام بيان شراء الزرع كما هو في الحال كما لو كان اخضر نعم يعارضها خبر المعلى بن خنيس حيث قيده بما اذا كان قدر شبر(٦) لكنه مع ضعفه سنداً بالمعلى لم يروه غير الشيخ في التهذيبيين و لم يفت به احد(٧).

ص: ٢١٧

- ١- المصدر السابق ح/٥.
- ٢- المصدر السابق ح/١٠ لا اشكال في سنده ألّا من جهه البطائني .
- ٣- الفقيه ج/٢ ص ٧٧ ح/٦
- ٤- المقنع (للشيخ الصدوق)؛ ص ٣٩٢.
- ٥- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج ٥، ص: ٢٠١
- ٦- الوسائل باب ١١ من الثمار ح/٤.
- ٧- تهذيب الأحكام؛ ج ٧، ص ١٤٤؛ باب ١٠؛ الاستبصار؛ ج ٣، ص ١١٣؛ باب ٧٦

و اما تفصيل الصدوق فلا بد من كون المراد منه انه اشتراه حنطه و شعيراً بمعنى انه يشتري الزرع ليصير حنطه و شعيراً لا ان المراد ان يشتريه قصيلاً و يشترط بقاءه حتى يسنبل او يؤذن له بابقائه حتى سنبل فانه جائز و لا مانع منه كما هو منطوق موثق سماعه و به افتمى الصدوق فى الفقيه و المقنع (١) فان خير ابي بصير و صحيح معاويه اما ان يكون منهما المراد ما ذكرنا فيكون من مصاديق الغرر لانه لا يعلم احد صيرورته سنبلاً و اما ان يكون المراد منهما شرط ابقائه فهما معارضان بموثق سماعه فيتعارضان و المرجع عمومات الكتاب و السنه من الجواز و النفوذ و بذلك يظهر ضعف حمل الشيخ لصحيح معاويه على الكراهه (٢) بعد عدم الشاهد له على ذلك الا ان يقال ان وجه الجمع ما دل من الاخبار على صحه البيع فيحمل النهى على الكراهه جمعاً .

(فلو لم يقصله المشتري) بعد ان اشتراه قصيلاً (فللبايع قصله و تفرغ أرضه)

بعد استيذان الحاكم الشرعى بدليل حرمة التصرف فى مال الغير و لا شك ان قصله تصرف و عليه فلا بد من مراجعه الحاكم الشرعى باعتباره و لى الممتنع فيرجع اليه لاجراء الحق و حينئذ يحق له المطالبه باجره القصل ان كان له اجره نعم لو تعذر الرجوع الى حاكم الشرع جاز له المبادره بأخذ حقه بدليل ما تقدم من جواز اجراء احكام الشرع لكل احد بعد تعذر الحاكم الشرعى مضافاً الى حديث نفى الضرر باعتبار ان منعه من التصرف بمال الغير ضرر عليه و هو منفى و

ص: ٢١٨

١- الوسائل باب ١١ من الثمار ح/٧.

٢- الاستبصار ج/٣ ص ١١٣

بذلك يظهر ضعف القول بانه لا يجوز له الفصل بلا استئذان من الحاكم الشرعى كما عليه المصنف بدليل نفي الضرر حيث قد عرفت ان الطريق فى اخذ الحق انما هو الحاكم الشرعى فمع وجود الطريق من جهة الشرع لدفع الضرر لا تصل النوبه للاستناد الى نفي الضرر و اما الاستدلال له بانه لا حق لعرق ظالم (1) فلا علاقه له برفع حرمه التصرف فى مال الغير.

(و) كيف كان فلو بقى فى ارضه (له المطالبه بأجره ارضه)

باعتماد ان المشتري قد استوفى من البايع منافع ارضه هذا كله ان لم يكن له حق الفسخ و اما بناء على وجود الشرط الارتكازى من انه لو لم يفعل الفصل فللبايع حق فسخ المعامله بناءً على وجود هذا الشرط ارتكازاً و بدليل العرف و سيره العقلاء فله الحق حينئذ فى فسخ المعامله.

حصيله البحث: يجوز بيع الزرع قائماً و حصيداً و قصيلاً، فلو لم يقصله المشتري فللبائع قصله بعد استئذان الحاكم الشرعى و له المطالبه باجره الفصل ان كان له اجره نعم لو تعذر الرجوع الى حاكم الشرع جاز له المبادرة بأخذ حقه.

(الثالثه: يجوز ان يتقبل احد الشريكين بحصه صاحبه بخرص)

ص: ٢١٩

١- و هو ثابت عقلاً.

كما افتي به الشيخ (١) و يشهد له صحيح يعقوب بن شعيب المتقدم و صحيح ابى الصباح و غيرهما (٢) و انكره ابن ادريس (٣) حيث جعله قسماً من المزابه و اجاب المصنف عن هذا التوهم بقوله:

(و لا يكون بيعاً) حتى يكون منها، اقول: و على فرض كونه منها يخرج هذا القسم بالتخصيص بدلاله النصوص المتقدمه.

و هل ان لزوم هذه القباله متوقف على السلامه كما عليه المصنف حيث قال:

(و يلزم بشرط السلامه) أم لا؟

قيل بالعدم و ذلك لاطلاق ما دل على صحه هذه القباله بل قد جاء فيها التصريح بان الخرص قد يزيد و ينقص و قد حكم الامام (عليه السلام) بصحته (٤) لكن يرد عليه ان عدم سلامه الزرع كاشف عن عدم وجود شىء فى الخارج حتى تقع عليه القباله و عبارته اخرى كاشف عن بطلان القباله لعدم الموضوع و هذا غير زياده الخرص و نقصانه و مورد الاخبار المتقدمه هو بلوغ الثمره و الخرص فيها وقع على امر موجود بالفعل عدا صحيح يعقوب فقد جاء فيه (عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه: اختر اما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيل مسمى و

ص: ٢٢٠

١- النهايه فى مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص ٤١٦؛ باب بيع الثمار.

٢- الوسائل باب ١٠ من ابواب الثمار ح/١ و ح/٣ و ح/٢

٣- السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى؛ ج ٢، ص ٣٧١

٤- الوسائل باب ١٠ من الثمار ح/١

تعطينى نصف هذا الكيل اما زاد أو نقص و اما ان آخذه انا بذلك؟ قال: نعم لا بأس به(١) و لا بد من تقييد اطلاقه بحصول الثمره و لو فيما بعد و ألما لم يكن شىء حتى تقع عليه القبالة، هذا اذا وقعت القبالة قبل بلوغ الثمره و حصولها و لم تشتط فى صحه القبالة حصولها أو بلوغها وقت القبالة لاطلاق هذا الصحيح أو لعدم الغرر فيها بعد كفايه الخرص و قيامه مقام العلم كما دلت على كفايته النصوص المتقدمه فى هذا الباب.

حصيله البحث: يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصه صاحبه من الثمره و لا يكون بيعاً و يلزم بشرط حصول الثمره و ألما لم يكن شىء حتى تقع عليه القبالة.

(الرابعه: يجوز الاكل مما يمر به من ثمره النخل و الفواكه و الزرع)

كما هو فتوى الصدوقين و الشيخ فى النهايه و ابن البراج و ابى الصلاح و ابن ادريس(٢) ايضاً مدعيماً عليه الاجماع و تواتر الاخبار ، و خصه الشيخ فى مسائله الحائريه بالنخل على ما فى نكت النهايه(٣) و لم يتعرض له المفيد و سلار و ابن حمزه و ابن زهره و لم ينقل عن ابن الجنيد و ابن ابى عقيل و كيف كان فالأخبار به مستفيضه جداً كما فى معتبر السكونى الوارد فى من سرق الثمار و لا شىء عليه

ص: ٢٢١

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٩٣ باب بيع العدد و المجازفه و الشىء المبهم .

٢- النجعه ص ٢١٩ و المختلف ص ٥٥ ج/٥

٣- نكت النهايه؛ ج ٢، ص: ٢١٣؛ باب بيع الثمار؛ الرسائل العشر (للشيخ الطوسى)؛ ص ٣٣٠

فيما اكل(١) و صحيح على بن جعفر عن اخيه قال (سألته عن رجل يمر على ثمره فيأكل منها؟ قال: نعم قد نهى رسول الله صلى الله عليه واله ان تستر الحيطان برفع بنائها)(٢) و في صحيح ابن ابي عمير الجواز بلا فرق بين الضروره و عدمها(٣) و مثله صحيح يونس و فيه (لا- بأس ان يأكل و لا يحمله و لا يفسده(٤)) و في التوقيع المعتبر (فانه يحل له اكله و يحرم عليه حملة(٥)) و في صحيح ابن سنان انه يأكل و لا يفسد و انه نهى رسول الله صلى الله عليه واله ان تبني الحيطان لمكان الماره قال: و كان اذا بلغ نخله امر بالحيطان فخربت لمكان الماره(٦)) و قد رواه الكليني و غيره في باب نادر كما روى معتبره السكوني المتقدمه في باب ما لا يقطع فيه السارق معتمداً عليها و ظاهره الفتوى بها .

فان قلت: انه روى ذلك في شواذ الاخبار يعنى النوادر قلت لم يعلم ان المراد من الباب النادر الشاذ بل الظاهر هو الطريف و بدليل اعتماد على خبر السكوني و هو منها و لا يعارض ما تقدم عدا مرسل مروك و فيه (لو كان كل من يمر به يأخذ

ص: ٢٢٢

١- الوسائل باب ٨ من ابواب الثمار ح/١

٢- المصدر السابق ح/٢

٣- المصدر السابق ح/٣ مرسل

٤- المصدر السابق ح/٥ مرسل

٥- المصدر السابق ح/٩ معتبر

٦- المصدر السابق ح/١٢

سنبله كان لا يبقى شىء (١) و صحيح ابن يقطين و فيه (قال: لا يحل له ان يأخذ منه شيئاً (٢)) و فى معتبر قرب الاسناد جواز الاكل عند الضروره فقط (٣).

اقول: أأ انها و ان كانت موافقه للاصل من حرمه التصرف فى مال الاخرين أأ انها لا تقاوم الاخبار المتقدمه لكثرتها و شهرتها و قد نقلها امثال يونس و ابن ابى عمير من رجال اصحاب الاجماع و قد تضمنت امر الرسول صلى الله عليه واله بذلك فهى حاكيه للسنه و من العجيب حملها على العلم باباحه المالك بشاهد الحال و هى تأبى هذا الحمل .

و اما صحيح بن يقطين و مرسل مروك فهما مخالفان للسنه و عليه فيرد علمهما الى اهلها و اما معتبر مسعده بن زياد الذى رواه قرب الاسناد حيث جاء فيه: (انه سئل عما يأكل الناس من الفاكهه و الرطب مما هو لهم حلال فقال: لا يأكل احد أأ من ضروره ...) فقد افترض السؤال فى الخبر ان تناول ذلك حلال فلا يمكن حمل الجواب على حرمه الاكل عند عدم الضروره و الا يحصل التناقض و اجمال الخبر اذاً لا بد من حمله على كراهه الاكل من دون ضروره و بدليل اطلاق و صراحه باقى الاخبار و أأ فهو لا يقاوم تلك الاخبار.

ص: ٢٢٣

-
- ١- الوسائل باب ٨ من الثمار ح/٦
 - ٢- الوسائل باب ٨ من الثمار ح/٧
 - ٣- الوسائل باب ٨ من الثمار ح/١٠ معتبر سنداً

ثم ان خير محمد بن مروان صريح فى جواز الاكل حتى بعد بيع الثمره ففيه: (ان التجار اشتروها و نقدوا اموالهم قال: اشترى ما ليس لهم(1)) و هو ضعيف سنداً و خارج عن موضوع الاخبار المتقدمه و الاصل حرمه التصرف فى مال الغير.

و قد عرفت من النصوص المعتمده المتقدمه ان جواز التصرف فيما اذا مر من هناك يعنى:

(بشرط عدم القصد)

اليها لان موضوع الاخبار المتقدمه هو الماره .

(و) بشرط (عدم الافساد)

ايضاً كما فى صحيح ابن سنان و غيره مما تقدم .

(و لا يجوز ان يحمل معه شيئاً)

كما فى صحيح يونس و التوقيع الشريف مما تقدم .

(و تركه بالكليه اولى) لا وجه لهذه الاولويه الا شمول اخبار الاحتياط لها و قد عرفت فى مقدمه الكتاب الاشكال فيها.

حصيله البحث:

يجوز الأكل مما يمرّ به من ثمره النخل و الفواكه و الزرع بشرط عدم القصد و عدم الإفساد، و لا يجوز أن يحمل .

ص: ٢٢٤

(الفصل الخامس فى الصرف: و هو بيع الاثمان بمثلها و يشترط فيه التقابض فى المجلس)

اشاره

كما هو صريح النصوص المعتبره منها صحيح محمد بن مسلم و صحيح ابن الحجاج و صحيح محمد بن قيس و غيرها(١) و الحكم المذكور لم يثبت فى الروايات الا- لبيع الذهب بالفضه أو بالعكس و لم يثبت لبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضه فلاحظ صحيحه محمد بن قيس عن ابى جعفر (عليه السلام): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): لا يبتاع رجل فضه بذهب الا يدا بيد، و لا يبتاع ذهباً بفضه الا يدا بيد»(٢)، و صحيحه منصور بن حازم عن أبى عبد الله (عليه السلام): «إذا اشترت ذهباً بفضه أو فضه بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه و ان نزا حائطا فانز معه»(٣) و غيرهما.

و عليه لا- بدّ فى تعميم الحكم بلزوم التقابض فى حاله وحده الجنس من التمسك بالفهم العرفى و عدم القول بالفصل. فان تمّ ذلك كما هو الظاهر فهو و الا فلا بد من القول بعدم لزوم ذلك فيها.

ص: ٢٢٥

١- الوسائل باب ٢ من ابواب الصرف ح/٦ و ح/١ و ح/٣ و سائر احاديث الباب

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٤٥٨ الباب ٢ من ابواب الصرف الحديث ٣

٣- وسائل الشيعه ١٢: ٤٥٩ الباب ٢ من ابواب الصرف الحديث ٨

نعم يلزم عدم كون احدهما مؤجلا و الا لزمت الزيادة الحكميه .

و اما التعميم لغير المسكوك فالفهم العرفى من النصوص والغاء الخصوصية.

و اما ان التقابض شرط فى الصحه فلما تقدم من النصوص، فان الامر فى باب المعاملات ظاهر فى الارشاد الى الشرطيه دون الحكم التكليفي.

و عليه فاحتمال وجوب التقابض فى باب الصرف وجوبا تكليفيا بحيث يؤثم على عدمه ضعيف.

ثم ان المنسوب للمحقق الأردبيلي عدم لزوم التقابض وضعا، بدعوى عدم صراحه الاخبار فى ذلك، فان تعبير «يدا بيد» كناية عن كون العوضين نقدا لا مؤجلين و ليس كناية عن التقابض(1).

وفيه: ان التعبير المذكور ان لم يكن ظاهرا فى اعتبار التقابض فلا- أقل من اجماله، و يكفينا آنذاك دليلا على لزوم التقابض صحيحه منصور لصراحتها فى ذلك.

نعم يمكن ان يناقش بان الروايات السابقه و ان كانت داله على شرطيه التقابض الا انه ورد فى روايات ثلاث ما ظاهره عدم اعتبار التقابض، احدها موثق عمار الساباطى عن ابي عبد الله (عليه السلام): «الرجل يبيع الدراهم بالدنانير نسيئه، قال: لا

ص: ٢٢٤

بأس»(١). و قال الشيخ بعد نقلها هذه الاخبار الاصل فيها عمار فلا تعارض الاخبار الكثيره السابقه(٢).

اقول: و تقدم منا ان اخبار عمار شاذه لا- يوثق بها لمخالفه متونها سائر الاخبار المعتمره كما فى ما نحن فيه و عليه فلا يمكن الالتفات اليها .

و ثانيها خبر زراره(٣) «انه لا بأس ان يبيع الرجل الدنانير نسيه بمأه أو اقل أو اكثر»(٤) فلم يروه ألاً الشيخ و لا يقاوم ما تقدم من الاخبار و ثالثها خبر محمد بن عمرو(٥) و قد حملة الشيخ على انه حكاية حال و ليس فيه انه سأله عن جوازه فسوغه(٦).

هذا و خالف فى شرطيه التقابض فى المجلس ابن زهره مستدلاً باجماع الطائفة و محتجاً على العامه بما روه عنه «فان اختلف الجنسان فيبعوا كيف شئتم»(٧) و فيه ان

ص: ٢٢٧

-
- ١- وسائل الشيعة ١٢: ٤٦٠ الباب ٢ من أبواب الصرف الحديث ١١
 - ٢- تهذيب الأحكام؛ ج ٧، ص ١٠٠؛ باب ٨؛ الاستبصار؛ ج ٣، ص ٩٥؛ ٦٢ باب ٦٢
 - ٣- فى سنده على بن حديد و هو ضعيف عند البعض .
 - ٤- الوسائل باب ٢ من الصرف ح/١٣
 - ٥- الوسائل باب ٢ من الصرف ح/١٥
 - ٦- تهذيب الأحكام؛ ج ٧، ص ١٠٠؛ الاستبصار؛ ج ٣، ص ٩٥
 - ٧- المختلف ج/٥ ص ١٣٥ و ص ١٣٦ و النهايه ص ٣٨٠

الخبر عامى لا عبره به و الاجماع لم يثبت نعم قال بعدم شرطيه التقابض الصدوق(١) مستدلاً بخبر عمار الساباطى المتقدم و الذى قد عرفت شذوذہ.

هذا و لا يخفى ان عقد الصرف بلا تقابض باطل لكن ليس فيه حرمه ذاتيه كما لا يخفى.

ثم انه مع الاتحاد فى الجنس يلزم التساوى فى الكم وذلك للحفاظ من محذور الربا.

كما و ان هذا الحكم و هو اعتبار التقابض يختص بالبيع و ذلك لاختصاص الروايات بذلك .

ثم انه قيل: ولا- يجرى حكم الصرف على الاوراق النقديه لأنها ليست ذهباً أو فضة، و التعامل ليس عليهما بل عليها و انما هما سبب لاعتبارها.

قلت: حكمها حكم المسكوك من غير الذهب والفضه فاننا حينما تعدينا اليه باعتبار ان هذا الحكم حكم الصرف ايا كان جنسه و عليه فجميع احكام الصرف تشمل الاوراق النقديه .

ثم انه ليس المدار على الافتراق عن المجلس بل على افتراقهما وذلك واضح من خلال صحيحه منصور المتقدمه.

ص: ٢٢٨

هذا و يكفى فى التقابض ان يبقيا الى حصوله كما فى صحيح ابن الحجاج المتقدم كما قال:

(أو اصطحابهما الى حين القبض) كما هو معلوم .

(أو رضاه بما فى ذمته قبضاً بوكالته اياه فى القبض و ذلك فى ما اذا اشترى من له فى ذمته نقد بما فى ذمته نقداً اخر)

مثاله أن يكون لزيد فى ذمه عمرو دينار فيشترى زيد من عمرو بالدينار عشرة دراهم فى ذمته و يوكله فى قبضها فى الذمه بمعنى رضاه بكونها فى ذمته فإن البيع و القبض صحيحان لأن ما فى الذمه بمنزله المقبوض بيد من هو فى ذمته فإذا جعله و كيلا فى القبض صار كأنه قابض لما فى ذمته فصدق التقابض قبل التفرق و به افتى ابن الجنيد و الشيخ(١) و رده ابن ادریس مستدلاً بقول الشيخ فى المبسوط، و استدل العلامة لابن الجنيد و الشيخ بصحيح اسحاق بن عمار و فيه (يكون للرجل عندى الدراهم - الى - فيقول حولها الى دنانير بهذا السعر... (٢)) و صحيح عبيد بن زراره و فيه (عن الرجل يكون لى عنده دراهم... (٣)) و هما صريحان فى جواز تبديل الدراهم بالدنانير فى الذمه يعنى بلا تقابض فى المجلس لانه مع التقابض لا اشكال فيه كما دلت عليه النصوص الصحيحة(٤) و اجيب عن هذا الاستدلال بان

ص: ٢٢٩

١- النجعه ؛ المتاجر ص ٢٢٦

٢- التهذيب ج/٧ ص ١٠٢ و الوسائل باب ٢ من الصرف ج/١

٣- التهذيب ج/٧ ص ١٠٣ و الوسائل باب ٢ ح/٢

٤- الوسائل باب ٣ من ابواب الصرف الحديث الاول و ما بعد

الصحيحين لا علاقته لهما ببيع الصرف و انما يرتبطان بمال الوديعه عند احدهما حيث لم يرد فيها «لى عليه دراهم» بل لى عنده دراهم و هو ظاهر فى كون المال وديعه عنده لا اقل من احتمال ذلك و ذيلهما ظاهر فى توكيل المالك للاخر بتبديلها دنانير لا انه يبيع درهم بدينار بلا- تقابض فضلاً عن بيع درهم فى الذمه بدينار فى الذمه الذى هو من مصاديق بيع الدين بالدين و الصحيحتان قاصرتان عن اثبات جوازه فانه باطل فى غير الصرف فضلاً عن الصرف لما ورد من النهى عنه فى الصحيح عن طلحه بن زيد عن أبى عبد الله (عليه السلام): «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا يباع الدين بالدين»^(١) و لا مشكله فى سنده الآ من جهه طلحه حيث لم يوثق فى كتب الرجال، الآ ان الامر فيه سهل بعد قول الشيخ فى الفهرست: «طلحه بن زيد له كتاب و هو عامى المذهب الآ ان كتابه معتمد»^(٢).

ثم انه ورد النهى عن بيع الدين بالدين بلسان آخر، ففى دعائم الإسلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله: «انه نهى عن الكالى بالكالى»^(٣)،^(٤).

و بذلك تعرف ان الصحيح بطلان ما قاله المصنف و انه لا بد من التقابض فى المجلس .

ص: ٢٣٠

١- وسائل الشيعه ١٣: ٩٩ الباب ١٥ من أبواب الدين الحديث ١٥

٢- الفهرست: ٨٦

٣- الكالى بالكالى: بيع الدين بالدين، كما فى لسان العرب ١: ١٤٧

٤- مستدرک الوسائل ١٣: ٤٠٥

(و لو قبض البعض خاصه صح فيه و بطل فى الباقي)

حسب ما تقتضيه صحيحه الصفار الوارده فى بيع ما يملك و ما لا يملك المتقدمه (١) و التى قد يفهم منها قاعده عامه بالصحه فيما يصح و البطلان فيما لا يصح بعد الغاء خصوصيه ورودها فى بيع ما يملك و ما لا يملك و الّا فلا دليل على صحه هذا العقد بعد كون العقود تابعه للقصد و حيث ان المقصود لم يحصل لعدم حصول شرطه فالقاعده تقتضى عدم وقوع غيره مما كان مقصوداً ضمناً لا استقلالاً، و يرى البعض ان القاعده تقتضى الصحه فيما وقع عليه التقابض دون غيره لحصول مقتضى الصحه من العموم و غيره فيه و حصول مقتضى البطلان من التفريق قبل التقابض فيما لم يقع فيه التقابض (٢) و قد تقدم بطلانه من تبعيه العقود للقصد و ان قصد البعض ضمناً لا استقلالاً لا يوجب وقوع المعامله عليه لعدم شمول عموم وجوب الوفاء بالعقد له بعد كونه مغايراً لما وقعت عليه المعامله، و كيف كان فعلى القول بالصحه تخيراً لو كان المستند ما تقدم من العموم لتخلف الكل عليهما و قد اقدم على الكل و لم يحصل لهما و بذلك يظهر اختصاصه بغير المفرد منهما لعدم تخلف شىء على المفرد منهما بعد تفریطه كما قال:

(و تخيراً معاً اذا لم يكن من احدهما تفریط فى تأخير القبض)

ص: ٢٣١

١- الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع ح/ ١

٢- الجواهر ج/ ٢٤ ص ٨

و اما اذا قلنا ان مستند الخيار ما يستفاد من صحیحه الصفار فدلالتهما فی ثبوت الخيار لهما غیر واضحہ و ذلك لان الخيار هناک کان للمشتری و فی الصرف لم يتضح كون احدهما مشترياً بل كل منهما يملك ماله بأزاء تمليك الآخر.

(و لابد من قبض الوكيل في مجلس العقد قبل تفريق المتعاقدين و لو كان و كلاً في الصرف فالمعتبر مفارقتہ)

يشهد لذلك في كلا الفرعين صحيح ابن الحجاج المتقدم .

(و لا يجوز التفاضل في الجنس الواحد و ان كان احدهما مكسوراً أو ردياً)

لحصول الربا كما دلت عليه النصوص المعتبره مثل صحيح ابن الحجاج (١) و غيره (٢) و يدل على عدم جواز التفاضل لو كان احدهما معيوباً صحيح الحلبي فيه: (ان الصيرفي انما طلب فضل اليوسفيہ على الغله؟ فقال لا- بأس به (٣) و فضل الدراهم اليوسفيہ اجوديتها لا اثقليتها و مثله غيره (٤).

(و تراب معدن احدهما يباع بالآخر أو بجنس غيرهما لا بجنسه و ترابهما يباعان بهما)

ص: ٢٣٢

١- الوسائل باب ٦ من الصرف ح/٣

٢- الوسائل باب ٦ من الصرف احاديث الباب

٣- الوسائل باب ٧ من الصرف ح/١

٤- الوسائل باب ٧ من الصرف ح/٣

لخروج ذلك عن موضوع الربا مضافاً للنصوص المعتمده (١) و اما موثق مصدق من جواز بيع تراب الذهب بالذهب (٢) فمخالف للنصوص المعتمده المتقدمه و لم يروه الشيخ فى التهذيب.

(و لا عبره باليسير من الذهب فى النحاس واليسير من الفضة فى الرصاص فلا يمنع من صحه البيع بذلك الجنس)

كما فى صحيح ابن الحجاج (٣) و غيره (٤) لكن دلالتهما على كفايه الغالبه حيث قال (ان كان الغالب عليه الأسرب (٥) فلا بأس به) و هو دال على ان الفضة لو لم تكن يسيره بل الغالب عليه ماده الاسرب يجوز بيعه بالدرهم فالعبره باستهلاكها فيه لا بكونها يسيره كما فى المتن.

(و قيل: يجوز اشتراط صياغه خاتم فى شراء درهم بدرهم للروايه و هى غير صريحه فى المطلوب مع مخالفتها للاصل)

و هو عدم جواز شرط الزيادة، و هى كما قال غير صريحه فى المطلوب من جواز شرط الزيادة باشتراط صياغه خاتم مضافاً لضعف سندها بالصيرفى و الروايه هى ما رواه الكنانى عن الصادق (عليه السلام) (عن الرجل يقول للصانع صنع لى هذا الخاتم و

ص: ٢٣٣

١- الوسائل باب ٢١ من الصرف ح/١ و ح/٢ و ح/٤ و كلها صحيحه عدا الثانى ٣

٢- الوسائل باب ١٦ ح/٣

٣- الوسائل باب ١٧ ح/١

٤- الوسائل باب ١٧ ح/٢

٥- الاسرب: الرصاص اعجمى لسان العرب ١: ٤٦٦

ابدل لك درهما طازجاً بدرهم غله قال لا بأس (١) فهي وارده في ابدال درهم غله بدرهم طازج و حيث ان الغله فيها غش فهي انقص من الطازج و عليه فتكون الصياغه في مقابل النقصان الحاصل في الدرهم المغشوش و عليه فلا مخالفه فيها للاصل ايضاً.

(و الاواني المصوغه من النقدين اذا بيعت بهما جاز)

كما هو الاصل لخروجها موضوعاً عن الربا كما يدل عليه صحيح ابن الحجاج عن بيع السيوف المحلاه فيها الفضة (فقلت له: فيبيعهم بدراهم نقد؟ فقال كان ابي يقول: يكون معه عرض احب اليّ فقلت له: اذا كانت الدراهم التي تعطى اكثر من الفضة التي فيه؟ فقال و كيف لهم بالاحتياط في ذلك؟ قلت فانهم يزعمون انهم يعرفون ذلك فقال: ان كانوا يعرفون ذلك فلا بأس و الا- فانهم يجعلون معه العرض احب اليّ (٢) و قد اشتمل هذا الصحيح على ان النقد لا بد و ان يكون اكثر من الفضة الموجوده في السيف و انه ان لم يحصل لهم العلم بذلك لا بد و ان يكون

ص: ٢٣٤

١- الوسائل باب ١٢ من الصرف ح/ ١

٢- الوسائل باب ١٥ من الصرف ح/ ١, و لا- يخفى ان في صدرها تحريفاً و هو قوله تباع بالذهب محرف عن تباع بالفضه و ذلك للقربنه القطعيه بجواز بيع الفضة بالذهب نسيأه و نقداً بلا اشكال و ما ذكره الجواهر (ج/ ٢٤ ص ٤٤) من ظهوره بحرمة الربا و لو اختلف الجنس مع النسيئه غير ظاهر.

بيعه بغير جنسه حتى لا يلزم الربا هذا و استبعد الامام (عليه السلام) احاطتهم (١) بالعلم بذلك الا انه (عليه السلام) قرر صحة معامله مع ادعاء علمهم بزيادة الدراهم لما فى السيوف من فضه و بذلك يظهر عدم كفايه الظن بذلك حسب منطوق الصحيح فما قاله المصنف من كفايه غلبه الظن مخالف لهذا الصحيح حيث قال:

(و ان بيعت باحدهما خاصه اشترطت زيادته على جنسه و تكفى غلبه الظن)

عند المصنف و استدلل له فى الجواهر بتعسر العلم اليقيني بالقدر غالباً و مشقه التخليص الموجب للعلم (٢) و كلاهما ممنوعان بأمكان بيعه بغير جنسه مضافاً لتصريف الصريح المتقدم بذلك.

هذا و يشهد لصحيح ابن الحجاج صحيح على بن جعفر عن اخيه (عليه السلام) (عن الفضه فى الخوان و القصعه و السيف و المنطقه و السرج و اللجام يباع بدراهم اقل من الفضه أو اكثر قال: يباع الفضه بدنانير و ما سوى ذلك بدراهم (٣)) و فى صحيح ابى بصير (عن السيف المفضض يباع بالدراهم فقال: اذا كانت فضته اقل من النقد فلا بأس و ان كانت اكثر فلا يصلح (٤)) و لا يعارضها خبر منصور الصيقل

ص: ٢٣٥

١- حيث قال عليه السلام و كيف لهم بالاحتياط فى ذلك فانه حسب الظهور السياقى بمعنى الاحاطه فاما ان يكون معناه هذا او يكون معناه التحفظ و التوقى من الوقوع فى الربا بان تكون الدراهم اكثر من الفضه التى فى السيوف حيث ان معنى الاحتياط لغه هو التحفظ و التوقى.

٢- الجواهر ج/ ٢٤ ص ٤٠

٣- الوسائل باب ١٥ ح ١١

٤- الوسائل باب ١٥ ح ٨

بعد نقله بعبارتين احدهما يوافقها (١) و اخرى يعارضها (٢) و قد قال الشيخ فيه انه من و هم الراوى (٣) و اما خبر ابن سنان (٤) فلا ربط له بما نحن فيه فان الظاهر منه ان اداء الدين بالمكحله التى فيها الكحل يكون اقل من الدراهم التى فى ذمه المديون.

و اما ما فى صحيح ابى بصير الوارد حول بيع السيوف المحلاه نسيه (اذا نقد مثل ما فى فضه فلا بأس به أو ليعطى الطعام (٥)) و مثله صحيح ابن سنان (٦) الدالين على كفايه البيع بمثل ما فى السيف من فضه و حينئذ تحصل الزيادة فى السيف على ما فى النقد فلا بد من حملهما على جعل شىء مقابل ما زاد على فضه السيف و الا رد علمهما الى اهلها بعد كون مضمونها ربوياً قطعاً لما تقدم.

هذا و يبقى اولاً: خبر ابراهيم بن هلال (عن جام فيه فضه و ذهب اشتره بذهب أو فضه؟ فقال: ان كان يقدر على تخليصه فلا و ان لم يقدر على تخليصه فلا بأس (٧)) و به افتى الشيخ فى النهايه (٨) و ابن حمزه فى الوسيله (٩) و هو مع ضعف سنده و عدم

ص: ٢٣٦

-
- ١- الوسائل باب ١٥ ح ٢/
 - ٢- الوسائل باب ١٥ ح ٣/
 - ٣- الوسائل باب ١٥ ح ٦/
 - ٤- الوسائل باب ١٥ ح ٧/
 - ٥- الوسائل باب ١٥ ح ٩/
 - ٦- الاستيصار ج ٣/ ص ٩٨ ح ٦/ و مثله فى الضعف سنداً و دلالةً خبر اسحاق بن عمار ح ١٠/
 - ٧- الوسائل باب ١٥ ح ٥/
 - ٨- النهايه ص ٣٨٣
 - ٩- الوسيله ص ٢٤٤

العمل به أآ من عرفت معارض لاطلاق صحيح ابن الحجاج و غيره مما تقدم الدال على صحه البيع مع العلم بالمقدار سواء قدر على تخليصه أم لم يقدر مضافاً الى كون النسبه بينهما بالعموم و الخصوص من وجه حيث ان ما يقدر على تخليصه اعم من كونه معلوم المقدار و مجهوله فعلى فرض تكافئهما يتساقطان و المرجع عموم حل البيع.

وثنائياً فتوى الشيخ فى النهايه من انه (لا يجوز بيع الفضة اذا كان فيها شىء من المس أو الرصاص أو الذهب أو غير ذلك الا بالدنانير اذا كان الغالب الفضة^(١)) ففيه: لا دليل على تعين البيع بالدنانير كما لا يخفى.

(و لو باعه بنصف دينار فشق)

أى نصف كامل مشاع لأن النصف حقيقه فى ذلك (إلا أن يراد) نصف (صحيح عرفاً) بأن يكون هناك نصف مضروب بحيث ينصرف الإطلاق إليه .

(أو نطقاً) بأن يصرح بإرادته الصحيح (و كذا) القول (فى نصف درهم) و أجزاءهما غير النصف

حكم تراب الذهب و الفضة عند الصياغه

(و حكم تراب المعدن الصدقه به مع جهل أربابه)

ص: ٢٣٧

بكل وجه لما تقدم من وجوب التصديق بمجهول المالك، و لو علمهم في محصورين وجب التخلص منهم و لو بالصلح مع جهل حق كل واحد بخصوصه .

(و الأقرب الضمان لو ظهوروا و لم يرضوا بها)

أى بالصدقه لما تقدم في المكاسب المحرمه .

(و لو كان بعضهم معلوما وجب الخروج من حقه)

و على هذا يجب التخلص من كل غريم يعلمه .

حصيله البحث:

يشترط في الصرف التّقبض في المجلس أو اصطحابهما إلى القبض و لا يكفي رضاه بما في ذمته قبضاً بوكالته في القبض فيما إذا اشترى - بما في ذمّه البايع - نقداً آخر فالثمن و المثلن كلاهما في الذمه فلا يصح لانه من بيع الدين بالدين. و لو قبض البعض صحّ فيه و لا - خيار لهما، و لا بدّ من قبض الوكيل في مجلس العقد قبل تفرّق المتعاقدين، و لو كان وكيلاً في الصّيرف فالمعتبر مفارقتة، و لا يجوز التّفاضل في الجنس الواحد و إن كان أحدهما مكسوراً أو رديئاً، و تراب معدن أحدهما يباع بالآخر أو بجنس غيرهما و ترابهما يباعان بهما و لا عبره باليسير من الذهب في النّحاس و اليسير من الفضة في الرّصاص فلا يمنع من صحّه البيع بذلك الجنس، و لا يجوز اشتراط صياغه خاتم في شراء درهم بدرهم، و

ص: ٢٣٨

الأواني المصوغة من التّقددين إذا بيعت بهما جاز و إن بيعت بأحدهما اشترط زيادته على جنسه و لا تكفى غلبه الظّن، و حليه السّيف و المركب يعتبر فيهما العلم إن أريد بيعهما بجنسهما فإن تعذّر فلا بد من زياده الثّمن عليها، و لو باعه بنصف دينار فشقّ إلّا أن يراد صحيح عرفاً أو نطقاً و كذا نصف درهم، و حكم تراب الذهب و الفضة عند الصّياغة حكم المعدن و تجب الصدقة به مع جهل أربابه، و الأقرب الضّمان لو ظهوروا و لم يرضوا بها، و لو كان بعضهم معلوماً و جب الخروج من حقّه.

(خاتمه)

(الدراهم و الدنانير يتعينان بالتعيين)

فلا يجوز تبدلها بعد وقوع المعامله على احدهما المعين إلّا برضا صاحبه لعموم وجوب الوفاء بالعقد و عليه:

(فلو ظهر العيب فى المعين من غير جنسه بطل فيه فان كان بازاء مجانسه بطل من اصله كدراهم بدراهم)

و ذلك لان العقود تابعه للقصود و حيث ان العيب من غير الجنس فيبطل لان غير الجنس غير مقصود فما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع .

(و لو كان بازائه مخالف صح فى السليم و ما قابله)

ص: ٢٣٩

لصحيح الصفار المتقدم و هو المفهوم من الاخبار خلافاً لمقتضى القاعده كما تقدم .

(و يجوز لكل منها الفسخ مع الجهل بالعيب)

بعد القول بصحة البيع لهما الخيار حسب الشرط الارتكازى العقلائى .

(و لو كان العيب من الجنس و كان بازائه مجانس فله الرد بغير ارش) حسب ما دل من ثبوت خيار العيب مما سيأتى الا انه هنا لا يثبت الارش لانه يلزم منه الربا .

(و المخالف ان كان صرفاً فله الارش فى المجلس و الرد)

أما ثبوت الأرش فللعيب و لا يضر هنا زياده عوضه للاختلاف و اعتبر كونه فى المجلس لان الصرف متوقف على التقابض فى المجلس و ما دام لم يتفرقا فهو ممكن التحصيل .

(و بعد التفرق له الرد) و هو ظاهر لأنه مقتضى خيار العيب بشرطه .

(و لا يجوز اخذ الارش من النقدين)

خلافاً للشيخ فى المبسوط و هو اول من عنون هذه المسأله و لابن حمزه و المحقق (١) و استدل للعدم بان الابدال يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق وان المبيع حقيقه انما هو البدل وقد حصل التفرق قبل قبضه فيكون الصرف باطلاً و لا يخفى ان مبنى هذا الاستدلال على كون الارش جزءاً من الثمن .

ص: ٢٤٠

١- الجواهر ج/٢٤ ص ٢٤ و لم اراجع كلامهما و المنقول فى المختلف عنهما انما هو فى غير المعين لا فى ما نحن فيه .

ورده فى الجواهر (بان التقابض تحقق فى العوضين قبل التفرق لان المقبوض و ان كان معيماً الا ان عيبه لم يخرجه عن حقيقته الجنسيه و لاجل ذلك ملكه المشتري و كان نماؤه من حين العقد الى حين الرد و الفسخ بالرد طارئ على الملك بسبب ظهور العيب فيكون البيع صحيحاً و له طلب البديل بعد التفريق اذ ما فى الذمه و ان كان امراً كلياً الا- انه اذا عين فى شىء و قبضه المستحق تعين و ثبت ملكه له فاذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته تداركاً لفائت حقه فاذا فسخ رجع الحق الى الذمه فتعين حينئذ عوضاً صحيحاً و بهذا ظهر ان الاول كان عوضاً فى المعاوضه و قد قبضه قبل التفرق فتحقق شرط الصحه فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارى على العوض المقتضى لعوده الى الذمه و كون البديل عوضاً لا يقتضى نفي عوضيه غيره (١).

و اما ما عن الايضاح (٢) من ان ابداله يستلزم رفع كون المبيع هو المقبوض فلا يكون قد قبض قبل التفرق فيبطل الصرف ففيه: ان ابداله لا يستلزم رفعه من حين العقد بل من حين الفسخ فانه وان كان حلاً للعقد السابق و جعله كأن لم يكن الا انه لا

ص: ٢٤١

١- الجواهر ج/ ٢٤ ص ٢٦

٢- الجواهر ج/ ٢٤ ص ٢٦

ترتفع به الملكيه السابقه على الفسخ لان العبره بزمان حدوث الفسخ لا بزمان متعلقه(١)

هذا و نقل الجواهر قولاً ثالثاً عن ابي على انه يجوز الابدال ما لم يتجاوز يومين فيدخل في بيع النسيئه(٢).

اقول: الموجود فى المختلف انه نقل عن ابن الجنيد (انه لو استوفى ثمن سلعته من الصيرفى فرأى فيه ما لا يجوز فقال له الصيرفى انتقد ورد نفايتها(٣) جاز ذلك ما لم يتجاوز اليومين فيدخل فى حد بيع النسيئه(٤) .

قلت: وكلام ابن الجنيد هو مضمون صحيح اسحاق بن عمار ففيه: (فلا يكون بينى و بينه عمل الا ان فى ورقه نفايه و زيوفا و ما لا- يجوز فيقول: انتقدها ورد نفايتها فقال: ليس به بأس و لكن لا- يؤخر ذلك اكثر من يوم أو يومين فانما هو الصرف(٥) و ظاهره ان التقابض حصل فى المجلس بين المتبايعين الا ان البايع يوكل المشتري فى قبض حقه و اخراج ما فى الدراهم من زيف ليردها للبايع و

ص: ٢٤٢

١- فان الانشاءات مجردة عن الزمان فمعنى بعث ليس الا مجرد النقل لا النقل من حين الانشاء و كذلك الفسخ فان مقتضاه حل العقد لا حله من زمان وجوده فلا يقتضى اكثر من حله من زمان الفسخ.

٢- الجواهر ج/ ٢٤ ص ٢٤

٣- نقدت الدراهم و انتقدتها: اذا اخرجت منها الزيف الصحاح ٥٤٤:٢ و النفايه: ما نفيتها من الشىء لرداءته. الصحاح ٢٥١٤:٦

٤- المختلف ج/ ٥ ص ١٥٠

٥- الوسائل باب ٥ من الصرف ح/ ٢

قد قيد ذلك الامام (عليه السلام) بان لا يؤخر ذلك اكثر من يوم أو يومين فلا ربط له بما نحن فيه لان رؤيه المشتري لزيف الدراهم انما كان فى مجلس العقد لا فى ما بعد و عليه فلا بد من النظر فى كون عدم التأخير واجباً كما عن ابن الجنيدي أم لا؟ كما هو مقتضى اطلاقات كفايه التقابض و هو الذى يبدو من الاخرين لعدم تعرضهم لذلك.

هذا و نقل المصنف قولاً رابعاً نسب الى العلامة (1) فقال:

(و لو اخذ الارش من غيرهما) اى من غير النقدين (قيل جاز)

و كأن الوجه فيه بعد اختياره البديل من غيرهما و خروج المقبوض عن كونه مبيعاً هو خروج البيع عن كونه صرفاً بل هو معاوضه اخرى و ذلك لتعين المبيع من غير النقدين فلا يحتاج الى تقابض فى المجلس .

قلت: جواز اخذ البديل من غير النقدين موقوف على القول بان من له حق الارش مختار فى تعيين حقه و لو من غير النقدين . و فيه: انه لا بد من كون الأمرش فى جنس ما وقعت عليه المعاوضه و ذلك لأن الأمرش جزء من الثمن حسب المختار و لا يخفى ان ثبوت الأمرش انما هو بالعيب و عليه فيلزم بطلان البيع فيما قابله بالترفق قبل قبضه مطلقاً نعم للمشتري ان ينصرف عن حقه فله ان لا يطالب بالارش.

(و لو كان العيب فى غير صرف فلا شك فى جواز الرد و الارش) كما سيأتى .

(و لو كانا غير معينين فله الابدال ما دام فى المجلس فى الصرف)

ص: ٢٤٣

بلا- اشكال و ان تشخص الكلى فى المقبوض اذ الفرض انه فرد له كما هو مقتضى اطلاقات جواز رد المعيب الشامله للمقام مضافاً الى خيار المجلس.

هذا إذا كان العيب من الجنس، أما غيره فالمقبوض ليس ما وقع عليه العقد مطلقاً فيبطل بالتفرق، لعدم التقابض فى المجلس.

و يبقى الكلام فى بيع الصرف بعد التفرق فهل له الرد و الفسخ كما قاله الشيخ و ابن حمزه (١) أو الارش كما اختاره علامه فى المختلف راداً على القول بالفسخ بان المعقود عليه غير معين فلا يتعين المعيب بالقبض فلا يتحقق الفسخ (٢).

اقول: و فيه ما لا يخفى اذ لو قلنا بعدم تعيينه بالمقبوض فقد بطل البيع لإعتبار التقابض فيه قبل التفريق و بذلك اشكل المصنف على علامه فى الدروس «بانهما تفرقا قبل قبض البذل» (٣) و بذلك يظهر ان الصحيح بطلان الصرف لعدم تحقق شرطه و ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع و عليه فلا تصل النوبه الى الارش بعد بطلانه و اما علامه فبعد قوله بعدم جواز الفسخ قال بجواز الارش مع اختلاف الجنس مستدلاً بان الربا يثبت فى المبيع دون المأخوذ عوضاً عن الجزء الفائت يعنى الارش .

ص: ٢٤٤

١- الخلاف ج/٣ ص ٦٩ و الوسيله: ٢٤٤

٢- المختلف ج/٥ ص ١٤٩

٣- الجواهر ج/٢٤ ص ٢٤ و قد رده فى الجواهر بما لا محصل له.

قلت: و مع اختلاف الجنس فى النقدىن ىنتفى موضوع الربا لانه فىما اذا كان الجنس فىه متحداً فلا ىستدل لجوازه بما قال بل بانتفاء الموضوع.

(و فى غىره) اى غىر الصرّف جاز اخذ البدل اىضا (و ان تفرقا) بدلىل الاطلاقات بعد إنتفاء المانع منه مع وجود المقتضى له و هو العىب فى عىن لم تتعىن عوضا.

حصىله البّحث:

الدرّاهم و الدّنانىر ىتعینان بالّتعىن فى الصّىرف و غىره، فلو ظهر عىبٌ فى المعىن من غىر جنسه بطل فىه، فإن كان بازائه مجانسه بطل البىع من أصله كدراهم بدراهم، و إن كان مخالفاً صحّ فى السّلىم و ما قابله. و ىجوز الفسخ مع الجهل، و لو كان العىب من الجنس و كان بازائه مجانسٌ فله الرّذّ بغير أرش، و فى المخالف إن كان صرفاً فله الأرش فى المجلس و الرّذّ و بعد التّفرّق له الرّذّ، و لا- ىجوز أخذ الأرش بعد التّفرّق، و لو كان غىر صرفٍ فلا شكّ فى جواز الرّذّ و الأرش مطلقاً، و لو كانا غىر معىنن فله الإبدال ما دام فى المجلس فى الصّرف، و كذلك ىجوز الابدال فى غىر الصرّف و إن تفرّقا.

(الفصل السادس فى السلف)

اشاره

ص: ۲۴۵

و هو السلم و لا خلاف فى صحه بيع السلم و تدل على ذلك الروايات الخاصه الداله على شرطيه بعض الشروط فيه، كصحيحه زراره عن ابى عبد الله (عليه السلام): «لا بأس بالسلم فى الحيوان و المتاع إذا و صفت الطول و العرض. و فى الحيوان إذا و صفت اسنانها»(١)، و موثقه غياث بن ابراهيم عن ابى عبد الله (عليه السلام): «قال امير المؤمنين (عليه السلام): لا بأس بالسلم كيلا معلوما إلى أحل معلوم و لا تسلمه إلى دياس و لا إلى حصاد»(٢) و غيرهما . بل يصح الاستدلال عليه بالادله العامه من قبيل قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ {٣} و نحوه.

نعم لا يصح بيع السلف إذا كان العوضان من الذهب و الفضة مع اتحاد الجنس و ذلك لمحذور الربا اللازم حتى مع التساوى فى المقدار بناء على تعميم المنع للزياده الحكميه كما تقدم انه هو الصحيح، مضافا إلى كون ذلك من الصرف الذى يلزم فيه التقابض.

كما و انه لا يصح بيع السلف إذا كانا من الذهب و الفضة مع اختلاف الجنس و ذلك لكون ذلك من الصرف المعتبر فيه التقابض.

ص: ٢٤٦

١- وسائل الشيعه ١٣: ٥٦ الباب ١ من أبواب السلف الحديث ١٠

٢- وسائل الشيعه ١٣: ٥٨ الباب ٣ من أبواب السلف الحديث ٥

٣- البقره: ٢٧٥

كما وانه يجب ان لا يكونا من المكييل أو الموزون عند اتحاد الجنس لكى لا يلزم محذور الربا.

كما وانه يصح ما سوى ذلك سواء كانا معا من العروض أم كان احدهما كذلك و ذلك للمطلقات الخاصه و العامه المتقدمه.

(و ينعقد بقوله: اسلمت اليك أو اسلفتك كذا فى كذا و الى كذا و يقبل المخاطب)

اقول: تقدم الكلام مفصلاً عن الايجاب و القبول فى اول البيع و انهما كما يحصلان بالاقوال كذلك يحصلان بكل ما يدل عليهما من الافعال و السلف هو احد انواع البيع فانه عباره عن تمليك الثمن نقداً بالثمن و عدأً عكس النسيئه .

حصيله البحث:

لا- يصح بيع السلف إذا كان العوضان من الذهب و الفضة مع اتحاد الجنس وذلك لمحذور الربا اللازم حتى مع التساوى فى المقدار للزياده الحكيمه , و لا يصح بيع السلف إذا كانا من الذهب و الفضة مع اختلاف الجنس وذلك لكون ذلك من الصرف المعتر فيه التقابض, و يجب ان لا يكونا من المكييل أو الموزون عند اتحاد الجنس لكى لا يلزم محذور الربا. و يصح ما سوى ذلك سواء كانا معا من العروض أم كان احدهما كذلك , و ينعقد بقوله: أسلمت إليك أو أسلفتك كذا فى

ص: ٢٤٧

كذا إلى كذا وبكل لفظ مفهوم و يحصل ايضا بكل ما يدل عليه من الافعال، و كذلك قبول المخاطب.

شروط السلف

(و يشترط فيه شروط البيع) لانه احد انواعه (و) عليه فلا بد من (ذكر الجنس) اى حقيقه النوعيه (و الوصف الراجع للجهاله)

المائز بين افراد ذلك النوع و لا- يخفى ان هذا ليس من مختصات السلم بل هو شرط جار فى تمام العقود و ذلك للغرر ولصحيحه زرارہ السابقه و غيرها، فان اعتبار ذكر الطول و العرض و الاسنان يدل عرفا على ذلك و الا فلا خصوصيه للأوصاف المذكوره.

هذا مضافا إلى اعتبار معلوميه العوضين فى مطلق البيع كما تقدم.

(بل) لابد من ذكر الوصف (الذى يختلف لاجله الثمن اختلافاً ظاهراً)

لثلا يحصل الغرر مضافاً للنصوص الخاصه(١) (لا تبلغ فيه) اى فى الوصف (الغايه)

فانه ايضاً غررى لاجل ان كثره الاوصاف توجب عزه الوجود بحيث يمتنع حصوله و يدل عليه بالخصوص صحيح ابن الحجاج الوارد فى بيع ما ليس عنده و السلم فففيه (لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه)(٢).

ص: ٢٤٨

١- الوسائل باب ١ من ابواب السلف

٢- الوسائل باب ٧ من احكام العقود ح/٣

كما و يعتبر فيه ضبط الاجل و ذلك لموثقه غياث السابقه و غيرها.

هذا و يعتبر امكان الدفع فى الوقت أو المكان المقررين كما فى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمه انفا: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل يجيئنى يطلب المتاع فاقله على الربح ثم اشتره فابيعه منه، فقال: أليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: فلا بأس به. قلت: فان من عندنا يفسده، قال: و لم؟ قلت: قد باع ما ليس عنده؟ قال: فما يقول فى السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده، قلت: بلى، قال: فانما صلح من اجل انهم يسمونه سلما، ان ابى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه»(١).

(و اشتراط الجيد و الردى جائز و الاجود و الاردى ممتنع)

اذا ما اريد من اللفظ حقيقته فانه ما من جيد الا و هناك اجود منه و كذلك الردى الا انه لا يمكن ان يراد من اللفظ هذا المعنى بل المراد ما تعارف عليه الناس و حينئذ لا ريب فى جوازه لكن ذكر العلامة فى المختلف ان الشيخ لم يبطله من حيث تعذر التسليم بل من حيث الجهاله(٢) و فيه ما لا يخفى بعد انصرافه الى المتعارف.

(وكل ما لا ينضبط وصفه يمتنع السلم فيه)

ص: ٢٤٩

١- وسائل الشيعه ١٢: ٣٧٤ الباب ٧ من أبواب احكام العقود الحديث ٣

٢- المختلف ج/ ٥/ ص ١٨٠

كما تقدم دليله ألاً ان الاشكال فى مصاديق ذلك (كاللحم) و لا شاهد له فان المانع منه اما عدم الانضباط العرفى و هو بعيد أو وجود النص فى المنع منه كما فى خبر جابر ففیه (لا تقرينه فانه يعطيك مره السمين و مره التاوى و مره المهزول اشتره معاينه يداً بيد)^(١) وهو مع ضعف سنده لا دلالة فيه فان الظاهر منه ان القصابين لا يلتزمون بامر معين لا انه لا ينضبط وصفه كما هو المراد وعليه فاذا كان من يسلفه ثقه يصف له اللحم من اغنام كذا فلا اشكال فى جوازه.

(و) مثله (الخبز و النبل المنحوت و الجلود و الجواهر و اللثالى الكبار)

فانها ان تعذر ضبطها كما عليه المصنف حيث قال: (لتعذر ضبطها و تفاوت الثمن فيها) لا يجوز السلف فيها و ألاً لو امكن ضبطها و صفياً فلا مانع من بيعها و فى الجلود بالخصوص ورد النص بجواز السلم بها كما فى خبر السراج^(٢) و خبر حديد بن حكيم^(٣) و بهما افتى الشيخ فى الخلاف و النهايه و مثله ابن البراج فى الكامل و هو المفهوم من الكافى و الفقيه و منع منه الشيخ فى المبسوط و ابن البراج فى المهذب على نقل المختلف و ابن ادریس^(٤) كما و يفهم الجواز فى الخبز ايضاً

ص: ٢٥٠

١- الوسائل باب ٢ من السلف ح/١

٢- الوسائل باب ٥ من السلف ح/٤

٣- الوسائل باب ٣ من السلف ح/٧

٤- المختلف ج/٥ ص ١٧٢، النهايه: ٣٩٧ و الخلاف ح/٣ ص ٢١٠ و المبسوط ج/٢ ص ١٨٩ و السرائر ج/٢ ص ٣١٢

ففى موثق غياث (لا بأس باستقراض الخبز)^(١) فانه اذا جاز الاستقراض و يضمن المستقرض المثل و هو كلى فى الذمه كذلك يجوز السلف فيه بالوصف .

(ويجوز السلم فى الحبوب و الفواكه و الخضر و الشحم و الطيب و الحيوان كله حتى فى شاه لبون و يلزم تسليم شاه يمكن أن تحلب فى مقارب زمان التسليم و لا يشترط أن يكون اللبن حاصلًا بالفعل حينئذٍ، فلو احتلبها و تسلّمها اجترأت)

كما تقتضيه القاعده مضافاً للنصوص المعتمده فى بعضها^(٢).

(اما الجاربه الحامل أو ذات الولد أو الشاه كذلك فالاقرب المنع)

ذهب الى المنع فى الحامل من الحيوانات ابن الجنيد و فى الجاربه الحلبي الشيخ^(٣) للجهاله و كذلك فى جعل الحيوان أو الجاربه ثمناً عند ابن الجنيد لاحتمال حصول الفسخ بسبب تعذر المسلم فيه^(٤) و يرد ذلك: المنع من الجهاله كما و لا يمنع من صحه البيع احتمال فساده فى المستقبل.

حصيله البحث:

ص: ٢٥١

١- الوسائل باب ١ من السلف ح/١٢

٢- الوسائل باب ١ من السلف .

٣- المختلف ج/٥ ص ١٨١

٤- المختلف ج/٥ ص ١٧٧

و يشترط فيه: ذكر الجنس و الوصف الزافع للجهاله الّذى يختلف لأجله الثمن اختلافاً ظاهراً و لا يبلغ فى الوصف الغايه لئلا يلزم عزه الوجود. و اشتراط الجيد و الردى ء جائزٌ و كذلك الأجود و الأردئ . و كلّ ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه كالجواهر و اللآلى ء الكبار لتعدّر ضبطها و تفاوت الثمن فيها، و يجوز فى الحبوب و الفواكه و الخضر و الشحم و الطيب و الحيوان حتّى فى شاه لبون. و يلزم تسليم شاه يمكن أن تحلب فى مقارب زمان التسليم و لا- يشترط أن يكون اللبن حاصلًا بالفعل حينئذٍ، فلو احتلبها و تسلّمها اجزأت.

اشتراط قبض الثمن قبل التفرق

(و لابد من قبض الثمن قبل التفرق)

كما ذهب اليه الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ابن ابى عقيل و ابن حمزه و ابن زهره و ابن ادريس(١) خلافاً للابن الجنيّد حيث جوز تأخيرهُ الى ثلاثه ايام(٢) و يشهد لشرطيه القبض قبل التفرق انه مع التفرق بلا- قبض يصبح الثمن ديناً فى ذمه المشتري كالمثمن ديناً فى ذمه البايع و عليه فيكون من مصاديق بيع الدين بالدين

ص: ٢٥٢

١- المختلف ج/ ٥/ ص ١٧٧ و المبسوط ج/ ٢: ١٧٠ و الخلاف ج/ ٣: ٢٠٠ و السرائر ج/ ٢/ ص ٣٠٧ و الجواهر ج/ ٢٤/ ص ٢٨٩

٢- المختلف ج/ ٥/ ص ١٧٧

و قد تقدم الدليل على بطلانه و لم يظهر لابن الجنيّد من دليل و قد قال المصنّف في الدروس انه متروك (١).

و يكفي في القبض كون الثمن ديناً في ذمه البايع عند المصنّف حيث قال:

(أو المحاسب به من دين عليه)

لانه بحكم المقبوض خلافاً للشيخ في المبسوط والخلاف و ابن ادريس (٢) و العلامه في المختلف (٣) مستدلاً لبطلانه من انه بيع دين بدين و هو الصحيح فان المبيع نسيئه دين و الثمن باعتبار كونه في ذمه البايع و لم يقبض الى المشتري دين ايضاً فيشملة عموم ما تقدم من بطلان بيع الدين بالدين مضافاً لصحيح منصور بن حازم (عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فاتي المطلوب الطالب لبيتاع منه شيئاً قال: لا يبيعه نسيئاً فاما نقداً فليبعه بما شاء (٤)) و قد نقله الجواهر عن بعض النسخ (فاتي الطالب المطلوب (٥)) بدل فاتي المطلوب الطالب .

ص: ٢٥٣

١- الدروس الشرعيه في فقه الإماميه؛ ج ٣، ص ٢٥٦

٢- المبسوط ج/١٨٩: ٢ و الخلاف ج/٢١: ٣

٣- المختلف ج/٥: ١٨٣ و قد نقل القول بالكراهه ايضاً كما هو قول المحقق و غيره (الجواهر ج/٢٤: ٢٩٤)

٤- الوسائل باب ٦ من ابواب احكام العقود ح/٨

٥- الجواهر ج/٢٤: ٢٩٣

اقول: معنى الروايه واضح و متعين سواء اخذنا بالاول أم الثاني فان السياق يشهد على ان الطالب هو الذى اتى الى المطلوب يشتري منه ما يقابل دينه و تقدم كلمه المطلوب لا يدل على كونه فاعلاً فى الجمله بل مفعولاً و كلمه الطالب هى الفاعل و لو جاء متأخراً و إلا لا معنى لذكر كونه يكون له على الرجل .. الخ و لا يعارض ذلك شىء فان خبر اسماعيل بن عمر الذى قد يتوهم منه جواز ذلك مضطرب الذيل اولاً و لم يعلم المراد من المسؤول عنه فيه ثانياً مضافاً لضعف سنده ثالثاً و انفراد الشيخ بنقله رابعاً و مثله فى الضعف خير قرب الاسناد (عن السلم فى الدين قال اذا قال اشترت منك كذا و كذا بكذا فلا بأس)(1) فمجمل فقد يكون المراد منه مبيع كلى ثم يحاسبه بعد ذلك على ما فى ذمته فهو قابل للانطباق على هذا المعنى و عليه فلا يوثق به للخروج عن بطلان بيع الدين بالدين و اما لو قبض بعض الثمن من دون شرط فى تأجيل البعض الاخر فقد قيل بصحة العقد فى المقبوض و بطلانه فى غيره(2) اما بطلانه فى غير المقبوض فهو واضح لعدم شرط الصحة و اما صحته فى المقبوض فلوجود المقتضى من العقد و القبض و فيه تأمل من جهة ان العقود تابعه للقصد و البعض لم يكن مقصوداً حتى يصح و لم يكن هناك اقتضاء يقتضى البيع استقلالاً حتى يقال بوجود المقتضى و اما اقتضاؤه ضمناً فهو بالتبع لا بالاصاله نعم لو دل الدليل الخاص على صحته فى المقبوض فهو .

ص: ٢٥٤

١- الوسائل باب ٨ من ابواب السلف ح/٣

٢- الوسائل باب ٦ من السلف ح/١ و ح/٢ و ح/٣

(و تقديره بالكيل و الوزن المعلومين) دفعاً للغرر و به نطقت الصحاح(١).

(و العدد مع قله التفاوت)

كما افتى به ابن الجنيد(٢) خلافاً للشيخ فى الخلاف فقال: (لا- يجوز السلف فى الجوز و البيض ألما وزناً)(٣) و الصحيح هو الكفايه لاندفاع الغرر عرفاً بالعد فانه عند العرف ميزان .

(و تعيين الاجل)

دفعاً للغرر مضافاً للنصوص المعتبره كصحيح ابن سنان(٤) و غيره(٥).

(و الاقرب جوازه حالاً مع عموم الوجود عند العقد)

كما هو صريح صحيح ابن الحجاج المتقدم و به افتى المفيد و سلار و ابو الصلاح خلافاً للشيخ فى النهايه و الخلاف حيث قال:
(السلم لا يكون الا مؤجلاً و لا يصح ان يكون حالاً)(٦) وهو قول ابن ابى عقيل و ابن ادريس(٧).

ص: ٢٥٥

١- المختلف ج/٥ ص ١٧٩

٢- الخلاف ج/٣: ٢٠٩

٣- الوسائل باب ٦ من السلف ح/٣

٤- الوسائل باب ٦ من السلف ح/٢

٥- شرايع الاسلام للمحقق الحلى راجع الجواهر ج/٢٤ ص ٢٩١

٦- النهايه ص ٣٦٥ و الخلاف ج/٣ ص ١٩٦

٧- المختلف ج/٥ ص ١٦٣ و السرائر ج/٢ ص ٣١٧

اقول: ان حمل النزاع على حقيقته معناه ان من لم يجوز بيعه في الحال قائل بحرمه بيع ما ليس عنده اذا كان المبيع كلياً (١) كما في صحيح ابن الحجاج عن الصادق (عليه السلام) (عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً؟ قال: ليس به بأس قلت انهم يفسدونه عندنا قال: و اى شىء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً يقولون هذا الى اجل فاذا كان الى غير اجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح فقال اذا لم يكن اجل كان اجود ثم قال: لا بأس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه الى اجل فقال (و حالاً) (٢) لا يسمى له اجلاً الا ان يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالاً (٣) و هو صريح في جواز بيع ما ليس عنده حالاً و مؤجلاً اذا كان المبيع موجوداً و الا فلا يجوز و ان جعلنا النزاع لفظياً (٤) فيبيعه في الحال لا يسمى سلماً عرفاً لكنه لا يضر في صحه العقد كما عرفت و ردد النص الصحيح فيه نعم تظهر الثمره في انه لو كان من افراد بيع السلم فلا بد من قبض الثمن فيه قبل التفرق حتى يصح و لو لم يكن منه فيصح بلا هذا الشرط و المفهوم من عبارته المصنف هو الاول و لا يخلو من

ص: ٢٥٦

- ١- و اما بيع العين الشخصيه فنخارجه عن محل البحث و قد تقدم الكلام فيها
- ٢- حسب روايه الصدوق بدل «فقال» راجع الفقيه ج/ ٢ ص ٩٢ و هو الصحيح فلا معنى لما في نسخه التهذيب.
- ٣- الوسائل باب ٧ من ابواب العقود ح/ ١
- ٤- لكنه بعيد عن ظاهر كلامهم.

منع كما عرفت. هذا وقد انكر العامه بيع ما ليس عنده كما نقلت ذلك الصحيحه المتقدمه.

(و لا بد من كونه عام الوجود عند الرأس الاجل اذا اشترط الاجل)

حتى لا يلزم الغرر فيبطل البيع للغرر مضافاً لصحيح ابن الحجاج المتقدم الدال على ان صحه البيع منوطه بما هو موجود .

(و الشهور) هي (الهلاليه)

عند الاطلاق و عدم قزينه من عرف أو لفظ على خلافه فان المراد من الشهر هو مصداقه و هو يحصل بالهلالى أأ ان يقال ان تردده بين القمري و الشمسى(1) و الثلاثين يوماً يوجب جهالته و عليه فلا بد من تحديده فى العقد .

(و لو شرط تأجيل بعض الثمن بطل فى الجميع)

و ذلك لان هذا الشرط من الشروط المخالفه للسنة فهو شرط باطل و على مبنى ان الشرط الفاسد مفسد يكون مفسداً للعقد و اما لو لم نقل ان الشرط الفاسد مفسد فحيث ان البيع هنا فيما لم يقبض من مصاديق بيع الدين بالدين فهو باطل و اما المقبوض فبطالنه من حيث انه غير مقصود استقلالاً و العقود تابعه للقصود و اما اقتضائه ضمناً فهو بالتبع لا-بالاصاله أأ اذا دل الدليل الخاص على الصحه فهو كما يفهم ذلك من صحيحه الصفار المتقدمه.

(و لو شرط موضع التسليم لزم) فالمؤمنون عند شروطهم (و الا اقتضى الاطلاق موضع العقد)

ص: ٢٥٧

١- القمري قد يحصل ب ٢٩ يوماً و الشمسى ب ٣١ يوماً

حسب المرتكز العقلاني ألا انه وقع الخلاف في عدم اشتراط ذكر موضع التسليم فاختر عدم الاشتراط ابن ابي عقيل و المفيد و الشيخ في النهايه و سلار و ابن ادريس خلافاً لابن الجنيد و الشيخ في الخلاف و ابن زهره فاشترطوا ذكره مطلقاً و فصل في المبسوط بين ما اذا كان في حمله مؤونه و بين غيره و مثله ابن حمزه(١).

اقول: و حيث ان الملاك في البطالين هو الغرر و لا غرر في عدم تعيين موضع التسليم وذلك لاقتضاء الاطلاق الانصراف إلى البلد الذي تم العقد فيه .

(و يجوز اشتراط السائغ في العقد)

فالمؤمنون عند شروطهم الا ما احل حراماً أو حرم حلالاً.

(ويجوز بيعه بعد حلوله على الغريم و غيره على كراهه)

كأن المصنف جمع بين الروايات التي يتوهم منها المنع و الروايات الظاهره في الجواز بالحمل على الكراهه , والاقوال في المسأله كالتالى:

١- الجواز مطلقاً بزياده عن الثمن أو نقصان و بجنس الثمن أم لا،ذهب اليه المفيد في بعض رسائله(٢) و سلار و ابن ادريس(٣).

ص: ٢٥٨

١- المختلف ج/٥ ص ١٧٧ و الخلاف ج/٣ ص ٢٠٢ و المبسوط ج/٢ ص ١٧٣ و الوسيله: ٢٤١ و النهايه ص ٣٩٥ و السرائر ج/٢ ص ٣١٧

٢- قاله المفيد في جواب مسائل الرملى لا فى المقنعه راجع النجعه/المتاجر ص ٢٥٣

٣- المراسم: ١٧٤ و السرائر ج/٢: ٣١٠

١- و المنع من بيعه بعد الاجل بجنس الثمن مع الزيادة ذهب اليه ابن الجنيد و ابن ابى عقيل و ابن البراج و ابن حمزه.

٢- و اما الحلبي فقال بمثل ذلك مع جواز بيعه على غير المستسلم بالاكثر من جنسه و غيره(١).

اقول: و التحقيق التفصيل بين تعذر المبيع و غيره فانه مع التعذر يفسخ البيع لان تعذره كاشف عن بطلانه من الاول هذا على ما تقضيه القاعده(٢) و اما النصوص فليس فيها ما يخالف القاعده بل هي باجمعها موافقه لها عدا روايه واحده و هي صحيحه ابن جعفر ففيها (سألته عن رجل له على اخر تمر أو شعير أو حنطه يأخذ بقيمته دراهم؟ قال اذا قومه دراهم فسد لان الاصل الذى يشتري (اشترى) به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم(٣) فهو باطلاقه الشامل لموارد التعذر و غيره يدل على مقاله المانعين .

ص: ٢٥٩

١- المختلف ج/٥ ص ١٦٨

٢- ألما انه ورد فى الصحيح عن ابن بكير عن الصادق (عليه السلام) جواز انتظار المشتري و عدم انفساخ البيع بل هو مخير بين اخذ رأس ماله او اهمال البايح حتى يؤدي ما عليه (الوسائل باب ١١ من السلف ح/١٤) ففيها (عن رجل اسلف فى شىء سلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها (ثمارها) و لم يستوف سلفه قال: فليأخذ رأس ماله او لينظره) و هي غير ظاهره فى تعذر ذلك على البايح و عليه فهى من مصاديق تعذر التسليم الذى يكون فيه الخيار للمشتري بين الفسخ و عدمه لا- من مصاديق انتفاء الموضوع الكاشف عن بطلان البيع فلا تنافى القاعده فلاحظ.

٣- الوسائل باب ١١ من السلف ح/١٢

قلت: لكن حينئذ تعارضها روايات عديدة مضافا الى ان علتها عليه من كون اصله دراهم فلا يصلح مع ان المدعى بيع المبيع من تمر أو شعير لا- شراء دراهم بثمان المبيع فالمعامله لم تقع على المثلين بل على الثمن فلا ينطبق عليها الربا لعدم وحده الجنس بينهما مع ان اطلاقه يمنع من بيع الدراهم و لو بمثلها و هو باطل بلا خلاف , و الروايات المعارضه هي: صحيحه ابان بن عثمان عن بعض اصحابنا عن الصادق (عليه السلام) و فيها « ولكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه قال لا بأس بذلك»^(١) و ارسالها مجبور بكونها من روايات ابن ابي عمير الذي هو من اصحاب الاجماع كما وان ابان من اصحاب الاجماع ايضاً و مثلها خبر ابن فضال^(٢) و خبر على بن محمد^(٣) فلو لم نقل بترجيحها عليها يتساقطان و المرجع عمومات الحل مضافاً الى ان النسبه بينهما بالعموم و الخصوص المطلق فصحيحه ابن جعفر اعم مطلقاً و هذه الاخبار اخص مطلقاً و القاعده تقتضى تخصيصها .

و قد يتوهم استفاضه الاخبار المانعه مثل صحيح الحلبي و صحيح ابن سنان و خبر سليمان بن خالد و صحيح الحلبي الاخر و صحيح محمد بن قيس و موثق ابن بكير و صحيح محمد بن قيس الاخر و صحيح ابن شعيب^(٤) و الجواب انها وردت فيما لو تعذر المسلم فيه و لم يكن ادائه مقدوراً للبايع و بعبارته اخرى موضوعها

ص: ٢٦٠

١- الوسائل باب ١١ من السلف ح ٥/

٢- الوسائل باب ١١ من السلف ح ٨/

٣- الوسائل باب ١١ من السلف ح ١١/ و سنده صحيح الى على وعلى بن محمد مشترك.

٤- الوسائل باب ١١ من السلف ح ١/ و ح ٢/ و ح ٣/ و ح ٧/ و ح ٩/ و ح ١٤/ و ح ١٥/ و ح ١٦/

التعذر فهي داله على ان الحكم هو اخذ رأس المال فقط بلا زياده عليه و قد قلنا ان هذا ما تقتضيه القاعده لانفساخ العقد بالتعذر وقت حلول الاجل لانه كاشف عن ان البيع انعقد على امر غير مقدور تسليمه و احد شرائط صحه البيع هي القدره هي التسليم و المفروض انها منتفیه فيبطل البيع و ما ذكرناه من التفصيل هو المفهوم من المفيد في المقنعه حيث انه بعد ان جوز الاخذ مطلقاً قال: «و اذا اسلف الانسان غيره مالا في متاع فجاء الاجل و لم يجد الا بعض ما اسلف فيه كان له اخذه بحساب السلف و اخذ الباقي من رأس ماله بغير زياده فيه»^(١)، هذا و في فرض عدم التعذر لو اراد الاخذ عروضاً جاز ايضاً كما في صحيح العيص بن القاسم عن أبي عبد الله ع قال: سألته عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطه حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دواب و متاعاً و رقيقاً يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه قال نعم يسمى كذا و كذا بكذا و كذا صاعاً^(٢). و هذه الروايه في فرض عدم التعذر بدليل عدم انفساخ البيع و انه ياخذ عروضاً في مقابل طعامه نعم الطعام غير موجود عند البايع لكنه قابل للتهياه .

وبقى حكم بيع السلف في المكيل و الموزون في صورته عدم التعذر فهل يجوز البيع قبل القبض مرابحه حتى بعد حلول الاجل ؟ فقول بعدم جواز بيع المكيل و الموزون قبل قبضه مرابحه و يجوز اذا كان توليه و هذا المعنى مضمون روايات

ص: ٢٤١

١- المقنعه ص ٥٩٦

٢- الوسائل باب ١١ من السلف ح/ ٦

معتبره مثل صحيحتي منصور بن حازم عن ابي عبد الله (عليه السلام): «إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا ان توليه فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه» (١) وغيرهما.

اقول: المسألة على خلاف القاعدة و من صغريات مسأله بيع المبيع قبل قبضه و النصوص بجواز بيعه مستفيضه مثل صحيح عبدالرحمن بن ابي عبدالله «قال: سألتُه عن رجلٍ عليه كُرٌّ من طعامٍ فاشترى كُرّاً من رجلٍ وقالَ للرجلِ انطلقْ فاسدِ توفٍ حَقَّكَ قالَ لِمَا يَأْسَ بِهِ» و صحيح الحلبي «قال: سألتُه عن الرجلِ يشتري الثمرة ثم يبيعها قبيل أن يأخذها قال لا بأس به إن وجد بها ربحاً فليبع» (٢) الا- انه يظهر من اخبار اخر عدم جواز بيعه و به افتى ابن ابي عقيل (٣) و بالكراهه افتى المفيد (٤) و الشيخ في النهايه و ابن البراج في الكامل و ذهب الشيخ في المبسوطين الى عدم الجواز في الطعام و به قال ابن البراج في المهذب و ابن حمزه (٥) الا ان اخبار الداله على المنع مختلفه ففي صحيح الحلبي الوارد في من يبيعه قبل ان يكال قال لا يصلح له ذلك (٦) و في صحيح ابن جعفر التفصيل بين التولية فالجواز و عدمها فالعدم (٧) و مثله

ص: ٢٦٢

- ١- ال وسائل ج ١٢: ٣٩٠ الباب ١٦ من أبواب احكام العقود الحديث ١٢ و ح ١
- ٢- الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام العقود ح/ ٢ و ح/ ٤ و غيرهما مثل ح/ ٣ و ح/ ١٩
- ٣- النجعه؛ ج ٧، ص ٣٢٣
- ٤- الحدائق الناضره ١٩: ١٦٨
- ٥- الوسائل باب ١٦ من العقود ح/ ٥
- ٦- النجعه المتاجر ص ٣٢٣
- ٧- الوسائل باب ١٦ من العقود ح/ ٩

غيره (١) و في صحيح محمد بن قيس تعميم عدم الجواز لمن احتكر طعاماً أو علفاً (٢) و في موثق سماعه التفصيل عند عدم القبض فلا يجوز ان لم معه شريك و الجواز بيعه على الشريك بربح أو توليه (٣).

و هذه الاخبار مع معارضتها لتلك الاخبار المتقدمه مخالفه لعموم القرآن و موافقه للعامه على ما حكى (٤) و نقلوه في اخبارهم كما روى النسائي عن ضرار بن حكيم بن حزام من قوله فاردت بيعه فسألت النبي صلى الله عليه واله فقال لا تبعه حتى تقبضه (٥) و قد رواه الوسائل عن مجالس ابن الشيخ عن العامه (٦) و بذلك يظهر الاشكال حتى على القول بالكراهه لعدم الوثوق بها و قد جمع البعض بينهما بالحمل على الكراهه و بشهاده خبر ابى بصير الظاهر فى الكراهه لان الامام (عليه السلام) عبر بانه لا يعجبني (٧) لكنه ضعيف السند و عليه فلا يمكن ان يكون شاهدا للكراهه.

ص: ٢٦٣

- ١- الوسائل باب ١٦ من العقود ح ١٦/ ح ١٨/ ح ١١/ ح ١٤/ ح ١٣/
- ٢- الوسائل باب ١٦ من العقود ح ١٧/
- ٣- الوسائل باب ١٦ من العقود ح ١٥/
- ٤- النجعه ص ١٥٤ المتاجر
- ٥- النجعه ص ١٥٤ المتاجر عن سنن النسائي باب بيع الطعام قبل ان يستوفى.
- ٦- الوسائل باب ١٦ من العقود ح ٢١/ لا يخفى ان الصحيح فى سنده هو: عن حزام بن حكيم عن ابيه.
- ٧- وسائل الشيعه ١٢: ٣٩٠ الباب ١٦ من أبواب احكام العقود ح ١٦

و بقى انه هل يجوز بيعه قبل حلول اجله؟ فقد ادعى فى الجواهر ان الدليل على المنع منه هو الاجماع المحكى فى التنقيح و ظاهر الغنيه و جامع المقاصد و غيرها(١) و نقل عن ابن حمزه الجواز ثم رده بالاجماع المحكى اقول: لا- يخفى ضعف هذه الاجماع المحكيه فى الخروج عن عمومات الحل و وجوب الوفاء بالعقود نعم لو ثبتت شهره القول به بين المتقدمين بحيث تكون كاشفه عن ثبوت الحكم فى عصر الائمة عليهم السلام فهو و آلا فلا هذا لو لم يحتمل ان مستندهم فى ذلك هو ما دل المنع بعد حلول الاجل كما هو المفهوم من عبارته المبسوط حيث قال فى ضمن كلامه: لان بيع المسلم فيه لا يجوز قبل القبض سواء باعه من المسلم اليه أو من الاجنبى اجماعاً و مثله استدل ابن البراج فى المهذب(٢) و قد تقدم الاشكال انفا فى ما دل على عدم جواز بيع ما لم يقبض فاذا كان المستند هو كونه مما لم يقبض فمن المحتمل ان اجماعهم مستند الى هذه العلة فهو محتمل المدركيه و لا يصح الاستناد اليه حينئذ مضافا الى ان اطلاق صحيح الحلبي المتقدم دال على الجواز .

(و اذا دفع فوق الصفة و جب القبول و دونها لا يجب قبوله)

ص: ٢٦٤

١- الجواهر ج/ ٢٤ ص ٣٢٠

٢- النجعه: المتاجر: ٢٥٣

اما ما كان من دون الصفه فواضح واما كان فوقها فقد ذهب ابن الجنيد الى عدم وجوب القبول لان ذلك ليس له (١) و بعبارة اخرى ان العقد لم يقع عليها و عليه فله عدم القبول و اجابه في المختلف بانه زاده خيرا .

اقول: الّا انه لا دليل على وجوب قبول هذه الزيادة فالذى تقتضيه القاعده هو عدم وجوب القبول و يشهد له ايضاً ظاهر صحيح الحلبي ففيه: (ثم يعطى دون شرطه أو فوجه فقال اذا كان عن طيبه نفس منك و منه فلا بأس (٢)) و مثله غيره (٣) و لعل ابن الجنيد اليهما استند .

(و لو رضى به) اى الادون (لزم)

كما يشهد له صحيح الحلبي المتقدم و غيره .

(و لو انقطع عند الحلول تخير بين الفسخ و بين الصبر الى ان يحصل)

الذى تقتضيه القاعده عند تعذر التسليم هو ثبوت الخيار بالفسخ او الامضاء و اما عند التعذر بانتفاء الموضوع فالقاعده فيه هي البطلان و انفساخ العقد لأنه كاشف عن عدم تواجده لشرط الصحة و على تعذر التسليم يحمل ما فى الصحيح عن ابى بكير المتقدم ففيه: (فذهب زمانها «ثمارها» و لم يستوف سلفه قال: فليأخذ رأس ماله أو لينظره) (٤) الظاهر فى عدم انتفاء الموضوع بل انه كان موجوداً و لكن

ص: ٢٤٥

١- مختلف الشيعة ج/٥ ص ١٨١

٢- الوسائل باب ٩ من السلف ح/١

٣- الوسائل باب ٩ من السلف ح/٢

٤- الوسائل باب ١١ من السلف ح/١٤

المشترى لم يستوف حقه حتى ذهب زمانها او ثمارها فهو ظاهر فى تعذر التسليم وقد اجاب الامام (عليه السلام) بالتخير بين الفسخ و بين الصبر و عدم الفسخ خلافاً للشيخ فى الخلاف و ابن ادريس حيث قالاً بوجوب الصبر عليه لا غير(١) و هل يجوز له اخذ البديل بالزام لمشترى ببدله قيمهٔ قيل بذلك(٢). و يرد ان تعذر التسليم يوجب له الخيار لا- الزام البايع بقيمه المتعذر فان الاخذ بالقيمه معامله جديده تستدعى رضا الطرفين و هى هنا مفقوده مضافاً لصحيح ابن بكير المتقدم الدال على التخير بين الفسخ و الصبر الى ان يحصل المبيع لا- غير فسكوته عن اخذ البديل و هو فى مقام البيان و الجواب عن السؤال ظاهر فى نفى وجوب البديه.

و لا يجوز الفسخ بزياده على الثمن أو نقصان و ذلك لانه مقتضى الفسخ الموجب لرجوع العوضين إلى حالتها الاولى مضافا الى ان موثقه ابن بكير السابقه داله على ذلك أيضا و مضافا الى صحيحه محمد بن قيس عن ابى جعفر (عليه السلام): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أعطى رجلا ورقا فى وصيف إلى أجل مسمى فقال له صاحبه: لا نجد لك وصيفا، خذ منى قيمه وصيفك اليوم ورقا، قال: فقال: لا يأخذ الا وصيفه أو ورقه الذى أعطاه اول مره لا يزداد عليه شيئا»(٣).

ص: ٢٦٦

١- المختلف ج/٥ ص النجعه المتاجر ص ٢٥٦

٢- الروضه البهيه ج/١ باب السلم

٣- وسائل الشيعه ١٣: ٧٠ الباب ١١ من أبواب السلف الحديث ٩

هذا ويجوز التراضي على شىء آخر كما هو مقتضى القاعده لرجوع ذلك إلى معامله جديده اتفقا عليها , مضافا الى ان موثقه يعقوب بن شعيب: «سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع طعاما بدراهم فلما بلغ ذلك الاجل تقاضاه فقال: ليس عندي دراهم خذ منى طعاما، قال: لا بأس انما له دراهمه يأخذ بها ما شاء»^(١) و غيرها قد دلت على ذلك أيضا .

حصيله البحث:

لا بدّ من قبض الثمن قبل التفريق في بيع السلف و لا تجوز المحاسبه من دينٍ عليه سواء اشترط ذلك في العقد ام لم يشترط لأنه بيع دينٍ بدينٍ و لا بد من تقديره بالكيل أو بالوزن المعلومين أو بالعدد مع قلّه التفاوت و تعيين الأجل المحروس من التفاوت، و الأقرب جوازه حالاً مع عموم الوجود عند العقد و لا بدّ من كونه عام الوجود عند رأس الأجل إذا شرط الأجل و الشهور تحمل على المتعارف في ذلك البلد، و لو شرط تأجيل بعض الثمن صح في المقبوض فقط، و لو شرط موضع التسليم لزم و إلا اقتضى موضع العقد. و يجوز اشتراط السائغ في العقد و يجوز بيعه بعد حلوله على الغريم و غيره اذا لم يكن المبيع متعذرا و إلا كان البيع باطلاً من اصله، و إذا دفع فوق الصّيفه و جب القبول و دونها لا تجب، و لو رضى به لزم، و لو تعذر تسليمه عند الحلول تخير المشتري بين الفسخ و الصبر هذا اذا لم

ص: ٢٤٧

يكن المبيع متعذراً و إلا كان البيع باطلاً من أصله. و لا يجوز الفسخ بزيادة على الثمن أو نقصان، نعم يجوز التراضي على شىء آخر لأنه معامله جديدة .

(الفصل السابع فى اقسام البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن و عدمه)

وهى (اربعه: احدها المساومه و هى البيع بما يتفقان عليه و هى افضل الاقسام)

كما ورد ذلك فى صحيح الحلبي (١) و غيره (٢).

(و ثانيهما: المرابحه)

و قد نطقت النصوص (٣) بجوازها مضافاً للعمومات .

(و يشترط فيها العلم بقدر الثمن و الربح و المؤن) دفعاً للضرر.

(و يجب على البايع الصدق فى الثمن و المؤن)

بعد بناء المشتري فى تعيين قيمه على اساس الربح بالنسبه للثمن و المؤن سابقاً فلم يعط المشتري الثمن مطلقاً بل يعطيه مبنياً على اساس ثمنه السابق كذا وكذا فلا بد من صدق البايع .

ص: ٢٤٨

١- الوسائل باب ١٤ من ابواب احكام العقود ح/١

٢- المصدر السابق احاديث الباب

٣- الوسائل باب ١٢ و ١٣ من احكام العقود

(فان لم يحدث فيه زياده قال اشتريته او هو على او تقوم على بكذا و ان زاد بفعل اخبر بالواقع و ان زاد باستيجاره يقول تقوم على بكذا لا اشتريت به الا ان يقول و استأجرت بكذا)

كل ذلك مما تقتضيه القواعد .

(و ان طرء عيبه وجب ذكره و ان اخذ أرشاً أسقطه)

كما يشهد له صحيح اسماعيل الوارد في وضع صرف الدراهم و انه هل يجب ذكر وضعه صرف الدراهم فقال (عليه السلام) (اذا كانت المربحه فأخبره بذلك و ان كانت مساومه فلا بأس) (١) و هو واضح الدلاله في لزوم ذكر كل ما له دخل بالثمن من وضعه او غيرها كالعيب و الأرش .

(و لا يقوم ابعاض الجملة)

من دون اخبار كما في صحيح محمد بن مسلم ففيه انه (عليه السلام) قال: (لا حتى يبين له أنه انما قومه) (٢) و مثله غيره (٣) و دلالتة واضحه بأنه لا يجوز الاخبار بالشراء و انما يخبر بالتقويم و بذلك افتى الشيخ في النهايه و مثله ابن ادريس جاعلاً ذلك خروجاً عن بيع المربحه (٤) خلافاً لابن الجنيد و ابن البراج حيث جوزا المربحه مع

ص: ٢٤٩

-
- ١- الوسائل باب ٢٤ من ابواب احكام العقود ح/١
 - ٢- الوسائل باب ٢٤ من ابواب احكام العقود ح/١
 - ٣- الوسائل باب ٢٤ من ابواب احكام العقود ح/٢ و ح/٣
 - ٤- المختلف ج/٥ ص ١٨٧ و النهايه ص ٣٩١ و السرائر ج/٢ ص ٢٩٢.

عدم الاخبار بالتقويم فى متساوى الاجزاء(١) و ليس بصحيح بعد منع النص الصحيح عنه فلا اجتهاد مقابل النص الا ان يدعى انصراف النص عنه و هو بعيد.

(و لو ظهر كذبه او غلطه تخير المشتري)

كما هو قول الشيخ فى الخلاف(٢) معتبراً ذلك من مصاديق العيب باعتبار نقصان الثمن عما قال و عليه فله الخيار و نسبه الى القيل فى المبسوط و قد قال فيه بعدم الخيار و انه ينقص الثمن لا غير ثم نقل قولاً بالخيار على فرض انه ليس بعيب بدليل خيانتة فلا يؤمن بالقول الذى رجع اليه خائناً(٣).

اقول: و الذى تقتضيه القاعده هو الصحه باعتبار ان المعامله وقعت مرابحه على ثمنه الحقيقى و انما حصل الخطأ فى التطبيق و بعباره اخرى وقع البيع على رأس المال و زياده و هو مقتضى المؤمنون عند شروطهم و يؤيد ذلك انه لو ظهر كذبه او غلطه فى النقد و النسيئه بأن كان البايع قد اشتراه بدينار نسيئه ثم باع بدينار و زياده مرابحه نقداً فقد قال ابن الجنيده و ابن البراج و ابن حمزه و الشيخ فى النهايه بأن للمشتري مثل الأجل الذى كان للبايع(٤) و به افتى الصدوق و الكلينى و يشهد لذلك صحيح هشام بن الحكم ففیه (و ان باعه مرابحه و لم يخبره كان للذى

ص: ٢٧٠

١- المختلف ج/ ٥ ص ١٨٧ و ص ١٩٥.

٢- الخلاف ج/ ٣ ص ١٣٧

٣- المبسوط ج/ ٢ ص ١٤٢.

٤- المختلف ج/ ٥ ص ١٨٨ و النهايه ص ٣٨٩ و الوسيله ص ٢٤٣

اشتراه من الأجل مثل ذلك (١) و غيره (٢) أما ان الشيخ في المبسوط و الخلاف قال: كان بالخيار بين ان يقبضه بالثمن حالاً و يردّه بالعيب لانه تدليس و به قال ابن ادريس (٣) و لا يخفى ضعفه خصوصاً و انه قد ورد النص بصحته و ان للمشتري من الاجل كما للبايع .

(و لا يجوز الاخبار بما اشتراه من غلامه او ولده او غيرهما حيله لأنه خديعه)

عرفاً مضافاً الى انصراف الشراء الى غير ذلك حيث ان الشرط بينهما شراؤه الطبيعي و لا تدليس و عليه فالمؤمنون عند شروطهم فلا يجوز له ذلك. (نعم لو اشتراه من غير سابقه بيع جاز)

لخروجه عن الفرض السابق .

(و لا- يجوز) الاخبار (بما قوم عليه التاجر) على أن يكون له الزايد - على ما قوم التاجر للدلال بان يقول التاجر بعه بألف درهم مثلاً و لو بعته بأزيد منه فالزائد على الالف لك - من غير أن يعقد معه البيع لأنه كاذب في إخباره إذ مجرد التقويم لا يوجبه فلا يجوز و يشهد له ايضاً معتبر الكنانى و سماعه فقيه: (و لكن لا يبيعهم مرابحه) (٤).

ص: ٢٧١

١- الوسائل باب ٢٥ من احكام العقود ح/ ٢/

٢- الوسائل باب ٢٥ من احكام العقود ح/ ١/ و ح/ ٣/

٣- المبسوط ج/ ٢/ ص ١٤٢ و الخلاف ج/ ٣/ ص ١٣٥ و السرائر ج/ ٢/ ص ١٢٩

٤- الوسائل باب ١٠ من احكام العقود ح/ ٣/

(و الثمن) على تقدير بيعه كذلك (له) أى للتاجر (و للدلال الأجره) عند المصنف لأنه عمل عملا- له أجره عادة فإذا فات المشترط رجع إلى الأجره لاحترام عمل المسلم و لا فرق فى ذلك بين ابتداء التاجر له به قال فى الجواهر: (للاصل أذ ليس هو الأ وعداً و لا يجب الوفاء به ضروره فساد كونه اجاره و جعله للجها له و عدم ملك الزيادة حال القول و لأنها يبيع الدلال انتقلت الى التاجر باعتبار كونها عوض ملكه و لا مقتضى للانتقال عنه أأ القول الاول الذى لم يثبت كونه ناقلاً لمثلها كما انه لم يثبت كونه مقتضياً لانتقالها الى الدلال من اول الامر بل الثابت من قاعده تبعيه ملك الثمن للثمن خلافه(1).

اقول: مقتضى القاعده هو كونه جعله تضمنت عوضاً مجهولاً و السيره العقلانيه لا ترى فى ذلك خطراً و لا ضرراً فان الجهاله المانع من صحه العقود هى ما ترجع الى الغرر الذى هو بمعنى الخطر لا مطلق الجهاله مضافاً الى النصوص الصحيحه الوارده فى امضاء هذه المعامله كما فى صحيح زراره و صحيح(2) محمد بن مسلم(3) و غيرهما(4) و لا يعارضها شىء عدا ما قد يتوهم من انه صلى الله عليه و اله نهى عن ربح ما لم يضمن(5) و هو غير واضح فلم يعلم ان المراد منه جهاله الربح و بذلك

ص: ٢٧٢

١- الجواهر ج/ ٢٣ ص ٣٢٣

٢- الوسائل باب ١٠ من احكام العقود ح/ ٢

٣- الوسائل باب ١٠ من احكام العقود ح/ ١

٤- الوسائل باب ١٠ من احكام العقود ح/ ٣ و ح/ ٤

٥- الوسائل باب ١٠ من احكام العقود ح/ ٥ و ح/ ٦ و ح/ ٨

افتي الشيخان و ابن البراج(١) و الصدوق و الكليني , و انما رده ابن ادريس(٢) مستدلاً بما استدل به الجواهر و قد عرفت ضعفه و انها معامله عقلائييه و قد امضاها الاسلام هذا و قد جاء التفصيل في كلام المفيد و الشيخ بين ما تقدم من توافق التاجر و الدلال على قيمه و الزيادة للدلال و بين ما لو قال الدلال للتاجر اخبرني بثمانه و اربح عليه فيه شيئاً لأبيعه فقالا في الصورة الثانيه يكون الربح جميعه للتاجر و استدل لهما العلامه في المختلف من عدم كونها جعاله و كأنه حمل قولهما على عدم توافقهما على ذلك و انما هو مجرد طلب كان من الدلال .

اقول: و لا ياباه كلامهما و ذكر الشيخ ان للدلال اجره المثل و لم يقل المفيد شيئاً و هو الصحيح فانه اذا لم تكن هنالك معامله و جعاله بين الدلال و التاجر فلا شيء للدلال الا اذا كان هنالك عرف و شرط ارتكازي يقتضى ان للدلال ذلك العمل و تلك الاجره فهو.

(و ثالثها: المواضعه و هي كالمرابحه في الاحكام الا انها بنقيصه معلومه) هذا هو مقتضى القاعده هو فرق بينها و بين المرابحه من حيث الاحكام و يشهد لاصلها خبر علي بن جعفر(٣).

ثم ان الشيخ في الخلاف قال: «اذا قال بعتك - بمائه - بمواضعه العشره درهم اختلف الناس فيها فقال ابو حنيفه و الشافعي الثمن تسعون و عشرون اجزاء من

ص: ٢٧٣

١- المختلف ج/٥ ص ١٩٠ و المقنعه ص ٦٠٥ و النهايه: ص ٣٨٩

٢- السرائر ج/٢ ص ٢٩٣

٣- الوسائل باب ١٦ من احكام العقود ح/٢٣

احد عشر جزءاً من درهم و قال ابو ثور: الثمن تسعون»(١) و قد قال في المبسوط يكون الثمن تسعين(٢) و هو الصحيح حيث ان العرف لا يفهم اكثر من ذلك فلا معنى لان يقال كانت المواضعه من خارج المائه فكذا أو من داخلها فكذا نعم لو كان كلام المتتابعين مبنى على التدقيقات الادبيه و الحساويه صح توجيه هذه الفروع .

(ورابعها: التولية و هى الاعطاء برأس المال)

و هى كسابقيها لا اشكال فيها و احكامها كاحكامها.

(و التشريك جائز بان يقول: شركتك بنصفه و هو فى الحقيقه بيع الجزء المشاع برأس المال)

و حيث لا يشترط فى العقود لفظ خاص فتتعقد بكل لفظ مفهم كما تقدم تحقيقه.

حصيله البحث:

المساومه و هى البيع بما يتفقان عليه و هى افضل الاقسام. و المرابحه و يشترط فيها العلم بقدر الثمن و الربح، و يجب على البائع الصّدق فإن لم يحدث فيه زياده قال: اشتريته أو هو على أو تقوم، و إن زاد بفعله أخبر و باستجاره ضمّه فيقول: تقوم على، لا اشتريت، إلا أن يقول: أو استأجرت بكذا. و إن طرأ عيبٌ و جب ذكره، و إن أخذ أرشاً أسقطه، و لا يقوم أبعاض الجملة و لو ظهر كذبه أو غلظه

ص: ٢٧٤

١- المختلف ج/ ٥/ ص ١٩٥

٢- المختلف ج/ ٥/ ص ١٩٥

تخيّر المشتري، و لا- يجوز الإخبار بما اشتراه من غلامه أو ولده حيله لأنه خديعه، نعم لو اشتراه ابتداءً من غير سابقه بيع عليهما جاز. و لا الإخبار بما قوّم عليه التاجر على أن يكون له الزايد على ما قوّم التاجر للدلال بان يقول التاجر بعه بألف درهم مثلاً و لو بعته بأزيد منه فالزائد على الألف لك، و الثمن بما قوم على الدلال على تقدير بيعه كذلك للتاجر والباقي للدلال حسب توافقهما. و المواضعه و هي كالمراجه فى الأحكام إلا أنها بنقيصه معلومه. و التولية و هي الإعطاء برأس المال، و التشارك جائز و هو أن يقول: شركتك بنصفه بنسبه ما اشتريت، مع علمهما و هي فى الحقيقة بيع الجزء المشاع برأس المال.

(الفصل الثامن فى الربا)

إشارة

أقول: حرمه الربا من ضروريات الدين و قد دلّ عليها الكتاب الكريم فى أكثر من موضع، كقوله تعالى: {الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ... وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا} (١) ربا أيها الذين آمنوا اتقوا الله

ص: ٢٧٥

١- البقره: ٢٧٥

وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ { (١).

(ومورده المتجانسان اذا قدرا بالكيل أو الوزن و زاد احدهما و الدرهم منه اعظم من سبعين زينه بذات محرم)

كما فى صحيحه هشام بن سالم عن أبى عبد الله (عليه السلام): «درهم ربا أشد من سبعين زنيه كلها بذات محرم» (٢).

و الاخبار فى التنديد بالربا مستفيضه فى موثق عبد الله بن بكير: «بلغ أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل انه كان يأكل الربا و يسميه اللبأ (٣) فقال: لئن أمكننى الله منه لأضربن عنقه» (٤).

و الربا على قسمين: ربا المعامله و ربا القرض .

ص: ٢٧٦

١- البقره: ٢٧٨ - ٢٧٩

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٤٢٣ الباب ١ من أبواب الربا الحديث ١

٣- اللبأ بكسر اللام و فتح الباء و الهمزه بعدها: أول لبن الام. و المقصود المبالغه فى حليته بالتشبيه بأول لبن الام .

٤- وسائل الشيعه ١٢: ٤٢٩ الباب ٢ من أبواب الربا الحديث ١

و البحث هنا فى ربا المعامله و ذلك فيما إذا بيع أحد المتّحدين جنسا بالآخر مع زياده أحدهما و افتراض كونهما من المكيل أو الموزون، فشرط تحقّقه فى البيع على هذا ثلاثه , واما الدليل عليها فكالآلى:

١- اما شرط الزيادة فى احد الطرفين فواضح لتقوّم مفهوم الربا بذلك لغه إذ هو عبارته عن الزيادة.

و اما الشرطان الآخران فقد دلّت عليهما روايات كثيره كما فى صحيح زراره(١) و غيره(٢) فى اعتبار الكيل و الوزن و يدل عليه ايضاً مفهوم صحيح محمد بن مسلم (إذا اختلف الشيطان فلا بأس مثلين بمثل يدأ بيد(٣) و كما ان مورد النصوص المعتمبره هو ما كان من جنس واحد مضافاً لصحيح هشام بن سالم الدال على المنع من بيع الحنطه بالشعير لان اصل الشعير من الحنطه(٤).

و قد جمعت الشروط الثلاثه موثقه منصور بن حازم عن أبى عبد الله (عليه السلام): «سألته عن البيضه بالبيضتين، قال: لا بأس به، و الثوب بالثوبين، قال: لا بأس به، و الفرس

ص: ٢٧٧

١- الوسائل باب ٦ من الربا ح/١

٢- الوسائل باب ٦ من الربا ح/١

٣- الوسائل باب ٨ من الربا ح/١

٤- الوسائل باب ٩ من الربا ح/١

بالفرسين، فقال: لا بأس به. ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال و لا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد»(١).

ثم ان المراد من الزيادة ما يعم الزيادة العينيه والحكميه - كبيع أحد المتماثلين مع اشتراط كنس المسجد أو كون احدهما نقدا و الآخر نسيئه - ام تختص الزيادة بالعينيه دون الحكميه؟

و قد استدل للاول بالوجوه التاليه:

١- التمسك بالإجماع المدعى فى المسأله.

واجيب بان الاجماع لو ثبت و غض النظر عن نسبه الخلاف إلى ابن ادريس فهو محتمل المدرك، و معه لا- يمكن الجزم بكاشفيته عن رأى الامام (عليه السلام).

٢- التمسك بما دلّ على اعتبار المماثله و عدم الزيادة، كصحيحه محمد بن مسلم و زواره عن أبى جعفر (عليه السلام): «الحنطه بالدقيق مثلا بمثل، و السويق بالسويق مثلا بمثل، و الشعير بالحنطه مثلا بمثل لا بأس به»(٢).

و صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله (عليه السلام): «الفضه بالفضه مثلا بمثل، و الذهب بالذهب مثلا بمثل ليس فيه زياده و لا نقصان الزائد و المستزيد فى النار»(٣).

ص: ٢٧٨

١- وسائل الشيعه ١٢: ٤٤٨ الباب ١٦ من أبواب الربا الحديث ٣

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٤٤٠ الباب ٩ من أبواب الربا الحديث ٢

٣- وسائل الشيعه ١٢: ٤٥٦ الباب ١ من أبواب الصرف الحديث ١

و صحیحہ الولید بن صبیح: «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام): الذهب بالذهب، و الفضة بالفضة الفضل بينهما هو الربا المنكر هو الربا المنكر» (١).

و تقرب الدلالة: انه مع الزيادة و لو حكميه يصدق الفضل بينهما و لا يصدق البيع مثلا بمثل.

واجيب بان ظاهر المثليه هو المماثلة في القدر لا من جميع الجهات. و هكذا ظاهر الفضل هو الفضل من حيث القدر.

٣- التمسك بروايه خالد بن الحجاج: «سألته عن الرجل كان لى عليه مائه درهم عددا قضانيها مائه وزنا، قال: لا بأس ما لم تشتط، قال: و قال: جاء الربا من قبل الشروط انما يفسده الشروط» (٢). فانها تدل بالاطلاق على ان الشرط و لو كان بنحو الزيادة الحكميه موجب لها.

واجيب بان روايه خالد ضعيفه سندا به- لعدم توثيقه و ان كان اخوه يحيى الراوى عنه قد وثقه النجاشى- و دلالة لاختصاص موردها بالقرض.

ص: ٢٧٩

١- وسائل الشيعة ١٢: ٤٥٧ الباب ١ من أبواب الصرف الحديث ٢

٢- وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٦ الباب ١٢ من أبواب الصرف الحديث ١

هذا كله مضافا إلى كون الروايه مضمرة، و على المسلك القائل بعدم حجيه المضمرات إلا إذا كان المضمّر من اجلاء الاصحاب الذين لا تليق بهم الروايه عن غير المعصوم (عليه السلام) يشكل العمل بها لان خالد ليس كذلك.

اقول: ما قاله من اختصاص موردها بالقرض فصحيح من حيث مورد الروايه لكنه ليس بصحيح من عدم شموله للبيع وذلك لان الروايه دلت على عدم جواز الشرط لا- من جهه كون المورد قرضا بل من جهه تحقق الربا يعنى الزيادة اذن الروايه صريحه فى تحقق الربا من جهه الزيادة الحكيمه هذا من حيث الدلاله واما من حيث السند فتمسك فى حرمه الزيادة الشرطيه بصحيح الحلبى عن أبى عبد الله ع قال: إِذَا أَقْرَضْتَ الدَّرَاهِمَ ثُمَّ أَتَاكَ بِخَيْرٍ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَكُمَا شَرْطٌ»^(١) فالصحيح عدم الفرق بين الزيادة العينيه والحكميه .

(و ضابط الجنس هنا ما دخل تحت اللفظ الخاص فالتمر جنس و الزبيب جنس و الحنظه و الشعير جنس واحد فى المشهور)

ذهب الى اتحادهما الشيخان و سلار و ابن زهره و ابو الصلاح و ابن البراج و ابن حمزه^(٢) و الصدوق^(٣) و الكلينى و الروايات به مستفيضه كما فى صحيح هشام بن سالم المتقدم و صحيح عبدالرحمن و صحيح ابى بصير و صحيحى الحلبى و

ص: ٢٨٠

١- وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٦ الباب ١٢ من أبواب الصرف الحديث ٣

٢- المختلف ج/٥ ص ١١٩

٣- الفقيه ج/٣ ص ١٧٨ ح/٨٠٣

موثق سماعه و صحيح محمد بن قيس و غيرها(١) خلافاً لابن الجنيدي و ابن ابي عقيل و ابن ادريس(٢) كما و ان الشيخ تردد فيه في المبسوط(٣) و ادعى ابن ادريس الاجماع و انه لم يخالف في ذلك الا الشيخان و من قلدهما و انهما مختلفان حساً و نطقاً و انه لا خلاف بين اهل اللغة و اللسان العربي في ذلك و ان الاخبار الواردة في اتحادهما من الاحاد و هي ليست بحجه .

اقول: و كل ما استدل به كما ترى فلم يوافقه الا القديمان و الكل قالوا باتحادهما فاين الاجماع؟ و الاخبار مستفيضه جداً وليست من الاحاد التي لا- توجب العلم و اللغة لا- يصار اليها مع وجود الدليل و اما الخبر الذي استند اليه (اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم)(٤) فعامى ضعيف .

(و اللحوم تابعه للحيوان)

فلحم الغنم غير لحم البقر و هكذا الا ان المعروف ان الضأن و المعز جنس واحد كالبقرة و الجاموس و كالأبل البخاتي و العربي و ذلك لدخول الاولين تحت عنوان الغنم و ما بعدهما تحت عنوان البقر و الاخيرين تحت عنوان الأبل.

حصيله البحث:

ص: ٢٨١

١- الوسائل باب ٨ من الربا و الاحاديث بالترتيب ح/٢ و ح/٣ و ح/٤ و ح/٥ و ح/٦ و ح/٧ و ح/٨

٢- المختلف ج/٥ ص ١١٩ و السرائر ج/٢ ص ٢٥٥ و ص ٢٥٤

٣- النجعه ص ٢٦٩ المتاجر.

٤- اورده الشيخ في الخلاف ٣:٧٢ في ذيل مسأله ١٢١ و القربطى في تفسيره ١٠: ٨٦ و ابن قدامه في الشرح الكبير ٤: ١٦٥.

ربا المعامله: مورده المتجانسان إذا قَدِّرا بالكيل أو الوزن و زاد أحدهما و المراد من الزيادة ما يعم الزيادة العينيه والحكميه كيبيع أحد المتماثلين مع اشتراط كنس المسجد أو كون احدهما نقدا و الآخر نسيئه، و ضابط الجنس ما دخل تحت اللفظ الخاص، فالتمر جنسٌ و الزيت جنسٌ و الحنطه و الشعير جنسٌ، و اللّحوم تابعهٌ للحيوان و الضأن و المعز جنس واحد كالبقرة و الجاموس و كالابل البخاتي و العربي.

لا ربا في المعدود و لا بين الوالد و ولده...

(و لا ربا في المعدود) كما تقدم الكلام فيه مفصلاً في آداب البيع .

(و لا بين الوالد و ولده)

قال في المختلف: ذهب اليه علماءنا غير ان ابن الجنييد فصل فقال: لا ربا بين الوالد و ولده اذا اخذ الوالد الفضل الا ان يكون له وارث أو عليه دين(١)، و نقل عن المرتضى تأويله لنفي الربا بين الوالد و الولد ثم عدوله بعد ذلك عنه و من جمله ما قال: (ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب لاني وجدت اصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرناه - يعنى الوالد و الولد و الزوج و زوجته- و غير مختلفين فيه في وقت من الاوقات واجماع هذه الطائفة قد ثبت انه حجه و يخص بمثله ظواهر القرآن)(٢) و يشهد للعدم ما رواه الثلاثة عن عمرو بن جميع

ص: ٢٨٢

١- المختلف ج/٥ ص ١١٠

٢- المختلف ج/٥ ص ١١١.

(ليس بين الرجل وولده ربا وليس بين السيد وعبده ربا)(١) و خبر زراره و محمد بن مسلم(٢) و بعد هذا فلا اشكال فى الحكم و اما تفصيل ابن الجنيد فمع اجماله لا شاهد له.

(ولا بين الزوج و زوجته)

للاجماع المتقدم مضافاً لمرفوع الصدوق(٣) و خبر زراره(٤) و لم يخالف هنا احد الا المرتضى فى كلامه السابق و قد رجع عنه.

(ولا بين المسلم و الحربى اذا اخذ المسلم الفضل)

و به افتى الصدوق و ابن ادريس و ابن البراج و يشهد له خبر عمرو بن جميع(٥) الا ان خبر زراره المتقدم دال على العدم و حمله الشيخ فى احد محامله على ان المراد لا يجوز ان يأخذوا منا الفضل .

اقول: ان خبر زراره دال على ثبوت الربا مع المشركين بالاطلاق و خبر ابن جميع اخص فتعارضهما بالاطلاق و التقييد و الجمع العرفى بينهما بحمل المطلق على المقيد.

ص: ٢٨٣

١- الوسائل باب ٧ من الربا ح/١

٢- الوسائل باب ٧ من الربا ح/٣ و ح/٤ و قد وصفهما الجواهر انهما صحيحان سنداً الا انه فيه يس الضرير و هو لم يوثق.

٣- الوسائل باب ٧ من الربا ح/٥

٤- المصدر السابق ح/٣

٥- المصدر السابق ح/٢

هذا و كان على المصنف استثناء العبد وسيده كما ورد استثناءؤه فى خبر ابن جميع و خبر زراره و صحيح ابن جعفر(١) كما هو مقتضى القاعده , هذا فى العبد المختص دون المشترك فانه يثبت معه الربا كما قاله ابن الجنيد(٢) لعدم شمول الدليل له الا انه عمم الحكم للمأذون و ان كان مختصاً اذا كان قد اذان مالا و لا شاهد له.

(و يثبت بينه و بين الذمى)

اختاره الشيخ و ابن ادريس و ابن البراج و ابن حمزه و فصل ابن الجنيد بانه لا يجوز اخذ الربا منهم فى دار الاسلام لا دار الكفر و عن المفيد و المرتضى و الصدوقين انه لا يثبت الربا و اطلقوا الحكم و يشهد لهم المرفوع المتقدم(٣) مضافاً لدعوى المرتضى عليه الاجماع لكن يعارضه خبر زراره المتقدم كما وان الاجماع لم يثبت فلاقوى عدم الجواز.

(ولا) يثبت الربا (فى القسمه)

لانها معامله مستقلة فى تقسيم و افراز الحقين أو الحقوق و ليست بيعاً و على فرض الشك فى كونها بيعاً فالاصل العدم فلا يشملها احكام البيع و منها حصول الربا نعم من جعلها بيعاً مطلقاً أو مع اشتمالها على الرد يثبت فيها الربا.

ص: ٢٨٤

١- المصدر السابق ح/٦

٢- المختلف ج/٥ ص ١١٤.

٣- الوسائل باب ٧ من الربا ح/٥.

(و لا يضر عقد التبن و الزوان)

فى الحنطه مثلا كما قاله الشىخ فى الخلاف و المبسوط(١) لعد العرف لهما مثلين و ان اشتمل احدهما أو كلاهما على ذلك .

احكام خاصه بالربا

(و يتخلص منه) اى الربا (بالضميمه الى الناقص أو اليهما)

كما فى صحيح ابن الحجاج(٢) و غيره(٣).

(و يجوز بيع مد عجوه و درهم بمدين أو درهمين بمدين و درهمين و امداد و دراهم و يصرف كل الى مخالفه)

و الحاصل انه يتخلص من الربا بضم غير الجنس إلى الطرف الناقص - كبيع كيلوين من الارز بكيلو من الارز و كيلو من العدس - او بضم غير الجنس إلى كل من الطرفين و لو مع التفاضل فيهما، كبيع كيلوين من الارز مع كيلوين من

ص: ٢٨٥

١- النجعه - المتاجر ص ٢٧٦ و ما نقله المبسوط عن قوم انه لا يجوز لعله يريد بذلك بعض العامه.

٢- الوسائل باب ٦ من الصرف ح/١.

٣- الوسائل باب ٢٠ من الربا ح/١ و ح/٢.

العدس بكيلو من الارز و كيلو من العدس، لوقوع الزيادة مقابل الضميمة في الصورة الاولى، و وقوع كل جنس في مقابل مخالفه تبعا و ان لم يقصد المتعاقدان ذلك في الصورة الثانيه , كل ذلك مع افتراض العوضين حاليين.

١- اما التلخص من الربا بما ذكر المصنف فهو على طبق القاعده لو كان ايقاع كل جنس مقابل ما يخالفه مقصودا للمتعاقدين كما هو واضح.

و اما إذا لم يكن مقصودا فالانصراف إلى المخالف يحتاج إلى دليل. و قد دلت عدّه روايات على ذلك كصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج: «... اشترى الف درهم و ديناراً بالفى درهم، فقال: لا- بأس بذلك ان ابى كان اجراً على أهل المدينة منى فكان يقول هذا، فيقولون: انما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط الف درهم و لو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، و كان يقول لهم: نعم الشىء الفرار من الحرام إلى الحلال» (١).

و اضمارها لا يضر بعد كون ابن الحجاج من اجلاء الاصحاب الذين لا تليق بهم الروايه عن غير الامام (عليه السلام) أو للبيان العام المتقدم أكثر من مره.

و صحيحته الاخرى عن ابى عبد الله (عليه السلام): «كان محمد بن المكندر يقول لأبى (عليه السلام): يا ابا جعفر رحمك الله و الله انا لنعلم انك لو اخذت ديناراً و الصرف بثمانيه

ص: ٢٨٤

١- وسائل الشيعه ١٢: ٤٦٦ الباب ٦ من أبواب الصرف الحديث ١

عشر فدرت المدينة على ان تجد من يعطيك عشرين ما وجدته، و ما هذا الا فرار، فكان ابى يقول: صدقت و الله و لكنه فرار من باطل إلى حق»(١).

و صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله (عليه السلام): «لا بأس بألف درهم و درهم بألف درهم و دينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس به»(٢).

و هناك رأى لبعض المتأخرين يخصّص جواز التخلص بالضميمه بما إذا كان الارز الزائد مثلا فى هذا الجانب مع الارز الناقص فى الجانب الآخر متساويين من حيث المالىه تقريبا و اريد بالضميمه التخلص من محذور تفاوت المقدار اللازم منه الربا . ويستدل له بانصراف نصوص الضميمه إلى خصوص الحاله المذكوره.

اقول: و هو بعيد لعدم صحه هذا الانصراف كما هو صريح صحيح الحلبي المتقدم فإى مساواه فى المالىه بين «ألف درهم و درهم بألف درهم و دينارين» بل النصوص مطلقه ولا موجب لتقيدها .

٢- و اما اعتبار كون العوضين حالين فلاختصاص مورد النصوص المجوّزه بذلك.

ص: ٢٨٧

١- وسائل الشيعه ١٢: ٤٦٧ الباب ٦ من أبواب الصرف الحديث ٢

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٤٦٨ الباب ٦ من أبواب الصرف الحديث ٤

(و يتخلص ايضاً بان يبيعه بالمماثل و يهبه الزائد من غير شرط) لعموم ما دل على صحة الهبه (أو بأن يقرض كل منهما صاحبه و يتبارءا)

و هو ايضاً صحيح لصحة المبارأه.

٣- و يلزم عند بيع الذهب المصوغ بغيره و الفضة المصوغه بغيرها تساويهما، و معه لا يجوز بيع مثقال من الذهب المصوغ بمثقال من الذهب غير المصوغ منضمنا إلى اجره الصياغه.

اما لزوم التساوى بين المصوغ و غيره، و من ثم عدم جواز اشتراط اجره الصياغه فلان المصوغ و غيره جنس واحد و يشملهما النص المتقدم: «الذهب بالذهب، و الفضة بالفضه، الفضل بينهما هو الربا المنكر»، و معه يكون اشتراط الاجره فضلا موجبا للربا.

و بكلمه اخرى: المصوغ و غيره هما كالجيد و الردى ء و الوسخ و النظيف، و المكسور و غيره، فكما ان كل واحد من هذه يعد مع مقابله واحدا و يلزم تساويهما فكذلك فى المصوغ و غيره ، و قد ادعى صاحب الجواهر عدم الخلاف فى المسأله (١).

ص: ٢٨٨

١- جواهر الكلام ٢٤: ١٣

٤- و لا- يجوز ان يقول شخص لآخر: ابيعك هذا المثلقال من الفضه الجيده بمثلقال من الفضه الرديئه بشرط ان تخط لى ثوبا مثلا، و يجوز العكس بان يقول: خط لى ثوبا على ان ابيعك المثلقال الجيد بالمثلقال الردى ء .

اما عدم جواز بيع احد المثلقالين بالآخر بشرط خياطه ثوب مثلا فواضح للزوم محذور الربا- بناء على تعميم الزيادة اللازم منها الربا للزيادة الحكيمه كما هو الصحيح- فان الجيد و الردى ء جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه.

و اما جواز العكس- الذى هو من الوسائل التى يتخلص بها من الربا - فلصحيح ابى الصباح الكنانى: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يقول للصائغ: صنع لى هذا الخاتم و ابدل لك درهما طازجا بدرهم غله(١)، قال: لا بأس»(٢).

بل قد يقال باقتضاء القاعده لذلك لان ابدال الجيد بالردى ء وقع اجرا للخياطه من دون وقوع الخياطه شرطا فى البيع لتلزم الزيادة فيه.

٥- و العمله النقديه إذا كانت مصنوعه من الفضه و نحوها من المعادن الموزونه لا يجوز تبديلها إلى ابعاضها مع فرض التفاضل بين الاصل و الابعاض و فرض كونها خالصه.

ص: ٢٨٩

١- الطازج هو الخالص. و الغله- بكسر الغين- المغشوش .

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٤٨٠ الباب ١٣ من أبواب الصرف الحديث ١

اما جواز بيع العمله مع اختلافها فلعدم تحقق محذور الربا بعد اختلاف جنس العوضين و عدم كونهما من المكيل و الموزون.

و إذا قلت: ان الرصيد الذى تعبر عنه الأوراق النقدية قد يكون واحدا كالذهب الذى هو من الموزون.

قلنا: ان المعاوضه لم تجر على الرصيد بل على الاوراق ذات الاعتبار بسبب الرصيد.

٦- و يجوز بيع الاوراق النقدية بعضها بالآخر مع اختلاف العمله نقدا و نسيئه حتى مع فرض التفاضل فى المالىه، بل يجوز مع اتحادها أيضا إذا افترض كون العوضين شخصيين.

اما انه مع اتحاد العمله تجوز المعامله حتى مع التفاضل فى فرض كون العوضين شخصيين فلما تقدم من ان الاوراق النقدية ليست من قبيل المكيل و الموزون.

و اما عدم جوازها مع التفاضل فى فرض كون العوض نسيئه فى الذمه فلان المعامله ترجع فى روحها إلى القرض و ان ابرزت مبرز البيع لان شرط البيع تحقق المغايره بين الثمن و المثل، و فى المورد لا مغايره، فان الثمن ينطبق على المثل مع زياده.

و إذا نوقش ما ذكر بان المغايره المعتمره فى البيع يكفى فى تحققها كون المضمن عينا خارجيه و الثمن أمرا كليا فى الذمه أمكن ذكر تقريب آخر، و هو ان المعامله المذكوره بحسب الارتكاز العرفى قرض لأنه عباره عن تبادل المال المثلئ الخارجى بمثله فى الذمه، و هو صادق فى المقام.

٧- قيل: ويجوز بيع الصكوك على ثالث بأقل إذا كانت تعبر واقعا عن دين بدليل انه بيع حقيقه فى غير المكيل و الموزون.

و ان لم تعبر عن دين واقعا فلا يجوز و ذلك لان شرط صدق البيع وجود عوضين، و هو مفقود فى الفرض إذ لا يوجد حق فى الذمه ليقع عوضا، فالمعامله المذكوره فى حقيقتها اقراض بفائده يبرز مبرز البيع.

اقول: لا- فرق بين الصورتين من حيث الحرمة , اما الصوره الثانيه فكما قال واما الاولى فهى بحقيقتها ترجع الى بيع الدين الذى على زيد مثلا بتفاضل فهو يبيع دينارا الذى فى ذمه زيد بنصف دينار نقدا وهذا من مصاديق الربا .

٨- ولا يجوز تبادل العمله المعدنيه مع التفاضل وذلك لأنها من الموزونات فيلزم مع التفاضل محذور الربا.

نعم مع خروجها عن كونها من الموزونات و صيرورتها من المعدودات- كما فى المصنوعه من النحاس عاده- يزول المانع من التفاضل.

ص: ٢٩١

و اما الجواز مع فرض كونها مخلوطه بمعدن آخر- كما هو الغالب - فلحصول الضميمة المانعه من تحقق محذور الربا حسبا تقدم. نعم يشترط فى الضميمة ان لا تكون مستهلكه و فاقده للماليه.

٩- و الربا كما يحرم اخذه يحرم دفعه و كتابته و الشهاده عليه.

اما تعميم حرمه الربا للدفع و الشهاده عليه و كتابته فلصحيحه محمد بن قيس عن ابى جعفر (عليه السلام): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): آكل الربا و موكله و كاتبه و شاهداه فيه سواء» (١) و غيرها.

١٠- و من تعامل بالربا و هو جاهل بالحكم أو بالموضوع ثم التفت و تاب فلا يلزمه ارجاعه.

اما عدم لزوم ردّ الربا على الآخذ مع الجهل و التوبه بعد الالتفات فهو ما عليه جماعه من الفقهاء. و يدل عليه قوله تعالى ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَ

ص: ٢٩٢

١- وسائل الشيعه ١٢: ٤٣٠ الباب ٤ من أبواب الربا الحديث ١. وسائل الشيعه ١٢: ٤٣٩ الباب ٨ من أبواب الربا الحديث ٥. (٣) البقره: ٢٧٥. (٤) وسائل الشيعه ١٢: ٤٣٠ الباب ٥ من أبواب الربا الحديث ١

أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ لَجَّاءُ مَوْعِظَةً مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ { (١) }، فان تخصصه بنفى العقوبه أو بما وقع من ربا زمن الجاهليه لا وجه له.

و مع التنزل تكفينا الروايات الكثيره، كصحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله (عليه السلام): «سألته عن الرجل يأكل الربا و هو يرى انه له حلال، قال: لا يضره حتى يصيبه متعمدا، فاذا اصابه فهو بالمنزل الذى قال الله عز و جل» (٢).

و صحيحه ابى المعز: «قال ابو عبد الله (عليه السلام): كل ربا اكله الناس بجهاله ثم تابوا فانه يقبل منهم اذا عرف منهم التوبه ...» (٣) و غيرهما.

و اذا قيل: ان قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لِمَا تَطْلُمُونَ وَ لِمَا تَطْلُمُونَ﴾ (٤) يدل على لزوم ردّ الزيادة، و بذلك يعارض ما تقدم.

قلنا: ما سبق ناظر إلى حاله الجهل و الالتفات و التوبه بعد ذلك فى حين ان هذه ظاهره فى حاله التعمد، و لا أقل من امكان حملها على ذلك.

ثم ان المراد من الجاهل الجاهل بالحكم و الموضوع و ذلك لإطلاق ما تقدم.

ص: ٢٩٣

١- البقره: ٢٧٥

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٤٣٠ الباب ٥ من أبواب الربا الحديث ١

٣- وسائل الشيعه ١٢: ٤٣١ الباب ٥ من أبواب الربا الحديث ٢

٤- البقره: ٢٧٩

١١- و من ورث مالا فيه اموال ربويه فمع عدم تميزها فلا شىء عليه و الا لزم ردها على مالکها مع معرفته، و مع عدمها يتعامل معها معامله مجهول المالک.

اما ارث ما فيه الربا فيدل على حکمه صحيحه ابي المعز المتقدمه حيث ورد فيها: «... لو ان رجلا ورث من ابيه مالا و قد عرف ان فى ذلك المال ربا و لكن قد اختلط فى تجاره بغير حلال كان حلالا طيبا فليأكله. و ان عرف منه شيئا انه ربا فليأخذ رأس ماله و ليرد الربا...»(١)

و غيرها. و ابو المعز هو حميد بن المثنى الكوفى الصيرفى ثقة ثقة على ما ذكر النجاشى(٢).

المناقشه فى الحيل الشرعيه

هذا و لا يناقش فى هذه الحيل بعدم قصد هذه الامور اولاً و بالذات بعد كون العقود تابعه للقصد لاندفاع ذلك بالمنع من عدم القصد بل قصد التخلص من الربا المتوقف على قصد الصحيح من البيع و القرض و الهبه و غيرها من العقود كاف فى حصول ما يحتاج اليه البيع من القصد اذ الملاك قصد ما اوقعا عليه العقد دون ما يترتب عليه من الغايات و يشهد لذلك صحيحى عبدالرحمن بن الحجاج

ص: ٢٩٤

١- وسائل الشيعه ١٢: ٤٣١ الباب ٥ من أبواب الربا الحديث ٢

٢- رجال النجاشى ٩٦ منشورات مكتبه الداورى هذا و توجد نسخه ثانيه فى ابي المعز و هى: ابو المغراء .

ففي احدهما: (فقلت له: اشترى الف درهم و ديناراً بألفي درهم فقال: لا بأس بذلك ان ابى كان أجراً على اهل المدينة منى فكان يقول هذا فيقولون انما هذا الفرار لو جاء رجل بدينار لم يعط الف درهم و لو جاء بألف درهم لم يعط الف دينار و كان يقول لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال(١)) و قريب منه الاخر(٢) و في صحيح ابن عتبه (ايستقيم ان ازيدة مالاً و ابيعه لؤلؤه تساوى مائه درهم بألف درهم - الى - قال لا بأس(٣)) و في مرسل الديلمي عن الكاظم (عليه السلام) (انى اعامل قوماً ابيعهم الدقيق اربح عليهم فى القفيز درهمين الى اجل معلوم و انهم يسألونى ان اعطيهم عن نصف الدقيق دراهم فهل لى من حيله لا ادخل فى الحرام؟ فكتب اليه: اقرضهم الدراهم قرضاً و اردد عليهم فى نصف القفيز بقدر ما كنت تربح عليهم(٤)) و غيرها .

و اما خبر التهذيب عن يونس الشيبانى قال قلت للصادق (عليه السلام) الرجل يبيع البيع و البايح يعلم انه لا يسوى و المشتري يعلم انه لا يسوى الا انه يعلم انه سيرجع فيه فيشتره منه فقال يا يونس ان النبى صلى الله عليه و اله قال لجابر بن عبدالله (كيف انت اذا ظهر الجور و اورثتم الذل - الى - قال اذا ظهر الربا، يا يونس و هذا الربا و

ص: ٢٩٥

١- الوسائل باب ٦ من الصرف ح/ ١

٢- الوسائل باب ٦ من الصرف ح/ ٢

٣- التهذيب باب البيع بالنقد و النسيه ح/ ٢٦. الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٠٦ ح/ ١٢

٤- التهذيب باب بيع المضمون ح/ ٢٦ و ٨٣ (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٣٣

ان لم تشتتره منه رده عليك؟ قال قلت نعم فقال لا تقرينه فلا تقرينه(١) فلا يقاوم ما تقدم من الاخبار مضافاً الى انه لم يروه غير الشيخ فى التهذيب وبقى خبر النهج من ان قوماً يستحلون الربا بالبيع(٢) فدلالته فيما نحن فيه غير واضح.

حصيله البحث:

لا ربا فى المعدود و لا بين الوالد و ولده و لا بين الزوج و زوجته و لا بين العبد و سيده و لا بين المسلم و الحربى إذا أخذ المسلم الفضل و يثبت بينه و بين الدّمى و لا فى القسمة، و لا يضرّ عقد التّين و الزّوان اليسير و يتخلّص منه بالضّميمة، و يجوز بيع مدّ عجوّه و درهم بمدّين أو درهمين و بمدّين و درهمين و أمداً و دراهم، و يصرف كلّ إلى ما بخلافه بشرط كون العوضين حالّين ، و بأنّ تبعه بالمماثل و يهبه الزّائد من غير شرطٍ أو يقرض كلّ منهما صاحبه و يتبارء، و يلزم عند بيع الذهب المصوغ بغيره و الفضة المصوغة بغيرها تساويهما، فلا- يجوز بيع مثقال من الذهب المصوغ بمثقال من الذهب غير المصوغ منضمّاً إلى اجره الصياغة ، و لا يجوز ان يقول شخص لآخر: ابيعك هذا المثقال من الفضة الجيده بمثقال من الفضة الرديئه بشرط ان تخط لى ثوبا مثلاً، و يجوز العكس بان يقول: خط لى ثوبا على ان ابيعك المثقال الجيد بمثقال الردى ء ، و العمله النقديه إذا

ص: ٢٩٤

١- التهذيب ج/٨٢ باب اخبار فضل التجاره و راويه يونس و هو لم يكن من اصحاب الصادق عليه السلام .

٢- الوسائل باب ٢٠ ح/٤ من ابواب الربا.

كانت مصنوعه من الفضه و نحوها من المعادن الموزونه لا يجوز تبديلها إلى ابعاضها مع فرض التفاضل بين الاصل و الابعاض و فرض كونها خالصه, و يجوز بيع الاوراق النقديه بعضها بالآخر مع اختلاف العمله نقدا و نسيئه حتى مع فرض التفاضل فى المالىه, بل يجوز مع اتحادها أيضا إذا افترض كون العوضين شخصيين و لا يجوز مع التفاضل فى فرض كون العوض نسيئه فى الذمه.

قيل: و يجوز بيع الصكوك على ثالث بأقل إذا كانت تعبر واقعا عن دين , و ان لم تعبر عن دين واقعا فلا يجوز اقول: لا فرق بين الصورتين من حيث الحرمة حتى الصوره الاولى فهى بحقيقتها ترجع الى بيع الدين الذى على زيد مثلا بتفاضل فهو يبيع دينارا الذى فى ذمه زيد بنصف دينار نقدا و هذا من مصاديق الربا . ولا- يجوز تبديل العمله المعدنيه مع التفاضل اذا كانت من الموزونات واما مع خروجها عن كونها من الموزونات و صيرورتها من المعدودات فلا- مانع من التفاضل . و يجوز بيعها مع التفاضل مع فرض كونها مخلوطه بمعدن آخر كما هو الغالب و ذلك لحصول الضميمه المانع من تحقق محذور الربا لكن يشترط فى الضميمه ان لا تكون مستهلكه و فاقدته للماليه . و الربا كما يحرم اخذه يحرم دفعه و كتابته و الشهاده عليه . و من تعامل بالربا و هو جاهل بالحكم أو بالموضوع ثم التفت و تاب فلا يلزمه ارجاعه . و المراد من الجاهل الجاهل بالحكم و الموضوع . و من ورث مالا- فيه اموال ربويه فمع عدم تميزها فلا- شىء عليه و الا لزم ردها على مالکها مع معرفته، و مع عدمها يتعامل معها معامله مجهول المالك.

(و لا يجوز بيع الرطب بالتمر)

قال به الشيخ فى النهايه و الخلاف و المبسوط و قال بالاستبصار بالكراهه و بالحرمة قال ابن الجنيد و ابن ابى عقيل و ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس و تعدى ابن حمزه الى العنب بالزبيب و تعدى الى كل رطب يابس ابن ابى عقيل و ابن الجنيد و به قال المصنف .

(و كذا كل ما ينقص مع الجفاف)

و ذكر الشيخ انه لا- نص لاصحابنا فى ذلك و الاصل الجواز و رد ابن ادريس التعدى بكونه قياساً و يشهد لعدم الجواز فى الرطب بالتمر صحيح الحلبي ففيه: (لا يصلح التمر اليابس بالرطب من اجل ان اليابس يابس و الرطب رطب فاذا يابس نقص (١)) و قريب منه صحيح محمد بن قيس و فيه (ان امير المؤمنين (عليه السلام) كره... (٢)) و قريب منهما غيرهما (٣).

هذا و لم يتعرض المفيد و سلار لذلك و لعله لقصور هذه الاخبار عن الحرمة فقوله (عليه السلام) لا يصلح أو كره اعم من الحرام كما لا- يخفى و يكفى فى عدم الحرمة احتمال عدمها فتسقط عن الظهور مضافاً لوجود المعارض فى موثق سماعه و بتوسط الحسن بن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن الصادق (عليه السلام) «عن العنب بالزبيب قال لا يصلح الا مثلاً بمثل قال و التمر و الرطب بالرطب مثلاً»

ص: ٢٩٨

١- الوسائل باب ١٤ ح ١/ من ابواب الربا.

٢- الوسائل باب ١٤ ح ٢/ من ابواب الربا.

٣- الوسائل باب ١٤ ح ٦/ ح ٧.

بمثل»(١) و هي داله على الجواز و قد جمع بينها و بين الطائفه الاولى الكليني و هو يدل على اختياره الجواز بحمل الاولى على الكراهه و مثله في الدلاله على الجواز ايضاً خير ابن ابى الربيع(٢) و عليه فالصحيح هو الجواز مع الكراهه.

(ومع اختلاف الجنس يجوز التفاضل نقداً أجمعاً و نسيئه على الاقوى) كما هو الصحيح و قد تقدم الكلام فيه مفصلاً في الاداب فراجع .

(و لا عبره بالاجزاء المائيه فى الخبز و الخل و الدقيق)

حيث يجهل مقداره فى كل من العوضين الموجب لجهاله مقدارهما و كذا لو كانت مفقوده من أحدهما كالخبز اليابس و اللين لإطلاق الحقيقه عليهما و بالجواز صرح الشيخ فى الخلاف و المبسوط(٣) ألاً انه نقل فى المبسوط عن قوم بعدم الجواز، و مراده قوم من العامه.

(إلاً أن يظهر ذلك للحس ظهوراً بيناً)

بحيث يظهر التفاوت بينهما فيمنع للجهاله الموجه لجهاله العوضين.

(و لا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل)

ص: ٢٩٩

١- الوسائل باب ١٤ من الرباح/٣ و فى نسخه الكافى تفاوت لا يضر بالمقصود.

٢- المصدر السابق ح/٥.

٣- المختلف ج/٥ ص ١٣١ و الخلاف: ٣: ٥٤ و المختلف ج/٥ ص ١٢٢

اقول: قال بالحرمة مطلقاً مع التماثل و عدمه المفيد و سلار و ابن البراج(١) و عن الشيخ في الخلاف و المبسوط و ابن حمزه و ابن الجنيدي(٢) الحرمة مع التماثل لانه لا بد من تحقق المساواه , و انكر ابن ادريس الحرمة مطلقاً(٣) نظراً الى ان الحيوان ليس من المكييل و الموزون فيجوز بيعه عملاً بعموم الحل و لا دليل للقائلين بالحرمة عدا موثقه غياث عن الصادق (عليه السلام) (ان علياً (عليه السلام) كره بيع اللحم بالحيوان)(٤) و الظاهر انهم استندوا اليه و لا دلالة فيه لان قوله (عليه السلام) كره اعم من الحرمة و اما ما ورد صحيحاً مما تقدم من ان علياً (عليه السلام) لم يكن يكره الحلال فقد تقدم الجواب عنه فراجع.

(و يجوز بيعه به مع الاختلاف) وهو واضح لعدم الجنس الواحد لكن اطلاق الموثقه دال على الكراهه.

ص: ٣٠٠

-
- ١- المختلف ج/٥ ص ١٢٢
 - ٢- المختلف ج/٥ ص ١٢٢
 - ٣- المختلف ج/٥ ص ١٢٢
 - ٤- الوسائل باب ١١ من الربا ح/١.

حكم الربا في غير البيع

و في عموم تحريم الربا لغير البيع - كالصلح - خلاف بالرغم من اطلاق الاخبار المتقدمه الداله على اعتبار المماثله و ذلك لاحتمال انصرافها إلى خصوص البيع، و معه يتمسك بالبراءه عن التحريم في غير البيع .

اقول: و الصحيح هو التعميم لو هن دعوى الانصراف.

قيل: لا يبعد التخصيص بما إذا كان الصلح بين العينين - كما لو قيل: صالحتك على هذا المثقال من الذهب بهذين المثقالين - دون ما إذا كان بين غيرهما - كما لو قيل: صالحتك على ان اهب لك هذا المثقال من الذهب مقابل ان تهب لى مثقالين من الذهب - لصدق عنوان الفضه بالفضه مثلا في الاول دونه في الثانى .

قلت: هذا بيع لا صلح وذلك لان حقيقه الصلح هى التسالم على امر فى موارد الاختلاف والدعاوى وعليه فلو تعاوض اثنان تحت عنوان الصلح كما فى المثال المذكور فلا يكون صلحا بل هو بيع فان تمليل العين بالعوض بيع تحت اى عنوان كان وعليه فيثبت الربا فيما قال صاحب القيل .

حصيله البحث:

ص: ٣٠١

يكره بيع الرّطب بالتّمرو وكذا كلّ ما ينقص مع الجفاف، ولا- مانع من التّفاضل مع اختلاف الجنس نقداً و نسيئاً، ولا عبره بالأجزاء المائيّه في الخبز و الخلّ و الدّقيق إلّما أن يظهر ذلك للحسّ ظهوراً بيّناً، ويكره بيع اللّحم بالحيوان مع التّمائل و الاختلاف. ولا يختصّ تحريم الرّبا بالبيع بل يعمّ غيره كالصلح.

(الفصل التاسع في الخيار)

اشاره

و هو لغه اسم مصدر من الاختيار و مصدره الاختيار و بهذا المعنى استعمل في النصوص فمعنى البيعان بالخيار هو ان لكل منهما ان يأخذ ما يختاره و هذا المعنى يتضمن السلطنه على اقرار العقد و ازالته و لذا عرف الخيار في الاصطلاح بانه ملك فسخ العقد .

(و هو اربعة عشر قسماً) هذا الحصر ليس حقيقاً بل حسب ما عنونه المصنف هنا .

(الاول: خيار المجلس)

و المراد مجلس العقد و اضافته الى المجلس من جهه الغلبه لثبوت الخيار للمتعاقدين الى ان يتفرقا و لو كانا في حال القيام أو المشى .

(و هو مختص بالبيع)

لعدم الدليل في غيره إلّما ان الشيخ قال في المبسوط: «و اما الوكاله و الوديعه و العاريه و القراض و الجعاله فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع» و مراده من

الخيارين الشرط والمجلس و منع من خيار المجلس فى الخلاف دون خيار الشرط(١).

وفيه: انه لا يوجد فيها مقتضى للخيار بعد كونها جائزه فى نفسها حكماً و الخيار حق لا حكم فلا معنى لدخول الخيار فيها واما البيع فالاخبار به مستفيضه(٢) منها صحيح زراره عن الباقر (عليه السلام) قال النبى صلى الله عليه و اله (البيعان بالخيار حتى يفترقا...) (٣) و صحيح محمد بن مسلم و صحيح الحلبي و صحيح فضيل(٤) و اما موثق غياث عن على (عليه السلام) «اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا»(٥) قيل ان الصفق كناية عن الالتزام بالعقد كما فسره اهل اللغة و عليه فلا اشكال فى روايه فانها داله على لزوم البيع على الشخص بعد اسقاط خياره و كيف كان فلا يقاوم الاخبار المستفيضه الى حد السنه القطعيه مع ضعفه فان روايه بترياً و مدلوله موافق لفتوى ابي حنيفه و قد تفرد الشيخ بنقله و ان اجاب عنه ببعض المحامل البعيده.

(و لا يزول بالحاييل و لا بمفارقة المجلس مصطحبين و ان طال الزمان)

ص: ٣٠٣

-
- ١- المبسوط ج/٢ ص ٨٢ و المختلف ج/٥ ص ١٠٤ و الخلاف ٣: ١٣
 - ٢- الوسائل باب ١ من الخيارات.
 - ٣- الوسائل باب ١ من الخيارات ج/٢.
 - ٤- الوسائل باب ١ من الخيارات ج/١ و ج/٣ و ج/٤
 - ٥- المصدر السابق ج/٧.

كل ذلك لإطلاق قوله صلى الله عليه واله حتى يفترقا و لم يحصل.

ثم لا يخفى عدم ثبوته للوكيل فى اجراء الصيغه فقط و ذلك لانصراف عنوان «البيع» عنه، بل لا يحتمل ثبوته له بعد ما كان الغرض من الخيار هو التروى و الارفاق اللذين لا معنى لهما فى حقه.

و قد يضاف إلى ذلك: ان الوكيل المذكور و كيل فى اجراء الصيغه فقط و ليس فى الفسخ عن المالك، لكنّه قابل للتأمل، فان عدم ثبوت حق الفسخ له من المالك لا ينافى ثبوته له بما هو عاقد من قبل الشرع تعبدا.

و من خلال ما ذكرناه يتضح الحال فى الوكيل فى تمام شؤون المعامله و ان الصحيح ثبوت الخيار له لعدم انصراف عنوان «البيع» عنه.

موارد سقوط الخيار

ثم ان الغايه افتراقهما دون الافتراق عن المجلس و ذلك لتعبير الصحيحه ب «حتى يفترقا» الظاهر فى الافتراق بينهما دون افتراقهما عن المجلس.

(و يسقط باشتراط سقوطه فى العقد و باسقاطه بعده)

كما هو مقتضى قاعده المؤمنون عند شروطهم حيث ان الخيار من الحقوق القابله للاسقاط بدليل صحيح على بن رئاب حيث جاء فيه (فان احدث المشتري فيما

اشترى حدثاً قبل الثلاثه الايام فذلك رضا منه فلا شرط(١)) فدللت الصحيحه على ان الرضا بالعقد يوجب سقوط الخيار فحينئذ هو من الحقوق التي يملكها الانسان و له اسقاطها بنحو شرط النتيجة كأن يشترط سقوطه في العقد أو بنحو شرط الفعل باسقاطه بعد العقل و ليس في واحد منها مخالفه للكتاب و السنه نعم قد يستشكل في شرط النتيجة هنا بانه خلاف السنه لقوله صلى الله عليه و اله البيعان بالخيار و الجواب ان البيع يقتضى حق الخيار في نفسه لولا الشرط فلا ينافى سقوطه بالشرط فان قاعده الشروط شامله لكل شرط له مشروعيه و ان الانسان يستطيع ان يسقط حقوقه في الان أو في ضمن عقد أو بعد العقد و يمكن الاستدلال له ايضاً بصحيحه مالك بن عطيه الظاهره في صحه اشتراط عدم الخيار(٢) مع انه كان ثابتاً للامه بعد صيرورتها حره فيعلم من ذلك ان هذا الشرط ليس مخالفاً للسنه و الا لما طبق قاعده الشروط على هذا المورد، و قد يستشكل تاره اخرى في كونه اسقاطاً لما لم يجب و اجيب بانه لا دليل على عدم جواز اسقاط ما لم يجب فانه بلا دليل فإى مانع ان يسقط الانسان ما لم يجب عليه بعد(٣). اقول: و قد تقدم ان الحق نوع سلطنه للانسان على امر لا اكثر و اما سقوطه و اسقاطه بحيث لا يحق للانسان

ص: ٣٠٥

-
- ١- الوسائل باب ٤ من الخيار ح/١.
 - ٢- الوسائل ج/١٦ ص ٩٥ باب ١١ و تشكيك المحقق الخوئي في دلالتها ص ١٢١ ج/٦ من مصباح الفقاهه بلا- محصل فان ظهورها في شرط النتيجة واضح لا غبار عليه و لا يخفى ان شرط السقوط وقع في ضمن عقد الاعانه و الهبه.
 - ٣- مصباح الفقاهه ج/٦ ص ١٢٣.

المطالبه به فيما بعد فلا بد من دليل خاص خصوصاً فيما يتعلق بتحقيق سببه في المستقبل و قد دلت صحيحه ابن رثاب على صحه الاسقاط كما و دلت صحيحه ابن عطيه على صحه السقوط فيتم المطلوب.

(و) يسقط الخيار (بمفارقة احدهما صاحبه)

كما هو منطوق النص الصحيح المتقدم و غيره و الافتراق امر عرفي فيكفي فيه كل ما يحقق مصداقه و من البعيد عرفاً حصوله بالخطوه و يؤيده بل يشهد له صحيح محمد بن مسلم من انه (عليه السلام) قال: (بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت الى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا(1)) هذا و لا يعتبر قصد الاسقاط بالافتراق كما و لا فرق في حصوله من الجاهل و الناسي و غيرهما للاطلاق.

(و) عليه (لو التزم به احدهما سقط اختياره خاصه) اما (لو فسخ احدهما و اجاز الاخر قدم الفاسخ و كذا في كل خيار مشترك)

كما تقتضيه القاعده فانه مع فسخ احدهما لا يبقى محل الاجازه الاخر اذا تقدم الفسخ على الاجازه و لو تقدمت الاجازه على الفسخ فانها لا تؤثر في سقوط خيار الاخر.

(و لو خيره فسكت فخيرهما باق)

ص: ٣٠٦

١- الوسائل باب ٢ من الخيار ج/٣.

كما قاله الشيخ في الخلاف و المبسوط (١) لاصاله عدم السقوط و للاطلاق و نقل المحقق (ره) قولاً بالسقوط (٢) استناداً الى ما رواه العامه عن النبي صلى الله عليه واله (البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول احدهما لصاحبه اختر) (٣) و لانه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره .

و الجواب: مضافا الى ضعف الروايه نمنع كونه ملك لصاحبه خياره .

هذا كله لو سكت المخاطب و اما لو اختار الامضاء قال الجواهر: انه صرح الشيخ و ابن زهره و العلامه و الشهيد و غيرهم انه بطل الخياران (٤).

و فيه: ان مجرد التخيير لا يفهم منه اسقاط أو تمليك الخيار للمخاطب و عليه فلا فرق بينه و بين سابقه في عدم سقوط خيار المتكلم.

ثم ان الملك هل يحصل بالعقد أم بانتهاء الخيار؟

ذهب الشيخ في الخلاف الى الثاني و جعل في المبسوط لزوم العقد بعد مضي مده الخيار و استدل لما في الخلاف بانه عقد قاصر فلا ينقل الملك كالهبة قبل القبض .

و فيه: ان حقيقه البيع هي التمليك و قد حصل بالعقد و ان لم يلزم و عليه فلا قصور فيه عن افاده الملك .

ص: ٣٠٧

١- المختلف ج/ ٥ ص ٩٤ و الخلاف ج/ ٢١: ٣ و المبسوط ج/ ٨٢: ٢

٢- الجواهر ج/ ٢٣ ص ١٦.

٣- صحيح البخارى ج/ ٨٤: ٣ و سنن البيهقى ٥: ٢٦٩ و مسند احمد: ٧٣: ٢.

٤- الجواهر ج/ ١٦: ٢٣.

و يمكن الاستدلال لمقاله الشيخ بصحيح ابن سنان الدال على ضمان البايع لو تلف المبيع فى زمان الخيار ففيه: (فقال على البايع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري) (١) على نقل الكلينى و يصير البيع له على نقل الصدوق ففيه ظهور انه قبل انقضاء الخيار لم يكن المبيع للمشتري و بعباره اخرى لم يملكه المشتري و لعل الشيخ الى مثل هذا استند و عليه فضمن البايع لتلف المبيع فى زمان الخيار يكون موافقاً للقاعده لانه ملكه و يشهد لقول الشيخ الاول ايضاً معتبر السكونى عن الصادق (عليه السلام) (ان امير المؤمنين (عليه السلام) قضى فى رجل اشترى ثوباً بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فاراد بيعه قال: ليشهد انه قد رضيه فاستوجه ثم ليبيعه فان اقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه) (٢) و فى صحيح الحلبي قال: «ان رغب فى الربح فليوجب الثوب على نفسه و لا- يجعل فى نفسه ان يرد الثوب على صاحبه ان رد عليه» (٣) و هذان الحديثان و امثالهما يدلان على ان البيع قبل ان يوجب المشتري المبيع على نفسه غير جائز فهما بضميمه لا- بيع الّا فى ملكك ينتجان ان المشتري لم يملكه قبل انقضاء الخيار أو ايجاب المشتري للبيع بالالتزام بالعقد و جاء فى صحيح الحلبي انه ان كان فى تلك الثلاثة الايام يشرب لبنها رد معها ثلاثة امداد و الّا فلا (٤) و هو دال على ان اللبن فى الثلاثة كان ملكاً للبايع لا

ص: ٣٠٨

- ١- الوسائل باب ٥ من الخيار ح/٢ و باب ٨ ح/٢ صحيح ابن سنان.
- ٢- الوسائل باب ١٢ من الخيار ح/١.
- ٣- المصدر السابق ح/٢.
- ٤- الوسائل باب ١٣ من الخيار ح/١.

للمشترى هذه مجموعه من الاخبار الداله على قول الشيخ و لعله يوجد غيرهما كما و لا اظن احداً وافق الشيخ فى ذلك و لا دليل للقول بالتملك بالعقد الا اطلاق وجوب الوفاء بالعقود و هو قابل للتقييد بظهور النصوص المتقدمه و يظهر منها ان البيع و ان كان لازماً من احدهما الا انه لم يتم و بالتزام الثانى يتم و يلزم فان قلت تحمل الروايات على تحقق الملك دون اللزوم قلت لا مانع من هذا الحمل لو قام الدليل عليه الا انه خلاف ظهورها و لا قرينه للحمل على تحقق الملك دون اللزوم و لعل صحيح ابان بن عثمان و هو من اصحاب الاجماع عن ابى الجارود عن الباقر (عليه السلام) (ان بعت رجلاً على شرط فان اتاك بما لك و الا فالبيع لك) (١) صريح فى انه لا بيع قبل الشرط اذا ما شرط المشترى على البيع.

و لا ينافى ذلك كون نماء المبيع للمشترى و نماء الثمن للبايع فى بيع الخيار الذى استدل به على تملك البايع و المشترى للثمن و المثلن بمجرد العقد فانه يمكن خروجه بالتخصيص و ذلك فى ما اذا شرط البايع على المشترى . و الحاصل هو حصول الملك للمشترى بمجرد العقد اذا كان الشرط من البايع على المشترى بخلاف شرط المشترى على البايع فلا ملك له قبل الالتزام به هذا ما يستفاد من الاخبار فتأمل .

حصيله البحث:

ص: ٣٠٩

خيار المجلس مختص بالبيع و لا- يزول بالحائل و لا بمفارقة المجلس مصطحين، ويثبت للوكيل في تمام شؤون المعامله دون الوكيل في اجراء الصيغه فقط , و يسقط باشتراط سقوطه في العقد و ياسقاطه بعده و بمفارقة أحدهما صاحبه، و لو التزم به أحدهما سقط خياره خاصه، و لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر قدم الفاسخ و كذا في كل خيار مشترك، و لو خيره فسكت فخيرهما باق.

(الثاني: خيار الحيوان)

و المراد منه مطلق الحيوان فيشمل الزنبور و الجراد و السمك و غيرها كما و انه لا يختص بالبيع الشخصي بل يعم الكلي ايضاً بمقتضى الاطلاق و لا انصراف في البين لعدم منشأ له حتى يدعى اختصاصه بالشخصي و الحاصل ان الادله شامله لكل حيوان بلا فرق بين الكلي و الشخصي و الكلي في المعين أو الكلي في الذمه .

(و هو ثابت للمشتري خاصه)

كما عليه المشهور خلافاً للمرتضى حيث عمه للبايع (١) و يدل على مقاله المشهور النصوص المعتمره المستفيضه منها صحيح الحلبي (٢) و صحيح فضيل (٣) و لا دليل للمرتضى عدا صحيح محمد بن مسلم (المتبايعان بالخيار ثلاثه ايام في الحيوان

ص: ٣١٠

١- المختلف ج/ ٥ ص ٩٦ و الانتصار ص ٢٠٧.

٢- الوسائل باب ٣ من الخيار ح/ ١.

٣- الوسائل باب ٣ من الخيار ح/ ٥.

....(١) و قد تفرد الشيخ بنقله مع اعراض الكل عنه و هو دليل على ضعفه مضافاً لقوه معارضه و اعتضاده بالشهره و اما ما فى صحيح زراره عن الباقر (عليه السلام) (البيعان بالخيار حتى يتفرقا و صاحب الحيوان ثلاث(٢) فلا- دلالة فيه على كون الخيار للبايع أو له مع المشتري و ذلك لانه يكون معطوفا على البيعين و لا معنى له حينئذ لانه يصير المعنى هكذا: البيعان و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه ايام، و الحال ان جملة و صاحب الحيوان معطوفه على جملة البيعان بالخيار، و صاحب الحيوان هو من اخذ متاعاً - يعنى الحيوان - و هو المشتري غالباً و قد يكون بايعاً كمن باع طعامه بحيوان و قد يكون هما معاً كمن باع حيواناً بحيوان و ظاهر الصحيح شموله لكل هذه الموارد الا ان يدعى انصرافه للمشتري بحكم الغلبه فى الخارج و هو ممنوع فلا عبره بمثل هذا الانصراف مما كان منشاؤه غلبه الافراد الخارجيه و بذلك يظهر قوه الخيار للبايع و المشتري اذا كان كل من الثمن و المثلن حيواناً، ثم ان صحيح محمد بن مسلم المتقدم نقل عن الكافي(٣) مثل صحيح زراره و ليس فى الوسائل .

(و يسقط باشتراط سقوطه) كما تقدم فى خيار المجلس (أو اسقاطه)

كما تقدم ايضاً و يدل عليه ايضاً معتبر السكونى عن الصادق (عليه السلام) «ان امير المؤمنين (عليه السلام) قضى فى رجل اشترى ثوباً بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح

ص: ٣١١

١- الوسائل باب ٣ من الخيار ح/ ٣

٢- الوسائل باب ٣ من الخيار ح/ ٤.

٣- الكافي باب ٧٠ من المعيشه ح/ ٥

فأراد بيعه قال: ليشهد انه قد رضيه فاستوجهه ثم لبيعه ان شاء فان اقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه»(١) و هو و ان كان
مورده خيار الشرط الا ان المناط واحد كما لا يخفى وفيه دلالة على ان الاسقاط لا يلزم ان يكون مع الباع بل يكفى الالتزام و لو
كان من دونه .

(أو تصرفه)

اي المشتري لصحيح على بن رثاب ففيه: (فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الايام فذلك رضا منه فلا شرط)(٢)
و غيره(٣).

ثم انه وقع الكلام فى التصرف المسقط للخيار ماهو؟ و تحقيقه يتوقف على تحقيق معنى ما ورد من النصوص فى ذلك و هى
عبارة عن ثلاث روايات:

الاولى: صحيحه ابن رثاب المتقدمه فقد جاء فى ذيلها: (قيل له و ما الحدث؟ قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم
عليه عليه قبل الشراء).

الثانية: صحيحه الصفار قال: (كتبت الى ابي محمد (عليه السلام) فى الرجل اشترى من رجل دابة فحدث فيها حدثاً من اخذ
الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله ان يردّها فى الثلاثة الايام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو

ص: ٣١٢

١- الوسائل باب ١٢ من الخيار ح/١

٢- الوسائل باب ٤ من الخيار ح/١.

٣- الوسائل باب ٤ من الخيار ح/٢ و ح/٣.

الركوب الذى يركبها فراسخ؟ فوقع (عليه السلام) اذا احدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله (١).

الثالثة: ذيل صحيحه ابن رئاب المتقدمه (قلت له رأيت ان قبلها المشتري أو لامس قال: فقال: اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته) و الظاهر من هذه النصوص ان مطلق التصرف موجب لانتفاء الخيار و انه لو اراد بقاء الخيار فاللازم عليه ان لا يتصرف فلاحظ قوله (عليه السلام) (فذلك رضا منه فلا شرط) و قوله (عليه السلام) (اذا قبل أو لامس .. فقد انقضى الشرط و لزمته) و توضيحه انه لا يخفى ان جواب الشرط فى الثانيه فقد وجب الشراء و اما جواب الشرط فى الاولى ففيه احتمالان:

احدهما: فذلك رضا منه يعنى فقد حصل الرضا و الالتزام بالعقد و حينئذ يترتب على مجموع الشرط و الجزاء انه لا خيار له و هو قوله (عليه السلام) فلا شرط و هذا الاحتمال هو الظاهر لتقدمه على قوله فلا شرط .

ثانيهما: فلا شرط و يكون قوله (عليه السلام) فذلك رضا منه بيان لعله الجواب و يكون المعنى انه اذا احدث حدثاً فلا شرط له لانه قد حصل منه الرضا و الالتزام بالعقد و على كلا الاحتمالين فالمعنى المتحصل واحد و هو ان التصرف من مصاديق الالتزام بالعقد و الالتزام بالعقد موجب لسقوط الخيار، و اما احتمال كون قوله (عليه السلام) فذلك رضا منه حكمه للحكم بسقوط الخيار فخلاف الظهور و يحتاج الى قرينه و هى مفقوده .

ص: ٣١٣

و هنالك احتمال اخر وهو: ان التصرف عله كاشفه عن الالتزام كشفاً نوعياً أو شخصياً فانه وان كان الظاهر لغه هو ثبوت الجزاء للشرط على فرض احتمال كونه جواب شرط الا ان الظاهر من سياق الجملة ان العله فيه هي الرضا و اما كون التصرف كاشفاً نوعياً أو شخصياً فلم تتعرض الجملة الشرطيه لذلك لكن العرف هو الحكم فى المقام فانه يرى التصرف نوع التزام بالعقد و الالتزام يوجب سقوط الخيار و هذا هو الظاهر هذا كله على فرض كون العقد سبباً للملك اما لو قلنا بمقاله الشيخ بانه لا يملك الا بعد انتفاء الخيار فالامر اوضح.

ثم ان مبدأ الثلاثه هو العقد دون التفريق خلافا لجماعه وذلك لان الظاهر من صحيحه ابن مسلم «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(١) ان الخيار الذى ينتهى بالتفريق يستمر فى الحيوان إلى ثلاثه أيام، و من الواضح ان خيار المجلس الذى ينتهى بالتفريق يبتدى من حين العقد فيلزم أن يكون الأمر كذلك فى خيار الحيوان.

و بهذا يتضح التأمل فيما استدل به على كون البدايه هي التفريق من استصحاب عدم حدوث الخيار قبل انقضاء المجلس، أو استصحاب عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثه من حين العقد، أو بأنه يلزم اجتماع سببين على مسبب واحد.

ص: ٣١٤

و وجه التأمل: اما بالنسبه إلى الاستصحابين فلأن النوبه لا تصل إلى الدليل الفقاهتى مع وجود الدليل الاجتهادى.

على ان الاستصحاب الأوّل مثبت بناء على عدم حجيه الاصل المثبت لأن المطلوب اثبات عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثه من حين العقد، و هو لازم غير شرعى لعدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

و اما بالنسبه إلى الأخير فلأن قياس الامور الاعتباريه على الامور التكوينيّه قياس مع الفارق.

هذا وتدخل الليلتين المتوسطتين بين الثلاثه ايام وذلك لأن اليوم و ان كان ظاهرا فى خصوص بياض النهار إلا ان المستفاد من الروايات استمرار الخيار الواحد، و لازمه دخول الليلتين.

كما و انه يكفى التلفيق لأن ذلك هو المفهوم عرفا من التحديد بثلاثه أيام و نحوه، فهو يفهم ان العقد لو وقع بدايه بياض النهار استمر ثلاثه من دون تكسير، و لو وقع أثناء بياض النهار استمر إلى أثناء بياض اليوم الرابع.

و هذا البيان نفسه يأتى فى عشره الاقامه و ثلاثه الحيض و عشرته.

و من ذلك يعلم دخول الليله الثالثه حاله التلفيق بنفس دليل دخول الليلتين.

المراد من الحيوان فى خيار الحيوان مطلق الحيوان فىشمل الزبور و الجراد و السمك و غيرها كما و انه لا يختص بالبيع الشخصى بل يعم الكلى فى المعين و الكلى فى الذمه .

و هو ثابتٌ للمشتري خاصةً ثلاثة أيام مبدؤها من حين العقد و تدخل الليلتين المتوسطتين بين الثلاثة ايام و يكفى التلفيق ايضا، و يسقط باشتراط سقوطه أو إسقاطه بعد العقد أو تصرّفه و هو عله كاشفه عن الالتزام بالعقد كشفاً نوعياً.

(الثالث: خيار الشرط)

اما ان الخيار يثبت باشتراطه فلعدّه وجوه منها:

١- التمسك بقاعده «المسلمون عند شروطهم» المستفاده من صحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عزّ و جلّ فلا يجوز»(١).

و نوقش ذلك بأن شرط الخيار مخالف للكتاب الكريم {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} الدال على لزوم كل عقد، و للسنّه الشريفه - فإذا افترقا فلا خيار- الدالّه على لزوم البيع بعد الافتراق.

ص: ٣١٦

و يمكن الجواب بأنّ اللزوم و وجوب الوفاء ليسا بمعنى وجوب ابقاء العقد بعد الافتراق تعديدا بل هما بمعنى حرمة التخلف عمّا تمّت عليه المعاقده، و هو لا يتنافى مع اشتراط الخيار فى بدايه المعاقده.

□
٢- التمسك بإطلاق قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (١) الشامل للبيع المشتمل على الخيار.

٣- التمسك بصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): «فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشتري. و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط» (٢)، فإنها تدلّ على ان ثبوت الخيار فى غير الحيوان يمكن أن يتم من خلال الشرط.

٤- صحيح ابن سنان عن الصادق (عليه السلام) (٣) و غيره (٤) و لا يخفى انها وارده فى مورد لزوم العقد فتكون مخصصه لما دل على اللزوم لا- منافيه له نعم يشترط فى الشرط الا يخالف الكتاب و السنه ففى موثق اسحاق بن عمار (من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً) (٥) و

ص: ٣١٧

١- البقره: ٢٧٥

٢- وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٩ الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ١

٣- الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار ح/١ و ح/٢ و ح/٣.

٤- المصدر السابق اخبار الباب.

٥- المصدر السابق ح/٥.

مثله اشتراط ما ينافى مقتضى العقد كمن يبيع بشرط عدم تملك المشتري لا ما ينافى اطلاق العقد .

(و هو بحسب الشرط اذا كان الاجل مضبوطاً)

لا- جهاله فيه و يستدل له بما ورد عن النبي (ص) انه نهى عن الغرر و الشرط غررى و انه يستلزم جعل البيع غررياً فيكون من مصاديق البيع الغررى فيبطل و اجيب بضعف الخبر سنداً و دلالةً وفيه ان الخبر قوى كما سيأتى .

و اما الدلالة فلاجل ان غرريه الشرط تسرى الى البيع , و اجيب بانه ان كان المراد من الغرر هو الجهاله فلا جهاله فى المبيع المعلوم من جميع الجهات الراجعه الى الثمن و المثلن لان الجهاله الراجعه اليهما مبطله لا- كل جهاله مما ترجع الى جهات خارجيه كالشرط و ان كان المراد من الغرر هو الخطر كما هو لغه فلا خطر فى مجهوليه الشرط و الحاصل ان الشرط الغررى لا يسرى الى البيع فلا يكون بيعاً غررياً فتشمله عموم الادله الداله على لزوم الشروط و يكون حاله كحال العقود الجائزه كالهبه و الوكاله و نحوهما فهل يتوهم احد انها عقود غرريه(1) .

وفيه: ان العرف يرى الشرط جزءاً من احد العوضين وعليه فجهالته موجب للجهاله فى احدهما وهو غرر موجب للفساد.

ص: ٣١٨

١- مصباح الفقاهه ج/٦ ص ٢٠٩.

ثم انه ذهب الى اشتراط ضبط الاجل المرتضى فى بعض كتبه و الشيخ فى مبسوطه (١) حيث قال: فان شرطاً خياراً و اطلقاً بطل العقد و ذهب المفيد و المرتضى فى الانتصار و الشيخ فى الخلاف و ابى الصلاح و ابن زهره و ابن البراج (٢) الى عدم اشتراطه و ارجاعه مع الاطلاق الى الثلاثه و ادعى فى الانتصار كونه اجماع الفرقه و زاد الخلاف اخبارهم عليه ايضاً (٣) و رد القول الثانى بعدم وجود خبر بذلك و ان هذه الفتاوى لعلها مستنده الى استنباطات حدسيه لا يمكن الاعتماد عليها فلا تكون كاشفه عن وجود خبر تام الدلاله و اما خبر (الخيار الثلاثه) و خبر (قال: لاخلافه و لك الخيار ثلاثاً) (٤) فمن اخبار العامه و لا عبره بهما.

اقول: ألاً ان فتاوى هؤلاء الاعلام لا يمكن حملها على نوع من الاستنباط مضافاً الى ان الكل متفقون عليها و المخالف هو السيد و الشيخ و هما من القائلين بها فى موضع اخر و نقل القول بالعدم عن ابن حمزه ايضاً (٥) و هو لا يهدم شهره القول و عليه فبحكم السيره العقلانيه كاشفيه هذه الشهره عن وجود دليل معتبر و هو المطلوب.

ص: ٣١٩

١- المختلف ج/٥ ص ٩٨ و المبسوط ج/٢ ص ٨١٣.

٢- المصدر السابق.

٣- الانتصار: ص ٢١٠ و ص ٢١١ و الخلاف ج/٣ ص ٢٠.

٤- عن سنن البيهقى ج/٥ ص ٢٧٣ و الجواهر ج/٣ ص ٣٣.

٥- النجعه ص ٢٩٠ المتاجر.

الشرط الفاسد مفسد ام لا؟

ثم على فرض بطلان الشرط فهل يبطل العقد؟ خلاف بين الاصحاب فاختر صححه العقد ابن الجنيد و الشيخ و ابن البراج و ابن ادريس خلافاً للمصنف و العلامه و من بعدهما(١) و يشهد للثاني تبعيه العقود للقصود و يشهد للاول صحيح الحلبي الذي رواه المشايخ الثلاثة عن الصادق (عليه السلام) (ان بريره كانت عند زوج لها و هي مملوكه فاشترتها عايشه فاعتقتها فخيرها رسول الله (ص) و قال ان شاءت تقرر عند زوجها و انشاءت فارقته و كان موليتها الذين باعوها شرطوا على عايشه ان لهم ولاء ها فقال رسول الله (ص) (الولاء لمن اعتق)(٢) و ذكر غيره ايضاً(٣).

بيع الخيار

و من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال له بيع الخيار و لا خلاف في جوازه عندنا و لكن العامه بنوا على خلافه(٤) و يشهد لصحته ما دل على صحه خيار الشرط حيث انه من مصاديقه , والنصوص المستفيضه الخاصه(٥) من قبيل موثقه

ص: ٣٢٠

١- الجواهر ج/٢٣ ص ٢١١ و المختلف ج/٥ ص ٣٢١.

٢- الوسائل باب ٣٧ من ابواب العتق ح/٢.

٣- الوسائل باب ٣٧ ح/١ و باب ٣٨ و ٣٩ من ابواب المهور ح/١/٤.

٤- و بنوا على معامله الرهون . مصباح الفقاهه ج/٦ ص ٢٢٦.

٥- الوسائل باب ٧ من الخيار و باب ٨

إسحاق بن عمّار: «حدّثني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال: ابيعك داري هذه و تكون لك أحبّ إليّ من ان تكون لغيرك على ان تشتترط لي ان انا جئتتك بثمانها إلى سنه ان تردّ عليّ، فقال: لا بأس بهذا...»(١).

و دلالة الموثقه و ان كانت واضحه إلّا ان سندها قابل للتأمل، فإن الشيخ الطوسي نقلها كما ذكر(٢) في حين ان الشيخ الصدوق نقلها عن إسحاق هكذا: «سأله رجل و أنا عنده فقال: ...»(٣) و الشيخ الكليني نقلها عن إسحاق هكذا: «أخبرني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) قال: سأله رجل و أنا عنده فقال له ...»(٤).

و هي بالنقلين الأوّلين لا- إشكال فيها إلّا انها بالنقل الثالث محل اشكال سندا لأن السامع من الامام (عليه السلام) الذي ينقل إسحاق الروايه عنه مجهول، و لعلّه غير ثقّه، و معه يحصل التعارض في النقل، إذ من البعيد تعدّد النقل الحاصل من إسحاق بل هو اما قال: سمعت ممّن سمع الامام (عليه السلام) أو قال: سمعت الامام (عليه السلام) و قد سأله رجل و أنا عنده، و حيث لا مرجح للثاني فتسقط الروايه عن الاعتبار.

ص: ٣٢١

١- وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٥ الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ١

٢- التهذيب ٧: ٢٣

٣- الفقيه ٣: ١٢٨

٤- الكافي ٥: ١٧١

و لكن لئن لم يمكنا تصحيح سند الموثقه المذكوره فبالامكان التعويض عنها بروايات اخرى، كموثقه معاويه بن ميسره(١).

هذا و يلزم ردّ الثمن نفسه على تقدير وجوده و بدله على تقدير عدمه حسب الشرط فان المؤمنين عند شروطهم و لأن ذلك من لوازم الفسخ المقتضى لرجوع كل واحد من العوضين إلى صاحبه عند وجوده و بدله على تقدير عدمه حسب الشرط.

ثم ان هذا الخيار لا يختص بالبايع بل يعم المشتري أيضا فان الروايات الخاصه و ان لم تشمل ذلك الا ان اقتضاء القاعده كاف في الشمول بالبيان المتقدم.

(و يجوز اشتراطه لاحدهما و لكل منهما و لاجنبى عنهما أو عن احدهما)

و لهما أو لكل منهما مع الاجنبى ايضا و ذلك لعموم المسلمون عند شروطهم ثم ان اتحد ذو الخيار فالامر اليه و الا قدم الفاسخ و لو كان اجنبياً بمقتضى العموم المتقدم و بذلك يظهر ضعف ما ذكره المصنف في الدروس من انه لو خولف الاجنبى امكن اعتبار فعله و الا لم يكن لذكره فائده(٢) فان العبره بالدليل و هو هنا عموم المسلمون عند شروطهم و اما اشتراطهما أو احدهما شرطاً لا فائده من ورائه فلا يصير مجوزاً للخروج عن قاعده الشروط و بذلك يظهر ضعف كلام ابن حمزه

ص: ٣٢٢

١- وسائل الشيعه ١٢: ٣٥٥ الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ٣

٢- الجواهر ج/ ٢٣ ص ٣٤.

من انه لو فسخ الا-جنبى كان المشتري مخيراً بين الامضاء و الفسخ(١). ثم ان الا-جنبى له تمام الاختيار و لا- يشترط فى فعله المصلحه و لا عدم المفسده باعتبار كونه اميناً أو وكيلاً و ذلك باعتبار اهميه جعل الخيار له.

(و) كذا يجوز (اشتراط المؤامره) بمعنى الالتزام بامر من جعل له الامر (فان قال المستأمر فسخت أو اجزت فذاك و ان سكت فالاقرب للزوم)

خلافاً لظاهر المبسوط و الخلاف و بعض المتأخرين(٢) و لم يظهر لهم وجه فى ما قالوا حتى نخرج به عن عموم قاعده الشروط و يؤيد ذلك ايضاً خبر الدعائم(٣).

(و لا يلزم المستأمر الاختيار) لاصاله البراءه (و كذا كل من جعل له الخيار) للاصل ايضاً.

(و يجب اشتراط مده المؤامره) بوجه منضبط حذرا من الغرر، خلافاً للشيخ حيث جوز الإطلاق(٤).

حصيله البحث:

ص: ٣٢٣

١- المصدر السابق.

٢- المصدر السابق ص ٣٥.

٣- النجعه المتاجر ص ٢٩٢.

٤- الروضه البهيه ج ١ ص ٣٢٣

خيار الشَّرط: هو بحسب الشَّرط إذا كان الأجل مضبوطاً, و مجرد بطلان الشرط لا يبطل العقد ان لم تكن هنالك عله اخرى للبطلان كالغرر, و من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال له بيع الخيار و يلزم ردّ الثمن نفسه فيه على تقدير وجوده و بدله على تقدير عدمه, و يجوز اشتراط الخيار لأحدهما و لكلّ منهما و لأجنبيّ عنهما أو عن أحدهما, و اشتراط المؤامره, فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت, فذاك, و إن سكت فالأقوى اللزوم و لا يلزم على المستأمر الاختيار و كذا من جعل له الخيار و يجب اشتراط مده المؤامره.

(الرابع: خيار التأخير عن ثلاثه ايام فى من باع و لا قبض الثمن و لا قبض المبيع و لا شرط التأخير)

و تدلّ عليه عدّه روايات, كصحيحه زراره عن أبى جعفر (عليه السلام): «الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتى آتيك بثمانه. قال: ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له» (١) و غيرها (٢).

و اما صحيح ابن يقطين فيمن اشترى جاريه و قال للبايع اجيئك بالثمن قال: «فان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له» (٣) فلم يفت به احد الا الصدوق (٤) و حمله

ص: ٣٢٤

١- وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٦ الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ١

٢- الوسائل باب ٩ من ابواب الخيار ح/٣.

٣- الوسائل باب ٩ ح/٦.

٤- الفقيه ج/٢ ص ٦٧ و لم يفعل كونه خبر ابن رباط بل من القريب انه كلام الصدوق ذكره متصلاً بالخبر كما هو دأبه و بذلك يظهر ضعف جعله مستقلاً كما فى الوافى و الوسائل.

الشيخ فى الاستبصار على الاستحباب تاره و انه مخصوص بالجوارى اخرى(١) و حىث ان المشهور قد اعرض عنه فلا نقول به .

ثم ان ظاهر النصوص هو انفساخ البيع حىث ظهورها فى نفى الحقيقه لا نفى اللزوم مضافاً لعدم تعرض النصوص لتوقف الانفساخ على فسخ البايع و بذلك عبر الصدوق و ابن الجنيد و الشيخ فى المبسوط(٢) و الحمل على نفى اللزوم من المشتري ينافيه صحيح ابن يقطين الدال على انتفاء البيع بينهما(٣) و عمدته الدليل فى الحمل على نفى اللزوم هو تضرر البايع بنقصان قيمه فى هذه المده و انصراف الاطلاق اليه و لو بقرينه المقابله فى الشرطيه حىث ان الثابت قبل انقضاء الثلاثه هو اللزوم ايضاً و ظهور التقييد بالظرف فى ثبوت البيع للبايع مضافاً الى اصاله الصحه و عدم المبطل .

اقول: و الكل مخدوش اما الاخير فلا يصار اليه مع وجود الدليل و ما قبله فيرده صحيح ابن يقطين المتقدم و يكون قرينه معينه للمراد من ظهور سائر النصوص(٤) و بذلك يظهر ضعف الانصراف و صرف المقابله لا يكفى فى دعوى الانصراف بعد ظهور جواب الشرط فى نفى البيعه لا اللزوم و اما التمسك بعموم نفى الضرر

ص: ٣٢٥

١- الاستبصار ج/٣ ص ٧٨

٢- الجواهر ج/٢٣ ص ٥٢.

٣- الوسائل باب ٩ من التجاره ح/٣.

٤- و النكته فى التعبير فى سائر النصوص انه لا يبع له باعتبار الغالب من حاجه المشتري للمبيع و مطالبته له.

فلا- يصار اليه بعد وجود الدليل الخاص و النص كما يدل على ان المشتري لا يستطيع الزام البايع بالبيع كذلك يدل على ان البايع لا يستطيع الزام المشتري بالبيع بعد الثلاثه و هذا المعنى يساوق الانفساخ .

و بعد هذا الدليل الاجتهادى لا- تصل النوبه إلى الاصل العملى كما صار اليه الشيخ الأعظم بقوله: «و كيف كان فلا أقل من الشك فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبه على البيع , و توهم كون الصّحّه سابقا فى ضمن اللزوم فترتفع بارتفاعه، مندفع بان اللزوم ليس من قبيل الفصل للصّحّه و انما هو حكم مقارن له فى خصوص البيع الخالى من الخيار»(1).

ثم ان شرائطه عدم قبض الثمن و عدم قباض المبيع كما هو منطوق النصوص و اطلاقها شامل لعدم قباض البعض ايضاً بل هو صريح خير ابن الحجاج(2) كما قال:

(و قبض البعض كلا قبض).

(و تلفه من البايع مطلقاً)

كما يدل عليه صحيح بريد بن معاويه المتقدم و خصوص خبر عقبه بن خالد(3) و بذلك افتى الشيخ و ابن البراج و ابن ادريس خلافاً للمفيد فقال: التّلف فى الثلاثه

ص: ٣٢٤

١- كتاب المكاسب ٢: ٢٩٩، انتشارات إسماعيليان

٢- الوسائل باب ٩ من ابواب الخيار ح/٢ ضعيف سنداً بابن عياش لكنه موثوق به و الوسائل باب ١٩ من ابواب عقد البيع ح/١.

٣- الوسائل باب ١٠ من الخيار ح/١ ضعيف سنداً الا انه موثوق به.

من المشتري و بعدها من البائع، و تبعه الدّيلمى و الحلبي (١) لانه ملكه و لا تقصير من البائع إذ لا طريق له الى الفسخ و به افترق عن التلف بعدها و لان النماء له فالضمان عليه كما يستفاد من صحيح اسحاق و غيره (٢).

اقول: و الكل كما ترى بعد وجود الدليل الخاص على ضمان البائع كما تقدم.

هذا و لا يخفى انه متى ما تمت المعامله يلزم تسليم العوضين بعدها فاذا امتنع احدهما كان للآخر الفسخ، و لا يختص هذا بالبيع بخلاف ما سبق.

اما انه يلزم تسليم العوضين بعد تماميه المعامله فلأن كل طرف يملك بالمعامله ما انتقل إليه فالتأخير من دون رضاه غير جائز الا مع الانصراف اليه، و هو غير ثابت بل الثابت عكسه.

و اما انه يحق للآخر الفسخ على تقدير امتناع أحدهما فذلك للاشتراط الضمنى على احتفاظ كل منهما بالخيار لنفسه على تقدير امتناع الآخر من التسليم.

ص: ٣٢٧

١- الجواهر ج/ ٢٣ ص ٥٨.

٢- الوسائل باب ٨ من الخيار ح/ ١ و ح/ ٣.

و اما اختصاص خيار التأخير بالبيع فلاختصاص صحيحه زاراه السابقه و غيرها به، و هذا بخلاف جواز الفسخ على تقدير امتناع أحدهما من التسليم فان نكته عامه لغير البيع أيضا.

حصيله البحث:

خيار التأخير عن ثلاثه أيام فيمن باع و لا قبض و لا قبض و لا شرط التأخير و الظاهر انفساخ البيع بذلك التأخير، و قبض البعض كلا قبض و تلفه من البائع مطلقاً و متى ما تمت المعامله يلزم تسليم العوضين بعدها فاذا امتنع احدهما كان للآخر الفسخ، و لا يختص هذا بالبيع بخلاف خيار التأخير فانه مختص بالبيع.

(الخامس: خيار ما يفسد ليومه)

حسب تعبير مرسل محمد بن ابى حمزه أو غيره(١) و الدليل منحصر بهذا المرسل و قد افتى به الصدوق(٢).

(و هو ثابت بعد دخول الليل)

كما جاء فى النص الدال عليه ففيه: (ان جاء فى ما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له) و هو ظاهر فيما قال المصنف و بعضهم جعل الخيار قبل دخول الليل و لا يساعده الخبر و الخبر و ان كان مرسلًا الا انه مجبور بعمل الاصحاب , و لا بد من

ص: ٣٢٨

١- الوسائل باب ١١ من الخيار ح/١.

٢- الفقيه ج/٣ ص و الظاهر انه عين الخبر السابق افتى به فى ذيل ابن رباط و ليس خبراً مستقلاً.

حملة على حاله تحقّق الفساد بالمبييت، اما إذا كان يتحقّق في وسط النهار مثلاً فالخيار لا بدّ و ان يكون ثابتاً قبيل ذلك بنحو يمكن بيعه لو فسخ ، بدليل قاعده لا ضرر الداله على ارتفاع الحكم الضررى وهنا هو الالزام ، قيل: و بدليل الاشتراط الضمنى الارتكازى إذ العاقل لا يقدم على اتلاف ماله بلا مقابل . قلت: لكن لم يتضح لنا ذلك من جهة العرف .

حصيله البحث: خيار ما يفسد ليومه: و هو ثابتٌ بعد دخول الليل و إذا كان يتحقّق في وسط النهار مثلاً فالخيار لا بدّ و ان يكون ثابتاً قبيل ذلك بنحو يمكن بيعه لو فسخ.

(السادس: خيار الرؤيه و هو ثابت لمن لم ير اذا باع أو اشترى اذا زاد في طرف البايع أو نقص في طرف المشتري)

و استدل له بصحيح جميل بن دراج: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلما ان نقد المال صار الى الضيعه فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): انه لو قلب منها و نظر إلى تسعه و تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤيه»^(١) و دلالاته على المطلوب واضحه كما ويمكن التمسك بفكره الاشتراط الضمنى، فان من يشتري اعتماداً على الرؤيه أو الوصف يرى العرف له حق الخيار ضمناً و ارتكازاً على تقدير التخلف.

ص: ٣٢٩

و السيره العقلانيه المنعقده على استحقاق المشتري للفسخ عند التخلف واضحه فى ذلك.

و اما صحيح زيد الشحام عن الصادق (عليه السلام) (عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل ان يخرج السهم فقال: لا تشتري شيئاً حتى تعلم تخرج السهم فان اشترى شيئاً فهو بالخيار اذا خرج)^(١). فلا- علاقه له بخيار الرؤيه و ذلك بقريته صدره الدال على النهى عن شراء السهم قبل ان يخرج و يتعين و ظاهره الارشاد الى فساد المعامله و عدم حصول البيع و هذا معنى انه بالخيار اذا خرج السهم.

هذا و ليس له المطالبه بالارش و لا يسقط الخيار ببذله و لا بالابدال بعين اخرى و ذلك لأن ثبوت الارش يحتاج إلى دليل، و هو خاص بالعيب، و مقتضى الاشتراط الضمنى ثبوت الحق فى الفسخ دون الارش أو الابدال.

كما و ان الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا كان قد رأى المبيع أو اعتمد على وصف ثم انكشف الخلاف لعدم خصوصيه للمشتري و لعموم نكته الاشتراط الضمنى.

كما و ان الخيار المذكور ليس ثابتاً بنحو الفوريه و ذلك لعدم اقتضاء الاشتراط الضمنى لذلك.

حصيله البحث:

ص: ٣٣٠

خيار الرؤيه ثابتٌ لمن لم ير إذا زاد في طرف البائع أو نقص في طرف المشتري، و لا- بدّ فيه من ذكر الجنس و الوصف و الإشارة إلى معيّن و لو رأى البعض و وصف الباقي تخيّر في الجميع مع عدم المطابقه و ليس له المطالبه بالارش و لا- يسقط الخيار ببذله و لا بالابدال بعين اخرى.

(السابع: خيار الغبن)

و هو بسكون الباء الخديعه في البيع و بتحريكها الخديعه في الرأى كما في الصحاح(١).

(و هو ثابت) عند المصنف و هو المشهور بعد الشيخ (لكل من البايع و المشتري مع الجهاله) و بدون الجهاله يخرج عن حقيقه الغبن (اذا كان الغبن مما لا يتغابن به غالباً)

لجريان السيره على التسامح في الغبن اليسير و عدم مطابقتهم بالخيار و اما ما لا- يتغابن به فاستدل له بالاجماع و الحال ان المتقدمين لم يتعرضوا له(٢) مع تعرض العامه له بل المستفاد من كلام ابن الجنيد انكاره كما استظهره المصنف في الدروس عنه من قوله ان البيع مبني على المكايسه و المغالبه(٣) و نقل عن المحقق انكاره ايضاً في حلقه درسه و عليه فكيف يدعى الاجماع و استدل له ايضاً بالنهي

ص: ٣٣١

١- الدروس ج/٣ ص ٢٧٥ و ما ذكره ابن الجنيد متين و عليه جرت سيره العقلاء لكنه لا يعارض الدليل الخاص اذا ما ثبت.

٢- و ذكر ذلك المصنف ايضاً راجع الدروس ج/٣ ص ٢٧٥.

٣- الصحاح ج/٦: ٢١٧٢ (غبن).

عن اكل مال الغير و ما ورد في النصوص من ان (غبن المسترسل سحت) (١) كما في احدها وفي الموثق (غبن المؤمن حرام) (٢) و في ثالث «لا يغبن المسترسل فان غبنه لا يحل» (٣) و ما ورد من النهى عن تلق الركبان و انهم مخيرون اذا غبنوا مضافاً لقاعده نفى الضرر .

اقول: و الكل كما ترى اما الاول فلحصول التراضى و ألما كانت المعامله باطله لا ان فيها الخيار فان قلت ان المغبون لو علم لم يرض قلت: الملاك و المعتبر فى المعاملات هو الرضا الفعلى فانه هو الذى عليه المدار و ان كان الداعى له الجهل.

و اما الثانى فانه دال على حرمه خدع المسترسل و هو الذى يطمئن الى الانسان و يثق به ففى مجمع البحرين «الاسترسال: الاستيناس و الطمأنينه الى الانسان و الثقة فيما يحدثه و اصله السكون و الثبات ...» (٤) فهى داله على حرمه اخذ الزيادة و انها سحت و ربا (٥) و لا تحل حسب التعابير الوارده فى تلك الروايات و قد تقدم الكلام فيها من المسأله الخامسه من احكام البيع و ليس المراد من الحرمة هو البطلان فالروايه اجنبية عن ثبوت الخيار للمغبون كما و انها لا تثبت ذلك مطلقاً بل

ص: ٣٣٢

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٥٣ و فى سنده احمد البرقى عن محمد بن على بن ابى جميله و به افتى الكلينى و الفقيه باب غبن المسترسل ٢٧ من المعايش.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٥٣ باب آداب التجاره باب ١٧ من الخيار ح/ ٢

٣- وسائل الشيعه، ج ١٧، ص: ٣٨٥ باب ١ من الاداب ح/ ٧ و الخير مرسل .

٤- مجمع البحرين؛ ج ٥، ص ٣٨٣ / رسل .

٥- الوسائل باب ٥٩ من ابواب التجاره.

للمستترسل فقط و بذلك يظهر الجواب عن الروايه الثالثه و اما الروايه الثانيه فلم يعلم ان المراد من الغبن فيها بالسكون و لعله بالتحريك و هو الخديعه فى رأى فلا ظهور لها نحن فيه مضافاً لدلالاتها على الحرمة لا الخيار.

و اما تلقى الركبان فقد مر الجواب عنه فى آداب البيع (١) و ان الروايه المذكوره عاميه (٢) و يبقى حديث نفي الضرر و الضرار و الذى وقعت فى فهمه مبان متعدده و المختار هو انه لنفى الحكم بلسان نفي الموضوع و انه نزل الضرر منزله العدم لنفي الاثار و الاحكام المترتبه عليه هذا فى الفقره الاولى و عليه فكل حكم ضررى منفي فى الاسلام و عليه فلا بد من اثبات الضرر اولاً و ان منشأ حكم الشرع و كلاهما محل منع اما الثانى فانه هو الذى اقدم على معامله و الضرر انما نشأ من اقدامه و رضاه الفعلى بها و عليه فلا مبرر للخروج عن عموم وجوب الوفاء بالعقود و اما الاول فاخص من المدعى فليس كل غبن يعد ضرراً هذا مضافاً لما اورده الشيخ الانصارى من انه لا يثبت الخيار بالشكل الذى افتى به المشهور بل يدور مدار ثلاثه احتمالات (٣) و الحاصل عدم ثبوت شىء من ادله ثبوت خيار الغبن عدا المستترسل و انه دال على حرمة اخذ الزيادة لا غير و بذلك تعرف النظر فيما فرع عليه المصنف بقوله:

ص: ٣٣٣

١- رقم عشرين.

٢- المستدرک ج/ ٢/ ص ٤٦٩ و كنز العمال ج/ ٢/ ص ٣٠٦ ج/ ٢٣/ نقلا عن الجواهر ص ٤٢.

٣- احدها المعنى المدعى و ثانيها: تخير المغبون بين الرد و اخذ الزيادة و ثالثها: الزام المغبون الغابن فى ان يتخير احد الامرين المذكورين.

(و لا يسقط بالتصرف أآ ان يكون المغبون المشتري و قد اخرجه عن ملكه فيسقط و فيه نظر للضرر به مع الجهل بالغبن فيمكن الفسخ و الزامه بالقيمه أو المثل و كذا لو تلفت العين أو استولد الامه) .

هذا و صحح بعض المتأخرين القول بخيار الغبن باعتباره شرطاً ضمناً ارتكازياً عند العرف .

اقول: لا- مانع من القول به لو ثبت أآ اننا لا- نفهم ذلك عرفاً و عليه فلو ثبت فحكمه حكم الشرط الضمنى و أآ فلا و اما خبر الدعائم الدال على ثبوت خيار الغبن(١) صريحاً فلا عبره به و لا يقاوم ما جرت عليها سيره العقلاء فى المعاملات من بنائها على المغابنه و ما ورد فى بعض الاخبار مما تضمن عدم الخيار للمغبون باطلاقها اللفظى أو المقامى فى خبر الحسين بن يزيد المتقدم (ما لله من الرضا ان اغبن فى مالى)(٢) و فى مرفوع الفقيه (ماكس المشتري فانه اطيب للنفس و ان اعطى الجزيل فان المغبون فى بيعه و شرائه غير محمود و لا مأجور)(٣) و خبر العيون (المغبون لا محمود و لا مأجور)(٤).

ثم انه على القول به فهل يثبت من حين العقد او من عند ظهور الغبن؟ الصحيح هو الاول لان العله فى الخيار على القول به هو الغبن الواقعى اذا كان دليله الادله

ص: ٣٣٤

١- النجعه المتاجر ص ٢٩٧.

٢- النجعه المتاجر ص ٢٩٧.

٣- النجعه المتاجر ص ٢٩٧.

٤- النجعه المتاجر ص ٢٩٧.

الاجتهاديه واما اذا كان دليله الشرط الضمنى لأن المشتراط ضمنا هو ثبوت الخيار عند ثبوت الغبن واقعا و ان لم يظهر، و عليه إذا فسخ المغبون قبل ظهور غبنه وقع صحيحا.

و اما فوريه خيار الغبن فمحل خلاف , و استدل لها بان الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن. و أوضح المحقق الثانى الأصل بان «العموم فى أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنه و الا لم ينتفع به»⁽¹⁾. ورد بان الامر ليس كذلك كما حقق فى علم الاصول فراجع.

و استدل للتراخى بالاستصحاب، و هو يتم بناء على تماميه أمرين:

أ- جريان الاستصحاب فى موارد الشك فى المقتضى و عدم اختصاصه بموارد الشك فى الرفع كما هو المختار خلافا للشيخ الأعظم .

ب- جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه و عدم معارضه أصاله بقاء المجمعول بأصاله عدم الجعل الزائد كما هو المختار ايضا خلافا للمحقق الخوئى .

اقول: وعلى القول بجريان الاستصحاب فيثبت الخيار ولو بعد زمان الفور , الا- انه ليس بصحيح على اطلاقه وذلك لان خيار الغبن على القول به تابع لدليله فان كان دليله الشرط الضمنى فبمقدار الشرط يثبت ومع الشك فالاصل عدم الشرط ولا

ص: ٣٣٥

تصل النوبه لاستصحاب الخيار نعم لو كان دليل الخيار الادله الاجتهاديه صح الاستناد الى الاستصحاب .

حصيله البحث:

المشهور بين المتأخرين ثبوت خيار الغبن مع الجهاله إذا كان بما لا يتغابن به غالباً . و الاقوى عدم ثبوته نعم يحرم غبن المسترسل تكليفاً و المعامله باطله فالمأخوذ منه سحت .

(الثامن: خيار العيب و هو كل ما زاد عن الحلقة الاصلية أو النقص)

اقول: هذا التعريف عين ما جاء في خبر السيارى(1) ولا يخفى انه ليس تعريفاً جديداً خارجاً عن معناه العرفى و الذى يدور مدار الخروج عن المجرى الطبيعى للشيء .

(عيناً كان كالاصبع) كما هو واضح عرفاً (أو صفه كحمى ولو يوماً)

اقول: عد ذلك من العيوب لا يساعد عليه العرف فلا يعد عند العرف نقصاً و لا يوجب نقصان المالىه فى الشيء .

(فللمشترى الخيار مع الجهل بين الرد و الارش)

اقول: اما جواز ردّ المعيب فقد دلّت عليه عدّه روايات، و لكنّها خاصّه بموردها من قبيل صحيحه ميسر عن أبى عبد الله (عليه السلام): «رجل اشترى زق زيت فوجد فيه

ص: ٣٣٦

١- الوسائل باب ١ من احكام العيوب ح/١ ضعيف.

درديا(١) قال: فقال: ان كان يعلم ان ذلك يكون في الزيت لم يرده، و ان لم يكن يعلم ان ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه(٢).

الما ان الحكم يمكن اثباته على طبق القاعده بلا حاجه إلى روايه، و ذلك بالتمسك بفكره الشرط الضمني، فان كل من يقدم على معامله يشترط ضمنا السلامه و الخيار لنفسه على تقدير عدمها.

هذا و لا يختص الخيار باحدهما بل يعم البائع و المشتري و ذلك لعدم اختصاص فكره الشرط الضمني بالمشتري.

واما التخيير بين الردّ و الارش الذي قال به المصنف و صار له المشهور فلا- روايه تدلّ عليه و انما الوارد ثبوت الارش عند حصول بعض التصرفات المانعه من الرد. و من المحتمل ان يكون ذلك من باب تعيين الرد حاله عدم التصرف، و الارش حاله التصرف و ليس من باب تعيين أحد طرفي التخيير بتعدّر الآخر , لكنه مما اطبق عليه العلماء فلم نجد مخالفاً فيه و قد ورد ذلك في كلمات على بن بابويه(٣) و الذي تعد فتاواه بمنزله النصوص كما ونقله العلامة عن المفيد والشيخ ولم ينقل

ص: ٣٣٧

١- الدردي في الزيت و نحوه: ما يبقى في اسفله

٢- وسائل الشيعة ١٢: ٤١٩ الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

٣- المختلف ج/٥ ص ١٩٧.

فيه خلافاً(١) مع ان موضوع كتاب المختلف هو نقل اختلافات المتقدمين ويؤيده ورود ذلك في الفقه الرضوى: «فان خرج في السلعه عيب و علم المشتري فالخيار إليه ان شاء رده و ان شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمه ارش العيب»(٢).

لكن الكتاب المذكور ساقط عن الاعتبار لعدم ثبوت نسبه إلى الامام الرضا (عليه السلام) و ان أصرّ على ذلك بعض متأخري المتأخرين كصاحب الحدائق(٣) , و عليه فالصحيح هو التخيير لثبوتها بين المتقدمين و ان لم ترد به روايه نعم من لا يعتمد على مشهور المتقدمين فلا بد من ان يقول باختصاص الارش بحاله عدم امكان الردّ بسبب التصرف لخبر زواره عن أبي جعفر (عليه السلام): «أيا رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار لم يتبرأ إليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»(٤) .

و السند يشتمل على موسى بن بكر الواسطي، و هو لم يوثق في كتب الرجال إلا بناء على كبرى وثاقه كل من ورد في أسانيد تفسير القمي ولا نقول بها .

ص: ٣٣٨

١- المختلف ج ٥ الفصل الحادي عشر في العيوب

٢- مستدرک الوسائل الباب ١٢ من أبواب الخيار الحديث ٣ و الظاهر زياده الالف في (أو) و الفقه المنسوب للرضا عليه السلام ص ٢٥٣

٣- الحدائق الناضره ١: ٢٥ , و للشيخ النوري في مستدرکه ١٩: ٢٣٠-٣٢٢ بحث مفصل عن الكتاب المذكور.

٤- وسائل الشيعة ١٢: ٣٦٢ الباب ١٦ من أبواب الخيار الحديث ٢

وهناك محاولات لتوثيقه فورد في الحديث ان أبا الحسن (عليه السلام) أرسل خلفه و قال له: «مالي أراك مصفراً أ لم آمرك بأكل اللحم؟ فأجاب ما أكلت غيره منذ أمرتني، فقال (عليه السلام): كيف تأكله؟ فقال: طيخا، قال: كله كبايا. و بعد جمعه أرسل خلفه الامام (عليه السلام) فإذا الدم قد عاد في وجهه و أرسله إلى الشام في بعض حوائجه»^(١).

و لكن الحديث ضعيف سنداً لان الراوى له الواسطى نفسه، و دلالة لان اعتناء الامام (عليه السلام) بصحته و ارساله في بعض حوائجه لا يلزم الوثاقه.

و قد يستدل على قبول رواياته بما رواه الشيخ الكليني بطريق معتبر عن الحسن بن محمد بن سماعه: «دفع إلى صفوان كتاباً لموسى بن بكر فقال لي: هذا سماعى من موسى بن بكر و قرأته عليه فإذا فيه: موسى بن بكر عن على بن سعيد عن زراره. قال صفوان: هذا ممّا ليس فيه اختلاف عند أصحابنا»^(٢) وهو ايضا ليس بواضح التوثيق فلعل مراد صفوان تلك الروايه ليس فيها اختلاف , وعليه فلا دليل على صحه الخبر سنداً نعم هو موثوق به لاعتماد الاصحاب عليه .

و اما انه لا فوريه في الخيار المذكور فذلك واضح بالنسبه إلى الرد لان الاشتراط الضمنى لم تؤخذ فيه الفوريه في اعمال الخيار.

ص: ٣٣٩

١- الكافي ٦: ٣١٩

٢- الكافي ٧: ٩٧

و اما بالنسبه الى الارش فعدم فوريته مقتضى اطلاق خبر زرارہ المتقدم، و مع التّنزل و التسليم بدعوى انها فى مقام بيان أصل الخيار دون خصوصياته فلا أقلّ من اطلاقها المقامى.

و اما ان الرد بالعيب يعمّ جميع المعاملات فلعدم اختصاص الشرط الضمنى بالبيع بل تعم غيره. نعم يختص الارش بالبيع لاختصاص خبر زرارہ الذى هو دليله به.

كيفية الارش

ثم ان الارش (مثل نسبة التفاوت بين القيمتين)

و قد يتوهم من كلام المفيد و ابن بابويه انه يرجع على البايع بقدر ما بين القيمتين (١) و ذكر العلامة فى المختلف انه ليس المراد مما ذكرنا ذلك و ان كان هو الظاهر من كلامهما لكن مثل هذا لا يخفى على هؤلاء المشايخ (٢)، و الحاصل اتفاق كلمه العلماء فى طريقه اخذ الارش بما ذكر المصنف من نسبة التفاوت بين القيمتين و هو منصرف النصوص بل ظاهرها ففى صحيح جميل و هو من اصحاب الاجماع عن بعض اصحابنا انه (يرجع بنقصان العيب) (٣) و فى حسن زرارہ (و يرد عليه

ص: ٣٤٠

١- المختلف ج/٥ ص ١٩٧ المقنعه ص ٥٩٦.

٢- المختلف ج/٥ ص ١٩٨

٣- الوسائل باب ١٦ من الخيار ج/٣ مرسل الا انه موثوق به

بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به (١) و في صحيح ابن سنان (و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها) (٢).

(و لو تعددت القيم اخذت قيمه واحده متساويه النسبه فمن القيمتين نصفهما و من الخمس خمسها)

عملاً بجميع البيّنات بعد انتفاء الترجيح، هذا و نقل الشهيد الثاني عن المصنف طريقاً آخر للجمع بين القيم و قد ذكر ايضاح النافع انه الحق (٣) و هو ان ينتسب معيب كل قيمه الى صحيحها و يجمع قدر النسبه و يؤخذ من المجتمع بنسبه القيم كنصفه ان كانتا اثنتين و ثلاثه لو كانت ثلاثه و هكذا، و وجه اقوائته ان البيّنات قامت على النسبه فيما بين المعيب و الصحيح و لذا فهذا هو الاقرب للحق ان كان اللازم العمل بكل من البيّنات.

(و يسقط الرد بالتصرف في المبيع)

حسب النصوص المستفيضة كما في حسن زراره المتقدم ايضاً ففيه (و ان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ يرجع بنقصان العيب) و هو و ان كان مرسلأً لما ان راويه جميل و هو من اصحاب الاجماع فلا- شك في موثوقيته و في صحيح ابن سنان المتقدم (لا ترد التي ليست بحبلى اذ اوطأها صاحبها) و قريب منه صحيح ابن حازم و صحيح ابن مسلم و غيرهما ثم ان كان العيب حبلاً و قد وطأ المشتري

ص: ٣٤١

١- الوسائل باب ١٦ من الخيار ج/ ٢

٢- الوسائل باب ١٦ من العيوب ج/ ١

٣- الجواهر ج/ ٣ ص ٢٩١.

الجاريه ردها مع نصف عشر ثمنها حسب المشهور فقد قال به الشيخ فى النهايه و المفيد و سلار و ابن الجنيد و قيده ابن حمزه ان لم يكن الحمل مملوكاً و فصل ابن ادريس بالعشر ان كان ثيباً و نصفه ان كان بكرأ و قال الحلبي يرد معها عشر القيمه (١) و يشهد للمشهور عده من الاخبار منها صحيح ابن سنان المتقدم و يشهد لقول ابن ادريس مرسله الكليني (٢) هذا و قد ورد انه يرد معها شيئاً و فى اخر يردھا ويكسوها و حملهما الشيخ على كسوه و شى يساوى ثمنها و هو كما ترى و كيف كان فالعمل على المشهور و ما عداه لا يوثق به.

(او حدوث عيب) و لو لم يوجب ارشاً (بعد القبض)

فانه مضمون على المشتري فهو مانع من الرد كما تشهد له صحيحه جميل المتقدمه الداله على سقوط الرد عند عدم قيام العين الشامل عرفاً لتغير الاوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب ارشاً، واما توهم شمولها للزيادة كالسمن و تعلم الصنعه فيرده ان الظاهر من قيام العين بقاؤها بمعنى ان لا تنقص ماليتها لا بمعنى ان لا تزيد ولا تنقص و خالف فى ذلك المفيد (٣) فجوز الرد و لعله لاطلاق مادل على جواز الرد و فيه قيام الدليل الخاص الدال على سقوط الرد .

(و يبقى الارش)

بعد سقوط الرد فى لو كان للعيب ارش لإطلاق ما تقدم.

ص: ٣٤٢

١- المختلف ج/ ٥ ص ٢٠٥ و ص ٢٠٦.

٢- الوسائل باب ٥ من العيوب ح/ ٤.

٣- المختلف ج/ ٥ ص ٢١٠ المقنعه ص ٥٩٧.

(و يسقطان) اى الرد و الراش (بالعلم به قبل العقد)

لان الخيار انما ثبت مع الجهل .

(و) يسقطان ايضا (بالرضا به بعده)

و المراد من الرضا هو الالتزام بالعقد و اسقاط الخيار رداً و ارشاً فيسقطان لانهما من الحقوق و هى قابله للاسقاط فيما نحن فيه بلا- اشكال لما تقدم من صحيحه ابن رثاب من سقوط الخيار بالتزامه و الارش ايضاً حق مالى قابل للابراء سواء قلنا بان الابراء تمليك أم اسقاط لما فى الذمه .

(و) يسقطان ايضاً (بالبراءه من العيوب و لو اجمالاً)

كما يدل على ذلك حسن زراره(1) و صحيح جعفر بن عيسى قال « كتبت الى ابي الحسن (عليه السلام) جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه فاذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فاذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً و انه يعلم بها فيقول المنادى قد برئت منها فيقول المشتري لم اسمع البراءه منها ايصدق فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب عليه الثمن»(2).

(و الاباق و عدم الحيض عيب)

ص: ٣٤٣

١- الوسائل باب ١٦ من الخيار ح/ ٢ فى سنده موسى بن بكر و هو مهمل الا ان الكشى روى فى حقه مدحاً يدل على حسن حاله و ربما يظهر ذلك من وصف ابن ادريس له هذا و وصف الشيخ الانصارى الروايه هنا بالصحيحه.

٢- الوسائل باب ٨ من العيوب ح/ ١ الظاهر من محمد بن عيسى هو ابن عبيد فراجع.

كما هو واضح مضافاً لما في صحيح ابي همام في الاباق(١) و صحيح ابن فرقد في عدم الحيض(٢) و انكر ابن ادريس كون عدم الحيض موجباً للرد(٣) و لا وجه له بعد صحه الخبر و تصريح الشيخ و غيره بالعمل به(٤).

هذا و موضوع الخبر هو مضي سته اشهر عليها و لم تحض و اما لو كان اقل من ذلك و لم تحض فهل يثبت به العيب؟ فذهب الشهيد الثانى الى الثبوت نظراً الى ان المناط مضى مده تحيض فيها اسنانها و قد يجاب بورود الصحيح فى تأخر حيضها اشهر و لم يحكم الامام (عليه السلام) بكونه عيباً ففى صحيح رفاعه النخاس (اشترى الجاريه فتمكث عندى الاشهر لا تطمئ و ليس ذلك من كبر و أريها النساء فيقلن لى ليس بها حبل فلى ان انكحها فى فرجها فقال: ان الطمئ قد تحبسه الريح من غير حبل فلا بأس ان تمسها فى الفرج)(٥) ألا انه (عليه السلام) اثبت انه عيب فى صحيح داود بن فرقد فى مورد ذكر السائل فيه انها لم تحض ألا بعد سته اشهر و فيه: ان كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه(٦) و اما

ص: ٣٤٤

١- الوسائل باب ٢ من العيوب ح/٢.

٢- الوسائل باب ٢ من العيوب ح/١.

٣- السرائر ج/٢ ص ٣٠٤.

٤- المختلف ج/٥ ص ٢٠٢ و نقل عن ابن البراج و ابن حمزه ذلك ايضاً.

٥- الكافى ج/٣ ص ١٠٨ باب المرأه يرتفع طمئها ح/١.

٦- المصدر السابق ح/٣.

ان الامام (عليه السلام) لم يحكم بكونه حياً في صحيح النخاس فانه لم يكن في مقام بيان هذا الامر بل كان مورد السؤال حول الوطى لا غير.

(و الثفل) و هو ما استقر تحت المائع من كدره الزيت و شبهه (غير المعتاد)

كما في صحيح ميسر ففيه: (ان كان يعلم ان ذلك يكون في الزيت لم يردده و ان لم يكن يعلم ان ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه(1)) و معتبره السكوني (ان عليا (عليه السلام) قضى في رجل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره فوجد فيها ربا فخاصمه الى علي (عليه السلام) فقال (عليه السلام) لك بكيال الرب سمناً فقال له الرجل انما بعته حكره(2) فقال له علي (عليه السلام) انما اشترى منك سمناً و لم يشتر منك ربا(3)).

اقول: و الروايه لا ظهور لها في كون المبيع شخصياً حتى يكون البيع باطلاً بظهور بعضه رباً بدليل ان ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد و ذلك لأن غايه ما في الخبر انه اشترى منه سمناً بمقدار تلك العكه لا انه اشترى منه هذه العكه بالخصوص.

حصيله البحث:

العيب هو كل ما زاد عن الخلقه الأصليه أو نقص، عيناً كان كالإصبع أو صفه و المشتري مخير بين الردّ و الأرش مع الجهل بالعيب و لا فوريه في الخيار و لا

ص: ٣٤٥

١- الوسائل باب ٧ من العيوب ح/١ و فيه (فوجد فيه دردياً) و الدردي من الزيت و غيره ما يبقى في اسفله راجع مجمع البحرين ماده (دردي).

٢- يعني جمله.

٣- الوسائل باب ٧ ح/٣ من العيوب.

الارش , و الرد بالعيب يعم جميع المعاملات نعم يختص الارش بالبيع. و الارش مثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن، و لو تعددت القيم فالاقوى ان ينسب معيب كل قيمه الى صحيحها و يجمع قدر النسبه و يؤخذ من المجتمع بنسبه القيم كنصفه ان كانتا اثنتين و ثلاثه لو كانت ثلاثه و هكذا، و يسقط الرد بالتصرف أو حدوث عيب بعد القبض و يبقى الارش و يسقطان بالعلم به قبل العقد و بالرضا به بعده و بالبراءه من العيوب و لو إجمالاً، و الإباق و عدم الحيض عيبٌ و كذا الثفل في الزيت غير المعتاد.

(التاسع: خيار التدليس)

و هو اظهار ما لا واقع له و حينئذ فتخلف تلك الصفات يكون من قبيل تخلف الوصف المشترط لأن المشتري انما أقدم على هذا المبيع بهذه الأوصاف ففي الحقيقه يرجع خيار التدليس الى خيار تخلف الوصف و لو كان تخلف ذلك الوصف عيباً لكان فيه خيار العيب من الرد و الارش هذا مضافاً لحديث نفى الضرر كما تقدم توضيحه.

(فلو شرط صفه كمال كالبكاره او توهمها كتحمير الوجه و وصل الشعر فظهر الخلاف تخير و لا ارش)

حيث ان الارش لا يبد له من دليل خاص و قد ثبت في العيب لا غير , لكن تخلف شرط البكاره ليس من التدليس بل هو عيب كما لا يخفى الا ان الاصحاب اختلفوا في ثبوت الخيار بتخلفها فذهب الشيخ في النهايه و الاستبصار الى عدم الرد و الارش و مثله قال ابن البراج في كامله و ذهب الشيخ في المبسوط الى

ص: ٣٤٦

ثبوت الارش دون الرد و به قال ابن البراج فى مهذبته و ابن ادريس فى سرائره لكن ابن ادريس قوى بعد ذلك تخير المشتري بين الرد و الارش(١) و الخلاف يرجع الى وجود روايتين:

الاولى: معتبر يونس (فيمن اشترى جاريه على انها عذراء فلم يجدها عذراء قال: يرد عليه فضل قيمه اذا علم انه صادق)(٢) و هى داله على ثبوت الارش و قد يفهم من سكوتها عن الرد عدم الرد نعم هو مقتضى الشرط.

و الاخرى: موثق سماعه و فيه (لا ترد عليه و لا يجب عليه شىء انه يكون يذهب فى حال مرض او امر يصيبها)(٣) و هى ظاهره فى عدم الرد و الارش الا ان تعليلها محل اشكال فهو يقول ان زوال بكارتها لعله حدث من جهه غير الوطىء كالمريض و غيره و لا يخفى انه مع ذلك خلاف الشرط و تخلفه لاسى سبب كان تخلفا للشرط و موجبا للخيار الا ان يكون المقصود من شرط البكاره عدم وطئها من احد و لعل هذا هو المنصرف عرفاً فيصح التعليل لكن مع ذلك انه اخص من ادعى و هو عدم الخيار مطلقاً بل لا بد من القول بالخيار اذا علم ثبوتها قبل البيع و كذا اذا شك فى ذلك فيكفى الشك فى ذلك ويتحقق الخيار لان الشرط بكارتها و

ص: ٣٤٧

-
- ١- المختلف ج/٥ ص ٢٠١.
 - ٢- الكافي ج/٥ ص ٢١٦ ح/١٤ و التهذيب ج/٧:٦٤٤/٢٧٨ لا اشكال فى سنده الا من جهه اسماعيل بن مرار الا ان ظاهر الكلام ابن الوليد فى الفهرست ص ١٨٢ انه ثقه كما و يظهر من الفهرست تعدد الراوى عن يونس و تعدد السند فراجع ص ١٨١ الفهرست.
 - ٣- التهذيب ج/٧:٦٤٥: ٢٧٩.

لم يحصل ظاهراً و اما خبر يونس فلم يعلم انه روايه لانه لم يسنده الى الامام (عليه السلام) نعم يونس من اصحاب الاجماع و كلامه يوجب الوثوق بكلام المعصوم (عليه السلام) كما و انه لا ظهور لكلامه في عدم الرد(١). و الحاصل ان معتبر يونس لا يخالف مقتضى القاعده و الاصل و كذلك موثق سماعه ظاهر في حصولها بلا-وطى و كان اطلاعه على ذلك بعد وطئها الموجب لسقوط ردها و الا فهو يعارض معتبر يونس و حينئذ فالمرجع هو ما دل على ثبوت الخيار بتخلف الشرط نعم لو لم يعلم تقدم الثبوت على البيع فالاصل عدم حدوثها قبل العقد فلا موجب للخيار.

(و كذا التصريح للشاه و البقره و الناقه بعد اختبارها ثلاثه ايام)

اقول: التصريح من صريت الشاه تصريحه اذا لم تحلبها اياماً حتى يجتمع اللبن في ضرعها و الشاه مصراه كما في الصحاح(٢) ولا شك في كونها تدليلاً يوجب الخيار فقط دون الارش لانها ليست عيباً هذا هو مقتضى القاعده و هل التصريح مختصه بالشاه أم انها شامله للبقره و الناقه أم للاعم من الثلاثه ككلامه و الاتان؟(٣) فقد ذهب ابن الجنيد و الشيخ في المبسوط و الخلاف و ابن البراج و ابن ادريس الى حصولها في الناقه و البقره و اما المفيد فلم يتعرض لغير الشاه(٤) و ذكر الشيخ في

ص: ٣٤٨

-
- ١- لعله اكتفى بذكر الارش باعتبار ان الاطلاع على عدم البكاره غالباً اما يكون بالوطى و هو تصرف موجب لسقوط الرد.
 - ٢- الصحاح ج/ ٢٤٠٠: ٦.
 - ٣- الاتان: الحماره: الصحاح ج/ ٥/ ٢٠٦٧.
 - ٤- المختلف ج/ ٥/ ص ٢٠٤.

المبسوط و الخلاف عدم ثبوتها فى الامه و الاتان و مثله قال ابن ادريس و ابن البراج فى المهذب خلافاً لابن الجنيـد حيث اثبتـها لكل حيوان آدمى و غيره(١) اقول: و الامر تابع للواقع عرفاً و حقيقه فلا بد من الرجوع اليه فى تشخيص ذلك و بذلك يظهر ان مده اختبارها هل يكون ثلاثه ايام ام اقل اكثر فى الكل أو البعض فانه ايضاً تشخيصه بيد العرف و ما هو الواقع .

(و يرد معها اللبن حتى المتجدد و مثله لو تلف)

كما ذهب اليه الشيخ فى النهايه و المفيد و ابن البراج فى الكامل و ابن ادريس و عين فى الخلاف عوضه بصاع من تمر أو بر قائلاً على ما نص النبى (ص) و به قال ابن الجنيـد و تردد فى المبسوط فى اجبار البايـع على اخذ اللبن الموجود أم لا بل يستحق الصاع من التمر و البر كما جزم بالثانى منهما ابن البراج فى المهذب(٢).

اقول: اما وجوب رد اللبن الموجود بعد الفسخ فامرہ واضح فانه ملك للبايع و اما التالف قبل الفسخ فالمشهور عندهم هو انه ملك للمشتري فكيف يجب رده و رد بدله عند تلفه؟ نعم ورد ذلك فى نصوص العامه و اخبارهم(٣) كما اشار اليه الشيخ فى الخلاف و لا عبره بها كما لا يخفى نعم لو قلنا ان المشتري لا يملك اللبن

ص: ٣٤٩

١- المختلف ج/٥ ص ٢٠٥.

٢- المختلف ج/٥ ص ٢٠٣ و ص ٢٠٤.

٣- صحيح البخارى ج/٣ ص ٩٢ و ص ٩٣ و صحيح مسلم ٣: ١١٥٨ و سنن اب داود ٣: ٧٣٢ و سنن ابن ماجه ج/٢ ص ٧٥٣ و سنن البيهقى: ج/٥ ص ٣١٩ و نقل المعانى عنهم ذلك ايضاً راجع الوسائل باب ١٢ من الخيار ح/٢ و ح/٣ و اما الحديث الاول فلا علاقه له بالباب.

باعتبار عدم ملكه للمبيع إلا بعد انقضاء الخيار و قلنا بخياره من زمان العقد لا من حين انكشاف التدليس فحينئذ يصح ما قالوه و الظاهر انه بالخيار من حين العقد و ذلك لان الخيار هنا خيار تخلف الشرط و هو حاصل واقعاً من زمان العقد و على احتمال عدم التملك إلا بعد انقضاء الخيار يصح كلامهم بعد اسقاط قدر ما انفق عليها الى ان عرف حالها كما قاله المفيد (1) حسب قاعده المغرور يرجع على من غره.

حصيله البحث:

التدليس هو اظهار ما لا واقع له و فيه الخيار و يرجع خيار التدليس الى خيار تخلف الوصف , فلو شرط صفه كمالٍ أو توهمها كتحمير الوجه و وصل الشعر فظهر الخلاف تخيير و لا أرش، و كذا التصريح للشاه و البقره و الناقه بعد اختبارها و تشخيصه بيد العرف و ما هو الواقع, و يردّ معها اللبن حتى المتجدد أو مثله لو تلف, و اما لو شرط البكاره فظهر عدمها فلاقوى انه مخير بين الرد و الارش .

(العاشر: خيار الاشتراط)

ص: ٣٥٠

كما تقدم من صحه جميع الشروط لعموم المؤمنين عند شروطهم إلا ما خرج بالدليل كما قال المصنف:

(و يصح اشتراط سائغ فى العقد)

شرائط صحه الشروط

و اما الشرط غير السائغ فلا عبره به و شرائط صحه الشروط كالتالى:

١- ان يكون الشرط الذى يجب الوفاء به مذكورا فى العقد او بحيث يعول عليه عرفا وذلك لانه عباره عن الالتزام ضمن الالتزام، فإذا لم يكن ضمن العقد يكون التزاما ابتدائيا و ليس شرطا ليشمله عموم «المسلمون عند شروطهم».

٢- ان لا يكون مخالفا للشرع و ذلك لوجهين:

أ- عدم احتمال الزام الشارع بالوفاء لما كان مخالفا له.

ب- تقييد وجوب الوفاء فى صحيحه ابن سنان (١) و غيرها (٢) بذلك.

٣- ان لا يكون مخالفا لمقتضى العقد- كالبيع بلا ثمن- و ذلك لوجهين:

ص: ٣٥١

١- الوسائل باب ٦ من الخيار ح/١.

٢- الوسائل باب ٦ من الخيار ح/١ باقى اخبار الباب.

أ- ان الوفاء بالعقد حيث يتنافى مع مضمون الشرط فيلزم أحد أمرين: اما عدم وجوب الوفاء بالعقد و من ثم بطلانه، أو عدم وجوب الوفاء بالشرط و من ثم بطلانه، و على كلا التقديرين يلزم بطلان الشرط و عدم وجوب الوفاء به.

ب- ان الشرط إذا كان مخالفاً لمقتضى العقد فهو مخالف للكتاب الكريم الدال على ترتب مقتضى العقد عليه.

٤- ان لا يكون الشرط موجبا للجها له في البيع وذلك لعدم نفي الغرر .

وقد ذكر المصنف هذه الشروط بقوله:

(إذا لم يؤد الى جهاله في احد العوضين، أو يمنع منه الكتاب و السنه) ومثل للجها له (كما لو اشترط تأخير المبيع او الثمن ما شاء كل واحد منهما) و مثل لمخالفه الكتاب والسنه بقوله: (أو عدم وطى الامه أو شرط وطى البايع اياها)

ولا يخفى ما في هذين المثالين من اشكال و ذلك فان الشروط تاره تنافى مقتضى العقد كما في البيع بشرط عدم تملك المشتري فانه مناف لحقيقه عقد البيع التي هي التمليك و تاره تنافى اطلاق العقد كما في المقام فان المشتري بتملكه للمبيع له السلطه التامه في المبيع بان يبيعه و يهبه و يحلل لمن يريد الوطى اذا كان المبيع امه أو يمتنع عن وطأها فان ذلك كله من اختياراته المشروعه و لا تنافى مقتضى العقد من التمليك بل تنافى اطلاقه و القاعده تقتضى صحه جميع هذه الشروط مضافاً للنص الصحيح الوارد في ذلك ايضاً كما في صحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام) (عن الشرط في الاماء لا تباع و لا تورث و لا توهب فقال:

يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث و كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فهو رد(١) و مثله صحيح ابن سنان ففيه: «فهو باطل»(٢) و غيره(٣) نعم لو مثل بعدم التوريث كان من المخالف للكتاب كما فى النص المتقدم. و بذلك يظهر ضعف كلام المصنف و غيره من جعل ذلك مما خالف الكتاب.

(و كذا يبطل الشرط باشتراط غير المقدور كاشتراط حمل الدابه فى ما بعد أو أن الزرع يبلغ السنبل)

اقول: اشتراط غير المقدور امر لغو عند العقلاء و باطل لعدم القدره على الوفاء به حتى يشمله عموم الوفاء بالشروط لكنه غير مفسد للعقد كما تقدم فى خيار الشرط نعم لو رجع الشرط الى نوع من تعليق الانشاء على شىء يبطل البيع لاجل التعليق فى الانشاء.

(و لو شرط تبعيه الزرع الى او ان السنبل جاز)

لانه شرط مقدور و سائغ فلا اشكال فيه .

(و لو شرط غير السائغ بطل الشرط و ابطل العقد)

عند المصنف و قبله علامه خلافاً لابن الجنيد و الشيخ فى المبسوط و ابن البراج و ابن زهره و ابن ادريس و حيث قالوا ببطلان الشرط خاصه و هو الظاهر من الكلينى و الصدوق و يشهد لهم ما تقدم من صحيح عيص بن القاسم عن الصادق

ص: ٣٥٣

١- الوسائل باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان ح/١.

٢- الوسائل باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان ح/١ او ذيله.

٣- الوسائل باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان ح/٢.

(عليه السلام) (قالت عائشه للنبي (ص) ان اهل بريده اشترطوا ولاءها فقال(ص):لولاء لمن اعتق(1) و صحيح الحلبي(2) و رد
العلامه هذا الخبر بالشكل الذى رواه العامه و طعن فى دلالتة و سندة(3) و لم يتفطن وروده فى اخبارنا بسند صحيح و دلالة
واضحة.

(و لو شرط عتق المملوك جاز) كما تقدم دليله (فان اعتقه و آلا تخير البايع) لتخلف الشرط .

(وكذا كل شرط فانه يفيد تخيره)

اما ثبوت الخيار عند تخلف الشرط فلأن مرجع الاشتراط عرفا إلى تعليق الالتزام بالعقد على تحقق الشرط خارجا، فعند عدم
تحققه لا التزام بالعقد الذى هو عبارته اخرى عن جعل الشارط الخيار لنفسه عند تخلف الشرط.

و وجه الشيخ الأعظم ثبوت الخيار بقوله: «إذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد فيجوز للمشروط له أيضا نقضه»(4) .

(و) هل يجب الوفاء بالشرط قولان:

ص: ٣٥٤

-
- ١- الوسائل باب ٣٧ من العتق ح/١.
 - ٢- الوسائل باب ٣٧ من العتق ح/٢.
 - ٣- المختلف ج/٥ ص ٣٢٢.
 - ٤- كتاب المكاسب ٣: ٣٣، انتشارات إسماعيليان

احدهما: انه (لا يجب على المشتري عليه فعله و انما فائدته) يعنى الشرط (جعل البيع عرضه للزوال عند عدم سلامه الشرط و لزومه عند الاتيان به)

ثانيهما: وجوب الوفاء بالشرط كما يشهد له:

١- قوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم»^(١)، فانه يدل على ان الوفاء بالشرط لا ينفك عن الإسلام، و عدمه لا ينفك عن عدمه، و لازم ذلك وجوب الوفاء بالشرط.

٢- وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، اما بتقريب ان المقصود من العقود هو العهود- كما روى ذلك عبد الله بن سنان عن الامام الصادق (عليه السلام) ^(٣)، و العهد صادق على الشرط- أو بتقريب ان العقد إذا وجب الوفاء به فيلزم الوفاء بالشرط أيضا لأنه جزء مما تم التعاقد عليه.

٣- والروايات الخاصه، من قبيل موثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (عليه السلام) ان على بن أبي طالب (عليه السلام) كان يقول: «من شرط لامرأته شرطا فليف لها به،

ص: ٣٥٥

١- وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٣ الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢

٢- المائدة: ١

٣- وسائل الشيعة ١٦: ٢٤٨ الباب ٢٥ من كتاب النذر و العهد الحديث ٣

فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»^(١)، فانها واضحه فى وجوب الوفاء.

و موردها و ان كان عقد النكاح ألا انه يتعدى إلى غيره اما لعدم القول بالفصل أو لأن التعليل ينفي احتمال الخصوصيه.

حصيله البحث:

يصح اشتراط امر سائغ فى العقد إذا لم يؤد إلى جهاله فى أحد العوضين كما لو شرط تأخير المبيع أو الثمن ما شاء أو يمنع منه الكتاب و السنه، ويلزم ان يكون الشرط مذكورا فى العقد او بحيث يعول عليه عرفا و كذا يبطل باشتراط غير المقدور كاشتراط حمل الدابه فيما بعد أو أن الزرع يبلغ السنبل، و لو شرط تبقية الزرع إلى أوان السنبل جاز، و لو شرط غير السائغ بطل الشرط لكنه ليس بمبطل للعقد، و لو شرط عتق المملوك جاز، فإن أعتقه و إلا تخير البائع، و كذا كل شرط لم يسلم لمشرطه فإنه يفيد تخيره و يجب على المشترط عليه فعله.

(الحادى عشر: خيار الشركه سواء قارنت العقد كما لو اشترى شيئا فظهر بعضه مستحقاً)

و يدل على الخيار فى ما ذكر من المثال و امثاله صحيح الصفار المتقدم فى رجل باع قريه ولم تكن القريه كلها له فوقع (عليه السلام) «لا يجوز بيع ما لا يملك و قد وجب

ص: ٣٥٦

الشراء على البايع على ما يملك»(1) فهو دال على صحة العقد و لزومه من جهة البايع فيما يملك دون المشتري .

(أو تأخرت) الشركه (بعده الى قبل القبض كما لو امتزج المبيع بغيره بحيث لا يتميز، وقد يسمى هذا عيباً مجازاً)

باعتبار ان حقيقه العيب هو النقص و حصول الشركه و ان لم يكن نقصاناً إلا انه مرغوب عنه عقلاً لقله راغبه فهو نقص عرفاً لا حقيقه و المشتري له الخيار باعتبار الشرط الارتكازى بتحويل المبيع مستقلاً عن ملك الغير أو فقل بتخلف صفه من صفات المبيع المشروطه ضمن العقد و هى صفه الاستقلاليه فالبيع صحيح لتحقق موجبه و هو العقد إلا ان اللازم على البايع تحويله بالاستقلال و لم يحصل بلا- فرق بين امتزاجه بالمساوى و امكن تخليصه ام لا- كل ذلك بناء على القول بالخيار هنا من باب الشرط الارتكازى اما لو لم نقل بهذا الشرط و كان المبني فى الخيار حديث نفي الضرر فلا بد من القول بالخيار مادام الضرر موجوداً و إلا فلا.

و قد يستدل للخيار فى كلا-الموردين بموثق عمر بن حنظله عن الصادق (عليه السلام) فى رجل باع ارضاً على ان فيها عشره اجره فاشترى المشتري منه بحدوده - الى - فلما مسح الارض فاذا هى خمسه اجره قال (عليه السلام) (ان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الارض و ان شاء رد البيع و اخذ ماله كله الا ان يكون الى جنب تلك الارض

ص: ٣٥٧

١- الوسائل باب ٢ من ابواب العقود ح/١.

له ايضاً ارضون فليوفه و يكون البيع لازماً عليه ... (١) و قد افتى بمضمونه الصدوق و الشيخ في النهايه و ابن ادريس و لم يعمل به في المبسوط بل قال انه مخير بين الفسخ و الامضاء بكل الثمن و مثل قال ابن البراج (٢) اقول: و تطبيق الروايه على القواعد مشكل مضافاً الى ان عمر بن حنظله لم يوثق نعم يمكن ادعاء ظهورها بأن البيع وقع على الارض من دون ملاحظه خصوصيتها فكأن البيع واقع عرفاً على امر كلي و قد سلم البايح قسماً منه و بقي قسم اخر اما ان يعوض بمثله الذي لا- يختلف عنه في الخصوصيات او يرد عوضه باعتبار عدم تسليم معوضه و هذا الادعاء يساعد عليه العرف بالنسبه الى شراء الاراضى الواسعه و حينئذ ان امكن ذلك لم تكن الروايه مخالفه للقواعد و الا فتأسيس الروايه تعبداً لامر خلاف القاعده مرهون بموثوقيتها و قد عرفت عمل البعض بها، و الحاصل انه لو تم الخبر هنا لكان نافعاً فيما سيأتى من الخيارات.

(الثاني عشر: خيار تعذر التسليم فلو اشترى شيئاً ظاناً امكان تسليمه ثم عجز بعده تخير المشتري)

حسب الشرط الارتكازى العقلانى او بدليل نفي الضرر كما تقدم توضيحه .

(الثالث عشر: خيار تبعض الصفقه كما لو اشترى سلعتين فيستحق احدهما) فان الصفقه قد تبعضت على المشتري و لم تسلم له كاملاً والفرق بين هذا المثال و مثال الشركه المتقدم ان المبيع هناك كان واحداً فحصلت الشركه فى المبيع

ص: ٣٥٨

١- المختلف ج/ ٥ ص ٢٨٨.

٢- التهذيب ج/ ١٥٣: ٧/ ٦٧٥ و الفقيه باب ٣ من البيوع.

الواحد بخلافه هنا حيث ان المبيع امران متغايران حقيقةً الا ان يبيعهما في بيع واحد جعلهما شيئاً واحداً اعتباراً و استحقاق احدهما يوجب تبعض المبيع بدون ان يكون هناك شركة في البين و الاستدلال للخيار كما تقدم في الشركة.

(الرابع عشر: خيار التفليس: اذا وجد غريم المفلس متاعه فانه مخير بين اخذه مقدماً على الغرماء و بين الضرب بالثمن معهم و سيأتي تفصيله في كتاب الدين)

و ذلك لصحيح عمر بن يزيد (عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال: لا يحاصه الغرماء)(1) و بذلك افتى ابن الجنيد و الشيخ في الخلاف و ابن البراج و ابن ادريس خلافاً للشيخ في النهاية و الاستبصار و المبسوط(2) و لا دليل له.

(و مثله غريم الميت مع وفاء التركة بالدين و قيل مطلقاً)

وفت التركة بالدين ام لا و القائل ابن الجنيد و هو المفهوم من الكليني و الصدوق بدليل صحيح جميل عن بعض اصحابنا عن الصادق (عليه السلام): «في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشتري و المتاع قائم

ص: ٣٥٩

١- الوسائل باب ٥ من احكام الحجر ح/ ٢/

٢- المختلف ج/ ٥/ ص ٤٦٣.

بعينه، قال: إذا كان المتاع قائماً بعينه ردّ إلى صاحب المتاع وقال: ليس للغرماء أن يخاصوه (يخاصموه به) «(١)».

ويشهد للمصنف وقوله الشيخ وابن ادريس صحيح أبي ولّاد عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله وأصاب البائع متاعه بعينه أله أن يأخذه إذا حقّق له؟ فقال: إن كان عليه دين و ترك نحواً ممّا عليه، فليأخذ إن حقّق له، فإنّ ذلك حلال له، و لو لم يترك نحواً من دينه فإنّ صاحب المتاع كواحد ممّن له عليه شيء يأخذ بحصّيته و لا سبيل له على المتاع» (٢) و قريب منه صحيح ابى بصير «عن الصادق (عليه السلام): سئل عن رجل كانت عنده مضاربه و وديعه و أموال أيتام و بضائع و عليه سلف لقوم فهلك و ترك ألف درهم أو أكثر من ذلك، و الذى للناس عليه أكثر ممّا ترك؟ فقال: يقسم لهؤلاء الذى ذكرت كلّهم على قدر حصصهم أموالهم» (٣).

و الظاهر أنّ ابن الجنيد استند إلى صحيح جميل المتقدّم .

قيل: و ظاهره عدم الوفاء لقوله (عليه السلام) فيها «ليس للغرماء أن يخاصموه أو يخاصّوه» لا إلى إطلاق صحيح عمر بن يزيد المتقدّم كما قاله المختلف، و حيث إنّ

ص: ٣٦٠

١- الوسائل باب ٥ من احكام الحجج ح/١

٢- الوسائل باب ٥ من احكام الحجج ح/٣

٣- الوسائل باب ٥ من احكام الحجج ح/٤

صحيح جميل له ظهور في مختار ابن الجنيد يمكن نسبته إلى الكافي و الفقيه أيضا حيث اقتصر على روايته و لم يرويا صحيح أبي ولاد.

و عليه فيقع التعارض بين صحيح جميل الذي افتى به ابن الجنيد و الكليني و الصدوق و بين الصحيحين الاخيرين.

اقول: ما قيل من ان ظاهر صحيح جميل عدم وفاء التركة بالدين لقوله فيها «ليس للغرماء أن يخاصموه أو يحاصّوه» ليس بظاهر نعم هو دال بالاطلاق والاطلاق لا يصار اليه مع وجود المقيد وهما صحيحى ابي ولاد و ابي بصير اللذين دلّا على التفصيل الذي قال به المصنف و هو الصحيح .

ثم ان عد الخيارات اربعة عشر من مختصات كتاب اللمعه و مع ذلك يمكن عد غيرها مثل ما ذكره ابن حمزه من خيار بروز منافع المبيع مستحقه لغيره كما اذا اشترى داراً فظهر انها مستأجره و قد ذكر ذلك المصنف ايضاً في الاجاره و لا يخفى دليله فان الشرط الارتكازى يحكم بتحويل الدار خليه من الموانع و لم يحصل او فقل انصراف البيع الى تحويل الدار بلا مزاحم و لم يفعل البايع.

حصيله البحث:

من الخيارات خيار الشُّرْكه سواءً قارنت العقد كما لو اشترى شيئاً فظهر بعضه مستحقاً، أو تأخّرت بعده إلى قبل القبض كما لو امتزج بغيره بحيث لا يتميّز، و خيار تعذّر التّسليم: فلو اشترى شيئاً ظنّاً بإمكان تسليمه ثمّ عجز بعد تخيّر المشتري

ص: ٣٤١

و خيار تبعض الصّ فقه: كما لو اشترى سلعتين فتستحقّ إحداهما، و خيار التّفليس و سيأتي تفصيله و مثله غريم الميّت مع وفاء التّركه.

كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار

ثم انه لو مات ذو الخيار فلا ريب في انتقال الخيار الى وارثه لانه من الحقوق لعموم قوله تعالى ﴿واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله﴾ كما ورد النص الصحيح في معناها وهي شامله للمال والحق.

و اما كيفيه استحقاق كل من الورثة للخيار مع أنّه شىء واحد غير قابل للتجزيه و التقسيم ففيه وجوه:

الأول: ما اختاره بعض (1): من استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً كمورثته، بحيث يكون له الفسخ في الكلّ و إن أجاز الباقيون نظير حدّ القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين، و كذلك حقّ الشفعه على المشهور.

وناقش الشيخ الاعظم في ما استدل لهذا الوجه بقوله: «إنّه لا ريب في فساد مستند الوجه الأوّل المذكور له؛ لمنع ظهور النبويّ (2) و غيره في ثبوت ما ترك لكل واحدٍ

ص: ٣٦٢

١- كما اختاره الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢١٤، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٥٩١، و غيرهما

٢- وهو ما ترك الميّت من حق فلوارثه.

من الورثه؛ لأنّ المراد بالوارث في النبوى وغيره ممّا أفرد فيه لفظ «الوارث» جنس الوارث المتحقّق في ضمن الواحد والكثير، وقيام الخيار بالجنس يتأتّى على الوجوه الأربعة (المذكوره).

و أمّا ما ورد فيه لفظ «الورثه»^(١) بصيغته الجمع، فلا يخفى أنّ المراد به أيضاً إمّا جنس الجمع، أو جنس الفرد، أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى والأفرادى. والأظهر هو الثانى، كما فى نظائره.

وفيه: انه المستند لا ينحصر بما ذكر من النبوى الضعيف سنداً بل المستند هو انه بعد فرض ارث الخيار يعنى بعد قبول ان ايات الارث لا تختص بارث المال كقوله تعالى {واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله} ^(٢) هو ثبوت الحق لكل وارث، لتعقّل تعدّد من له الخيار فلا مانع من هذه الجبهه والمفروض ان الخيار امر وحدانى ولا علاقه له بارث المال فهو كما لو كان لاجنبى وعليه فيثبت لكل وارث على سبيل الاستقلال .

ص: ٣٤٣

١- ورد اللفظ فى موارد متعدّده، منها: ما ورد فى الوسائل ١٣: ٣٣٢، الباب ٨ من كتاب السكنى والحبس، الحديث ٢، و ١٩: ٢٤٧، الباب ٢٤ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ١ و ٢، و الأبواب المناسبه الأخرى.

٢- الانفال ايه ٧٥ راجع تفسير جوامع الجامع - الطبرسى ج ٢ ص ٤١

و اما قوله: «هذا كله، مع قيام القرينه العقلية و اللفظية على عدم إرادته ثبوته لكل واحدٍ مستقلا في الكلّ.

أما الاولى: فلأنّ المفروض أنّ ما كان للميت و تركه للوارث حقّ واحدٌ شخصيٌّ، و قيامه بالأشخاص المتعدّدين أوضح استحالةً و أظهر بطلاناً من تجزيه و انقسامه على الورثه، فكيف يدعى ظهور أدلّه الإرث فيه؟

و أما الثانيه: فلأنّ مفاد تلك الأدلّه بالنسبه إلى المال المتروك و الحقّ المتروك شىءٌ واحدٌ، و لا يستفاد منها بالنسبه إلى المال الاشتراك و بالنسبه إلى الحقّ التعدّد، إلّا مع استعمال الكلام في معنيين».

فيرد عليه: اما ما قاله في القرينه الاولى من كونه «حقاً واحداً شخصياً» ففيه: انه حقّ واحدٌ قائمٌ بشخص واحد و من المعقول قيامه بأشخاص متعددين . واما القرينه الثانيه من كون مفاد تلك الأدلّه بالنسبه إلى المال المتروك و الحقّ المتروك شيئاً واحداً ففيه: ان ادله الارث الداله على الارث بشكل عام ليس لها هذا المفاد و ما دل على ارث المال بتفاصيله يختص بالمال و لا دليل على تسريته للحق .

و لا- يرد عليه ما قال: «مع أنّ مقتضى ثبوت ما كان للميت لكلّ من الورثه أن يكونوا كالوكلاء المستقلين، فيمضى السابق من إجازة أحدهم أو فسخه، و لا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدّم الفسخ على الإجازة» وذلك لان القدر المتيقن هو كونهم ورثا لهم الحق لان ادله الارث في مقام بيان التوريث لا ان الوراث وكلاء

او اولياء حتى يتسنى لهم اسقاط الحق . و بعد اثبات صحه الوجه الاول يظهر الجواب عن الوجوه الثلاثه الاتيه .

الثانى: استحقاق كلِّ منهم خياراً مستقلاً فى نصيبه، فله الفسخ فيه، دون باقى الحصص، غايه الأمر مع اختلاف الورثه فى الفسخ و الإمضاء تُبَعِّضُ الصَّفَقَه على من عليه الخيار فيثبت له الخيار. و وجه ذلك: أنَّ الخيار لَمَّا لم يكن قابلاً للتجزيه، و كان مقتضى أدلّه الإرث كما سيجىء اشتراك الورثه فيما ترك مورثهم، تعيّن تبعضه بحسب متعلّقه، فيكون نظير المشتريين لصفقه واحده إذا قلنا بثبوت الخيار لكلِّ منهما.

الثالث: استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار، فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدّده بالنسبه إلى جميع المال، و لا بالنسبه إلى حصّه كلِّ منهم؛ لأنّ مقتضى أدلّه الإرث فى الحقوق الغير القابله للتجزيه و الأموال القابله لها أمرٌ واحدٌ، و هو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثه، إلّا أن التقسيم فى الأموال لَمَّا كان أمراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع فى المجموع إلى اختصاص كلِّ منهم بحصّه مشاعه، بخلاف الحقوق فإنّها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثه فيها، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا فى الكلِّ و لا فى حصّته.

الرابع: هو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعه فى ضمنه، لا من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكلِّ منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يُجزِ الآخر؛ لتحقّق الطبيعه فى

الواحد، و ليس له الإجازة بعد ذلك. كما أنه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده؛ لأنّ الخيار الواحد إذا قام بماهيته الوارث، واحداً كان أو متعدداً، كان إمضاء الواحد كفسخه ماضياً، فلا عبره بما يقع متأخراً عن الآخر؛ لأنّ الأوّل قد استوفاه. و لو اتّحدا زماناً كان ذلك كالإمضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرّفٍ واحد، لا أنّ الفاسخ متقدّم (١).

مناقشات هذه الوجوه

وناقش الشيخ الاعظم فى هذه الوجوه الثلاثة بقوله:

« أمّا الوجه الثانى: فهو و إن لم يكن منافياً لظاهر أدلّه الإرث: من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث، إلّا أنّ تجزئه الخيار بحسب متعلّقه كما تقدّم ممّا لم تدلّ عليه أدلّه الإرث. أمّا ما كان منها كالنبوى غير متعرّضٍ للقسمه فواضح، و أمّا ما تعرّض فيه للقسمه كآيات قسمه الإرث بين الورثه فغايه ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظه عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمه فيما يحصل بإعمال هذا الحقّ أو إسقاطه، فيقسّم بينهم العين المستردّه بالفسخ، أو ثمنها الباقي فى ملكهم بعد الإجازة على طريق الإرث».

ص: ٣٦٦

١- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٦، ص: ١١٨

ثم قال: «و أما ثبوت الخيار لكلّ منهم مستقلاً في حصّته، فلا يستفاد من تلك الأدلّه، فالمتيقّن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع، فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ في المجموع، وإلّا فلا دليل على الانفساخ في شىء منه». قلت: ما قاله من انه هو المتيقّن لا- يمنع ظهور الدليل في ما ذكرنا من ان الخيار امر وحداني ولا علاقه له بارث المال فهو كما لو كان لاجنبى وعليه فيثبت لكل وارث على سبيل الاستقلال .

ثم قال: «و من ذلك يظهر: أنّ المعنى الثانى للوجه الثالث و هو قيام الخيار بالطبيعته المتحقّقه في ضمن المجموع أيضاً لا دليل عليه، فلا يؤثّر فسخ أحدهم و إن لم يجز الآخر، مع أنّ هذا المعنى أيضاً مخالفٌ لأدلّه الإرث؛ لما عرفت من أنّ مفادها بالنسبه إلى المال و الحقّ واحدٌ، و من المعلوم أنّ المالك للمال ليس هو الجنس المتحقّق في ضمن المجموع.

ثم إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ حقّ ثبت لمتعدّدٍ لم يُعلم من الخارج كونه على خصوص واحدٍ من الوجوه المذكوره. نعم، لو علم ذلك من دليل خارج اتّبع، كما في حدّ القذف؛ فإنّ النصّ قد دلّ على أنّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين (١)، و كحقّ القصاص، فإنّه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصّه الباقي من الديه إلى أولياء المقتصّ منه جمعاً بين الحقّين».

ص: ٣٦٧

١- راجع الوسائل ١٨: ٤٥٦، الباب ٢٢ من أبواب حدّ القذف، الحديث ١ و ٢

حصيله البحث:

و اما كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزيه و التقسيم هو استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً كمورثه، بحيث يكون له الفسخ فى الكل و إن أجاز الباقيون نظير حد القذف الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين، و كذلك حق الشفعه على المشهور.

(الفصل العاشر)

إشاره

(فى الاحكام و هى خمسه:

الاول: النقد و النسيئه: اطلاق البيع يقتضى كون الثمن حالاً و ان شرط تعجيله أكده)

و ذلك للانصراف عرفاً و يؤيده موثق عمار الساباطى ففيه: «و الثمن اذا لم يكونا شرطاً فهو نقد»^(١) و قلنا انه مؤيد لسقوط اخبار عمار مع كثره شذوذها عن الاعتبار و الموثوقيه، و حيث ان الانصراف بمثابه الشرط بل هو شرط ضمنى و ارتكازى فاشترطه صريحاً يفيد التأكيد و ناقش فى ذلك صاحب الجواهر^(٢) بان الاطلاق يفيد استحقاق المطالبه لا وجوب التقابض و الشرط يوجب الدفع و التقابض و لو لم يطالب ثم رده بان مجرد العقد يوجب الدفع بلا مطالبه .

ص: ٣٤٨

١- الوسائل باب ١ من احكام العقود ح/٢.

٢- الجواهر ج/٢٣ ص ٩٨.

اقول: لا فرق بين التصريح بالشرط و عدمه فى وجوب التقابض او عدمه فلو وجب ففى كليهما و ان لم يجب ففى كلا الموردين.

و ذكر ان الخيار الحاصل عند الاطلاق لابد من تقييده بعد امكان الاجبار على الوفاء بخلاف ما لو شرط ثم احتمال عدم التقييد قلت: بعد كون الانصراف الى التعجيل بمثابه الشرط و انه شرط ضمنى و ارتكازى لا فرق بينه و بين الشرط الصريح فى الاحكام فالصحيح انه شرط تأكيدى لا غير.

(فان وقعت التعجيل تخير لو لم يحصل فى الوقت)

لتخلف الشرط كما تقدم .

(و ان شرط التأجيل اعتبر ضبطه بالاجل فلا يناط بما قد يحتمل الزيادة و النقصان كمقدم الحاج و لا بالمشترك كنفهم و شهر ربيع)

لانه يؤدى الى الجهاله فى الثمن فيكون غررياً فيبطل المبيع .

(وقيل: يصح و يحمل على الاول)

فى الجميع, قال فى الجواهر: لم نظفر بقائله(١) واستدل له بانه علقه على اسم معين و هو يتحقق بالاول اقول: لو كان هناك انصراف خرج عن كونه مشتركاً و الا- فلا- ينفع الاسم و تحققه لانهما لم يقصدا الاسم والمسمى ولو قصدا فلا بد من عباره واضحه لا مجمله و الحاصل انه لا وجه لهذا القيل.

(و لو جعل للحال ثمناً و لمؤجل ازيد منه)

ص: ٣٤٩

بطل عند المصنف كما هو مقتضى القاعده حسب النظر الابتدائي و ذلك لعدم حصول الانشاء على واحد منهما فلم ينعقد البيع فيبطل و بالبطان قال الشيخ في المبسوط و سلار و الحلبي و ابن حمزه و ابن ادريس و استدلل لهم مضافاً لمقتضى القاعده بخبر المناهي و نهى عن بيعين في بيع و مثله خبر سليمان بن صالح(١) و موثق عمار في خير (و أمره ان ينهاهم عن شرطين في بيع)(٢) و ما عن ابن الجنيد مرسلأ عنه (ص) انه قال (لا- تحل صفقتان في واحده) و فسرته بان تقول: ان كان بالنقد فكذا و ان كان بالنسيئه فيكذا و كذا(٣).

اقول: و هذه الاخبار مع غض النظر عن معارضها على فرض دلالتها ضعيفه سنداً و دلالة فالنهي عن بيعين في بيع واحد لم يعلم أن المراد منه ما نحن فيه من كون المبيع واحداً يعرض للبيع بقيمتين فانه ليس من البيعين بل هو بيع واحد و بذلك يظهر ضعف تفسير ابن الجنيد لما أرسل مضافاً الى اني لم اقف على من افتى بحرمة أو فساد بيعين في واحد أو بيع و سلف حسب ما جاء في خبر سليمان أو صفقتين في واحده و لا بد من التتبع و عليه فاعراض الأصحاب عن الفتوى بمضمونها يوجب سقوطها عن الحجية

ص: ٣٧٠

١- الوسائل باب ٢ من احكام العقود ح/٤ و ح/٥

٢- الوسائل باب ٢ من احكام العقود ح/٣.

٣- المختلف ج/٥ ص ١٥١.

و هنالك قول من متاخري المتأخرين(١) يرى صحه هذا العقد لعدم لزوم الغرر و الجهاله و الاختيار يكون بيد المشتري بعد ايجاب البايع لكل من الأمرين فلا مانع من التخيير عقلاً و شرعاً و عليه فلا يكون مقتضى القاعده هو البطلان و قد ذكرنا في باب الاجاره صحه ذلك فراجع.

هذا كله الا أن المروى هنا شيء اخر ففى صحيح - على الأصح فى ابن هاشم(٢)- محمد بن قيس الثقه بقرينه عاصم بن حميد عن الباقر (عليه السلام) قال قال امير المؤمنين (عليه السلام) (من باع سلعته فقال ان ثمنها كذا و كذا يداً بيد و ثمنها كذا و كذا نظره فنخذها باى ثمن شئت و جعل صفقتها واحده فليس له ألما اقلهما و ان كانت نظره) و زاد فى الكافى (قال و قال (عليه السلام) (من ساوم بثمانين احدهما عاجل و الآخر نظره فليس احدهما قبل الصفقه)(٣) و مثلها معتبره السكونى(٤) و بهما عمل المفيد و المرتضى و الشيخ فى النهايه و ابن البراج و ابن زهره(٥) و الصدوق و الكلينى و حملهما ابن الجنيد على صورته التلف حيث قال (فان فعل و استهلكت السلعه لم يكن للبايع ألما اقل الثمنين لاجازته البيع به و كان للمشتري الخيار فى تأخير الثمن

ص: ٣٧١

-
- ١- و هو الاردبيلى راجع الجواهر ج/٢٣ ص ١٠٦.
 - ٢- اقول الروايه منقوله عن كتاب قضايا امير المؤمنين عليه السلام و لهذا الكتاب سند اخر للشيخ لا- يمر بابن هاشم راجع الفهرست ص ١٣١.
 - ٣- الوسائل باب ٢ من احكام العقود ح/١.
 - ٤- الوسائل باب ٢ من احكام العقود ح/٢.
 - ٥- المختلف ج/٥ ص ١٥١.

الاقبل الى المده التي ذكرها البايع بالثمن الاوفى من غير زياده على الثمن الاول(1) بعد ان منع عن مثل هذا البيع الا انه لا شاهد للحمل على التلف و العاملون بهما اختلفوا فالذى يظهر من عباره المفيد انه حرام لكنه لو فعل صحت معامله فى اقل الثمنين على ابعء الا-جلين و المرتضى جعله من المكروه و قال ابن البراج بانه باطل لكنهما لو امضيا ذلك كان فى اقل الثمنين لا بعد الا-جلين و قريب منه قال ابن حمزه، و الحاصل من اقوال هؤلاء الاعلام عدا المرتضى و الشيخ فى النهايه هو التعبد بهذين الخبرين و الا فهُم قائلون ببطلان ذلك لولاها .

ثم ان الخبرين خلاف مقتضى القاعده سواء قلنا ان مقتضاها الصحه ام البطلان و حيث ان الاصحاب لم يردوهما بل لم يحصل الخلاف فيهما الا من الشيخ فى المبسوط و من جاء بعده فلا بد من قبولهما تعبداً و لا يتعدى عنهما الى غير موردهما و لذا لو باع كذلك الى وقتين متأخرين كان باطلاً كما قال المصنف:

(أو فاوت بين الأجلين فى الثمن بطل) .

(و لو اجل بعض المعين) من الثمن او المثلن كالنصف و الربع (صح) بخلاف غير المعين للزوم الغرر .

(و لو اشتراه البايع صح قبل الاجل و بعده بجنس الثمن و غيره بزياده و نقصان الا ان يشترط فى الاول ذلك فيبطل)

اما مع عدم الا-شتراط فاستدل له باطلاق الادله و عمومها و لصحيح بشار سألت الصادق (عليه السلام) (عن الرجل يبيع المتاع نسيئاً فيشتره من صاحبه الذى يبيعه منه؟

ص: ٣٧٢

قال: نعم لا بأس به فقلت له: اشترى متاعى؟ فقال: ليس هو متاعك و لا بقرک و لا غنمک(١) و غيره(٢).

و اما صحيح منصور سألت الصادق (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الرجل طعام او بقر او غنم او غير ذلك فأتى المطلوب الطالب لبتاع منه شيئاً؟ فقال: لا يبعه نسيئاً و اما نقداً فليبعه بما شاء(٣) فقد يتوهم دلالته على النهى عن بيعه قبل الاجل و بعده الا انها اجنبية عن المقام و ذلك لانها ظاهره فى النهى عن بيع الدين بالدين لا اقل من احتمال ذلك فيبطل الاستدلال بها للمقام نعم يدل على الحرمة صريحاً خبر يونس الشيبانى و فيه (الرجل يبيع البيع و البايع يعلم انه لا يسوى و المشتري يعلم انه لا يسوى الا- انه يعلم انه يرجع فيه فيشتره منه - الى - قال: اذا ظهر الربا يا يونس و هذا الربا فان لم تشتريه رده عليك قال قلت نعم قال فلا تقربنه فلا تقربنه(٤) لكنها ضعيفه السند اولاً و قد تفرد بنقلها الشيخ فى التهذيب فلا وثوق بها مضافاً لاعراض الاصحاب عنها و معارضه بغيرها من الاخبار المعتمده المتقدمه الداله على جواز ذلك و لعل المراد منها القرض الربوى بصوره البيع بحيث يكون البيع لا حقيقه فيه و مثله فى الضعف خبر ابى ايوب فى النهى عن بيع المضطرين(٥) فانه

ص: ٣٧٣

- ١- الوسائل باب ٥ من احكام العقود ح/٣.
- ٢- الوسائل باب ٥ من احكام العقود ح/٤ و ح/٦.
- ٣- الوسائل باب ٦ من احكام العقود ح/٨.
- ٤- الوسائل باب ٥ من احكام العقود ح/٥.
- ٥- الوسائل باب ٤٠ من آداب التجاره ح/٢ و ح/٣ و ح/٤.

اولاً معارض بصحيح عمر بن يزيد(١) الدال على جواز بيع المضطرين و مخالف لعمومات القرآن الكريم من حليه البيع و قد جاء هذا الاستدلال فى نفس الصحيح المذكور و عليه فلا يمكن حمل الروايه على الفساد و الحرمة لمخالفتها للقرآن الكريم و لا بد من حملها على الكراهه باعتبار تعدد اسانيدها(٢) أو رد علمها الى اهلها .

و اما عدم الجواز مع الشرط فلصحيح على بن جعفر (عليه السلام) ففیه (عن رجل باع ثوباً بعشره دراهم الى اجل ثم اشتراه بخمسه دراهم نقداً أيحل؟ قال اذا لم يشترط و رضيا فلا بأس)(٣) و صحيح حفص بن سوجه عن الحسين بن منذر و فيه: (يجىء الرجل فيطلب العينه فاشترى له المتاع مرابحه ثم ابيعه اياه ثم اشترىه منه مكاني؟ فقال اذا كان بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبع و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتتر؟ فلا بأس ...)(٤) و العينه لغه و عرفاً شراء العين نسيئه كما عن المصنف فى الدروس(٥) و هو المفهوم منها هنا فان ظاهر الروايه ان

ص: ٣٧٤

- ١- الوسائل باب ٤٠ من آداب التجاره ح/١.
- ٢- سند الكافى و هو ح/١ صحيح الى معاويه و قد اسنده الى الامام بلا توسط ابى ايوب بخلاف سند الشيخ فينتهى الى معاويه عن ابى ايوب و رواه الصدوق بسند اخر الى الامام الرضا (عليه السلام) و هو ح/٣ و رواه الرضى مرسلاً ح/٤.
- ٣- الوسائل باب ٥ من ابواب احكام العقود ح/٦.
- ٤- الوسائل باب ٥ من ابواب احكام العقود ح/٤ و الحسين و ان لم يوثق الا ان ابى عمير رواه عنه .
- ٥- الجواهر ج/٢٣ ص ١٠٩.

المشترى يريد من البايع ان يشتري منه نسيئته فيبيعه البايع «بعد ان يشتريها و لو من اجله» مرابحه و نسيئته ثم يبيعه المشتري الى البايع نقداً و لا بد ان يكون ذلك باقل من القيمه الاولى فقال (عليه السلام) ان لم يكن بينهما شرط فلا بأس به فالخبران نهيا عن المعامله هكذا مع الشرط, ثم ان صاحب الجواهر ناقش في اطلاقه حيث ان موضوع صحيح ابن جعفر انما هو البيع مع النقيصه ثانياً و ذكر ان خبر الحسين لعل المراد منه ذلك ايضاً(١).

اقول: بل جزءاً بالنقيصه لا غير و الا لا معنى للمعامله ثانياً و عليه فشمول الشرط للمساوى و الزائد يحتاج الى دليل كما قال فى الجواهر الا ان يفهم من النص ان هذا نوع من بيع الدراهم بالدراهم بزياده فيحرم كما تقدم لكن فهمه مشكل.

ثم ان الشيخ قال: فى النهايه و الاستبصار بانه بعد الاجل لا يجوز ان يشتريه البايع بأقل من ثمنه. و استدل لذلك بخبر خالد بن الحجاج و فيه (لا تشتريه منه فانه لا خير فيه)(٢) و بخبر عبد الصمد و فيه «ابيع الطعام الرجل الى اجل فاجئ و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس لك عندي دراهم قال: خذ منه بسعر يومه قال: افهم اصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى قال لا تأخر منه حتى يبيعه و يعطيك قال: ارغم الله انفى رخص لى فرددت عليه فشدد على»(٣) و صحيح الحلبي (عن رجل

ص: ٣٧٥

١- الجواهر ج/٢٣ ص ١١.

٢- الوسائل باب ١٢ من السلف ح/٣.

٣- الوسائل باب ١٢ من السلف ح/٥ وما ذكره البعض من ان سند الصدوق حسن أو صحيح فليس بصحيح.

اشترى ثوباً ثم رده على صاحبه فابى ان يقبله الا بوضيعة قال لا يصلح له ان يأخذه فان جهل فأخذه فباعه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول مازاد(1).

اقول: و الخبران الاولان مع ضعف سندهما لم يفت بهما احد غير الشيخ مضافاً الى عدم دلالة الاول على الفساد و الحرمة , و لعل الثانى له ظهور فى تقاضى الطلب فكانه يريد اخذ طعماً اما بقيمته السابقة لا اللاحقه و بعبارة اخرى ليس هنالك بيع ثان بل ايفاء للدين مع التفاوت فيريد عشره بدل تسعه باعتبار ان العشره هى القيمة الفعلية و التسعه قيمته السابقة و كيف كان فهما خلاف عموم القرآن من حل البيع و اما الثالث فيرتبط بالاقله و ان الاقله تفسد مع الوضيعة و لا ربط له بالمقام.

ثم ان الاستدلال للفساد مع الشرط بالدور أو عدم حصول البيع باطل لعدمهما.

(ويجب قبض الثمن لو دفعه الى البايع فى الاجل)

و استدل له بحديث نفي الضرر ضروره تحقق الضرر على المشتري ببقائه مشغول الذمه ان لم نقل بوجوب قبض البايع بناء على ان فقره لاضرر تفيده حرمة الاضرار بالاخرين كما هو المختار و اما الاستدلال بفقره لا ضرر فغير واضح، و مثله الاستدلال بوجوب الوفاء بالعقود، و قد يناقش تحققه بالدفع الى الحاكم مع

ص: ٣٧٦

١- الوسائل باب ١٧ من احكام العقود ح/ ١ هذا و ردّ الزيادة الى المشتري الاول لاجل بطلان الاقله و وقوع بيع البايع عن المشتري الاول لانه هو المالك و هذا البيع الثانى و ان كان فضولياً الا انه صحيح لوجود القرينه على رضا و مالكة كما لا يخفى.

الامتنان - على القول به - أو بتشخص المدفوع بحيث لا يكون ضمان على المشتري لو لم يقبض البايع كما لو كان الثمن عيناً شخصيه.

قلت: ابقاء ذمه الاخرين مشغوله له من دون رضاهم اضراً عرفاً (١) سواء امكن الدفع الى الحاكم شرعاً ام لا و كذلك ابقاء عين ماله في يد الاخرين بغير رضاهم و لا شك في كونه ايذاءً فيحرم للنص .

(لا قبله) لعدم الدليل على وجوب القبول قبل حلول الاجل .

(فلو امتنع قبضه الحاكم)

عنه لولايه الحاكم على الممتنع و قد تقدم اثباتها بالتوقيع الشريف فراجع و بذلك افتي الشيخ في المبسوط و ابن ادريس (٢) ألا ان المشهور لم يذكرها الحاكم (٣).

ثم هل يجب على الحاكم القبض بمجرد الامتناع أو مع تعذر جبره على الواجب و سؤال البايع القبض؟

اقول: حيث ان الحاكم ينفذ الاحكام الالهيه و يتحمل المسؤوليه عند عدم غيره فالصحيح هو الثاني مضافاً لاصاله عدم الوجوب عليه بمجرد الامتناع.

ص: ٣٧٧

١- بناءً على ان المراد من الضرر و الضرار ما يعم سوء الحال هذا و كونه اضراً تابعاً للتشخيص العرفي و قد يتأمل فيه لكن يمكن الاستدلال له بحرمة الايذاء ايضاً لوجود النص بحرمة .

٢- المختلف ج/ ٥ ص ١٥٦ و ص ١٥٧.

٣- فلم يذكر ابن الجنيدي و المفيد و سلال و الحلبي و ابن البراج و ابن حمزه و الشيخ في النهايه راجع المختلف ج/ ٥ ص ١٥٦.

(فان تعذر فهو امانه فى يد المشتري لا يضمنه لو تلف بغير تفريطه و كذا كل من امتنع من قبض حقه)

اقول: لو قلنا بانعزال الحق بعزل المديون له و من دون قبض صاحب الحق بعد امتناعه عن قبضه صح ما قاله المصنف اما لو لم نقل بذلك فمقتضى القاعده انه يبقى مشغول الذمه حتى يفرغها بالدفع اما اليه أو الى وكيله أو الى وليه الشرعى كالحاكم و من يقوم مقامه على القول بذلك، و لا بد من التماس دليل من ما ورد فى عزل الزكاه أو من السيره العقلانيه أو غيرهما فى كون العزل من المالك يوجب تعين الحق و الأ فالاصل عدم حصول الحق بالعزل بل يبقى على ملك مالكة الاول.

(ولا حجر فى زياده الثمن و نقصانه اذا عرف المشتري قيمه) للاصل (ألا ان يؤدى الى السفه)

فيثبت عليه الحجر بعد تحقق احد اسبابه و هو السفه كما هو واضح.

(و لا يجوز تأجيل الحال بزياده فيه)

لانه من الربا لكن اذا جعل التأجيل شرطاً لعقد اخر فلا اشكال فيه كما يدل عليه صحيح عبدالملك بن عتبته قال (سألته عن الرجل اريد ان اعينه المال و يكون لى عليه قبل ذلك فيطلب منى مالاً ازيدة على مالى الذى لى عليه ايستقيم ان ازيدة مالاً و ابيعه لؤلؤه تساوى مائه درهم فأقول ابيحك هذه اللؤلؤه بألف درهم على ان

ص: ٣٧٨

أو خرك بثمانها و بمالى عليك كذا و كذا شهراً قال لا بأس به(١) و فيه دلالة ايضاً على جواز شرط تأخير الدين فى البيع .

(و يجب ذكر الاجل فى غير المساومه)

من المراهجه و المواضعه و التوليه (فيتخير المشتري بدونه للتدليس) و قد مر الكلام فيه اوائل الفصل السابع.

حصيله البحث:

إطلاق البيع يقتضى كون الثمن حالاً، و إن شرط تعجيله أكّده، فإن وقت التعجيل تخير لو لم يحصل فى الوقت، و إن شرط التأجيل اعتبر ضبط الأجل، فلا يناط بما يحتمل الزيادة و التقصان كمقدم الحاج و لا بالمشترك كنفهم و شهر ربيع، و لو جعل لحال ثمناً و لمؤجلٍ أزيد منه صح باقل الثمنين لابعـد الاجلين للنص و لو فاوت بين الاجلين بطل، و لو أجل البعض المعين صح، و لو اشتراه البائع نسيئته صح قبل الأجل و بعده بجنس الثمن و غيره بزياده و نقصانٍ إلا أن يشترط فى بيعه ذلك فيبطل، و يجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع فى الأجل لا قبله فلو امتنع قبضه الحاكم، فإن تعدّر فهو أمانته فى يد المشتري لا يضمـنه و لو تلف بغير

ص: ٣٧٩

١- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ٥، ص: ٢٠٦؛ باب العينه؛ تهذيب الأحكام؛ ج ٧، ص: ٥٢؛ باب البيع بالنقد و النسيئه؛ ج ٧، ص:

تفريطه، وكذا كل من امتنع من قبض حقه، ولا- حجر في زياده الثمن و نقصانه إذا عرف المشتري قيمه إلما أن يؤدى إلى الشفه، ولا يجوز تأجيل الحال بزياده فيجب ذكر الأجل في غير المساومه فيتخير المشتري بدونه للتدليس.

(الثانى: فى القبض , اطلاق العقد) و تجريده عن اشتراط التأخير (يقتضى) عرفاً و حسب الشرط الارتكازى (قبض العوضين) و كذلك شرعاً فلا يجوز امتناع كلا منهما تسليم الاخر مع المطالبه بمقتضى آيه وجوب الوفاء فلا يجوز لاحدهما التأخير إلا برضا الاخر ضروره انه بتمام العقد يتم ملك كل منهما للعوض فابقاؤه فى اليد محتاج الى الاذن.

ثم ان الاصل حيث ان العقد عقد معاوضه ان يتقابضا معاً بمعنى انه لا يجب على احدهما الابتداء اولاً

(فيتقابضان معاً لو تمانعاً سواء كان الثمن عيناً أو ديناً)

و بذلك افتى ابن الجنيدي فقال: ليس يستحق البايع الثمن إلا بتسليم السلعه و لا يستحق المشتري اياها إلا بتسليم الثمن فان تشاحا اخرج كل واحد منهما ما يملكه الى مرضى بينهما.(1) خلافاً للشيخ فى الخلاف و المبسوط(2) و المحكى عن ابن زهره و ابن البراج و ابن ادريس(3) بانه يجبر البايع اولاً اذا تمانعا و علل بان الثمن

ص: ٣٨٠

١- المختلف ج/ ٥ ص ٣١٣.

٢- الجواهر ج/ ٥ ص ٣١٢.

٣- الجواهر ج/ ٢٣ ص ١٤٥.

تابع للمبيع و لانه بتسليمه يستقر البيع و يتم اذ لو تلف قبل القبض كان من مال البايع و يفسخ العقد.

اقول: و لا يخفى ضعفه فلا دليل على هذه التبعية اولاً و لا علاقته لاستقرار البيع بالتسليم ثانياً نعم لو لم يسلم احدهما الاخر حق للثاني عدم التسليم بمقتضى الشرط الارتكازى لا ان الاخر لا يستحق المال و لم يستقر البيع فالباع لازم مع قطع النظر عن الخيار و كل منهما يستحق ما عند الاخر الا ان وجوب التسليم تابع لتحقيق الشرط الضمنى بينهما و هو تسليم الاخر و لا ربط له باستقرار البيع كما ان تلفه يكون من البايع انما هو لاجل الدليل الخاص حسب المشهور .

فان قلت: لعل ذلك مبنى على مقاله الشيخ بعدم الملك قبل انقضاء الخيار. قلت: مفروض الكلام مع غرض النظر عن النظر عن الخيار، ثم ان للعامه اقوالاً متعددة اعرضنا عنها.

(والقبض فى المنقول نقله و فى غيره التخليه)

اقول: القبض امر عرفى و هو فى غير المنقول يحصل بالتخليه بلا خلاف و اما المنقول فلم يرد فيه دليل بالخصوص فالمرجع فيه الى العرف لآما ان الشيخ فى المبسوط ذهب الى التفصيل بين ما اشتراه مكايله فبالكيل و ما اشتراه جزافاً فبالنقل من مكانه و فى مثل الدراهم و الدنانير فبالقبض باليد و فى مثل الحيوان فبالمشى به الى مكان اخر و فى العبد بأن يقيمه الى مكان اخر و به قال ابن البراج و ابن حمزه (١) و ذهب المحقق الى حصوله بالتخليه مطلقاً (٢) و لا يبعد انه كذلك

ص: ٣٨١

١- المختلف ج/٥ ص ٣٠١.

٢- الشرايع ج/٢ ص ٢٩.

عرفاً كما سيأتي و استدلل للقبض بانه النقل بخبر عقبه بن خالد حيث انه (عليه السلام) قال في ما لو تلف المبيع (من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته)^(١) و تقريب الاستدلال انه (عليه السلام) جعل النقل هو القبض و فيه انه لا- يتعين به بل هو احد مصاديقه فلو لم يخرج من بيته و قبضه باليد فى داخل البيت لحصل القبض اذن المراد من اخراجه كناية عن رفع اليد عن المال و تمكين المشتري منه فهذه هى حقيقه القبض عرفاً و تحصل باشكال مختلفه و مثله فى الضعف الاستدلال للقبض للمكيل بكيله بصحيح معاويه (عن الرجل يبيع البع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبيعه حتى يكيه أو يزنه ...)^(٢) باعتبار انه (عليه السلام) جعل الكيل و الوزن هو القبض و فيه انه (عليه السلام) ليس فى مقام بيان كيفية تحقق القبض بل فى مقام بيان ان لا يبيعه قبل ان يأخذه فالكيل و الوزن كانا مقدمه لحصول الاخذ و القبض كما يفهم ذلك من صحيح منصور^(٣).

(و به) اى بالقبض (ينتقل الضمان الى المشتري اذا لم يكن له خيار فلو تلف قبله فمن البايع مع ان النماء للمشتري)

ص: ٣٨٢

١- الوسائل باب ١٠ من الخيار ج/١ و الكافى ج/٥ ص ١٧١ ح/١٢.

٢- الوسائل باب ١٦ من احكام العقود ح/١١.

٣- الوسائل باب ١٦ من احكام العقود ح/١.

و يشهد لذلك خبر عقبه بن خالد المتقدم و قد عمل به الكل (1) حيث لا خلاف فى ضمان البايع قبل اقباضه للمشتري و حينئذ فبعد اقباضه المبيع فتلفه يكون على المشتري الا اذا كان للمشتري الخيار لما تقدم من النصوص .

واما كون النماء للمشتري لا للبايع فقد تقدم فى خيار الشرط - بيع الخيار- ذلك و اما التعدى عنه الى غيره من الموارد فهو الذى تقتضيه القاعده من ماله المشتري للمبيع اذا لم يكن هنالك خيار و اما اذا كان هنالك خيار فالمشهور ايضاً كذلك لكن الشيخ خالف فى ذلك و قد تقدم الكلام عنه.

ثم انه قد يناقش فى كون التلف من البايع بانحصار ذلك بما اذا كان التلف بآفه سماويه لا بفعل البايع او الاجنبى أو المشتري نفسه الا انه خلاف اطلاق الخبر المتقدم نعم اتلاف المشتري يكون بمنزله القبض و ذلك اما لا انصراف الخبر عن شموله و حينئذ القاعده تقتضى ضمان المشتري لا البايع و اما لان الغرض من القبض هو تسلم المشتري للمبيع و هو حاصل بعد استقرار تلفه فى ذمته أو حاصل بنفس اتلافه له فانه نوع تسلط على المال و الحاصل ان اتلاف المشتري لا يوجب انفساخ العقد حتى يضمن المشتري قيمته الحقيقيه للبايع بل العرف يراه نوع قبض للمبيع و قد سبق ان الملاك فى القبض هو العرف .

ص: ٣٨٣

١- هذا و للحلبى تفصيل فى المسأله انفرد به حيث قال ان رضى المشتري بتركه عند البايع فهلاكه من ماله و كذلك قال: فان شفع الى البايع فى انظاره بالثمن وقتاً معيناً فاجابه فهو من مال المشتري راجع المختلف ج/ ٥ ص ٣١٢ و لا دليل له ظاهراً.

(وان تلف بعضه أو تعيب تخير المشتري في الامساك مع الارش و الفسخ) اما مع تعييه فكما قال و قد تقدم الكلام في خيار العيب .

و اما مع تلف بعضه فحيث ان تلفه من مال البايع و هو لم يسلم المبيع للمشتري بكامله فللمشتري خيار الفسخ حسب الشرط الارتكازى دون الارش لانه حكم خاص بخيار العيب.

(ولو غصب من يد البايع و اسرع عوده أو امكن البايع نزعها فلا خيار للمشتري) لعدم الموجب للخيار .

(و الأ تخير المشتري) لما تقدم من تخلف الشرط الارتكازى .

(و لا اجره على البايع فى تلك المده) لعدم الموجب لها و ان كان ضامناً لاصل المال (ألا ان يكون المنع منه) للتسيب الموجب للضمان .

(و ليكن المبيع مفرغاً)

لان عدم تفريره تصرف فى اموال الناس و لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه .

(و يكره بيع المكيل و الموزون قبل قبضه) و قد تقدم الكلام فيه فى الرابع و العشرين من آداب التجاره فراجع.

حصيله البحث:

إطلاق العقد يقتضى قبض العوضين فيتقابضان معاً لو تمانعا سواء كان الثمن عيناً أو ديناً. و يجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع مدّة معيّنّة و الانتفاع به منفعه معيّنّه، و

ص: ٣٨٤

القبض فى المنقول المرجع فيه الى العرف فقد يحصل بالقبض باليد او بالنقل او غيرهما و فى غيره التخليه و بالقبض ينتقل الضمان الى المشتري إذا لم يكن له خيار، فلو تلف قبله فمن البائع مع أن التمام للمشتري، و إن تلف بعضه فحيث ان تلفه من مال البايع و هو لم يسلم المبيع للمشتري بكامله فللمشتري خيار الفسخ حسب الشرط الارتكازى دون الارش , و لو تعيب تخير المشتري فى الإمساك مع الأرش و الفسخ، و لو غصب من يد البائع و أسرع عوده أو أمكن نزعه بسرعه فلا خيار و إلا تخير المشتري، و لا أجره على البائع فى تلك المدّة إلا أن يكون المنع منه و ليكن المبيع مفرغاً.

اختلاف البايع و المشتري

(و لو ادعى المشتري نقصان المبيع بعد قبضه حلف ان لم يكن حضر الاعتبار و إلا حلف البايع)

لان الاصل مع المشتري ان لم يحضر الاعتبار و هو اصاله عدم وصول حقه اليه اما لو حضر الاعتبار فادعاؤه خلاف الظاهر و لذا يكون القول قول البايع و ذهب الشيخ فى المبسوط الى ان القول قول المشتري مطلقاً لانه الذى ينتزع الثمن منه و لا يجب انتزاعه إلا بينه أو اقرار(1).

اقول: و مرجعه الى ان البايع لا يستحق على المشتري الثمن إلا بعد تسليم المبيع و الاصل عدم وصوله للمشتري فالبايع يدعى ان حق المشتري بهذا الموجود و

ص: ٣٨٥

المشتري ينكر ذلك و حيث اننا لا نعلم حقه و لا اصل يعين الموضوع فالاصل عدم وصول الحق للمشتري الا انه يتعارض مع ظهور وصول حقه اليه لو حضر اعتباره و الظاهر هنا يتقدم على الاصل و ذلك لبناء العقلاء عليه فهو دليل وارد على الاصل .

و ذهب العلامة في المختلف الى ان القول قول البايع مطلقاً^(١) لان الاصل عدم النقصان بعد اعتراف المشتري بالشراء فهو اقرار بانتزاع الثمن منه .

و فيه: ان المشتري معترف باصل المعامله لا باستحقاق تسليم الثمن فانه تابع لتسليم المبيع وهو كاعتراف البايع باصل المعامله و ان المبيع ملك للمشتري لكنه يدعى ان المبيع هو هذا الموجود و المشتري لم يعترف بتملك البايع للثمن فى مقابل الموجود فاذن كل منهما مدع من هذه الجبهه و اما ان الاصل عدم النقصان فليس باصيل لانه ليس له حاله سابقه حتى يقال ذلك لان النقص معناه العدم و حاصله اصاله عدم العدم وهو كما ترى فما ذهب اليه المصنف هو الذى تقتضيه القاعده الا انه لدينا دليل خاص سيأتى فى الرابع من الاحكام و حاصله انه مادام المتاع باقياً فالقول قول البايع و للمشتري الخيار نعم لو تلف صح ما قاله المصنف .

(ولو حول المشتري الدعوى الى عدم اقباض الجميع حلف)

ص: ٣٨٦

١- المختلف ج/٥ ص ٣١٩.

لان الاصل عدم الاقباض فالبايع هو المدعى (ما لم يكن سبق بالدعوى الاولى) لانه انكار بعد الاقرار فان اقرار العقلاء على انفسهم حجه ولازم ولا يرفعه الانكار بعده.

حصيله البحث:

لو ادعى المشتري نقصان المبيع فمادام المتاع باقياً فالقول قول البايع و للمشتري الخيار نعم لو تلف حلف المشتري إن لم يكن حضر الاعتبار و إلا حلف البائع، و لو حوّل المشتري الدّعى إلى عدم إقباض الجميع حلف ما لم يكن سبق بالدّعى الأولى.

ما يدخل فى المبيع

(الثالث: فى ما يدخل فى المبيع) فانه (يراعى فيه اللغه و العرف ففى البستان يدخل الارض و الشجر و البناء) ايضاً لانه جزء منه عرفاً و لغهً (و يدخل فى دار الارض و البناء أعلاه و اسفله إلا ان ينفرد الاعلى عاده)

ففى مكاتبه الصفار الى العسكرى (عليه السلام) «فى رجل اشترى من رجل بيتاً فى داره بجميع حقوقه و فوقه بيت اخر هل يدخل البيت الاعلى فى حقوق البيت الاسفل أم لا؟ فوقه عليه و آله السلام ليس له إلا ما اشتراه باسمه و موضعه انشاء الله»^(١) و فى

ص: ٣٨٧

صحيحه الاخر حول من اشترى حجره أو مسكنا بحقوقه (فوق عليه و آله السلام: ليس له من ذلك الا الحق الذى اشتراه ان شاء الله)(١).

(والابواب و الاغلاق المنصوبه و الاخشاب المثبتة و السلم المثبت) لكونها عرفاً من اجزاء الدار (و لا يدخل الشجر الا مع الشرط)

اقول: لو باعه داراً بالاوصاف صح ما قال لعدم ذكره للشجر فى وصف الدار اما لو اشترى الدار بالمشاهده و كانت الدار مشتمله على الشجر فالعرف يفهم ان شجرها جزءاً من الدار فيدخل الا ان يستثنىها و بذلك يظهر ضعف ما فى المبسوطين من التفصيل بين ما قال بحقوقها فتدخل و ان لم يقل لا تدخل(٢).

ففيه: ان كلمه بحقوقها لا تدخل غير جنس الدار فى الدار لا لغه و لا عرفاً و لو دلت هذه الكلمه على الامور الخفيه فى الدار و الارض كالرحى المثبتة و الخوابى المدفونه التى لم يحصل التوافق عليها بالخصوص لما وقع النزاع بين البايع و المشتري .

(و يدخل فى النخل الطلع اذا لم يؤبر) لانه جزء من النخل (و لو أبره) أى لقحه ببذر طلع الفحل من النخل فى طلع الاناث بعد تشقيقه (فالثمره للبايع) كما فى موثق غياث بن ابراهيم عن الصادق (عليه السلام) (قال امير المؤمنين عليه و آله السلام من

ص: ٣٨٨

١- المصدر السابق ح/٢

٢- النجعه المتاجر ص ٣٢٧

باع نخلاً قد أبره فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع ثم قال قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (١) وغيره (٢).

(وطلع الفحل للبائع و كذا باقى الثمار مع الظهور)

هذا اذا باعه بالمشاهده لا بالاوصاف و ألا فيدخل فيه كل ما اشتمل عليه الاسم عرفاً و لغه.

(و يجوز لكل منهما السقى)

هذا هو المفهوم من الادله عرفاً لان الدليل اذا قال ان البائع يملك الثمره فالعرف يفهم منه انه يملكها بمالها من الحقوق كالسقى و أما ليين فى النص ان له الثمره بقطعها لا- غير و الحال ان النص مطلق و كذلك من جانب المشتري للاصول فانها ملكه و مقتضاه ان له السلطنه التامه عليه .

(ألا ان يستضرا معاً)

فدليل حرمه الاضرار بالآخرين - و الذى يفهم من فقره لا ضرار على المختار- مانع من ذلك الحق فلا حق لاحدهما مع سقوطه بتضرر الاخر و عليه فلا بد من تراضيهما هذا ما تقتضيه القاعده و لا موجب للفسخ إلا ان ابن البراج قال فسخ العقد بينهما و ان الممتنع من ذلك يجبر عليه (٣) و لا دليل له ظاهراً و مثله فى الضعف قول العلامة فى المختلف بتقدم مصلحه المشتري لان البائع هو الذى

ص: ٣٨٩

١- الوسائل باب ٣٢ من احكام العقود ح/ ٣

٢- الوسائل باب ٣٢ ح/ ٢ ح/ ١

٣- المختلف ج/ ٥ ص ٢٢٩

ادخل على نفسه الضرر و سلط المشتري عليه (1) ففيه: انه يعارض باقدام المشتري على ما فيه الضرر عليه مضافاً الى ان دليل الاقدام يصح الاستدلال به مع العلم لا مع الجهل فيصح ان نقول ان كل عالم بالضرر لو اقدم فلا حق بدليل اقدمه سواء كان بايعاً ام مشترياً.

(و يدخل في القرية البناء و المرافق لا الاشجار و المزراع الآ مع الشرط و العرف) قد يقال بدخولهما عرفاً بل لغه فلاحظ (و في العبد ثيابه الساتره للغوره) هذا اذا اشترى بالوصف لكن الصحيح فيما يتعارف من اللباس للشرط الارتكازى و اما لو اشترى مع المشاهده فثيابه التى عليه.

حصيله البحث:

يراعى ما يدخل فى المبيع اللغه و العرف. ففي البستان الأرض و الشجر و البناء و الطريق و الشرب. و فى الدار الأرض و البناء أعلاه و أسفله إلا أن يتفرّد الأعلى عادةً و الأبواب و الأغلاق المنصوبه و الأخشاب المثبتة و السيلّم المثبت و المفتاح، و لا يدخل الشجر بها لو باعه داراً بالاوصاف و اما لو اشترى الدار بالمشاهده و كانت الدار مشتمله على الشجر فالعرف يفهم ان شجرها جزءاً من الدار فيدخل الشجر الآ ان يستثنىها , و فى النخل الطلع إذا لم يؤبّر و لو أبرّ فالثمره للبائع و تجب تبقيتها إلى أوان أخذها عرفاً، و طلع الفحل للبائع و كذا باقى الثمار مع الظهور هذا اذا باعه بالمشاهده لا بالاوصاف و الآ فيدخل فيه كل ما اشتمل

ص: ٣٩٠

عليه الاسم عرفاً و لغه، و يجوز لكل منهما السقي إلا أن يستضرًا، و لو تقابلا في الضرر فلا بد من تراضيهما هذا ما تقتضيه القاعده و لا موجب للفسخ نعم العالم بالضرر لو اقدم فلا حق بدليل اقدمه سواء كان بايعاً ام مشترياً , و يدخل في القرية البناء و المرافق. و في العبد ثيابه الساتره للغيره اذا اشترى بالوصف و اما لو اشترى مع المشاهده فثيابه التي عليه.

(الرابع في اختلافهما)

(ففي قدر الثمن يحلف البايع مع قيام العين و المشتري مع تلفها)

اقول: الاصل في هذا القول قول النبي صلى الله عليه واله وسلم ففي صحيح عمر بن يزيد «فان اختلفا فالقول قول رب السلعه او يتتاركا»(١) فانه صريح انه مع قيام العين القول قول البايع و اصرح منه صحيح البيزنطى عن بعض اصحابه على نقل الكليني و عن رجل على نقل الصدوق في الفقيه و لا يضر ذلك بعد كونه من اصحاب الاجماع عن الصادق (عليه السلام) «في الرجل يبيع الشىء فيقول المشتري هو بكذا و كذا بأقل مما قال البايع فقال (عليه السلام) القول قول البايع مع يمينه اذا كان الشىء قائماً بعينه»(٢) و بذلك اتى الكليني(٣) و الفقيه و الشيخ و ابن البراج .

ص: ٣٩١

١- الوسائل باب ١١ من احكام العقود ح/٢.

٢- الوسائل باب ١١ من احكام العقود ح/١.

٣- المختلف ج/٥ ص ٣١٥.

و ذهب ابن الجنيدي الى انه ان كانت السلعة بيد البايح فالقول قوله و المشتري بالخيار و ان كانت بيد المشتري او احدث فيها حدثاً فالقول قوله و قواه ابن ادريس(١).

وفيه: انه لا- اثر لكون السلعة بيد البايح او المشتري فان كان المناط طرح الخبر و لا بد من العمل باصالة عدم الزيادة على الثمن فالقول قول المشتري مطلقاً كما هو الحال في مورد التلف ان لم نقل بدلاله النص على حكم التلف بالمفهوم .

و ذهب الحلبي الى ان ذلك من موارد التداعي(٢). وفيه: انه لا- اختلاف بينهما في القدر المتيقن من الثمن و انما الاختلاف في الزيادة عليه و البايح مدعيه و المشتري منكروه فلا تداعي .

فان قلت: ما في صحيح عمر يدل على ان القول البايح بلا- يمينه و للمشتري الخيار فهو ينافي صحيح البنظلي لانه يجعل الحق للبايح مع يمينه بلا خيار للمشتري .

قلت: لا- دلالة لصحيح عمر على ذلك و انما يدل على ان القول قول البايح و المراد مع يمينه لا اقل من سكوته عن ذلك كما وان المراد من ان يتتاركا ليس هو الخيار للمشتري بل ان يتراضيا بالاقالة و الفسخ لان صيغته التتارك تكون من طرفين لا من طرف واحد كما لا يخفى.

(و في تعجيله و قدر الاجل و شرط رهن أو ضميين على البايح يحلف البايح) لاصاله عدم ذلك كله.

ص: ٣٩٢

١- المختلف ج/ ٥/ ص ٣١٥.

٢- المختلف ج/ ٥/ ص ٣١٥.

(و كذا لو اختلفا فى قدر المبيع)

فالاصل عدم زيادته مضافاً لصحيح عمر بن يزيد و صحيح البنظى فانه دال على كون البايع منكرأ مادام المتاع باقياً و به استدل المبسوط فى ما لو اختلفا فى قدر المبيع(١).

(وفى تعيين المبيع يتحالفان) لان كلاً منهما مدع و منكر .

(وقال الشيخ و القاضى يحلف البايع كالاختلاف فى الثمن)

قال الشهيد الثانى: «جمله» و قال الشيخ الخ» فى بعض نسخ الاصل و لكن ضرب عليه فى بعض النسخ المقروءه على المصنف(٢) و هو كذلك حيث ان الشيخ و ابن البراج صرحا بالتحالف(٣) نعم قد يقال بشمول النص المتقدم للمقام و هو ممنوع حيث ان موضوع النص هو الاختلاف فى المبيع المتشخص و اما مع عدم تشخصه فلا شمول للنص اليه. اقول: قوله صلى الله عليه واله وسلم فان اختلفا فالقول قول رب السلعه شامل لكلا الدعويين يعنى شامل لادعاء المشتري ان ذاك المبيع هو الذى اشتراه و البايع ينكره و شامل لدعوى البايع ان ذاك المبيع هو الذى باعه و فى كلا الموردين يصدق قوله عليه و آله السلام انهما اختلفا و حينئذ فالقول قول البايع مع يمينه حسب النص الوارد عن الرسول الاكرم صلى الله عليه و آله .

(و يبطل العقد من حينه لا من اصله)

ص: ٣٩٣

١- المختلف ج/٥ ص ٣١٨.

٢- الروضه البهيه ص ج/١.

٣- النجعه المتاجر ص ٣٣١.

حيث ان حكم القاضى انما هو بالظاهر لا- بالواقع كما هو صريح قوله صلى الله عليه و اله و سلم انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان .

والواقع يبقى على ما هو عليه نعم حكم القاضى الذى هو حكم ظاهرى حجه لكل احد الا للعالم بالواقع الذى يعلم كذبه و اما من يتولد لديه علم تفصيلى بالمخالفه القطعيه كمن يشتري كلا المتاعين مثلاً فمقتضى القاعده تنجز العلم الاجمالى عليه فتحرم عليه المخالفه القطعيه الا اذا كان هناك دليل خاص فى المقام .

(و) اما اختلافهما (فى شرط مفسد) كأن يدعى احدهما شرطاً منافياً لمقتضى العقد يكون مفسداً للعقد و ينكر الاخر (يقدم مدعى الصحه) استناداً الى اصاله الصحه التى جرت عليها سيره العقلاء مضافاً لاصاله عدم شرط زائد على العقد .

(ولو اختلف الورثه نزل كل وارث منزله مورثه) لانه يقوم مقامه شرعاً.

حصيله البحث:

ففى قدر الثمن يحلف البائع مع قيام العين و المشتري مع تلفها، و فى تعجيله و قدر الأجل و شرط رهنٍ أو ضمينٍ عن البائع يحلف، و كذا فى قدر المبيع، و فى تعيين المبيع يتحالفان، و يبطل العقد من حينه لا من أصله لانه حكم ظاهرى الا للعالم بالواقع الذى يعلم كذبه و كذلك من يتولد لديه علم تفصيلى بالمخالفه القطعيه كمن يشتري كلا المتاعين مثلاً فمقتضى القاعده تنجز العلم الاجمالى عليه فتحرم عليه المخالفه القطعيه، و لو اختلفا فى شرطٍ مفسدٍ يقدم مدعى الصّحه، و لو اختلف الورثه نزل كل وارثٍ منزله مورثه.

ص: ٣٩٤

(الخامس: اطلاق الكيل و الوزن و النقد ينصرف الى المعتاد)

لانه هو المتفاهم عرفا فهو كالمصرح به مضافاً لصحيح الحسن بن راشد (قلت جعلت فداك رجل اشترى متاعاً بألف درهم أو نحو ذلك و لم يسم الدراهم وضعاً و لا غير ذلك فقال: ان شرط عليك فله شرطه و الا دراهم الناس التي تجوز بينهم قال و انما اردت بذلك معرفه ما يجب على في المهر لانهم قالوا لا نأخذ الا وضحاً و انما تزوجت على دراهم مسماه و لم نقل وضحاً و لا غير ذلك)⁽¹⁾ و هذه الصحيحه داله على انصراف النقد و غيره الى المعتاد .

(فان تعدد فلاغلب)

ان كان هناك انصراف عرفي اليه و الا فالرجوع اليه محل اشكال لعدم تعيينه.

(فان تساوت وجب التعيين و لو لم يعين بطل البيع)

لجهاله الثمن فيكون بيعاً غريباً .

(و اجره اعتبار المبيع على البايع و اعتبار الثمن على المشتري)

حيث ان اللازم على كل منها تسليم الاخر ماله و هو يتوقف على اعتبار كل من الثمن و المضمن و العرف بمرتكزاته يرى ان كل ما يرتبط بالمبيع فهو من مسؤوليه البايع و كذلك بالنسبه الى الثمن من مسؤوليته المشتري.

ص: ٣٩٥

١- الوسائل باب ٣٦ من احكام العقود ح/١ في سنده ابي على بن راشد و هو الحسن بن راشد الثقه من اصحاب الامام الجواد و الامام الهادي عليهما السلام.

باعتبار ان سوآله و امره نوع ايجاب عرفاً لاجاره أو جعله و الدلال بقبوله - لفظاً أو عملاً- يستحق الاجره هذا مضافاً للنصوص الواردة كما فى صحيح ابى ولاد وفيه (لا بأس بأجر السمسار- الى- انما هو مثل الاجير)(١) و فى صحيح ابن سنان (ربما امرنا الرجل يشتري لنا الارض أو الدواب أو الغلام أو الخادم و نجعل له جعلاً فقال (عليه السلام) لا بأس به)(٢) و الموجر فى الروايتين هو المشتري و كذلك لو كان الموجر هو البايع كما فى صحيح الحسين بن بشار (أو يسار و هو موثق على كل حال) و فيه (فى الرجل يدل على الدور و الضياع و يأخذ عليه الاجر قال: هذه اجره لا بأس بها)(٣).

و اما مرسل ابن ابى عمير و فيه: (قال اشترت لابى عبدالله (عليه السلام) جاريه فناولنى اربعة دنانير فأبيت فقال لتأخذون فأخذتها و قال لا تأخذ من البايع)(٤) و فى روايته الاخرى (لتأخذن من البايع)(٥) و سواء كانتا روايه واحده كما هو الظاهر أم روايتين فيتعارضان و يتساقطان.

ص: ٣٩٤

- ١- الوسائل باب ٢٠ من العقود ح/١.
- ٢- الوسائل باب ٢٠ من العقود ح/٦.
- ٣- الوسائل باب ٢٠ من العقود ح/٣.
- ٤- الوسائل باب ١٨ من العقود ح/١ صحيحه الا انها مرسله .
- ٥- الوسائل باب ١٨ من العقود ح/٢ صحيحه الا انها مرسله.

ثم انه يجوز جعل اجره الدلال سهماً من ربحه كما في صحيح ابي بصير ففيه: (ابتع لى متاعاً و الربح بينى و بينك قال: لا بأس به) (١).

(ولو أمره بتولى الطرفين فعليهما)

و معناه واضح بان امر الدلال رجل يبيع متاع له و أمره آخر باشتراء متاع له فأخذ المتاع من ذاك و اعطاه هذا يكون له اجره على كل منهما لانه عملان و لو كان عملاً واحداً و بذلك قال الشيخ فى النهايه (٢), و بما أوضحناه يظهر ما فى تفسير ابن ادريس من جعله فى عقدين و ما فى جواب العلامه له من انا يجوز ان يكون الشخص الواحد و كلاً للمتعاقدين (٣).

(و لا يضمن الآ بتفريط)

كما هو مفاد قاعده الامين لا يضمن الآ مع التعدى أو التفريط كما و انهما لو اختلفا فى التفريط فالاصل عدمه (فيحلف) الدلال (على عدمه)

و يشهد لذلك ايضاً معتبره القاسانى (٤) فى «رجل أمر رجلاً ان يشتري له متاعاً أو غير ذلك المتاع من مال الامر أو من مال المأمور؟ فكتب من مال الامر» (٥).

ص: ٣٩٧

١- الفقيه ج/ ٢/ البيع ح/ ٢٣ و التهذيب باب ٤ من التجاره ح/ ٤٤

٢- المختلف ج/ ٥/ ص ٣٣٤

٣- المختلف ج/ ٥/ ص ٣٣٤

٤- على بن محمد القاسانى مهمل الآ ان عدم استثناء ابن الوليد من رجال محمد بن احمد بن يحيى دليل على وثاقته.

٥- الوسائل باب ١٩ من احكام العقود ح/ ١.

و اما موثق يعقوب بن شعيب (عن الرجل يبيع للقوم بالا-جر عليه ضمان لهم؟ قال اذا طابت نفسه بذلك ... (1) المتضمن للسؤال عن ضمان الدلال و الاجير و قد اجابه الامام (عليه السلام) بالاثبات فقد رواه الشيخ فى موضع اخر مع واو العطف بصوره الاخبار ففيه: (و عليه ضمان ما لهم فقال: اذا طابت نفسه بذلك انما اكره من اجل انى اخشى ان يغرموه اكثر مما يصيب عليهم) و هذه النسخه اصح من تلك بقرينه الجواب و مقتضاها انه اذا شرط الضمان صح شرط الضمان صح شرطه لكنه قد يخسر اكثر من الذى يرجوه من الاجر.

(فإن ثبت) التفريط (حلف على قيمه لو خالفه البائع) لاصاله عدم الزيادة .

حصيله البحث:

إطلاق الكيل و الوزن ينصرف إلى المعتاد فإن تعدد فالأغلب مع الانصراف اليه عرفا و آلا او تساوت و لم يعين بطل البيع، و أجره اعتبار المبيع على البائع و اعتبار الثمن على المشتري، و أجره الدلال على الأمر، و لو أمراه فتولّى الطرفين فعليهما، و يجوز جعل اجره الدلال سهماً من ربحه ، و لا يضمن إلا بتفريطٍ فيحلف على عدمه، فإن ثبت التفريط حلف المشتري على قيمه لو خالفه البائع.

(خاتمه)

(الاقاله: فسخ لا بيع فى حق المتعاقدين و الشفيع)

ص: ٣٩٨

١- الوسائل باب ١٩ من احكام العقود ح/٢.

سواء كان المبيع عقاراً أو غيره قبل القبض أو بعده بلفظ الاقاله أو الفسخ خلافاً للعامه حيث قالوا ببعض التفصيلات(١) و لا يخفى حصولها من قبل المتعاقدين و كذلك من قبل الشفيع باعتبار ما يملكه من حق الشفعه فيفسخ البيع.

وحيث ان الاقاله فسخ (فلا تثبت بها شفعه)

لان حق الشفعه للشفيع فيما اذا حصل بيع لا فسخ.

ثم انه لا يخفى مطلوبه الاقاله عقلاً في البيع و غيره و يشهد لمطلوبيتها اطلاق حسن سماعه عن الصادق عليه و آله السلام (قال: اربعة ينظر الله عزوجل اليهم يوم القيامه: من اقال نادماً أو اغاث لهفاناً أو اعتق نسمة أو زوج عزباً)(٢) و غيره(٣).

و اما في خصوص البيع فلخبر هارون عن الصادق (عليه السلام) (ايما عبد أقال مسلماً في بيع اقاله الله عشرته يوم القيامه)(٤).

(ولا تسقط أجره الدلال بها)

لانه استحقها بالعمل و لا وجه لسقوطها.

(و لا تصح) الاقاله (بزياده في الثمن و لا بنقيصه و يرجع كل عوض الى مالكة)

ص: ٣٩٩

١- الجواهر ج/٢٤ ص ٣٥٢.

٢- الوسائل باب ٣ من آداب التجاره ح/٥ و سنده حسن لاجل حمزه العلوى و اما ابن هاشم فالاصح وثاقته.

٣- المصدر السابق ح/١.

٤- المصدر السابق ح/٢ و ح/٤.

كما هو مقتضاها و يدل على بطلانها مع الوضعية صحيح الحلبي ففيه: (ثم رده على صاحبه فابي ان يقيله (يقبله خ ل) الّا بوضيعة قال (عليه السلام): لا يصلح له ان يأخذ بوضيعة فان جهل فأخذ فباعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول مازاد(1) و دلالة حسب نسخه ان يقيله واضح بان الاقاله موضوعاً لا تصح بالوضيعة نعم على نسخه ان يقيله يقع الاشكال في وقوع البيع مع الوضعية ففيها ظهور بعدم جواز البيع بالزيادة و النقيصه و الحال انه جائز بلا اشكال بعد شمول عمومات الحل و الوفاء بالعقود لهما و لكن حيث ان هذه النسخه تتعارض مع تلك النسخه فيتساقطان و تسقط عن الاستدلال فالقدر المتيقن من الصحيح هو عدم صحه الاقاله مع الوضعية كما هو مقتضاها فان الاقاله هي رد كل عوض الى مالكة و الزيادة و النقيصه فيها منافع لمقتضاها اذا ترضيا عليها لا على بيع جديد نعم لو وقعت الزيادة أو النقيصه على بيع جديد فلا علاقه لذلك بالاقاله فيصح و الظاهر صحه نسخه ان يقيله و ذلك بقرينه جواب الامام بعدم صحه الوضعية فيها و كيف كان فهذا هو القدر المتيقن(2).

ص: ٤٠٠

- ١- الوسائل باب ١٧ من احكام العقود ح/١ و قد نقل النجعه المتاجر ص ٣٣٨ عن الفقيه و التهذيب انهما نقلوا الخبر قال لا يصلح له الا ان يأخذ بوضيعة بدل ما في الكافي مما نقلناه و لا يضر في المقصود فان الا تكون زائده للتأكيد.
- ٢- و الغريب من صاحب النجعه (ص ٣٣٨ المتاجر) فسر الحديث على خلاف ظهوره فارجع الفاعل في ابي ان يقيله الى المشتري الذي رد المتاع و ابي ان يقيله من البايع الّا بوضيعة و هو مع كونه مخالف لنسخه ان يقيله مخالف للسياق ايضاً.

و اما ما فى ذيل الصحيح - من رد ما زاد من الثمن الى صاحبه الاول بعد ان باعه البايح الذى قبله بوضيعة من المشتري و قد حكم الامام (عليه السلام) بىطلان هذه الاقالة - فانما هو باعتبار رضا مالكة بهذا البيع بقريته انه قبل رده بالوضيعة و لا شك فى رضاه بما هو اكثر و قد تقدم صحه هذا النوع من الفضولى بل خروجه عن الفضولى بدليل السيره فراجع.

حصيله البحث:

الإقالة فسُخِّ لا يَبُوعُ فى حقِّ المتعاقدين و الشَّفيع فلا تثبت بها شفعةٌ و لا تسقط أجره الدَّلَّال بها و لا تصحُّ بزيادته فى الثَّمَن و لا نقيصه، و يرجع كلُّ عوضٍ إلى مالكة فإن كان تالفاً فمثله أو قيمته.

(كتاب الدين)

اشاره

(وهو قسمان الاول: القرض)

بالفتح لكن قال فى الصحاح بالكسر لغه حكاها الكسائى .

وحقيقه القرض انه عقد يتضمن تملك شخص ماله لآخر مع ضمانه فى ذمته بمثله ان كان مثليا.

قيل: و بقيمته ان كان قيميا و يؤكده فهم العرف منه ذلك.

ص: ٤٠١

ويرده ان الظاهر عرفا من القرض انه الضمان بالمثل لا غير و انه لا معنى لقرض شىء ب قيمته فإن حقيقه ذلك بيع لان القرض ردّ مثل ما أقرضت و لو عرفيًا. ويكفى فى عدم صحته قرضا الشك بمفهومه عرفا وعلى فرض صحته يكون الفرق بينه يعنى استقراض القيمى وبين البيع انه لا يشترط فيه شرايط البيع.

والقرض اخص من الدين و ذلك لان الدين كل مال كلى ثابت فى ذمه شخص لآخر بسبب من الاسباب، كالضمان و بيع السلم و النسيئه و الاجاره مع كون الاجر كليا فى الذمه و النكاح مع كون المهر كليا و الجنايه بالنسبه إلى ارشها و الزوجيه بالنسبه إلى النفقه، إلى غير ذلك من الأسباب التى احدها القرض.

و على هذا الأساس فكل قرض دين بخلاف العكس.

و يطلق على من اشتغلت ذمته بالمدين أو المديون، و على الآخر بالدائن، و عليهما بالغريم.

و بهذا يتضح ان المقصود من كلمه «الدين» فى قول الفقهاء: «لا يجوز بيع الدين بالدين» هذا المعنى دون خصوص القرض.

(و الدرهم منه بثمانية عشر درهما مع أن درهم الصدقة بعشره)

ثم ان الاقتراض مسنون بنحو السنّة المؤكده وذلك للأحاديث الكثيره مثل صحيح ابن أبي عمير، عن هشام الصيرفي و غيره، عن الصادق (عليه السلام): «القرض الواحد بثمانية عشر و إن مات احتسب بها من الزكاه»^(١).

وخبر عبد الله بن سنان، عنه (عليه السلام): «قال النبي صلى الله عليه و آله: ألف درهم أقرضها مرّتين أحبّ إليّ من أن أتصدّق بها مرّه»^(٢).

وخبر محمّد بن حباب القمّاط عن شيخ كان عندنا قال سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «لأن أقرض قرضا أحبّ إليّ من أن أصل بمثله، قال: و كان يقول: من أقرض قرضا فضرّب له أجلا فلم يؤت به عند ذلك الأجل فإنّ له من الثواب في كلّ يوم يتأخّر عن ذلك الأجل مثل صدقه دينار واحد في كلّ يوم»^(٣).

وما روى عنه صلى الله عليه و آله: «من أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوى و طور سيناء حسنات، و ان رفق به في

ص: ٤٠٣

١- ثواب الأعمال و عقاب الأعمال ص: ١٣٨

٢- ثواب الأعمال و عقاب الأعمال ص: ١٣٨

٣- ثواب الأعمال و عقاب الأعمال ص: ١٣٨

طلبه جاز به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب و لا عذاب. و من شككإليه اخوه المسلم فلم يقرضه حرّم الله عز و
جل عليه الجنة يوم يجزى المحسنين»(١).

و المسنون بنحو مؤكّد- كما هو واضح- الاقتراض الذى هو فعل المقرض واما الاقتراض مع عدم التمكن من الأداء فانه مذموم
كما يشهد لذلك صحيح معاوية بن وهب: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) ذكر لنا أنّ رجلا من الأنصار مات و عليه ديناران
دينا فلم يصلّ عليه النبيّ صلّى الله عليه و آله و قال: صلّوا على صاحبكم حتّى ضمنهما بعض قرابته فقال (عليه السلام): ذلك
الحقّ، ثمّ قال: إنّ النبيّ صلّى الله عليه و آله إنّما فعل ذلك ليتّعظوا و ليردّ بعضهم على بعض و لئلاّ يستخفّوا بالدين و قد مات
النبيّ صلّى الله عليه و آله و عليه دين، و مات الحسن (عليه السلام) و عليه دين، و قتل الحسين (عليه السلام) و عليه دين»(٢).

واما الاقتراض الذى هو فعل المقرض فانه ليس بمستحب بل قد تستفاد مبعوضيته من النصوص، ففي الحديث: «إياكم و الدين
فانه شين الدين»(٣)، و عنه صلّى الله

ص: ٤٠٤

١- وسائل الشيعة ١٣: ٨٨ الباب ٦ من أبواب الدين الحديث ٥

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٩٣ ح ٢

٣- وسائل الشيعة ١٣: ٧٧ الباب ١ من أبواب الدين الحديث ٢

عليه وآله: «من اراد البقاء ولا- بقاء فليباكر الغداء، وليجود الحذاء، وليخفف الرداء، وليقل مجامعه النساء. قيل: و ما خفه الرداء؟ قال: قلّه الدين»(١).

قيل: «و إطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر إماماً مشروط بقصد القربة أو تفضّل من الله».

قلت: الوارد في خبر حفص بن غياث عن ابي عبد الله (عليه السلام) انه مشروط بالقربة ففيه: «الربا رباء ان أحدهما ربا حلال و الآخر حرام فأتمّ الحلال فهو أن يقرض الرجل قرضاً طمعا أن يزيده و يعوّضه بأكثر ممّا أخذه بلا شرط بينهما، فإن أعطاه أكثر ممّا أخذه بلا شرط بينهما فهو مباح له و ليس له عند الله ثواب في ما أقرضه و هو قوله عزّ و جلّ «فلا يزبوا عند الله- إلخ»(٢).

اعتبار الايجاب و القبول في تحقّق القرض

(و الصيغه أقرضتك أو أنتفع به أو تصرف فيه و عليك عوضه فيقول المقرض قبلت و شبهه)

لا شك في اعتبار الايجاب و القبول في تحقّق القرض و ذلك لأن ذلك مقتضى افتراض كونه عقداً.

ص: ٤٠٥

١- وسائل الشيعة ١٣: ٧٧ الباب ١ من أبواب الدين الحديث ٥

٢- تفسير القمي، ج ٢، ص: ١٥٩

الّا انه يكتفى بكل ما يدل عليهما و ذلك لما تقدم فى نظائره من إطلاق دليل مشروعيه القرض بعد افتراض صدقه و من ذلك يتضح وجه الاكتفاء بالمعاطاه كما استقره المصنف فى الدروس نعم لابد من دال عرفا على أنّ هذه العطيه عنوانها القرض لا الهبه أو شىء آخر، و يؤيده خبر عيّاس بن عيسى، قال: «ضاق عليّ بن الحسين عليهما السّلام ضيقه فأتى مولى له فقال له: أقرضنى عشره آلاف درهم إلى ميسره، فقال: لا لأنّه ليس عندى و لكن أريد وثيقه، قال: فشقّ له من ردائه هدبه، فقال له، هذه الوثيقه، قال: فكأنّ مولاه كره ذلك فغضب (عليه السلام)، و قال: أنا أولى بالوفاء أم حاجب بن زراره فقال: أنت أولى بذلك منه، فقال: فكيف صار حاجب يرهن قوسا و إنّما هى خشبه على مائه حماله، و هو كافر فيفى، و أنا لا أفى بهدبه ردائى، قال: فأخذها الرّجل منه و أعطاه الدّراهم و جعل الهدبه فى حقّ فسّهّل الله عزّ و جلّ له المال فحمله إلى الرّجل، ثمّ قال له: قد حضرت مالك فهات وثيقتى، فقال له: جعلت فداك ضيّعتها، فقال: إذن لا تأخذ مالك منى ليس مثلى من يستخفّ بدمته، قال: فأخرج الرّجل الحقّ فإذا فيه الهدبه فأعطاه علىّ بن الحسين عليهما السّلام الدّراهم و أخذ الهدبه فرمى بها و انصرف» (1) فإنّه لم يتضمّن أكثر من أنّه (عليه السلام) قال له أقرضنى فطلب منه وثيقه فلمّا أخذ وثيقته أعطاه الدّراهم و لم يتضمّن أنّه (عليه السلام) قال له: قبلت بل كان قول قبلت بعد معلوميّته ركيكا.

ص: ٤٠٦

(و لا يجوز اشتراط النفع)

لا ريب فى عدم جواز اشتراط النفع كما هو مقتضى النصوص المعتره كما فى صحيحه يعقوب بن شعيب عن ابى عبد الله (عليه السلام): «سألته عن الرجل يسلم فى بيع أو تمر عشرين ديناراً و يقرض صاحب السلم عشره دنانير أو عشرين ديناراً، قال: لا يصلح إذا كان قرضاً يجرّ شيئاً فلا يصلح...»^(١).

وحسنه الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام): «إذا أقرضت الدرّاهم، ثم أتاك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط»^(٢).

و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج، عنه (عليه السلام): «سألته عن الرجل يستقرض من الرجل الدرّاهم فيردّ عليه المثل أو يستقرض المثل فيردّ عليه الدرّاهم، فقال: إذا لم يكن شرط فلا بأس و ذلك هو الفضل إنّ أبى - رحمه الله - كان يستقرض الدرّاهم الفسوله فيدخل عليه الدرّاهم الجلال فقال: يا بنى ردها على الذى

ص: ٤٠٧

١- وسائل الشيعة ١٣: ١٠٥ الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث ٩

٢- الكافي (فى باب الرجل يقرض الدرّاهم و يأخذ أجود منها، ١١٩ من معيسته)

استقرضتها منه، فأقول: يا أبة إن دراهمه كانت فسوله و هذه خير منها، فيقول يا بنى إن هذا هو الفضل فأعطه إياها»(١).

و صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام: «و سألته عن رجل أعطى رجلا مائة درهم على أن يعطيه خمسه دراهم أو أقل أو أكثر، قال: هذا الربا المحض»(٢) و غيرها.

و الصحيحه و ان كانت ضعيفه السند بطريق قرب الاسناد بعبد الله بن الحسن ألما انها صحيحه فى طريقها الثانى لوجودها فى كتاب على بن جعفر الذى يرويه صاحب الوسائل عن الشيخ، و هو عن على بن جعفر بطريق صحيح.

ثم انه توجد بعض الروايات قد يستشف منها جواز الربا فى القرض، ففى أكثر من روايه ورد: «خير القرض ما جرّ منفعه»(٣) ألّا انه لا بدّ من حملها على صورته عدم الاشتراط وذلك لما دلّ على التفصيل بين ما إذا كان جرّ المنفعه فى القرض بسبب الاشتراط فلا- يجوز و بين ما إذا لم يكن بسببه فيجوز، كما فى موثقه إسحاق بن عمار عن ابى الحسن (عليه السلام): «سألته عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضا فيعطيه

ص: ٤٠٨

١- الكافى (فى باب الرّجل يقرض الدرّاهم و يأخذ أجود منها، ١١٩ من معيسته)

٢- وسائل الشيعه ١٣: ١٠٨ الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث ١٨

٣- وسائل الشيعه ١٣: ١٠٤ الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث ٥، ٦، ٨، ١٦

الشيء من ربحه مخافه ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه، قال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً»(١).

و يظهر من خلال بعض النصوص ان تلك الروايات جاءت ردًا على غيرنا القائل بعدم جواز جرّ القرض للمنفعه و لو بدون اشتراط، ففي صحيحه محمد بن مسلم: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً و يعطيه الرهن إما خادماً و إما آنيه و إما ثياباً فيحتاج إلى شيء من منفعتة فيستأذن فيه فيأذن له قال: إذا طابت نفسه فلا بأس. قلت: ان من عندنا يروون ان كل قرض يجز منفعه فهو فاسد، فقال: أو ليس خير القرض ما جرّ منفعه»(٢).

و بذلك يظهر ان المقوله المعروفه من ان كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا صحيحه مع الشرط لا بدونه و ذلك لاستفاضه الأخبار بأن خير القرض ما جرّ نفعاً كما في صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه و غيرها خلافاً للحلّي حيث ردّ على النهايه في قوله بجواز إقراض الدرهم المكسره بالصّحاح استناداً الى قول النّبى صلّى الله عليه و آله «شرّ القرض ما جرّ نفعاً» قلت: و لا بدّ أنّ الخبر خبر عامّي.

و عليه فيجوز قبول الزيادة من دون اشتراط كما في موثقه اسحاق بن عمار المتقدمه و غيرها.

ص: ٤٠٩

١- وسائل الشيعه ١٣: ١٠٣ الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث ٣

٢- وسائل الشيعه ١٣: ١٠٤ الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث ٤

كما ويستحب دفع الزيادة إذا لم يكن مع الاشتراط و ذلك لأنها نوع من مقابله الاحسان بالاحسان، بل ذلك هو الفضل المندوب إليه، ففي صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله (عليه السلام): «... ان أبي (عليه السلام) كان يستقرض الدراهم الفسوله فيدخل عليها الدراهم الجلال فيقول: يا بني ردها على الذي استقرضتها منه فأقول: يا أبة ان دراهمه كانت فسوله و هذه أجود منها فيقول: يا بني ان هذا هو الفضل فاعطه إياها»(١).

هذا ويجوز اشتراط المقترض دفع الاقل و ذلك لعدم ما يدل على المنع من ذلك فيتمسك بأصل البراءة.

ثم انه لا فرق بين رجوع الزيادة إلى المقرض أو غيره و ذلك لإطلاق صحيحه يعقوب المتقدمه.

(حتى الصحاح عوض المكسره خلافا لأبي الصلاح)

و الشيخ و تبعه القاضى و ابن حمزه، و أنكره الحلبي و استدلل له بصحيح يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغله فيأخذ منه الدراهم الطازجيه طيب بها نفسه، فقال: لا بأس و ذكر ذلك عن علي

ص: ٤١٠

١- وسائل الشيعة ١٢: ٤٧٨ الباب ١٢ من أبواب الصرف الحديث ٧. و الفسوله من الفسل و هو الردى ء من كل شى ء. و قوله (عليه السلام): «ان هذا هو الفضل» يحتمل كونه اشاره الى قوله تعالى: [□] وَ لَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ الْبقره ٢٣٧.

(عليه السلام) «(1)» و هو أعمّ من الشرط فيحمل على أخبار أخرى من الباب تضمّنت صحّته إذا لم يكن شرط كما مرّت في العنوان السابق.

و الحاصل انه لا- فرق بين كون الزيادة في الصفه أو القدر و ذلك لإطلاق قوله (عليه السلام) في صحيحه يعقوب بن شعيب الاولى: «لا يصلح إذا كان قرضا يجر شيئا فلا يصلح».

ومنه يعلم عدم جواز الاقراض بشرط ايجار الدار أو بيعها بالأقل و ذلك لانه مصداق لقوله (عليه السلام) في صحيحه يعقوب المتقدمه: «لا يصلح إذا كان قرضا يجر شيئا فلا يصلح».

نعم يجوز الايجار أو البيع بالأقل بشرط القرض لانه ليس مصداقا للقرض الذي جرّ شيئا و انما هما مصداق للبيع أو الاجاره التي جرت نفعاً، و ذلك لم يرد النهي عنه، بل هما قد شرّعا لذلك. هكذا يمكن توجيه القول المذكور، ألّا انه قد يقال في المقابل: ان المستفاد من صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه عدم الجواز في كلتا الحالتين فراجع.

هذا و يجوز بيع الدين بمال موجود و ان كان أقل منه ما دام لا يلزم منه الربا و ذلك لإطلاق ادله صحه البيع و مشروعيته.

ص: ٤١١

١- الكافي (في باب الرّجل يقرض الدرّاهم و يأخذ أجود منها، ١١٩ من معيشته)

ثم انه لا يجوز تأجيل الدين الحال بزيادة لكونه ربا و جعل زياده عن المقدار المستحق لأجل الاجل.

بخلاف تعجيل المؤجل باسقاط بعض الدين فانه جائز لانه ليس فيه جعل للزيادة ليلزم محذور الربا.

على ان كلاله الحكمين يمكن استفادته من صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: انقذني من الذي لى كذا و كذا وأضع لك بقيته، أو يقول: انقذني بعضا و امدّ لك فى الاجل فيما بقى فقال: لا- أرى به بأسا ما لم يزد على رأس ماله شيئا يقول اللهم عز و جل: {فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْيَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ} (١).

حصيله البحث:

حقيقه القرض انه عقد يتضمن تمليك شخص ماله لآخر مع ضمانه فى ذمته بمثله سواء كان مثليا او قيميا. و الدرهم منه بثمانيه عشر درهماً مع أنّ درهم الصدقه بعشره. و اما الاقتراض الذى هو فعل المقترض فانه ليس بمستحب بل قد تستفاد مبعوضيته من النصوص، و الصيغه: كل لفظ او فعل دال عليه عرفا مثل أقرضتك أو انتفع به أو تصرّف فيه و عليك عوضه، فيقول المقترض: قبلت و شبهه. و لا يجوز

ص: ٤١٢

١- وسائل الشيعة ١٣: ١٢٠ الباب ٣٢ من ابواب الدين الحديث ١، و الباب ٧ من ابواب الصلح الحديث ١، و الآيه ٢٧٩ من سوره البقره.

اشترط النَّفع بلا فرق بين رجوع الزيادة إلى المقرض أو غيره فلا يفيد الملك حتى الصَّحاح عوض المكسره و لا يجوز الاقراض بشرط ايجار الدار أو بيعها بالأقل مثلا نعم يجوز الايجار أو البيع بالأقل بشرط القرض , و يجوز بيع الدين بمال موجود و ان كان أقل منه , و لا يجوز تأجيل الدين الحال بزيادة لكونه ربا , بخلاف تعجيل المؤجل باسقاط بعض الدين فانه جائز و يجوز قبول الزيادة من دون اشتراط, كما و يستحب دفع الزيادة من المقرض إذا لم يكن شرط المقرض و يجوز اشتراط المقرض دفع الأقل.

شروط المقرض و المقرض

(و انما يصح إقراض الكامل)

بالبلوغ و العقل و القصد و الاختيار في المقرض و المقرض و ذلك لأنها من الشرائط العامه في كل عقد حسب باقى المعاملات التي يشترط فيها الكمال بالبلوغ و غيره.

كما و يعتبر عدم السفه ايضا و ذلك لان السفه ممنوع من كل تصرف مالى.

كما و يعتبر عدم الفلاس في المقرض دون المقرض و ذلك لان المفلس ممنوع من التصرف في أمواله.

و اما عدم اعتبار ذلك فى المقترض فلان السفىه ممنوع من التصرف فى امواله دون التصرف فى ذمته باشغالها.

و كلما تتساوى أجزاءه يثبت فى الذمه مثله

(و كلما تتساوى أجزاءه يثبت فى الذمه مثله)

كما تقدم من ان حقيقه القرض تمليك مع الضمان فى الذمه بالمثل.

هذا والمتبع فى تشخيص المثليه هو العرف فما يستصحون قرضه بالمثل يصحّ و لو لم يكن بمتساوى الأجزاء كما يشهد له ايضا مضافا لما عليه عرف العقلاء موثق أبى مريم، عن الصادق (عليه السلام): «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله كَانَ يَكُونُ عَلَيْهِ الثَّنَى فَيُعْطَى الرَّبَاعَ»^(١).

و خبر الصباح بن سيابه: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): إِنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ أَبِي يَعْفُورٍ أَمَرَنِي أَنْ أَسْأَلَكَ، قَالَ: إِنَّا نَسْتَقْرَضُ الْخَبْزَ مِنَ الْجِيرَانِ فَنَرُدُّ أَصْغَرَ مِنْهُ أَوْ أَكْبَرَ، فَقَالَ (عليه السلام): نَحْنُ نَسْتَقْرَضُ الْجُوزَ السَّيِّئِينَ وَ السَّيِّبَعِينَ عَدَدًا فَيَكُونُ فِيهِ الصَّغِيرَةُ وَ الْكَبِيرَةُ، فَلَا بَأْسَ»^(٢).

ص: ٤١٤

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٥٤ ح ٥

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ١٨٨ ح ٢٩

و خبر إسحاق بن عمار، قلت: «الأبي عبد الله (عليه السلام): أستقرض الرّغيف من الجيران فنأخذ كبيراً و نعطي صغيراً أو نأخذ صغيراً و نعطي كبيراً؟ قال: لا بأس»(١).

و صرح بجواز قرض الحيوان المبسوط و ابن زهره و الحلّي و إنّما قال في المبسوط بعدم جواز إقراض ما لا يضبط بالوصف كالجواهر .

قلت: فلا يمكن ضمانه بالمثل لتعذر المثل بعد عدم انضباطه ولذا لا يصح قرضه لما سيأتي .

(و ما لا تتساوى اجزأؤه تثبت قيمته يوم القبض)

بناءً على كون ماهية القرض تمليكاً مع الضمان في الذمه بمثله ان كان مثلياً و بالقيمة ان كان قيمياً , لكن تقدم عدم صحه ذلك و ان الظاهر عرفاً من القرض انه الضمان بالمثل لا غير و انه لا معنى لقرض شيء ب قيمته فإن حقيقه ذلك بيع لان القرض ردّ مثل ما أقرضت و لو عرفياً. و يكفي في عدم صحته قرضا الشك بمفهومه عرفاً.

ص: ٤١٥

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٦٢ ح ٢٤

و بالقبض يملك فله ردّ مثله

(و به) اى بالقبض (يملك)

اما ان القبض شرط فى صحه القرض بحيث لا يحصل الملك قبله فلا وجه له سوى الاجماع و الا فالقاعده تقتضى تحقق الملك بمجرد تمام العقد و ان لم يتحقق القبض.

قال فى الجواهر: «لولا-الاجماع لا-تجه القول بحصوله بتمامه من دون قبض على حسب غيره من العقود التى لا-ريب فى ظهور الادله فى اقتضاءها التمليك ضروره صدق مسماها بها»^(١).

اقول: ولا يبعد دعوى ان حقيقه القرض متقومه عرفا بالقبض فلا يقال اقرضه بمجرد التعاقد على ذلك.

وبعد القبض (فله ردّ مثله و ان كره المقرض)

لأنه بالقبض صار القرض ملك المقرض و إنما عليه ردّ مثله لا ردّ عينه كما هو مقتضى ماهيه القرض ويشهد له ايضا ما فى معتبر زواره، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن رجل مات و ترك عليه ديناً و ترك عبداً له مال فى التجاره و ولداً و فى يد

ص: ٤١٦

العبد مال و متاع و عليه دين استدانه العبد في حياه سيده في تجارته و إنّ الورثه و غرماء الميّت اختصموا في ما في يد العبد من المال و المتاع و في رقبه العبد، فقال: أرى أن ليس للورثه سبيل على رقبه العبد و لا على ما في يده من المتاع و المال إلّا أن يضمّنوا دين الغرماء جميعا فيكون العبد و ما في يده من المال للورثه- الخبير»(١) فان قوله (عليه السلام) «إلّا أن يضمّنوا دين الغرماء..» دال على ان الواجب رد مثله لا عينه.

و هل يلزم اشتراط الأجل فيه؟

(و لا يلزم اشتراط الأجل فيه)

عند المصنف لكنى لم أفف على من ذكر عدم لزوم الأجل من القدماء و إنّما ذكره المحقّق و تبعه من تأخّر عنه و لم يأتوا عليه بدليل سوى كونه عقدا جائزا.

اقول: و كونه عقدا جائزا ليس بصحيح على اطلاقه و ذلك لانه لازم إذا كان مؤجلا كما يدلّ عليه قوله تعالى { إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ } و دلالتة على اللزوم فيما اذا كان مؤجلا واضحه و الّا فلا معنى لقوله تعالى { فَاكْتُبُوهُ }.

ص: ٤١٧

و يشهد له ايضاً صحيح عبد الله ابن سنان، عن الصادق (عليه السلام) في خبر «المسلمون عند شروطهم في ما وافق كتاب الله عزّ وجلّ».

و به قال الشيخ: «كلّ من عليه دين وجب عليه قضاؤه حسب ما يجب عليه، فإن كان حالاً وجب عليه عند المطالبة في الحال، و إن كان مؤجّلاً وجب عليه قضاؤه عند حلول الأجل»^(١) و هو يشمل القرض قطعاً، فإنّ كلّ ما ذكره في ذاك الباب أحكام عامّة.

و قال ابن زهره «و لا يجوز لصاحب الدين المؤجّل أن يمنع من هو عليه من السفر و لا أن يطالبه بكفيل»^(٢).

نعم قال المفيد: المؤجّل إذا حلّ فسأله تأخيره إلى أجل آخر فأجابه، لا يجب عليه الوفاء في الأجل الثاني.

قلت: و وجهه أنّه لم يكن جزء العقد، و صرح الحلبيّ بأنّ الدين الحالّ و لو كان قرضاً لو أجّله لم يلزم الوفاء به، و لم يتعرّض الصدوق و الديلمىّ و الحلبيّ لعدم لزوم الأجل في القرض، فادّعاء الجواهر الشهره العظيمه عليه تاره و الإجماع و الاتّفاق أخرى، في غير محلّه فإنّ المحقّق من شهرته إنّما هو بعد المحقّق الحلبيّ.

ص: ٤١٨

١- النهايه في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص ٣٠٥؛ باب وجوب قضاء الدين إلى الحى و الميت.

٢- غنيه النزوع إلى علمى الأصول و الفروع؛ ص ٢٤٠؛ فصل في القرض.

(و يجب نيه القضاء)

كما فى النصوص المستفيضه مثل صحيح زراره: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له، ولا يدرى بأى أرض هو، قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء»^(١).

وخير عبد الغفار الجازي، عن الصادق (عليه السلام) «سألته عن رجل مات و عليه دين، قال: إن كان أتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذة الله عز و جل إذا علم نيته، إلما من كان لا- يريد أن يؤدى عن أمانته فهو بمنزله السارق و كذلك الزكاه أيضا، و كذلك من استحل أن يذهب بمهور النساء»^(٢).

ومرسل ابن فضال عنه (عليه السلام): «من استدان دينا فلم ينو قضاءه كان بمنزله السارق»^(٣) وغيرها.

(و عزله عند وفاته) اما صحه العزل فللسيره العقلائيه .

ص: ٤١٩

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ١٨٨ ح ٢٠

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٩٩ ح ١

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٩٩ ح ٢

(و) اما (الإيضاء به لو كان صاحبه غائبا)

فیدل علیه حکم العقل بذلك و ما يفهم من صحيح إسحاق بن عمّار، عن الصادق (عليه السلام) «فى الرّجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول: وليه على دينك، قال: يبرؤه ذلك و إن لم يوفّه وليه من بعده و قال: أرجو أن لا يَأثم و إنّما إثمه على الذى يحبسه»^(١) فانه لو لم يوص به يكون من مصاديق حبس الدين.

(و لو جهله) اى جهل صاحب الدين (و يأس منه) اى من معرفته فتعذر عليه اداء حقه اليه (تصدّق به عنه)

كما هو مدلول صحيح معاوية بن وهب «سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل كان له على رجل حقّ ففقد و لا يدري أحيى هو أم ميت و لا يعرف له وارث و لا نسب و لا بلد، قال اطلبه قال: إنّ ذلك قد طال فأصدّق به؟ قال: اطلبه»^(٢) الدال على لزوم ايصاله الى صاحبه مع عدم اليأس عنه بضميمه صحيح يونس (عمن بقى متاعه فى رحل الاخرين و لا يعرفونه و لا بلده ففيها انه (عليه السلام) قال: اذا كان كذا فبعه و تصدق بثمانه قال له: على من جعلت فداك؟ قال: على اهل الولاية»^(٣) الدال على

ص: ٤٢٠

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ١٨٨ ح ٢٢

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ١٨٨ ح ٢١

٣- الوسائل ج/١٧ ص ٣٥٧ باب ٧ ح/٢ من كتاب اللقطه . ورواه عن الكلينى.

التصدق به مع اليأس وهو وان موضوعه مال الغير لكنه لا خصوصيه له عرفا فيشمل الدين .

هذا ولا يضر في سنده العبيدي فانه ثقة على المختار و انما اشكال ابن الوليد في ما تفرد به عن يونس و هنا لم ينفرد فيما نقل مضافا لاعتماد الكافي عليه.

و مثله في الدلالة صحيحه الاخر عن نصر بن حبيب صاحب الخان قال: «كتبت إلى عبد صالح (عليه السلام): قد وقعت عندي مائتا درهم و أربعة دراهم و أنا صاحب فندق و مات صاحبها و لم أعرف له ورثه فأرأيتك في إعلامي حالها و ما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعا، فكتب: اعمل فيها و أخرجها صدقه قليلا قليلا حتى تخرج» (١).

و اما ما في صحيحه عن هشام بن سالم: «سأل خطّاب الأعور أبا إبراهيم (عليه السلام) و أنا جالس فقال: إنّه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجر ففقدناه و بقي له من أجره شيء و لا- نعرف له وارثا، قال: فاطلبوه، قال: قد طلبناه فلم نجده؟ قال: فقال: مساكين «و حرّك يديه» قال: فأعاد عليه، قال: أطلب و اجتهد فإن قدرت عليه و إلّا فهو كسبيل مالك حتى يجي ء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوص به إن

ص: ٤٢١

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ١٥٣ ح ٣ و رواه التهذيبان باب ميراث المفقود عن فيض بن حبيب صاحب الخان.

جاء له طالب أن يدفع إليه»(١) فلا ينافى وجوب التصدق بالدين الذى فى ذمه المديون بعد الايضاء به بعد الموت غايته انه مخير بالايضاء به او التصدق به قبل الموت جمعا بينهما , و اما قوله «مساكين» كما فى نسخه الكافى و«رابك المساكين» كما فى نسخه الفقيه(٢) فمجمل ولا- يمكن التعويل عليها نعم فى نسخه التهذيب قال (عليه السلام) تدفع الى المساكين(٣) لكن مع اختلاف نسخ الروايه وصحتها جميعا لا يمكن التعويل على واحد منها.

و اما صحيح يونس الاخر عن الهيثم أبى روح صاحب الخان قال: «كتبت إلى عبد صالح (عليه السلام): إني أتقبل الفنادق فينزل عندي الرجل فيموت فجأه لا أعرفه و لا أعرف بلاده و لا ورثته فيبقى المال عندي كيف أصنع به و لمن ذلك المال؟ فكتب (عليه السلام) أتركه على حاله»(٤) فلا ينافى ما دل على التصدق به ألبا لاطلاق فيكون ما تقدم من التصدق به قرينه على تقييده.

ثم ان ما لا يعلم وارثه بعد الفحص يصير كمن لا وارث له حقيقه فيكون وارثه الإمام (عليه السلام) . و يدل عليه صحيح محمد بن القاسم بن الفضيل بن يسار، عن أبى

ص: ٤٢٢

-
- ١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٥٣ ح ١ و الفقيه فى ٢ من ميراث المفقود و التهذيب (فى أواخر رهونه) .
 - ٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٣٣٠ باب ميراث المفقود
 - ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٧٧ ح ٣٨
 - ٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٥٣ ح ٤

الحسن (عليه السلام) «في رجل كان في يده مال لرجل ميّت لا يعرف له وارثا كيف يصنع بالمال، قال: ما أعرفك لمن هو يعني نفسه»^(١).

حصيلة البحث:

يشترط في المقرض و المقترض البلوغ و العقل و القصد و الاختيار و عدم السفه و يشترط عدم الفلّس في المقرض دون المقترض، و كلّ ما يتساوى أجزاءه يثبت في الدّمّه مثله، و بالقبض يملكه المقترض فله ردّ مثله و إن كره المقرض و يلزم اشتراط الأجل فيه و تجب نيّة القضاء و عزله عند وفاته و الإيضاء به لو كان صاحبه غائباً و لو جهله و يئس منه تصدّق به عنه، و ما لا يعلم وارثه بعد الفحص يصير كمن لا وارث له حقيقه فيكون وارثه الإمام (عليه السلام).

و لا يصح قسمه الدين بل الحاصل لهما

(و لا يصح قسمه الدين بل الحاصل لهما و التاوى منهما)

بدليل النصوص المستفيضه مثل صحيح سليمان بن خالد، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرّق عنهما، فاقتهما بالسويّه ما كان في أيديهما و ما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما ما كان عليه غائباً، و

ص: ٤٢٣

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ٣٩١ ح ١٠

استوفى الآخر فعليه أن يردّ على صاحبه، قال: نعم ما يذهب بماله»^(١) فدل على أن ما استوفاه الآخر ملك لهما معا.

و موقّ محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام: «سألته عن رجلين بينهما مال بعضه بأيديهما و بعضه غائب عنهما فاقتهما الذى بأيديهما و احتال كلّ واحد منهما بحصّيته من الغائب فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر، فقال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»^(٢).

و موقّ معاوية بن عمّار قال: «سألْتُ أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال، بعضه بأيديهما و بعضه غائب عنهما فاقتهما الذى بأيديهما، و احتال كلّ واحد منهما بحصّيته من الغائب فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر، فقال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»^(٣) و غيرها.

و يصح بيعه بحال لا بمؤجل و بزياده و تقيصه

(و يصح بيعه) أى الدين (بحال لا بمؤجل) لأنه يكون من مصاديق بيع الدين بالدين كما سيأتى الكلام عنه .

ص: ٤٢٤

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ٢٠٧ ح ٨
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ١٨٦ ح ٥
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ١٨٦ ح ٦

(و بزياده و نقيصه) كما هو مقتضى القاعده .

(ألا أن يكون ربويا فتعتبر) فيه رعايه عدم حصول الربا .

(و) حيث لا يجوز بيع الدين بالدين ف(لا يلزم المديون أن يدفع الى المشتري إلا ما دفع المشتري على روايه محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام)

اقول: الأصل في ما قاله ما رواه الكافي في الصحيح و بتوسط ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن طلحه بن زيد عن أبي عبد الله (عليه السلام): «قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: لا يباع الدين بالدين»^(١) و لا مشكله في سنده إلا من جهة طلحه حيث لم يوثق في كتب الرجال، و الامر فيه سهل بعد قول الشيخ في الفهرست: «طلحه بن زيد له كتاب و هو عامي المذهب إلا ان كتابه معتمد»^(٢).

ثم روى خبر أبي حمزه: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتراه منه بعرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال له: أعطني ما لفلان عليك؟ فأني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال أبو جعفر

ص: ٤٢٥

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٠٠ ح ١

٢- الفهرست: ٨٦

(عليه السلام): يردّ عليه الرّجل الذى عليه الدّين ماله الذى اشتراه به من الرّجل الذى له الدّين»(١).

ثمّ روى ثالثا خبر محمّد بن الفضيل: «قلت للرّضا (عليه السلام): رجل اشترى ديننا على رجل، ثمّ ذهب إلى صاحب الدّين فقال له: ادفع إلىّ ما لفلان عليك فقد اشتريته منه، قال: يدفع إليه قيمه ما دفع إلى صاحب الدّين و برء الذى عليه المال من جميع ما بقى عليه»(٢) وبهذه النصوص عمل الكافى والمراد من بيع زيد مثلا دينه من عمرو بمتاع نقد يعنى ان صاحب الدّين صير غيره صاحب الدّين و حينئذ فمعنى التّهى عدم انعقاد بيعه بأن يطلب من المديون كلّ المال كما هو صريح الخبر الاخير .

ثمّ المراد من الخبر الاخير - فى إطلاقه الاشتراء - ابتياع الدّين بعرض قيمته أقلّ من الدّين كما صرّح به فى الخبر و إلا لكان باطلا لصيرورته ربويا .

ما هو المراد من بيع الدين بالدين؟

ثم انه ما المراد من بيع الدين بالدين؟ فقال الشيخ فى النهايه: «لا بأس أن يبيع ماله على غيره من الدّيون نقدا و يكره أن يبيع الإنسان ذلك نسيئه و لا يجوز بيعه بدين

ص: ٤٢٦

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ١٠٠ ح ٢

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ١٠٠ ح ٣

آخر مثله، فإن وفي الذي عليه الدين المشتري وإلا رجع على من اشتراه منه بالدرك و من باع الدين بأقل مما له على المدين لم يلزم المدين أكثر مما وزن من ثمن المشتري من المال» (١) فالظاهر أنه فهم من الخبر خبر النهى عن بيع دين بمثله تبادل الدين بأن يكون لرجل دين على زيد و لآخر على عمرو فيبيع هذا دينه على زيد ذاك بدينه على عمرو كما هو المترائي من تعبير بيع الدين بالدين و لم يفهم الحلّي مراده من اختصاص بيع الدين بالدين بتبادل الدين فاعترض عليه في قوله بكراهه بيع دينه نسيئه بأنه ضدّ قوله «و لا- يجوز بيع الدين بدين آخر» لأنّ البيع بالنسيئه أيضا بيع دين بدين، كما وأنّ المختلف أيضا لم يفهم مراد الشيخ أيضا فنقل عن الحلّي عدم جواز بيع الدين المؤجل الى غير المديون، و قال الأصل جوازه، ثمّ قال: و إن كان حالاً لم يجز بيعه بدين آخر مثله و هل يجوز بيعه نسيئه؟ قال في النهاية: «يكراه» مع انه منع من بيعه بدين آخر مثله (٢).

و يفهم من كلام المختلف أنّه حمل النهى عن «بيع دين بدين» «بيع دين حالّ بدين حالّ» فقط . و الحاصل ان ظاهر النهاية هو تبادل الدين كما مرّ توضيحه، و ظاهر المختلف بيع دين حالّ بدين حالّ و ظاهر النص الاول هو كل ما يصدق عليه بيع الدين بالدين و لا موجب لتقييده بمصداق معين.

ص: ٤٢٧

١- النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: ٣١١؛ باب بيع الديون و الأرزاق.

٢- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة؛ ج ٥، ص: ٣٧١

ويدل على فساد بيع ما اذا كان المبيع نسيئه و الثمن دين صحيح منصور بن حازم «عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فأتى المطلوب الطالب لبيتاع منه شيئاً قال: لا يبيعه نسيئاً فاما نقداً فليبيعه بما شاء»^(١) وقد نقله الجواهر عن بعض النسخ «فأتى الطالب المطلوب»^(٢) بدل فأتى المطلوب الطالب .

اقول: معنى الروايه واضح و متعين سواء اخذنا بالاول أم الثاني فان السياق يشهد على ان الطالب هو الذى اتى الى المطلوب يشتري منه ما يقابل دينه و تقدم كلمه المطلوب لا يدل على كونه فاعلاً فى الجملة بل مفعولاً و كلمه الطالب هى الفاعل و لو جاء متأخراً و الا لا معنى لذكر كونه يكون له على الرجل .. الخ و لا يعارض ذلك شىء فان خبر اسماعيل بن عمر الذى قد يتوهم منه جواز ذلك مضطرب الذيل اولاً و لم يعلم المراد من المسؤول عنه فيه ثانياً مضافاً لضعف سنده ثالثاً و انفراد الشيخ بنقله رابعاً و مثله فى الضعف خبر قرب الاسناد (عن السلم فى الدين قال اذا قال اشترت منك كذا و كذا بكذا فلا بأس)^(٣) فهو مع ضعفه سنداً مجمل فقد يكون المراد منه مبيع كلى ثم يحاسبه بعد ذلك على ما فى ذمته فهو قابل للانطباق على هذا المعنى و عليه فلا يوثق به للخروج عن بطلان بيع الدين بالدين.

ص: ٤٢٨

١- الوسائل باب ٦ من ابواب احكام العقود ح/ ٨

٢- الجواهر ج/ ٢٤ ص ٢٩٣

٣- الوسائل باب ٨ من ابواب السلف ح/ ٣

ثم انه ورد النهى عن بيع الدين بالدين بلسان آخر، ففي دعائم الإسلام عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «انه نهى عن الكالئ بالكالئ»^(١) والكالئ بالكالئ بيع الدين بالدين، كما فى لسان العرب^(٢).

(و منع ابن إدريس من بيع الدين الى غير المديون)

و يردده ما تقدم من اطلاق صحيح منصور الداله على بطلان بيع المبيع نسيهً بالدين بلا فرق بين كون البيع على المديون او على غيره مضافا الى اطلاق موثق طلحه و بذلك يظهر ضعف ما قاله المصنف:

(و المشهور الصحه)

كما و ان ما ذكره من أنّ المشهور الصحه غير معلوم بعد ظهور عمل الاصحاب بما تقدم من الاخبار المانعه عن بيع الدين بالدين

و لو باع الذمى ما لا يملكه المسلم

(و لو باع الذمى ما لا يملكه المسلم، ثم قضى منه دين المسلم صح قبضه و لو شاهده)

ص: ٤٢٩

١- مستدرک الوسائل ١٣: ٤٠٥

٢- لسان العرب ١: ١٤٧

اقول: ما لا يملكه المسلم ان كان خمرا وخنزيراً صح ما قاله المصنف ويشهد له صحيح محمّد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام) «سألته عن صدقات أهل الجزية و ما يؤخذ منهم من ثمن خمورهم و لحم خنازيرهم و ميتتهم؟ قال: عليهم الجزية في أموالهم يؤخذ منهم من ثمن لحم الخنزير أو خمر فكلّ ما أخذوا منهم من ذلك فوزر ذلك عليهم و ثمنه للمسلمين حلال يأخذونه في جزيتهم»^(١) ودلالته بالفحوى.

و يدل على ذلك بالصراحة موثق منصور قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): «لى على رجل ذمى دراهم فيبيع الخمر و الخنزير و أنا حاضر فيحلّ لى أخذها؟ فقال: إنّما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك»^(٢).

و اما التعدى عنهما لكل ما لا يملكه المسلم كالميتة فمشكل و ذلك لان ظاهر غير ما تقدم من الروايات جواز الاقتضاء من بيع الخمر و الخنزير و لو من مسلم فلا اختصاص لهما بالذمى كما فى صحيح محمد بن مسلم عن الباقر (عليه السلام) (فى رجل كان له على رجل دراهم فباع خمراً أو خنزيراً و هو ينظر فقضاه فقال: لا بأس به اما للمقتضى فحلال و اما للبايع فحرام)^(٣) و مثله صحيح زراره عن الصادق

ص: ٤٣٠

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٣، ص: ٥٦٨ ح ٥

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٢ ح ١٠

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣١ ح ٩

(عليه السلام) في الرجل يكون لى عليه الدرّاهم فيبيع بها خمرا و خنزيرا، ثم يقضى عنها؟ قال: لا بأس أو قال: خذها» (١) وبهما عمل الكافى.

و معتبر داود بن سرحان، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير أو خمرا و هو ينظر فقضاه؟ قال: لا بأس أما للمقضى فحلال و أما للبائع فحرام» (٢) و غيرها (٣).

والحاصل انه لا يمكن التعدى عنهما لكل ما لا يملكه المسلم و عليه فلا يجوز الاقتضاء من غيرهما كما هو الاصل .

و لا تحل الديون المؤجله بحجر المفلس

(و لا تحل الديون المؤجله بحجر المفلس خلافا لابن الجنيد)

لان الاصل عدم الحلول الا ما خرج بالدليل وقياس ذلك على موت المديون باطل عندنا .

(و تحل إذا مات المديون و لا تحل بموت المالك)

ص: ٤٣١

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٢ ح ١١

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ١٩٥ ح ٥٤

٣- تهذيب الأحكام؛ ج ٧، ص ١٣٧، ح ٧٧. باب ٩

أمّا حلول الدّين بموت المديون فيشهد له صحيح الحسين بن سعيد قال: «سألته عن رجل أقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمّى ثمّ مات المستقرض أو يحلّ مال القارض عند موت المستقرض منه، أو للورثه من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: إذا مات فقد حلّ مال القارض»^(١).

و معتبر إسماعيل بن مسلم، عن الصّيادق، عن أبيه عليهما السّلام أنّه كان يقول: «إذا كان على الرّجل دين ثمّ مات حلّ الدّين»^(٢).

هذا و استدل المرتضى له في ناصريّاته: «بقوله تعالى { أَوْ دَيْنٍ } فقال علق القسمه بقضاء الدين فلو تأخّرت القسمه فهو إضرار بالورثه و بأنّه لو لم تحلّ الديون لزم أن ينتقل إلى ذمّه الورثه و لا وجه له».

و أمّا عدم حلوله بموت المالك فلاّنه لا وجه لحلوله فانه حق للمديون ومن يقوم مقامه , كما هو مقتضى القاعده ايضا ألا اذا قام الدليل الخاص على الحلول بالموت وقد قيل بقيامه وهو خبر أبي بصير قال أبو عبد الله (عليه السلام): «إذا مات الرّجل حلّ ماله و ما عليه»^(٣) وبه افتى الكليني والفقيه فرواه مرفوعا بلفظ «قال الصّادق

ص: ٤٣٢

١- تهذيب الأحكام؛ ج ٦، ص ١٩٠؛ ٨١ باب الديون و أحكامها.

٢- الفقيه (في ٣١ من أخبار دينه و قروضه)

٣- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٩٩ ح ١

(عليه السلام): إذا مات الميت حلّ ماله و ما عليه«(١) و الشيخ فى النهايه و تبعه الحلبيّ و القاضى، و بالعدم أفتى فى مبسوطيه و تبعه ابن حمزه و ابن زهره و ابن ادريس الحلّي.

اقول: و الخبر ضعيف سندا فان تم الوثوق بعمل من عرفتم فهو و ألا فلا حجه فيه , و الظاهر عدم الوثوق به لاختلاف قول الشيخ فيه و عدم اعتماد اصحاب الاجماع عليه و ارسال الخبر و ضعفه باسماعيل بن ابى قره و خلف بن حماد.

حكم تركه الميت

ثم أن تركه الميت هل تنتقل بأجمعها إلى الورثه، فالمال كله مملوك للوارث، غايته أنه متعلق لحق الغريم، أى له استنقاذه منه ما لم يؤده من غيره.

او ان المقدار المقابل للدين باق على ملك الميت، و أنه لا ينتقل إلى الوارث إلا ما زاد عليه؟ الاقوى هو الثانى لظاهر قوله تعالى ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوَصِّى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (٢) و قد تضمنت بعض النصوص تقديم مصارف التجهيز أوّلاً ثم الدين، ثم الوصيه ثم الميراث (٣)، و حينئذ تحصل الشركه بين الميت و الوارث فى التركه بنسبه الدين

ص: ٤٣٣

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ١٨٩ ح ٣٧١٠

٢- النساء ٤: ١٢

٣- الوسائل ١٩: ٣٢٩ / كتاب الوصايا ب ٢٨

من النصف أو الثلث و نحوهما. و لا- بد في تصرف الوارث أو غيره من الاستئذان من ولي الميت و هو وصيه إن كان، و إلا فالحاكم الشرعي.

و للمالك انتزاع السلعه في الفلس

(و للمالك انتزاع السلعه في الفلس)

و ذلك لصحيح عمر بن يزيد (عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال: لا يحاصه الغرماء)(١) و بذلك افتى ابن الجنيد و الشيخ في الخلاف و ابن البراج و ابن ادريس خلافاً للشيخ في النهايه و الاستبصار و المبسوط(٢) و لا دليل له.

هذا (إذا لم تزد زياده متصله فيمتنع و قيل: يجوز و ان زادت)

أمّا حكم الزيادة المتصله فلم يختلف في أصل الانتزاع كما قال المصنف بالامتناع و إنّما اختلف في أنّه هل يردّ على الغرماء فضل قيمه أم لا، فذهب إلى الردّ الإسكافي كما هو مقتضى القاعده و إلى عدمه المبسوط و تبعه القاضي.

(و لو كانت الزيادة منفصله لم يمنع)

ص: ٤٣٤

١- الوسائل باب ٥ من احكام الحجر ح/٢.

٢- المختلف ج/٥ ص ٤٦٣.

من انتزاع المالك عينه , كما ولا خلاف في خروجها لانها على ملك المفلس.

(و غرماء الميت سواء في تركته مع القصور و مع الوفاء لصاحب العين أخذها في المشهور)

و يشهد لذلك صحيح أبي ولّاد، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنة فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله و أصاب البائع متاعه بعينه أله أن يأخذه إذا حَقَّق له؟ فقال: إن كان عليه دين و ترك نحو ما عليه، فليأخذ إن حَقَّق له، فإن ذلك حلال له، و لو لم يترك نحو ما من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممّن له عليه شيء يأخذ بحصّته و لا سبيل له على المتاع»^(١) و قريب منه صحيح أبي بصير «عن الصادق (عليه السلام): سئل عن رجل كانت عنده مضاربه و وديعه و أموال أيتام و بضائع و عليه سلف لقوم فهلك و ترك ألف درهم أو أكثر من ذلك، و الذي للناس عليه أكثر ممّا ترك؟ فقال: يقسم لهؤلاء الذي ذكرت كلّهم على قدر حصصهم أموالهم»^(٢).

(و قال ابن الجنيد يختص بها و ان لم يكن وفاء)

كما في صحيح جميل عن بعض اصحابنا عن الصادق (عليه السلام): «في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشتري و المتاع قائم

ص: ٤٣٥

١- الوسائل باب ٥ من احكام الحجر ح/ ٣

٢- الوسائل باب ٥ من احكام الحجر ح/ ٤

بعينه، قال: إذا كان المتاع قائماً بعينه ردّ إلى صاحب المتاع و قال: ليس للغرماء أن يخاصموه (يخاصموه به)»(١).

و الظاهر أنّ ابن الجنيد استند إلى هذا الصحيح لا إلى إطلاق صحيح عمر بن يزيد المتقدّم كما قاله المختلف .

قيل: و ظاهره عدم الوفاء لقوله (عليه السلام) فيها «ليس للغرماء أن يخاصموه أو يحاصّوه» و حيث إنّ صحيح جميل له ظهور في مختار ابن الجنيد يمكن نسبه إلى الكافي و الفقيه أيضا حيث اقتصرنا على روايته و لم يرويا صحيح أبي ولّاد.

و عليه فيقع التعارض بين صحيح جميل الذي أفتى به ابن الجنيد و الكليني و الصدوق و بين الصحيحين الآخرين.

اقول: ما قيل من ان ظاهر صحيح جميل عدم وفاء التركة بالدين لقوله فيها «ليس للغرماء أن يخاصموه أو يحاصّوه» ليس بظاهر نعم هو دال بالاطلاق والاطلاق لا يصار اليه مع وجود المقيد وهما صحيحا ابي ولاد و ابي بصير اللذين دلّا على التفصيل الذي قال به المصنف و هو الصحيح .

ص: ٤٣٦

١- الوسائل باب ٥ من احكام الحجر ح/١.

(و لو وجدت العين ناقصه بفعل المفلس أخذها و ضرب بالنقص مع الغرماء مع نسبتها الى الثمن)

ذهب إلى ما قال، الإسكافي مطلقا بدون التقييد بفعل المفلس، و أما المبسوط ففصل بين ما كان النقص من أجنبي بأن يكون أخذ أرشا فيتخير بين أخذه مع الضرب بالنقص و بين الضرب بالدين كله، و أما لو كان النقص من الله أو من المفلس فيتخير بين أخذ العين بدون زياده و بين الضرب مع الدين.

اقول: لا يخفى ان رجوع الغريم الى المديون خلاف الاصل وقد صرنا اليه لوجود الدليل وهو صحيح جميل المتقدم «في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه، قال: إذا كان المتاع قائماً بعينه ردّ إلى صاحب المتاع و قال: ليس للغرماء ان يحاصوه (يخاصموه به)» (١) و عليه فهو القول الفصل في المسأله فإذا كان المتاع قائماً بعينه ردّ إلى صاحب المتاع و النقص الحاصل فيه سواء كان بفعله او لم يكن بفعله لا بد من جبرانه اذ هو في ذمه المديون و لا دليل لسقوطه فالصحيح انه يضرب بالنقص مع الغرماء مع نسبتها الى الثمن مطلقا .

ص: ٤٣٧

و لا يقبل إقراره فى حال التفليس

(و لا يقبل إقراره فى حال التفليس بعين)

و دليله كما قال المصنف (لتعلق حق الغرماء به).

(و يصح) الاقرار (بدين و) لكن (يتعلق) المال المقر به (بذمته و لا يشارك الغرماء المقر له)

هذا ما تقتضيه القاعده من صحه الاقرار وعدم نفوذه من المال لتعلق حق الغرماء به .

(و) لكن (قوى الشيخ) فى المبسوط (المشاركه للخبر)

و رده فى المختلف بقوله: «و فيه: نظر لتعلق حق الغرماء بالعين كتعلق المرتهن بالرهن فكما لا ينفذ إقرار الزاهن بالعين المرهونه و لا يشارك المقر له بالدين و لا يصح تصرف الزاهن إلا بإذن المرتهن فكذا المفلس هنا حكمه حكم الزاهن».

و اما الخبر الذى استند اليه الشيخ فهو موثق عمّار، عن الصادق (عليه السلام) «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ما له بينهم

بالحصص، فإن أبى باعه فيقسمه بينهم يعنى ماله«(1) ولا- اطلاق له فى ما نحن فيه لانه فى مقام بيان اصل الحكم بالافلاس ولا علاقه له بما نحن فيه من اقرار المحكوم بالافلاس وهو متهم فى اقراره .

(و يمنع المفلس من التصرف فى أعيان أمواله) بعد الحجر عليها كما سيأتى فى بابه .

(و تباع و تقسم على الغرماء) كما هو معلوم .

(و لا يدخر للمؤجله) التى لم تحل حاله القسمه (شىء)

لعدم شمول الدليل لها نعم لو حل بعد قسمه البعض شارك فى الباقي و ضرب بجميع المال و ضرب باقى الغرماء ببقية ديونهم كما هو مقتضى القاعده بعد اطلاق الدليل .

(و يحضر كل متاع فى سوقه) وجوبا مع رجاء زياده قيمه لتوقف امتثال هذا الحكم من التقسيم عليه فيجب مقدمه .

حصيله البحث:

لا- تصح قسمه الدين بل الحاصل لهما و التاوى منهما، و يصح بيعه بحال لا بمؤجل و بزياده و نقيصه إلا أن يكون ربوياً، و لا يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري إلا ما دفع، و لا يجوز بيع الدين بالدين سواء كان على المديون او غيره،

ص: ٤٣٩

و لو باع الذمّي بل المسلم خمرا او خنزيرا ثم قضى منه دين المسلم صحّ قبضه و لو شاهده و اما غيرهما مما لا يملكه المسلم فلا يجوز الاقتضاء منه , و لا- تحلّ الديون المؤجله بحجر المفلس و تحلّ إذا مات المديون، و لا تحلّ بموت المالك، و المقدار المقابل للدين باق على ملك الميت، و أنه لا ينتقل إلى الوارث إلا ما زاد عليه و حينئذ تحصل الشركه بين الميت و الوارث في التركه بنسبه الدين من النصف أو الثلث و نحوهما. و لا بد في تصرف الوارث أو غيره من الاستئذان من ولي الميت و هو وصيه إن كان، و إلا فالحاكم الشرعي.

و للمالك انتزاع السلعه في الفلّس و لو زادت زياده متّصله انتزعها و ردّ على الغرماء فضل قيمه، و غرماء الميت سواء في تركته مع القصور و مع الوفاء لصاحب العين أخذها على الاقوى. و لو وجدت العين ناقصه اخذها و ضرب بالتقص مع الغرماء مع نسبتته إلى الثمن و لا- يقبل إقراره في حال التفليس بعينٍ لتعلّق حقّ الغرماء بأعيان ماله قبله و يصحّ بدينٍ و يتعلّق بدمته فلا يشارك الغرماء المقرّ له و يمنع المفلس من التصرف في أعيان أمواله بعد الحجر عليها و تباع و تقسم على الغرماء و لا يدخر للمؤجله شيءٌ و لو حل بعد قسمه البعض شارك في الباقي و ضرب بجميع المال و ضرب باقى الغرماء ببقية ديونهم و يحضر كلّ متاعٍ في سوقه وجوبا مع رجاء زياده قيمته .

و يحبس لو ادعى الإعسار حتى يثبتته

(و يحبس لو ادعى الإعسار حتى يثبتته فإذا ثبت خلى سبيله)

يشهد لذلك ما فى معتبر غياث، عنه، عن أبيه عليهما السّلام «أَنَّ عَلِيًّا (عليه السلام) كان يحبس فى الدّين فإذا تبين له إفلاس و حاجه خلى سبيله حتى يستفيد مالا»^(١) و به افتى الفقيه^(٢).

(و عن على (عليه السلام) دفعه الى الغرماء فيقول اصنعوا به ما شئتم ان شئتم آجروه و ان شئتم استعملوه)

و هو معتبر السيكوني عن جعفر، عن أبيه عليهما السّلام «أَنَّ عَلِيًّا (عليه السلام) كان يحبس فى الدّين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم آجروه و إن شئتم استعملوه - و ذكر الحديث»^(٣) لكنه خلاف قوله تعالى {وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ} و عليه فيرد علمه الى اهله.

ص: ٤٤١

-
- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ١٩٦ ح ٥٨
 - ٢- من لا يحضره الفقيه؛ ج ٣، ص ٢٨؛ باب الحجر و الإفلاس.
 - ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٣٠٠ ح ٤٥

قال المصنف: (و هو) اى معتبر السكونى (يدل على وجوب التكسب و اختاره ابن حمزه، و العلامه و منعه الشيخ و ابن إدريس و الأول أقرب) اقول: لم يقل ابن حمزه بكسبه مطلقا بل إن كان من أهل الكسب , كما و ان معتبر السكونى لا- دلالة له على وجوب تكسب المديون ابتداءا لاجماله بل القدر المتيقن منه اذا رأى الحاكم ذلك و الاقوى رده كما تقدم انفا.

و انما يحجر على المديون إذا قصرت أمواله عن ديونه

(و انما يحجر على المديون) والمراد الحجر على امواله لا شخصه (إذا قصرت أمواله عن ديونه و طلب الغرماء الحجر)

كما فى معتبر غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: «أَنَّ عَلِيًّا (عليه السلام) كان يفلّس الرّجل إذا التوى على غرمائه، ثمّ يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإنّ أبى باعه فيقسم بينهم»^(١) و مثله موثق اسحاق بن عمار^(٢).

ص: ٤٤٢

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ٢٩٩ ح ٤٠

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ٢٩٩ ح ٤٢

و لا تباع داره و لا خادمه و لا ثياب تجمله

(و لا- تباع داره و لا- خادمه و لا- ثياب تجمله، و ظاهر ابن الجنيّد بيعها في الدين و استحباب للغريم تركه، و الروايات متضافره بالأول)

اما الدار و الخادم فيشهد لهما صحيح الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام) «لا تباع الدار و لا الجاريه في الدين، و ذلك لأنّه لا بدّ للرجل من ظلّ يسكنه و خادم يخدمه»^(١) و غيره .

هذا و في الفقيه قال: «و روى إبراهيم بن هاشم أنّ محمّد بن أبي عمير كان رجلاً بزازاً فذهب ماله و افتقر و كان له على رجل عشرة آلاف درهم فباع داراً له كان يسكنها بعشره آلاف درهم و حمل المال إلى بابه فخرج إليه محمّد بن أبي عمير فقال: ما هذا قال: هذا مالك الذي لك عليّ، قال: ورثته؟ قال: لا، قال: وهب لك؟ قال: لا، قال: فهو ثمن ضيعه بعثها؟ قال: لا، قال: فما هو؟ قال: بعت داري التي أسكنها لأقضى ديني، فقال: محمّد بن أبي عمير حدّثني ذريح المحاربيّ، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنّه قال: لا يخرج الرجل عن مسقط رأسه بالدين، ارفعها فلا حاجه لي فيها، و الله إنني محتاج في وقتي هذا إلى درهم و ما يدخل ملكي منها درهم»^(٢) ثمّ قال الصدوق: و كان شيخنا محمّد بن الحسن يروى أنّها إن كانت الدار واسعة

ص: ٤٤٣

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٩٦ ح ٣

٢- من لا يحضره الفقيه؛ ج ٣، ص ١٩٠؛ باب الدين و القرض.

يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج إليه و يقضى ببقيتها دينه، و كذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها و اشترى بثمانها دارا يسكنها و يقضى بباقي الثمن دينه» قلت: و لعله أشار إلى خبر مسعدة بن صدقة، عنه (عليه السلام) «و سئل عن رجل عليه دين و له نصيب في دار و هي تغلّ غلّه فربما بلغت غلّتها قوته و ربما لم تبلغ حتى يستدين فإن هو باع الدار و قضى دينه بقي لا- دار له، فقال: إن كان في داره ما يقضى به دينه و يفضل منها ما يكفيه و عياله فليبيع الدار و إلّا فلا» (١) و الظاهر أن مورده من كان له قسمه من دار لا يسكنها و إنّما يعيش من غلّتها و كرايتها وهو مطابق للقاعده.

و أما خبر سلمه بن كهيل: «سمعت عليا (عليه السلام) يقول لشريح: انظر إلى أهل المعك و المطل و دفع حقوق الناس من أهل المقدره و اليسار ممن يدلى بأموال المسلمين إلى الحكام فخذ للناس بحقوقهم منهم، و بع فيها العقار و الديار فإني سمعت النبي صلى الله عليه و آله و سلم يقول: مطل المسلم الموسر ظلم للمسلم، و من لم يكن له عقار و لا دار و لا مال فلا سبيل عليه» (٢) فمورده من كان ذا ثروه و لا يريد دفع حقّ الناس إليهم ففي مثله يباع داره أيضا.

و ورد عدم بيع ما يكون من معيشته أيضا، كما في صحيح عبد الله بن المغيرة، عن بريد العجليّ قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إن عليّ دينا و أظنّه قال: لأيتام و أخاف إن

ص: ٤٤٤

-
- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ١٩٨-٦٥
 - ٢- الكافي (في باب أدب الحكم، ٩ من كتاب قضاياه)

بعت ضيعتي بقيت و ما لى شىء، فقال: لا تبع ضيعتك و لكن أعطه بعضا، و أمسك بعضا» (١) و به عمل الفقيه (٢).

و أما ثياب التجمل فلم يرد به خبر و لا منه أثر فى كلام المتقدمين، بل و لا ذكره المحقق و إنما قال فى المختلف: «المشهور أنه لا يجوز بيع دار المفلس الذى يسكنها. و لا خادمه الذى يخدمه، و لا ثوب تجمله. و قال ابن الجنيد: و يستحب للغريم إذا علم عسر من عليه الدين أن لا- يحوجه إلى بيع مسكنه و خادمه الذى لا- يجد غنى عنهما و لا- ثوبه الذى يتجمل به» و لعل كلام الإسكافى من إبقاءه مستحبا كالدار و الجارية توهم كون الثوب مثل الدار و الخادم .

حصيله البحث:

و يحبس المديون لو ادعى الإعسار حتى يثبت فإذا ثبت خلّى سبيله. و إنما يحجر على المديون إذا قصرت أمواله عن ديونه و طلب الغرماء الحجر بشرط حلول الديون، و لا تباع داره و لا خادمه و لا يبيع ما يكون من معيشته.

ص: ٤٤٥

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٩٦-٤

٢- الفقيه؛ ج ٣، ص ١٨٥؛ باب الدين و القرض؛ و ليس فيه «و أظنه قال: لأيتام».

(القسم الثاني دين العبد)

لا يجوز له التصرف فيه ولا في ما بيده إلا بإذن السيد

(لا يجوز له التصرف فيه ولا فيما بيده إلا بإذن السيد)

بمقتضى كونه مملوكا .

(فلو استدان باذنه فعلى المولى و ان أعتقه)

كما فى صحيح أبى بصير، عن الصادق (عليه السلام): «قلت له: رجل يأذن لمملوكه فى التجاره فيصير عليه دين، قال: إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه و إن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شىء على المولى و يستسعى العبد فى الدين»^(١).

و أمّا خبر ظريف الأكفانيّ قال: «كان أذن لغلام له فى الشراء و البيع فأفلس و لزمه دين فأخذ بذلك الدين الذى عليه فليس يساوى ثمنه ما عليه من الدين، فسأل أبا عبد الله (عليه السلام) فقال: إن بعته لزمك الدين و إن أعتقته لم يلزمك الدين فأعتقه فلم يلزمه شىء»^(٢).

ص: ٤٤٦

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٠٣ ح ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٠٣ ح ١

و مثله خبر ظريف يبياع الأكفان: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن غلام لى كنت أذنت له فى الشراء و البيع فوقع عليه مال الناس و قد أعطيت به مالا- كثيرا فقال أبو عبد الله (عليه السلام): إن بعته لزمك ما عليه و إن أعتقته فالمال على الغلام و هو مولاك»(١) و لا يبعد أن يكون الأصل فىهما واحدا. فهما مع ضعف سندهما محمولان على مجرد الإذن فى البيع و الشراء كما هو الظاهر منهما دون الاستدانه، و منه يظهر ضعف استناد الشيخ فى النهايه و الحلبي و القاضى إليهما من كون الدين على العبد إن أعتق و لو مع إذن المولى له.

و يقتصر المملوك فى التجاره على محل الاذن

(و يقتصر المملوك فى التجاره على محل الاذن)

وجهه واضح فإنه لا اختيار له إلا ما أجازة المولى.

و ليس له الاستدانه بالإذن فى التجاره

(و ليس له الاستدانه بالإذن فى التجاره فيلزم ذمته بعد عتقه على الأقوى)

ص: ٤٤٧

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ١٩٦ ح ٥٦

كما هو مقتضى القاعده و يؤيد لزوم ذمته مع مجرّد الإذن فى التجاره دون الاستدانه خبرا ظريف المتقدّمان، و به قال الشيخ فى استبصاره و المبسوطين و تبعه ابن حمزه و الحلّى .

(و قيل يسعى فيه)

قاله الشيخ فى النهايه وقال فى المبسوطين يلزم العبد به بعد عتقه و تبعه الحلّى .

اقول: الصواب ما ذهب إليه ابن حمزه و هو إن علم الدائن عدم الإذن و أعطاه يتبع به العبد بعد عتقه بدليل انه هو اقدم على ذلك، و إن لم يعلم فيستسعى بدليل صحيح ابى بصير عن الصّيادق (عليه السلام): «قلت له: رجل يأذن لمملوكه فى التجاره فيصير عليه دين، قال: إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه و إن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شىء على المولى و يستسعى العبد فى الدين»(١) و هو منصرف عن صورته علم الدائن عدم الاذن و مع ذلك يعطيه.

و صحيح وهيب بن حفص، عن الباقر (عليه السلام) فى خبر قال: «و سألته عن مملوك يشتري و يبيع قد علم بذلك مولاه حتّى صار عليه مثل ثمنه؟ قال: يستسعى فى ما عليه»(٢) ولا يخفى انه محمول على عدم اذن المولى و ان علم بذلك.

ص: ٤٤٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ٥، ص: ٣٠٣؛ باب المملوك يتجر فيقع عليه الدين.

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٢٠٠ ح ٧٠

و اما خبر روح بن عبد الرّحيم، عن الصادق (عليه السلام) «عن رجل مملوك استتجره مولاه فاستهلك مالا كثيرا؟ قال: ليس على مولاه شىء و لكنّه على العبد، و ليس لهم أن يبيعه و لكنّه يستسعى، و إن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شىء و لا على العبد»^(١) الدال على ان المولى له ان يمنع العبد من الاستسعاء فحيث انه ضعيف سنداً لا يمكن الفتوى به فلا يعارض صحيح ابى بصير المتقدم .

حكم ما لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك

(و لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك تخير المقرض بين رجوعه على المولى و بين اتباع العبد بعد العتق و اليسار)

قيل: لأنّه كالغاصب أيضا , قلت: بل لأنّ المولى ان اثبت يده على المال المقرض صار هو المقرض وخرج ذلك عن ذمه العبد و عليه فلا وجه لرجوع المقرض على العبد .

هذا و لو رجع على المولى قبل أن يعتق المملوك، لم يرجع المولى عليه لأنّه لا يثبت له فى ذمّه عبده مال .

و أمّا ما قيل: من انه ان كان قد غرّه بأنّ المال له أتجه رجوعه عليه لمكان الغرور .

ص: ٤٤٩

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٢٢٩ ح ٢٠ و معنى «و إن حجر...» أنّ المولى منع العبد من التجاره و البيع و الشراء و مع ذلك باعه رجل شيئا ليس على أحد منهما.

ففيه: انه لا- يعقل ان يملك المولى فى ذمه مملوكه حتى يرجع عليه لكن لو غر العبد مولاه ان المال له واتلف المولى المال فلا دليل على تحمل المولى ذلك المال بل يكون فى ذمه العبد كما لو استدان بدون اذن المولى ولم يأخذه المولى .

حصيله البحث:

لا- يجوز للعبد التصرف فى فى الدين و لا- فيما بيده إلا باذن السيد، فلو استدان بإذنه فعلى المولى و إن أعتقه، و يقتصر فى التجاره على محلّ الإذن و ليس له الاستدانه بالإذن فى التجاره فيلزم ذمته و لو تلف يتبع به بعد عتقه إن علم الدائن عدم الإذن، و إن لم يعلم يستسعى. و لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك صار هو المقترض و خرج ذلك عن ذمه العبد فلا- وجه لرجوع المقرض على العبد .

كتاب الاجاره

اشاره

(و هى) تمليك منفعه او عمل بالعوض بناء على كون الاجاره فعل المؤجر، كتعريف البيع بانه تمليك عين بعوض.

و اما بناء على كونها فعل الطرفين فهى عقد يتضمن المعاوضه على المنفعه وقد عرفها المصنف بالثانى فقال:

ص: ٤٥٠

(العقد على تملك المنفعة المعلومه بعوض معلوم)

اقول: قد تقدم فى باب البيع انه ليس للبيع حقيقه شرعيه و انما هو أمر عرفى و أنه عباره عن تمليك الأعيان و كذلك نقول فى الاجاره فانها عباره عن تمليك المنافع وتعريف المصنف هنا بأنها العقد اما راجع الى كونها فعل الطرفين او الى السبب.

و فيه فصول:

الفصل الأول فى الايجاب و القبول

(و ايجابها آجرتك أو أكريتك أو ملكتك منفعتها سنه)

و حيث أن العقود امور عقلائيه و عرفيه قد أمضاها الشرع المقدس فهى تقع و تصح بكل لفظ دال على المعنى المذكور و يشهد لصحه الاجاره بأى لفظ مفهم الروايات المتعدده(١).

و تجرى فيها المعاطاه كسائر العقود و يجوز أن يكون الايجاب بالقول و القبول بالفعل و يشهد لصحه المعاطاه هنا كل ما دل على صحتها فى البيع اذ لا- خصوصيه فيه بل هو سار فى كافه المعاملات من العقود و الايقاعات بمناط واحد , كما ان ذلك هو مقتضى القاعده، فانه بعد صدق العقد بالمعاطاه و عدم انحصار تحققه

ص: ٤٥١

١- النجعه ص ١٣٧ كتاب الاجاره.

باللفظ يشمله اطلاق قوله تعالى {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (١) و يكون الخروج عن ذلك و الحكم باعتبار اللفظ فقط هو المحتاج إلى الدليل. و قد قام الدليل في بعض الموارد- كالطلاق و النذر و اليمين- و يبقى غيرها مشمولاً لمقتضى القاعده.

هذا و قد فصّل بعض محشى العروه الوثقى بين الاجاره فى الاعيان فتصح فيها المعاطاه و الاجاره فى الاعمال فلا تصح فيها، بتقريب ان التعاطى يمكن تحققه خارجاً فى اجاره الاعيان و لا يمكن تحققه فى اجاره الاعمال، فان أحد الطرفين إذا دفع اجره الخياطه فلا يتحقق من الآخر تسليم العمل حين دفع الاجره بل يتحقق بعد ذلك من باب كونه وفاء بالعقد و ليس من باب كونه محققاً و إنشاء له (٢).

و فيه: انه بدفع الاجره يمكن تحقق الايجاب و القبول الفعليين، فبالدفع من احد الطرفين يتحقق الايجاب و بأخذ الطرف الثانى يتحقق القبول و لا يتوقف تحقق العقد الفعلى على صدور دفع من الثانى عند دفع الاول.

بل يمكن تحقق العقد الفعلى بلا دفع الاجره أيضاً، كما إذا دفع المستأجر قطعه القماش إلى الخياط و تسلمها الخياط منه بقصد تحقق العقد بذلك.

(و لو نوى بالبيع الاجاره فان اورده على العين بطل)

ص: ٤٥٢

١- المائده: ١

٢- تعليقه الشيخ النائى على العروه الوثقى، الفصل ١ من كتاب الاجاره

لعدم دلالة على الاجاره لانه غير مفهم فيبطل .

(و ان قال بعتك سكتها سنه مثلاً ففي الصحه وجهان)

والاقوى الصحه بعد ما عرفت و لا اشكال فيه لانه واضح المعنى عرفا .

الفصل الثاني و هي لازمه من الطرفين

اشاره

بلا- خلاف فيه و تقتضيه العمومات و النصوص الخاصه كصحيحه على بن يقطين الاتيه و عليه فلا تنفسخ الآ بالتقاييل أو شرط الخيار لأحدهما أو كليهما أو لثالث فان اللزوم فيها و ان كان حكماً لا حقياً^(١) ألما أنه بنحو اللاقتضاء يعنى أنها لازمه لولا التقاييل و لولا الشرط.

و لا شك في صحه التقاييل عرفا و عقلائيا و شمول العمومات له .

كما و ان جواز الفسخ بالخيار الثابت لأحدهما او كليهما واضح لأنه مقتضى قوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم»^(٢).

ص: ٤٥٣

١- كون اللزوم في العقود حكماً لا حقاً هو المعروف بين العلماء كالجواز فيها الذي هو حكم وليس حقاً فلاحظ .

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٣٥٣ الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢

كما يجوز الفسخ عند تخلف الشرط و ذلك لان مرجع الاشتراط عرفا الى تعليق الالتزام بالعقد على تحقق الشرط خارجا، فعند عدم تحققه لا التزام بالعقد الذى هو عباره اخرى عن جعل الشارط لنفسه الخيار عند تخلف الشرط .

حكم الاجاره المعاطاتيه

هذا و لا يختلف الحال فى لزوم الاجاره بين كونها بالعقد أم بالمعاطاه كما تقدم فى البيع كما يقتضيه عموم {أوفوا بالعقود} (١) اذ الوفاء (٢) هو الانهاء و الاتمام و البقاء على الالتزام و عدم رفع اليد عنه بالفسخ و عدم جواز نقضه من دون رضا الطرف الآخر و هو معنى اللزوم و من استصحب بقاء الملك الثابت قبل فسخ احدهما، و من الوجوه الاخرى لإثبات اللزوم التى تقدمت فى كتاب البيع.

و بذلك تعرف ضعف ما صار اليه مشهور المتأخرين من ان الاجاره المعاطاتيه جائزه أا عند التصرف بدعوى الإجماع على عدم لزوم المعاطاه بشكل عام الا عند التصرف فمن المعلوم أن العقد بمفهومه العرفى يعم القولى و الفعلى كما وان ذلك هو مقتضى الاصل فى كل عقد على ما هو المستفاد من قوله تعالى {أَوْفُوا

ص: ٤٥٤

١- المائده: ١

٢- الوفاء يقابل النقض و عليه فمعنى الوفاء هو عدم النقض و حينئذ دلالة على اللزوم واضحه لا ما يتوهم من ان الوفاء هو مجرد العمل طبق العقد حتى لا يفيد اللزوم بل يكون مجرد حكم تكليفى فلاحظ.

بِالْعُقُودِ {١} و اما الاجماع المدعى فغير ثابت بل هو بين المتأخرين ولا عبره به خصوصا مع مدركيته المحتمل .

مضافا الى الروايات الواردة فى خصوص المقام، كصحيحه على بن يقطين: «سألت ابا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يتكارى من الرجل البيت او السفينه سنه او اكثر من ذلك او أقل، قال: الكراء لازم له إلى الوقت الذى تكارى إليه. و الخيار فى أخذ الكراء إلى ربها ان شاء أخذ و ان شاء ترك» (٢) و غيرها بلحاظ ان العاده الجاربه بين الناس ايقاع العقود بالمعاطاه لا بالصيغه.

(و) عليه (لو تعقبها البيع لم تبطل سواء كان المشتري هو المستأجر أو غيره) فلا تمنع الاجاره عن صحه البيع كما لا يستوجب البيع انفساخ الاجاره حتى لو كان المشتري هو المستأجر لعدم موجب للانفساخ فتنتقل العين مسلوبه المنفعه مدته الاجاره هذا مضافاً الى جملة من النصوص قد دلت على ذلك صريحاً، نعم للمشتري مع جهله بالاجاره خيار فسخ البيع و ذلك - مضافاً للضرر- أنه مقتضى الشرط الارتكازى بين العقلاء القاضى بتحويل العين مرسله و مطلقه بحيث يتمكن المشتري من التصرف فيها كيف ما شاء و اى وقت شاء من دون اى مانع و رادع و بتخلف هذا الشرط الضمنى يثبت خيار تخلف الشرط و هذا بخلاف ما

ص: ٤٥٥

١- المائده: ١

٢- وسائل الشيعه ١٣: ٢٤٩ الباب ٧ من احكام الاجاره الحديث ١

لو علم المشتري أنها مستأجره و مع ذلك أقدم على الشراء فليس له الفسخ و ذلك بمقتضى اقدمه.

حصيله البحث:

تصح بكل لفظ دال على المعنى المذكور و إيجابها يحصل بمثل: آجرتك أو أكربتك أو ملكتك منفعتها سنه و تجرى فيها المعاطاه كسائر العقود. و لو نوى بالبيع الإجاره فإن أوردته على العين بطل لعدم كونه مفهما، و إن قال: بعتك سكنها سنه مثلاً صح، و هى لازمه من الطرفين سواء كانت بالعقد أم بالمعاطاه. نعم يصح فيها التقايل و لو يعقبها البيع لم تبطل سواء كان المشتري هو المستأجر أو غيره .

أحكام عامه فى باب الاجاره

الاول: لو أعتقد كون مده الاجاره كذا مقداراً فبان أنها أزيد فله الخيار بعين المناط المتقدم.

الثانى: أنه لو فسخ المشتري الاجاره رجعت المنفعه فى بقيه المده الى البايع لا- الى المشتري و ذلك لأن مقتضى الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى صاحبه مضافاً الى أن البايع قد باع عينه مسلوبه عن هذه المنفعه.

الثالث: لو اعتقد البايع و المشتري بقاء مده الاجاره و أن العين مسلوبه المنفعه الى زمان كذا و تبين أن المده منقضيه فهل منفعه تلك المده للبايع حيث أنه كأنه شرط كونها مسلوبه المنفعه الى زمان كذا أو للمشتري لأنها تابعه للعين ما لم تفرز

ص: ٤٥٦

بالنقل الى الغير أو بالاستثناء؟ وجهان و الصحيح هو الاول لأنها و ان كانت تابعه للعين بحسب طبعها لكن حيث حصل التفكيك بينهما فلا بد لها من انشاء مستقل و ألما فهي باقيه على ملك البايع و يكفى في بقائها على ملكه استصحاب ملك البايع لها مع الشك في انتقالها الى المشتري و عدم وضوح تبعيتها للعين في مثل هذا المورد.

الرابع: لو وقع البيع والاجاره في زمان واحد كما لو باع العين مالکها على شخص و آجرها و كيله على آخر و اتفق وقوعهما في زمان واحد فهل يصحان معاً و يملكها المشتري مسلوبه المنفعه أو يبطلان معاً للتراحم في ملكيه المنفعه أو يبطلان معاً بالنسبه الى تملك المنفعه فيصح البيع على أنها مسلوبه المنفعه تلك المده فتبقى المنفعه على ملك البايع؟ وجوه و استدلال لاول أن تملك المنفعه في البيع و تملك المنفعه في الاجاره و ان كانا في عرض واحد ألما أن منفعه العين في البيع حيث أنها متأخره رتبه بناءً على تبعيه المنافع للأعيان و حيث أن المنافع قد انتقلت الى المستأجر في مرتبه سابقه فلا يبقى بعد هذا مجال للانتقال الى المشتري لانتهاء الموضوع و انعدامه.

و فيه: اولاً- أن من شرائط التقدم و التأخر وحده الملا-ك و المناط كالعليه مثلاً و مجرد كونهما في عرض واحد لا يستوجب اشتراكهما في التقدم على ثالث.

و ثانياً: أن التأخر الرتبي ينفع في عالم الحقائق و الامور العقليه لا عالم الاعتبار و الأحكام الشرعيه التي هي موقوفه على وجود موضوعاتها خارجاً و المفروض وقوع البيع و الاجاره في آن واحد.

و أما الوجه الثانى فيرده عدم التراحم بين الاجاره و البيع فى خصوص العين و انما تراحمهما فى خصوص المنفعه فيتساقطان فيها و يصح الوجه الثالث كما هو واضح و للمشتري الخيار حينئذ.

حصيله البحث:

لو اعتقد كون مده الاجاره كذا مقداراً فبان أنها أزيد فله الخيار و لو فسخ المشتري الاجاره رجعت المنفعه فى بقيه المده الى البايع لا الى المشتري و لو اعتقد البايع و المشتري بقاء مده الاجاره و أن العين مسلوبه المنفعه الى زمان كذا و تبين أن المده منقضيه فممنفعه تلك المده تكون للبايع و لو وقع البيع والاجاره فى زمان واحد كما لو باع العين مالکها على شخص و آجرها و كيله على آخر و اتفق وقوعهما فى زمان واحد يبطلان معاً بالنسبه الى تملك المنفعه و يصح البيع على أنها مسلوبه المنفعه تلك المده فتبقى المنفعه على ملك البايع و للمشتري الخيار حينئذ .

الخامس: (و عذر المستأجر لا يبطلها كما لو استأجر حانوتاً فسرقت متاعه) لعدم موجب للبطلان بعد انعقاد الاجاره صحيحه بشرائطها .

(أما لو عم العذر كالتلج المانع من قطع الطريق الذى استأجر الدابه لسلوكه فالاقرب جواز الفسخ لكل منهما)

ص: ٤٥٨

فالعذر العام لا يوجب الانفساخ بل يوجب الخيار فهو من قبيل تعذر التسليم الذى يوجب الخيار بعد انعقاد المعامله صحيحه و لا انتفاء للموضوع حتى يقال بالبطلان و ما ذهب اليه المصنف هو الاقوى قضيه للاستصحاب و قد يستدل للبطلان بصحيحه محمد بن مسلم الوارده فيمن اعيت دابته فلم تبلغ الموضوع الذى تعاقدنا عليه حيث حكم (عليه السلام) ببطلان الاجاره فيما بقى و صحتها فيما قطعت (١) لكنها اجنيه عما نحن فيه و ذلك لان اعياء الدابه و قصورها عن فعل متعلق الاجاره من مصاديق انتفاء الموضوع و كاشف عن بطلان الاجاره من الاول بالنسبه لما لا- تقدر عليه بخلاف ما نحن فيه فالقصور فيه من ناحيه امر خارج عن اختيارهما فهو من مصاديق عدم القدره على الاستيفاء و لا موجب فيه للبطلان و انما قلنا بالخيار فيه للضرر .

هذا و كون انتفاء الموضوع موجبا للبطلان امر واضح و قد دل عليه الصحيح المتقدم و انه مما تقتضيه القواعد و ذلك لان العقد لا ينعقد على امر معدوم و لو انكشف انعدامه فيما بعد .

السادس: (و لا تبطل بالموت الا ان تكون العين موقوفه على الموجر و من بعده)

اما عدم بطلانها بموت الموجر و المستأجر ان لم تكن موقوفه فهو الذى تقتضيه القاعده حيث ملك كل منهما لما انتقل اليه ازاء ما انتقل عنه ملكيه مطلقه غير مقيده بحياته و به قال ابن الجنيدي و ابن ادريس و ابو الصلاح و المرتضى .

ص: ٤٥٩

و ذهب الشيخان و سلار و ابن حمزه و ابن زهره الى البطلان مطلقاً .

و هنالك رأى ثالث نسبه المبسوط الى الاظهر عند اصحابنا و القاضى الى الاكثر واختاره ابن ادريس فى موضع من كتابه(١) و هو التفصيل بين موت المستأجر فالبطلان و الموجر فالعدم.

اقول: و لم يظهر لهذين القولين وجه عدا ما يتوهم للاول منهما من صحيح إبراهيم بن محمد الهمداني (على الصحيح من وثاقه الهمداني) وهو مجمل دلالة بل و مضطرب متناً و هو «قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) و سألته عن امرأه آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الإجاره (الأجره خ ل) فى كل سنه عند انقضائها، لا يقدم لها شىء من الإجاره (الأجره خ ل) ما لم يمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجاره إلى الوقت، أم تكون الإجاره منقضيه بموت المرأه؟ فكتب: «إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجاره، فإن لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله»(٢).

واما الدلاله فلا يعلم المراد من قوله: «فلورثتها تلك الإجاره» و أنّ الظاهر من هذه العبارة هل هو الانفساخ من حين الموت و أنّ زمام أمر الإجاره بعدئذٍ بيد الورثه فلهم أن يؤاجروا أو لا يؤاجروا؟

ص: ٤٦٠

١- النجعه الاجاره ص ١٣٢

٢- الوسائل باب ٢٥ من احكام الاجاره ح/ ١

أو أنّ المراد انتقال الأمر من المرأه إلى وراثتها وقيامهم مقامها في استحقاق الأجره المسّماه و تسلمها من المستأجر، فتدلّ حينئذٍ على صحّه الإجاره و عدم بطلانها بموت المؤجر كما ادّعاه جماعه؟.

و اما البطلان اذا كانت موقوفه عليه و على غيره فلانه لم يكن مالاً له الاّ مدّه عمره و مثله ما لو كانت المنفعه موصى بها للموَجِر مادام حياً حيث انه يكشف بالموت عن عدم كونه مالكاً للمنفعه فلا- شك في بطلان الاجاره بقاءً هذا كله فيما اذا لم يكن الموَجِر هو المتولى.

و اما لو كان الموَجِر هو المتولى و آجر لمصلحه البطون الى مدّه فانها لا- تبطل بموته نظراً الى ان ولايته وان كانت محدوده بزمان حياته الاّ ان متعلق هذه الولاية غير مقيّد بزمان خاص فلا موجب للبطلان بموته بعد ما كان تصرفه سائغاً و نافذاً حسب الفرض.

حصيله البحث: عذر المستأجر لا- يبطلها كما لو استأجر حانوتاً فيسرق متاعه، أما لو عمّ العذر كالتلج المانع من قطع الطريق فالأقرب جواز الفسخ لكلّ منهما، و لا- تبطل بالموت إلاّ أن تكون العين موقوفه فتبطل اذا لم يكن الموَجِر هو المتولى و اما لو كان الموَجِر هو المتولى و آجر لمصلحه البطون الى مدّه فانها لا تبطل بموته.

السابع: لا- شك في بطلان الاجاره اذا آجر نفسه للعمل بنفسه من خدمه أو غيرها فمات حيث انه لا يبقى محل للاجاره هذا اذا لم تمض مده يمكن فيها ايقاع العمل المستأجر عليه و اما لو جعل العمل في ذمته فلا تبطل الاجاره بموته بل يستوفى من تركته حسب ما تقتضيه القاعده و كذا اذا مضت مده يمكن فيها ايقاع العمل المستأجر عليه في الفرض الاول فانه لا مقتضى للبطلان لعدم كشف هذا النوع من العجز عن اى خلل في اركان الاجاره لدى انعقادها نعم بما ان عدم التسليم من موجبات الخيار فللمستأجر فسخ العقد و استرجاع الاجره المسماه و بذلك يظهر حكم المستأجر اذا لم يكن محلاً للعمل بل كان مالكا له على الموجر كما اذا آجره للخدمه من غير تقييد بكونها بالمباشره منه فانه اذا مات تنتقل الى وارثه فهم يملكون عليه ذلك العمل.

الثامن: اذا آجر الدار و اشترط على المستأجر سكناه بنفسه لا تبطل بموته بل يكون للموخر خيار تخلف الشرط بلا فرق بين كون الشرط مقدوراً أم غير مقدور فانه لا دليل على بطلان الشرط غير المقدور نعم اشتراطه لغو من حيث نفسه لا من جهة المشروط بل يفيد الاشتراط و يشهد لصحة مطلق الشروط عموم المؤمنون عند شروطهم ألاً شرطاً خالف الكتاب و السنه أو ما خالف مقتضى العقد دون ما عداها من الشروط.

و اما اذا اعتبر سكتها على وجه القيديه تبطل بالموت و ذلك لان الفرض ان الاجاره انشأت في خصوص المقيد لا غير و المفروض عدم تحققها في الخارج.

التاسع: و اذا آجر الولي أو الوصي الصبي المولى عليه مده تزيد على زمان بلوغه و رشده بطلت في المتيقن بلوغه , و ذلك لعدم الولاية لهما في تلك المده على الصبي حتى لو اقتضت المصلحه الملزمه البالغه لحد الوجوب اجاره الصبي بعد بلوغه فلا تصح اجارتهما لعدم ولايتهما بعد البلوغ حتى في ماله كاجاره امواله بعد البلوغ لا مثل البيع فانه يصح بلا اشكال بحكم قوله تعالى {فادفعوا اليهم اموالهم} و يكون العقد باطلاً بالنسبه الى ما زاد على البلوغ نعم لو قلنا بولاية الحاكم لما بعد البلوغ على البالغ الرشيد صح ما زاد على البلوغ و الظاهر ثبوت الولاية له بدلاله التوفيع الشريف.

و اما المده التي يحتمل بلوغه فيها فصحه الاجاره فيها متوقفه على القول بالاستصحاب الاستقبالي ولعل العقلاء بناؤهم على ذلك , أو كون الظن بعدم البلوغ يقوم مقام العلم .

و فيه: ان الظاهر من بنائهم هو العمل بالاطمئنان كما و لا دليل على قيام الظن مقام العلم و عليه فلا تصح الاجاره على امر بعضه مقطوع العدم أو مشكوكه بل تبطل في الكل لادائها الى الغرر لا انها تصح فيما قبل البلوغ و تكون مراعاة في بعد البلوغ باجازه الصبي بعد بلوغه كما قيل و ذلك لعدم الدليل على صحه الاجاره الفضوليه .

العاشر: اذا آجرت امرأه نفسها للخدمه مده معينه فتزوجت قبل انقضائها لم تبطل الاجاره لسبقها على حق الزوج بل قيل بصحه الاجاره وان كانت منافيه لحق

الزوج لانها كانت مختاره بالنسبه الى نفسها فالاجاره وقعت من اهلها و فى محلها و الزواج وقع على المرأه التى تكون مسلوبه المنفعه.

الما ان يقال ان قيمومه الرجل على المرأه بحكم قوله تعالى { الرجال قوامون على النساء } و ان كان ذلك بسبب اقدمها على الزواج الا انه حكم شرعى لا علاقته له باقدمها حيث ان المفروض صحه زواجها بل لا تنافى بين زواجها و الاجاره و انما التنافى جاء من حكم الشرع فهى قد صيرت نفسها مسلوبه الاختيار بعد ما كانت مختاره و مسلطه على نفسها و عليه فيحق لزواجها فسخ اجارتها الاقوى بطلانها لفوات محل الاجاره بالتزوج.

نعم لو قلنا بعدم قيمومه الرجل على المرأه صح ما تقدم بلا فرق بين كون الاجاره منافيه لحق الزوج ام لم تكن منافيه له .

وتوضيح دلالة قوله تعالى { الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا من اموالهم } (1) ففى صحاح اللغة: قوام الأمر نظامه و عماده يقال فلان قوام اهل بيته و قيام اهل بيته و هو الذى يقيم شأنهم و فى اساس اللغة: و قام الامير على الرعيه وليها. و فى نهايه ابن الاثير فى ماده قيم «قيام و هى من أبنيه المبالغه و هى من صفات الله تعالى و معناها القائم بامور الخلق و مدبر العالم فى جميع احواله) و فى تاج العروس «و القوام: المتكفل بالامر» و فى لسان العرب عن ابن برى: و قد يجىء القيام بمعنى المحافظه و الاصلاح و منه قوله تعالى {الرجال

ص: ٤٦٤

قوامون على النساء} هذه مجموعه من كلمات اللغويين و أما المفسرون ففي تفسير البيان للشيخ الطوسي (أن سبب نزول هذه الآية ما قاله الحسن و قتاده وابن جريح و السرى أن رجلاً لطم امرأته فجاءت الى النبي (ص) تلمس القصاص فنزلت الآية: الرجال قوامون على النساء بالتأديب و التدبير لما فضل الله الرجال على النساء في العقل و الرأي - الى - و يقال رجل قيم و قوام و قيام و معناه انهم يقومون بامر المرأة بالطاعة لهم و قوله فالصالحات قانتات قال قتاده و سفيان معنى قانتات مطيعات لله ولأزواجهن و اصل القنوت دوام الطاعة...) و قريب منه نقل مجمع البيان للطبرسي و ذكر (و المعنى اى قيمون على النساء مسلطون عليهن بالتدبير و التأديب و الرياضه و التعليم {بما فضل الله بعضهم على بعض} هذا بيان سبب توليه الرجال عليهن اى انما ولاهم الله امرهن لما لهم من زياده الفضل عليهن بالعلم و العقل و حسن الرأي و العزم) (١) و مثلهما باقى التفاسير و لا يخفى ان القوام على وزن فعّال صيغه مبالغه من قوم يقوم قائم و قوام و الحاصل و صوح دلالة الآية المباركه على ان الرجل قائم و يقوم بامر المرأة و لازمه ان المرأة ليس لها امر فى قبال امر الرجل و الآية و ان كانت مطلقه لكل الرجال ألا ان القدر المعلوم منها قيمومه الأزواج على نساءهم بل ذيل الآية شاهد على ذلك حيث قال تعالى {واللاتى تخافون نشوزهن} و قد ذكر فيها انها قرينه لقوله تعالى قبلها {فالصالحات قانتات...} باختصاصها بما بين الرجل و زوجته و انه فرع من فروع {الرجال قوامون...} فالقدر المعلوم هو الأزواج و عليه فكل تصرفات الزوجه

ص: ٤٦٥

تتوقف على اجازة الزوج لقيمومته هذا ما تقتضيه الايه الّا ما خرج بالدليل , و قد قام الدليل على منعها من التصرف في موارد ففى صحيح عبد الله بن سنان «عن الصادق (عليه السلام): ليس للمرأة أمر مع زوجها فى عتق و لا صدقه و لا تدبير و لا هبه و لا نذر فى مالها إلّا بإذن زوجها إلّا فى زكاه أو برّ والديها أو صلة قرابتها»(١) و به افتى والصدوق(٢) والكلينى(٣) و غيرهما من الاصحاب و لم يعمموا منعها من جميع التصرفات و على جواز تصرفها فى غير مورد الصحيح المتقدم جرت السيره القطعيه فعليه تصح تصرفاتها فى غير مورد الصحيح وضعا و للزوج ولايه عليها بان تطيعه فى ما امرها تكليفا لكن يصح تصرفها فى غير مورد الصحيح ان عصت .

الحادى عشر: اذا آجر عبده أو امته للخدمه ثم اعتقه تبطل الاجاره لكشفها عن عدم حق للمولى فى زمان ما بعد العتق فهو من قبيل من اهدى متاعه لاحد أو اباحه ثم باعه لآخر و بذلك يظهر ضعف القول الاخر فلا نطيل.

حصيله البحث:

ص: ٤٦٦

-
- ١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٣٨ ح ٢
 - ٢- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٣٨ باب حق الزوج على المرأة
 - ٣- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٥١٤ باب ما يجب من طاعه الزوج على المرأة

إذا آجر نفسه للعمل بنفسه من خدمه أو غيرها فمات بطلت الاجاره حيث انه لا يبقى محل للاجاره هذا اذا لم تمض مده يمكن فيها ايقاع العمل المستأجر عليه و اما لو جعل العمل في ذمته فلا تبطل الاجاره بموته بل يستوفى من تركته و كذا اذا مضت مده يمكن فيها ايقاع العمل المستأجر عليه في الفرض الاول فلا بطلان نعم بما ان عدم التسليم من موجبات الخيار فللمستأجر فسخ العقد و استرجاع الاجره المسماه , و بذلك يظهر حكم المستأجر اذا لم يكن محلاً للعمل بل كان مالكا له على الموجه كما اذا آجره للخدمه من غير تقييد بكونها بالمباشره منه فانه اذا مات تنتقل الى وارثه فهم يملكون عليه ذلك العمل, و اذا آجر الدار و اشترط على المستأجر سكناه بنفسه لا تبطل بموته بل يكون للموجه خيار تخلف الشرط بلا فرق بين كون الشرط مقدوراً أم غير مقدور نعم اذا اعتبر سكناها على وجه القيديه تبطل بالموت , و اذا آجر الولي أو الوصي الصبي المولى عليه مده تزيد على زمان بلوغه و رشده بطلت في المتيقن بلوغه نعم لو آجر الحاكم لما بعد البلوغ على البالغ الرشيد صح ما زاد على البلوغ , و اذا آجرت امراه نفسها للخدمه مده معينه فتزوجت قبل انقضائها , قيل: لم تبطل الاجاره لسبقها على حق الزوج بل قيل بصحة الاجاره و ان كانت منافيه لحق الزوج , و الاقوى بطلانها لفوات محل الاجاره بالتزوج, و اذا آجر عبده أو امته للخدمه ثم اعتقه تبطل الاجاره.

الفصل الثالث وكل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح اعارته و اجارته

و أَلَا فَلَإِ يُقَالُ لَهُ عَارِيَةٌ وَ لَا إِجَارَةٌ لَمَّا عُرِفَتْ مِنْ أَنَّ حَقِيقَةَ الْإِجَارَةِ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِالْعَوَاضِ كَمَا وَ أَنَّ حَقِيقَةَ الْعَارِيَةِ تَمْلِكُهَا مَجَانًاً .

(وَلَا يُضْمَنُ الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ أَلَّا بِالتَّعْدَى فِيهَا أَوْ التَّفْرِيطَ)

أَمَّا ضَمَانُهُ مَعَهُمَا فَدَلَالَةُ النُّصُوصِ عَلَيْهِ كَمَا فِي صَحِيحِ الْحَلْبِيِّ وَ صَحِيحِهِ أَبِي وَ لَادٍ وَ صَحِيحِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ (١) وَ غَيْرِهَا (٢).

وَ أَمَّا عَدَمُ الضَّمَانِ مَعَ عَدَمِهِمَا فَتَدَلُّ عَلَيْهِ النُّصُوصُ السَّابِقَةُ بِالمَفْهُومِ وَ تَدَلُّ عَلَيْهِ أَيْضاً الرِّوَايَاتُ الكَثِيرَةُ النَّاطِقَةُ بِعَدَمِ ضَمَانِ الْإِمِينِ الْوَارِدَةِ فِي الْحَمَالِ وَ الْجَمَالِ وَ الْقَصَارِ وَ صَاحِبِ السَّفِينَةِ وَ نَحْوِهَا مِثْلُ صَحِيحِ الْحَلْبِيِّ عَنْهُ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) (قَالَ صَاحِبُ الْوُدَيْعَةِ وَ الْبُضَاعَةِ مَوْثِقَانِ وَ قَالَ لَيْسَ عَلِيُّ مُسْتَعِيرٍ عَارِيَةٍ ضَمَانٍ وَ صَاحِبِ الْعَارِيَةِ وَ الْوُدَيْعَةِ مَوْثِقَانِ) (٣) حَيْثُ دَلَّتْ عَلِيُّ أَنَّ مِنْ أَيْثَمِنَ شَخْصاً فَاعْطَاهُ مَالَهُ يَبْقَى عِنْدَهُ مَدَّةً ثُمَّ يَسْتَرِدُّهُ مِنْهُ - الشَّامِلُ لِمُورِدِ الْإِجَارَةِ - فَهُوَ مَوْثِقَانٌ لَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ لَوْ تَلَفَ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ وَ لَا تَفْرِيطَ.

هَذَا وَ الِاسْتِدْلَالُ بِهَاتَيْنِ الطَّائِفَتَيْنِ وَ أَنَّ كَانَ صَحِيحاً أَلَّا أَنَّهُ فِيمَا إِذَا قَلْنَا بِوُجُودِ الْمُقْتَضَى لِلضَّمَانِ عِنْدَ عَدَمِ التَّعْدَى أَوْ التَّفْرِيطِ لَكِنِ الْمَوْجِبُ لِلضَّمَانِ مَفْقُودٌ وَ ذَلِكَ لِعَدَمِ ثُبُوتِ الضَّمَانِ عَلِيُّ كُلِّ يَدٍ عَدَا الْخَبَرَ الْعَامِيَ عَلِيُّ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى

ص: ٤٦٨

١- الوسائل كتاب الاجاره باب ١٧ من احكام الاجاره ح/١ و ح/٣ و ح/٦.

٢- المصدر السابق.

٣- الوسائل ص ٢٣٧ ح/٦ كتاب العاربه باب ١.

تؤدى (١) و هو ضعيف للغاية و انما المستند للضمان بناء العقلاء و هو دليل لبي لا يشمل يد المؤمن حتى نحتاج الى التمسك بما مر.

(و لو شرط ضمانها فسد العقد)

و نسب الى المرتضى المخالفه و انه حكم بصحة الشرط (٢).

اقول: لا- كلام فى صحة الشروط أماً شرطاً احل حراماً أو حرم حلالاً و انما الكلام ان شرط الضمان من اى النوعين فلو كان مخالفاً للكتاب و السنه فسد و أأ صحّ و خلاصه الكلام ان الشروط على قسمين فقسم يرجع الى شرط الفعل و آخر يرجع الى شرط النتيجة و لاشك ان شرط الفعل اذا كان على خلاف ما اوجبه الله جل و علا أو حرمه فهو باطل و اذا لم يكن كذلك فهو صحيح و ما يترآى من بعض الاخبار عدم اشتراط بعض المباحات فمعارض بما دل على الجواز و ظاهر فى شرط النتيجة نعم لا بد من مورد لتحريم الحلال و أأ تكون هذه فقره لغوا لكن يكفى مصداقاً لها وجود ما يندرج تحتها و لو بشرط النتيجة و هو حاصل.

و اما شرط النتيجة فاشتراط حصول ماله سبب بلا ذلك السبب كأن يشترط ان يكون وارثاً لاجنبى أو ان تشتترط الزوجه ولايتها على الزوج أو حرمانه من التسرى و التزوج و الهجران و ما الى ذلك من شرائط فهو شرط باطل بعد اعتبار المولى لتلك المسببات اسباباً خاصه و اما اذا لم يكن من هذا القبيل كالتملك

ص: ٤٦٩

١- و دعوى انجباره بعمل الاصحاب او شهرته مردوده بانه لم يذكر أأ فى المبسوط والغنيه وغيرهما فى مقام الرد على العامه لا الاستدلال .

٢- التنقيح كتاب الاجاره ص ٢٢٥

والتوكيل اللذين لا يحتاجان الى سبب خاص بل ان الانسان مختار فيهما فلا ضمير في اشتراطه.

وشرط الضمان هل هو من قبيل القسم الاول باعتبار ان الضمان شرعاً له اسباب خاصه و حيثئذ فيفسد شرطه ام انه باختيار المكلف و ان للانسان ان يضمن غيره و لغيره متى ما اراد؟ الظاهر هو الثانى بدليل ان للانسان التبرع بالضمان كما فى عقد الضمان الثابته مشروعيتها و يكفى فى انشائه عقده أو شرطه و عليه فورود جوازه فى العاربه انما هو طبق القاعده و ليس مخصصاً لها تعبداً و يشهد لذلك معتبره موسى بن بكر عن ابى الحسن (عليه السلام) و فيها واشترط عليه ان نقص الطعام فعليه؟ قال جازي(1) الشامله لشرط الفعل و النتيجة و الامام (عليه السلام) اجاز ذلك و لم يفصل بينهما بعد شمول السؤال عرفاً لكليتهما.

و اما لو اشترط عليه اداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب فلا اشكال فيه لرجوعه الى شرط الفعل و هو عمل سائغ فى نفسه و له التصدى له تبرعاً فلا مانع من شمول عموم المؤمنون له و لا فرق فى ذلك بين ان يكون المشروط دفع ما يساوى قيمه العين المستأجره أو اقل أو اكثر .

(و يجوز اشتراط الخيار لهما أو لأحدهما)

أو لثالث لعموم المؤمنون عند شروطهم .

ص: ٤٧٠

١- الوسائل باب ٣٠ من احكام الاجاره ح/٥.

(نعم ليس للوكيل و الوصى فعل ذلك إلا مع الاذن أو ظهور الغبطه) فالوكيل على حسب الوكاله يتصرف و أما الوصى فبناء على اشتراط تصرفاته بالغبطه فكما قال و الظاهر عدم اشتراط تصرفاته بالغبطه كما تقدم.

حصيله البحث:

كل ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إعارته و إجارته منفرداً كان أو مشاعاً، و لا يضمن المستأجر العين إلا بالتعدى أو التفريط، و لو شرط ضمانها صح، و يجوز اشتراط الخيار لهما و لأحدهما، نعم ليس للوكيل فعل ذلك إلا مع الإذن .

الفصل الرابع فى شروط المتعاقدين

(و لابد من كمال المتعاقدين و جواز تصرفاتهما)

كسائر العقود و قد تقدم ذلك مفصلاً فى البيع و أنه يشترط فى المتعاقدين البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لفلس و سفه أو رقيه فلا نعيد.

ص: ٤٧١

١- اما اعتبار معلوميه العوضين كما قال المصنف: (و كون المنفعه المقصوده من العين و الاجره معلومتين)

و هي في كل شىء بحسبه بحيث لا يكون هناك جهاله و قد استدلل لهذا الشرط تاره بما ورد من نهى النبى (ص) عن بيع الغرر و اخرى بالنبوى الذى رواه الصدوق من انه صلّى الله عليه و آله: «نهى عن المنابذه و الملامسه و بيع الحصاه ... و هذه بيوع كان اهل الجاهليه يتبايعونها فنهى رسول الله صلّى الله عليه و آله عنها لأنها غرر كلها»^(١)، ورد بان التعليل المذكور هو من الشيخ الصدوق قدّس سرّه دون النبى صلّى الله عليه و آله مضافا الى ان السند ضعيف بعده مجاهيل.

اقول: اما الاولى و هي و ان كانت ضعيفه سنناً ألاً انها موثوق بها كما تقدم فى كتاب البيع و حينئذ يتعدى من البيع الى الاجاره بالفهم العرفى و ذلك للقطع بعدم الفرق.

واما الثانيه: فسواء كانت من كلام النبى (ص) او من استنباط الصدوق فهى شاهده على ان النهى الوارد فى الحديث الاول لا ربط له بالبيع وانما ملاك النهى هو الغرر .

ص: ٤٧٢

ويشهد لشرطيه عدم الغرر ايضاً بناء العقلاء فأن المعاملات الغرريه خارجه عن حدود المعاملات الدارجه بين العقلاء و ان ما هذا شأنه لا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء بالعقود(١).

اقول: و يمكن استنباطه من الايه المباركه {و لا تؤتوا السفهاء اموالكم} و ذلك بأن الذى يتعامل بالغرر يحكم عليه بالسفاهه و يحجر عن التصرف بأمواله فقد يقال بدلاله الايه المباركه على بطلان المعاملات الغرريه باعتبار ان فاعلها يحكم عليه بأنه سفيه و من ثم يحجر عليه و يشهد لذلك أن محجوريه السففيه تعليليه و ليست تقييده فالففيه لفعله محجور عليه لا بما هو هو و يدل على ذلك ايضاً معتبره ابى الجارود من أن الرسول (ص) نهى عن فساد المال مستشهداً بالآيه(٢) وهذا النهى تكليفى لحرمة افساد المال فالمعامله الغرريه لأنها موجهه لفساد المال حرام تكليفى و عليه فلا يشملها عموم الوفاء بالعقد فالايه بدالاتها الالتزاميه داله على حرمة فساد المال و حيث أن هذا النهى يتعلق بذات الفعل فيدل على الفساد فتأمل.

و اما أن يقال أن النهى عن الغرر الوارد فى الخبر مما قام عليه الشاهد من الكتاب المانع عن معامله السففيه.

و فى خصوص الاجاره يمكن الاستدلال لشرطيه المعلوميه بصحيح الحسن بن محبوب عن خالد بن جرير عن ابى الربيع الشامى و فيها (قال: يتقبل الارض من

ص: ٤٧٣

١- الاجاره مستند العروه الوثقى ص ٣٣

٢- اصول كافى ج/ ١ ص ٤٨ ح/ ٥.

اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماه... (١) و لا اشكال في سندها الا من جهة ابي الربيع حيث انه لم يوثق لكن الخبر موثوق به من جهة اعتماد ابن محبوب عليه و فتوى الصدوق به في الفقيه، و الظاهر عدم الخصوصيه للاجاره عرفاً فيثبت شرط المعلومه لكل عقد فلاحظ .

هذا وقد يقال ان صحيحه داود بن سرحان داله على جواز الاجاره مع الجهاله ففيها: «في الرجل تكون له الارض عليها خراج معلوم و ربما زاد و ربما نقص فيدفعها الى رجل على ان يكفيه خراجها و يعطيه مأتى درهم في السنه قال: لا بأس» (٢) و هي كما ترى لا دلالة فيها على ما ذكر بوجه لوضوح ان جعل الخراج على المستأجر انما هو من باب الشرط و الصحيحه داله على عدم الضرر في زياده هذا الشرط و نقيضته احياناً فلا علاقه للجهاله بالاجر المعلومه.

(و الاقرب انه لا تكفي المشاهده في الاجره عن اعتبارها)

ان كانت مما تحتاج الى الاعتبار في تشخيص معلوميتها للغرر المنفى خلافاً للمبسوط حيث اختار كفايه المشاهده و لعله لارتفاع الغرر بها.

(و تملك بالعقد) لانه مقتضاه (ويجب تسليمها بتسليم العين)

بمقتضى الشرط الارتكازي و لا ينحصر الامر بالاجاره بل هو جار في كل العقود وقد يقال ان مفهوم المعاوضه متقوم بالتسليم و التسلم الخارجيين فلا يكفي فيها

ص: ٤٧٤

١- الوسائل باب ١٨ المزارعه ح/٥ و رواه الصدوق في الفقيه ج/٢ ص ٨٢ و سنده صحيح الى ابي الربيع.

٢- الوسائل باب ١٧ المزارعه ح/١.

مجرد التملك و التملك العاريين عن القبض و الاقباض، و فيه ما لا يخفى من الضعف فان حقيقه المعاوضه ذات التملك و التملك و انما التسليم و التسلم من توابعهما و احكامهما كما هو واضح.

(وان كانت على عمل فبعده)

للشرط الضمنى الارتكازى المتقدم و به نطقت الاخبار(١).

حصيله البحث:

لا بد من كمال المتعاقدين و جواز تصرّفهما، و من كون المنفعه و الأجره معلومتين، و الأقرب أنه لا تكفى المشاهده فى الأجره عن اعتبارها فى ما يلزم فيه الاعتبار لرفع الغرر، و تملك بالعقد و يجب تسليمها بتسليم العين، و إن كانت على عمل فبعده.

حكم العيب لو ظهر فى العين المستأجره

(و لو ظهر فيها) أى فى الأجره (عيب فلاجير الفسخ او الارش مع التعيين)

للأجره فى متن العقد لاقتضاء الإطلاق السليم و تعيينه مانع من البدل و هذا القول من المصنف (ره) مبنى على استفاده حكم العيب لكل العيوب الحاصله فى كل المعاوضات و العقود و ان لم تكن بيعاً فهو مرهون بالغاء خصوصيه البيع فى تلك الروايات الوارده فى خصوص البيع أو ثبوت سيره العقلاء على ذلك .

ص: ٤٧٥

و اما اذا لم نفهم ذلك كما هو الظاهر فمقتضى القاعده ثبوت الرد دون الارش و ذلك للشرط الضمنى الارتكازى و يمكن الاستدلال له ايضاً بحديث نفي الضرر حيث ان لزوم العقد بعد الزام المولى ضرر على من كان نصيبه المعيوب فانه لم يقدم على ما فيه الضرر و انما اقدم على امر لم يسلم له فحكم المولى باللزوم موجب للضرر فينتفى اللزوم و يحكم بجواز الفسخ له هذا فيما اذا كانت الاجره معينه .

(و مع عدمه) أى عدم التعيين (يطالب بالبدل)

لعدم تعيين المعيب أجره فإن أجيب إليه و إلا جاز له الفسخ .

(و قيل له الفسخ) فى المطلقه مطلقا (و هو قريب إن تعذر الإبدال) كما ذكرناه لا مع بدله لعدم انحصار حقه فى المعيب .

(ولو جعل اجرتين على تقديرين كمنقل المتاع فى يوم بعينه باجره و فى آخر باخرى أو فى الخياطه الروميه و هى التى بدرزين و الفارسيه و هى التى بواحد فالاقرب الصحه)

و به صرح فى الخلاف (1) و ذهب الحلى (2) الى بطلانه للغرر فانه عقد على امر مجهول و الصحيح هو الاول لامكان جعل التخيير عقلاً كما هو مجعول شرعاً و

ص: ٤٧٤

١- الخلاف؛ ج ٣، ص ٥٠٩؛ مسأله ٣٩

٢- السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى؛ ج ٢، ص ٤٧٧؛ باب الإجازات.

لا- جهاله فى البين كما و يمكن تصحيحه من باب الجعالة و لا جهاله فيه ايضاً لانحلاله الى جعالتين مختلفين و اما صحته من باب الاباحه بالعوض فلا معنى له لعدم وجود شىء للاجير يبيحه للمستأجر فى مقابل العوض و انما ينتفع المستأجر بنتيجه عمل الاجير هذا اولاً كما و لا معنى للاباحه بعوض ثانياً.

(و لو شرط عدم الاجره على التقدير الاخر لم يصح فى مسأله النقل و يثبت اجره المثل على المشهور)

اقول: اختلف العلماء فى هذه المسأله فذهب الشيخ فى النهايه الى انه لو شرط ان لم يوصله فى الوقت المعين نقص من اجرته كان جائزاً ان لم يحط بجميع الاجره و ان احاط يرجع الى اجره المثل و ظاهره البطلان مع شرط عدم الاجره و مثله افتى ابن البراج الا انه لم يذكر حكم الرجوع الى اجره المثل و ان كان ظاهر كلامه البطلان مع شرط عدم الاجره، و ذهب ابن الجنيد الى انه ان شرط النقص صح فان احاط كان الحكم الصلح و كذا الحكم فى شرط عدم الاجره.

وذهب ابن ادريس الى صحه العقد و بطلان الشرط كما هو فتوى القاضى العامى على ما فى موثق الحلبى و تنظر المصنف فى بطلان العقد و جعل شرط عدم الاجره على التقدير الاخر من اشتراط ما يقتضيه العقد فان العقد يقتضى عدم غيره و عليه فلو اخل بما يقتضيه العقد فقد اخل بالشرط فقال: (و فى ذلك نظر لان قضيه كل اجاره المنع من نقيضها فيكون قد شرط العقد فلم تبطل فى مسأله النقل و فى غيرها، غايه ما فى الباب انه اذا اخل بالمشروط يكون البطلان منسوباً الى الاجير و لا يكون حاصلاً من جهه العقد)

وقد بنى المصنف على ذلك عدم لزوم اجرة المثل اذا لم يف بالشرط فان مثله يثبت الخيار للمشترط و باختياره للفسخ يفسخ العقد فلا- يستحق اجره و لا اجره المثل لعدم الموجب لها و ذلك لان الاجير اقدم على عمل يعلم عدم استحقاقه لاجرته بعد فسخ المستأجر و ان لم يفسخ فلا يثبت له شيء بمقتضى الشرط .

اقول: ألا ان مثل هذا الشرط مناف لمقتضى العقد فان العقد بلا اجره فاسد و عليه فيفسد الشرط و يفسد العقد حتى لو قلنا ان الشرط الفاسد غير مفسد و ذلك للمنافاه بين الشرط و مقتضى العقد حيث يلزم التهافت و التناقض فى الانشاء هذا هو مقتضى القاعدة و يدل على ذلك ايضاً موثق(١) الحلبي ففيه: «شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع الكراء»(٢) هذا كله اذا جعل عدم الاجره على التقدير الاخر شرطاً .

وهل تثبت اجره المثل مع فساد العقد سيأتى الكلام فيه.

و اما اذا لم نجعل عدم الاجره شرطاً بل ان متعلق الاجاره هو التقدير الاول لا غير و اتيان العمل على التقدير الثانى خارج عن متعلق الاجاره فهل ان الاجير لا يستحق شيئاً لعدم الاتيان بمتعلق الاجاره ام ماذا؟ فقد يتوهم ان صحه العقد متوقفه على الوفاء الخارجى فان لم يف فعقده باطل لكن لا يخفى ضعفه وان العقد صحيح عمل بمقتضاه أم لم يعمل و عليه فيصح العقد و يستحق الاجير المسمى وفى المقابل يستحق المستأجر عوض الفأنت و هى هنا اجره المثل و اما على

ص: ٤٧٨

١- قلنا بموثقيته لمنصور بن يونس حيث قال عنه الشيخ و الكشى انه واقفى .

٢- الوسائل باب ١٣ الاجاره ح/٢.

فرض كون عدم الاجره شرطاً فقد عرفت بطلان العقد بمثل هذا الشرط لكن هل تثبت له اجره المثل ام لا؟ فقد عرفت ان ابن الجنيدي ذهب الى القول بالتصالح و كانه استند في ذلك الى صحيحه ابن مسلم (١) فانها توهم ذلك على روايه الكافي الا ان الفقيه (٢) نقلها بتفصيل لم يذكره الكافي يوجب اختصاصها بماذا عجز الاجير عن اتيان متعلق الاجاره و لا علاقته لها بشرطيه عدم الاجره و بذلك يظهر لك بطلان قول ابن الجنيدي و اما قول الشيخ بثبوت اجره المثل فمثله في الضعف و ذلك لان المشروط عليه قد اقدم على عدم احترام عمله سواء اعتقد ان معاملته صحيحه أم فاسده و بذلك يظهر ان الصحيح عدم ثبوت اجره المثل.

حصيله البحث:

لو ظهر في الاجره عيبٌ فلاجبر الفسخ مع تعيين الأجره و مع عدم التعيين يطالب بالبدل فإن أوجب إليه و إلا جاز له الفسخ، و لو جعل أجرتين على تقديرين كنقل المتاع في يوم بعينه بأجره و في آخر بأخرى أو في الخياطه الروميّه و هي التي بدرزين و الفارسيّه و هي التي بواحدٍ فالأقرب الصّحّه، و لو شرط عدم الأجره على التّقدير الآخر لم يصحّ مثل هذا الشرط فيفسد الشرط و يفسد العقد هذا اذا جعل عدم الاجره على التّقدير الاخر شرطاً، و لا تثبت اجره المثل مع فساد العقد، و اما اذا لم نجعل عدم الاجره شرطاً بل ان متعلق الاجاره هو التّقدير الاول لا

ص: ٤٧٩

١- الكافي (ط - الإسلاميه)؛ ج ٥، ص: ٢٩٠

٢- الفقيه الاجاره ح/٦.

غير و اتيان العمل على التقدير الثاني خارج عن متعلق الاجاره فالعقد صحيح عمل بمقتضاه أم لم يعمل و يستحق الاجير المسمى وفي المقابل يستحق المستأجر عوض الفأئت و هى هنا اجره المثل .

٢- ومن شرائط العوضين اعتبار الملكيه فان تحقق النقل من دون رضا المالك خلاف قاعده السلطنه الثابته له و قاعده لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبه نفس منه.

هذا كله مضافا إلى ان الخطاب بالوفاء بالعقود منصرف الى الملاك الذين هم أصحاب العقد حقيقه دون غيرهم.

ولذا قال المصنف:

(و لا بد من كون المنفعه مملوكه له بالاصاله أو بالتبعيه)

و ذلك لعدم المقتضى للصحح اولاً ضروره ان كل واحد مخاطب بوجوب الوفاء بالعقد الواقع على مال نفسه أو بمال نفسه و اما مال الغير فلا امر به فلا نفوذ له لا من ناحيه العقلاء ولا الشرع ولوجود المانع ثانياً لما دل على حرمة التصرف فى مال الغير و اما صحه العقد الفضولى على القول به فانما هى معلقه على اجازة المالك و بدونها باطله.

(و للمستأجر ان يوجر الآ مع شرط استيفاء المنفعه بنفسه)

ص: ٤٨٠

فان المنفعه بلا- شرط المباشره مملوكه للمستأجر فيجوز له نقلها للغير و بذلك نطقت النصوص(1) ايضاً و اما مع الشرط فالمؤمنون عند شروطهم.

(ولو آجر الفضولى فالاقرب الوقوف على الاجازه)

عند المصنف فلا يقع النقل من غير المالك باطلا رأسا بل موقوفا على الاجازه، كما هو شأن كل عقد فضولى.

قلت: قد تقدم فى باب البيع بطلان بيع الفضولى و هما من واد واحد. فان حقيقه الاجاره هى تملك المنفعه للغير و هو وان امكن انشاؤه من غير المالك الا انه لا يترتب عليه اثر فهو لغو ما لم يمض من الشارع و المدعى يدعى شمول الاطلاقات له بعد اجازه المالك و بذلك يحصل امضاؤه لكن الاشكال فى كونه عقدا قبل اجازه المالك و ذلك لان طرفيه الفضولى لا اثر لها و كالعدم فهو مجرد ايجاب بلا قبول او قبول بلا ايجاب فان قلنا بان ما قام به الاصيل من ايجاب او قبول باقيا حقيقه او عرفا بحيث يعول عليه عند العقلاء فى معاملاتهم الى ان اجاز المالك تم العقد و صح بشمول الاطلاقات له و الا يعنى لو لم يكن ذلك الايجاب او القبول السابق باقيا حقيقه او مما يعول عليه عرفا فى مقام المعامله فلا دليل على شمول الاطلاقات - لعقد انشائى لا اثر له - بانضمام اجازه المالك بعد غياب الاصيل بمجرد انشائه السابق الذى لم يكن له اثر زمان انشائه .

ص: ٤٨١

١- النجعه فى شرح اللمعه؛ ج ٨ ص: ١٣٧

و عليه فنحن نقول بصحته في ما اذا كان ذلك الايجاب او القبول السابق باقيا حقيقه او مما يعول عليه عرفا في مقام المعامله و الّا فلا نقول بصحة اجاره الفضولى .

٣- و من شرائط العوضين المعلوميه كما قال: (و لابد من كونها معلومه اما بالزمان كالسكنى و اما به أو بالمسافه كالركوب) و الضابط رفع الغرر فيصح كل ما يكون رافعاً للغرر و اما مرفوعه الدعائم من ان الاجاره لو كانت الى اقليم تنصرف الى اشهر بلدانه فلا يعول عليه خصوصاً بعد ضعفه و ارساله.

و اما لو آجره كل شهر بدرهم فقال المفيد يصح في الشهر الاول فقط و عليه اجره المثل بعده و به قال الشيخ في النهايه و تردد في المبسوط و اختار في الخلاف صحته و به قال ابن الجنيّد.

اقول: المدار في صحه هذه الاجاره عدم الغرر و الجهاله فان قلنا بمانعيه احدهما بناءً على تعددهما فالصحيح بطلانها فيما عدا الشهر الاول للزوم الجهاله و الغرر و ذلك لانا لو قلنا بلزوم هذه الاجاره فالى متى؟ فان علقناه على رضاهما كشف عن عدم وجود عقد بينهما و ان لم نعلقه فما هو حتى نلزمهما به؟ واما الشهر الاول فلا شك في توافقهما عليه سواء بطلت اجارتهما في ما عداه أم صحت .

لا يقال: الانشاء الواحد لا يتبعض فاما ان يصح في الكل او يبطل في الكل .

فانه يقال: حيث ان المنشأ واحد مثلما باع شيئين في بيع واحد كالشاه و الخنزير- فقالوا بصحته في احدهما دون الاخر و بذلك يظهر صحة الاجاره في الشهر الاول بلا فرق في صيغ ابرازها .

هذا كله اذا كان المقصود من ذلك التعبير الاجاره مطلقاً و اما لو كان قصد الاجاره في الشهر الاول خاصه و فيما زاد على نحو الاشتراط فلا اشكال في صحته بعد اشماله على ما هو المعتمد في الشروط حسب ما تقتضيه القاعده مضافاً لصحيحه الثمالي ففيها «فان جاوزته فلئك كذا و كذا زياده و يسمى ذلك قال لا بأس به كله»(١).

(و اما) ان يكون معلوماً (به) اى بالزمان (او بالعمل كالخياطه و لو جمع بين المده و العمل فالاقرب البطلان ان قصد التطبيق)

بين العمل و المده فبابتداء المده يبدأ بالعمل و بانتهائها ينتهى وهو امر غير مقدور عرفاً و عليه فيلزم الغرر و يبطل.

(و لا يعمل الاجير الخاص لغير المستأجر)

حيث انه اصبحت منافعه ملكاً للغير بمقتضى عقد الاجاره و يشهد له ايضاً صحيح اسحاق بن عمار ففيه (فقال: اذا اذن له الذى استأجره فليس به بأس)(٢) و لا يخفى ان الاذن هنا قبل الدخول في العمل .

ص: ٤٨٣

١- الوسائل باب ٨ من الاجاره ح/١.

٢- الكافي باب الاجاره الاجير ١٤٦ من ابواب المعيشه ح/١ وسائل باب ٩ من الاجاره

(و يجوز للمطلق)

و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوما أو عن المدة مع تعيين المباشرة كأن يخطط له ثوبا بنفسه من غير تعرض إلى وقت أو مجرد عنهما كخياطه ثوب مجرد عن تعيين الزمان فيجوز له العمل حسب ما اتفقا عليه .

حصيلة البحث:

لا بدّ من كون المنفعة مملوكة له أو لمولاه سواء كانت مملوكة له بالأصله أو بالتبعيه، فللمستأجر أن يؤجر إلّا مع شرط استيفاء المنفعة بنفسه، و لو آجر الفضولّي فالأقرب البطلان نعم لو كان ما قام به الاصيل من ايجاب او قبول باقيا حقيقه او عرفا بحيث يعول عليه عند العقلاء فى معاملاتهم الى ان اجاز المالك تم العقد و لو آجره كل شهر بدرهم صح فى الشهر الاول فقط نعم لو شرط عليه مبلغا لو بقى فى المحل زياده على مده الاجاره بكذا صح ايضا، و لا بدّ من كونها معلومه إمّا بالزمان كالسكنى و إمّا به أو بالمسافه كالركوب و إمّا به أو بالعمل كالخياطة، و لو جمع بين المده و العمل فالأقرب البطلان إن قصد التطبيق بين العمل و المده فبابتداء المده يبدأ بالعمل و بانتهائها ينتهى، و لا يعمل الأجير الخاصّ لغير المستأجر و يجوز للمطلق.

ص: ٤٨٤

(و اذا تسلم المستأجر العين و مضت مده يمكن فيها الانتفاع استقرت الاجره)

اذ الموجر قد ادى ما كان عليه من التسليم و المستأجر هو الذى فوت على نفسه المنفعه و معه لاشك فى استقرار الاجره عليه و بذلك ورد النص ايضاً (١).

٤- ومن شرائط العوضين اعتبار اباحه المنفعه كما قال:

(و لا بد من كونها مباحه فلو استأجره لتعلم كفر أو غناء أو حمل مسكر بطل العقد)

و الدليل على ذلك ان العقد لو وقع على محرم لا يشمله عموم وجوب الوفاء لانه يستلزم اجتماع ارادتين متنافيتين من المولى بالوفاء و التحريم و عليه فلا دليل على صحه العقد الواقع على محرم مضافاً لمعتبره جابر عن الصادق (عليه السلام) (عن الرجل يواجر بيته يباع فيه الخمر قال: حرام اجره) (٢) على نقل الكافى و الاستبصار و اما على بعض النسخ التهذيب صابر بدل جابر و فيه فيباع بدل يباع و بذلك تسقط الروايه سنداً و دلالة حيث ان البيع امر اتفاقى و قد صرحت صحيحه ابن اذينه

ص: ٤٨٥

١- النجعه ص ١٤٠ الاجاره

٢- الوسائل باب ٣٩ من التكسب ح/١.

بعدم البأس به ففيها «كتبت إلى ابي عبد الله (عليه السلام) أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته و دابته ممن يحمل فيها او عليها الخمر و الخنازير، قال: لا بأس»^(١).

لكن حيث ان الكافي اضبط و نسخته معتضده بنقل الشيخ في الاستبصار فيحصل الاطمئنان بذلك و كفى به حجه و يمكن القول بتساقط نقل الشيخ في التهذيب و الاستبصار فيبقى نقل الكافي بلا معارض و هو المطلوب.

استدلالات اخرى:

أ- ما أفاده بعض المحشين على العروه من ان المنفعة المحرمة ليست مملوكة ليمكن تملكها. فقال: «ان اشتراط مملوكية المنفعة يغني عن هذا الشرط، فان المنفعة المحرمة غير مملوكة»^(٢).

ب- ان المنفعة إذا كانت محرمة فلا يمكن تسليمها شرعا، و الممتنع شرعا كالممتنع عقلا، و قد تقدم ان القدره على التسليم شرط في صحة الاجاره.

د- ان المنفعة ما دامت محرمة فتسليمها و الوفاء بالعقد يكون محرما، و إذا لم يجب الوفاء بالعقد لم يمكن اثبات صحته، فان صحة العقد تستكشف من وجوب الوفاء، فاذا فرض عدمه فلا يمكن استكشافها.

ص: ٤٨٦

١- وسائل الشيعه ١٢: ١٢٦ الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به الحديث ٢

٢- تعليقه الشيخ النائيني على العروه الوثقى، كتاب الاجاره، الشرط ٥ من شرائط العوضين.

٥- ومن شرائط العوضين اعتبار القدره على التسليم كما قال: (و مقدوراً على تسليمها فلا تصح اجاره الا بق)

و الدليل على شرطيه القدره على التسليم فى العقود هو ما تقدم من حديث نفي الغرر و عليه فكل ما فيه الغرر فهو باطل و الا فلا و لذا قال المصنف:

(و ان ضم اليه شيئاً امكن الجواز)

فانه و ان لم يكن مورداً للنص حيث ان النص قد ورد فى البيع الا انه لو انتفى الغرر بالضميمه فلا اشكال فى صحه العقد.

(و لو طرء المنع من الانتفاع فان كان قبل القبض فله الفسخ)

كما تقدم فى العذر العام من انه لا يوجب بطلان الاجاره لعدم فوات محلها.

(و ان كان بعده فان كان تلفاً بطلت)

لفوات محل الاجاره الكاشف عن بطلانها .

(و ان كان غصباً لم تبطل و رجع على الغاصب)

لانه مالك للمنفعه و قد استوفاه الغاصب فيرجع عليه و لا تبطل الاجاره بالغصب لعدم فوات محلها.

(و لو ظهر فى المنفعه عيب فله الفسخ و فى الارش نظر)

و الاقوى عدمه كما تقدم فى عيب الاجاره فراجع .

(و لو طرء العيب بعد العقد فكذلك)

لعدم استيفائه المنفعة كاملاً- فحصول العيب حيث لا- يكون مضموناً على المستأجر لكونه أميناً و يكون من مال الموجر فلم يحصل تسليم العين المستأجره حسب العقد و عليه فيحق للمستأجر فسخ المعامله مضافاً لقاعده لا ضرر فان لزوم المعامله على المستأجر ضرر منفي بحكم القاعده.

(ويستحب ان يقاطع من يستعمله على الاجره اولاً)

للنصوص الواردة في ذلك مثل ما في الصحيح عن الجعفرى(١).

(وان يوفيه اجرته عقيب فراغه) كما في صحيح هشام بن الحكم و غيره(٢).

٦- ومن شرائط العوضين اعتبار امكان الانتفاع بالعين مع بقائها و ذلك لتقوم حقيقه الاجاره بذلك، فان تملكك منفعه العين دونها يستبطن ذلك.

٧- ومن شرائط العوضين اعتبار قابليه العين لاستيفاء المنفعه منها و ذلك باعتبار ان المنفعه إذا لم تكن قابله للاستيفاء فهي ليست ملكا لصاحب العين ليملكه تملكها.

٨- ومن شرائط العوضين اعتبار تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين و قد يستدل له «بان اجاره الحائض لكنس المسجد قد خرج باشرط مملوكيه المنفعه و اباحتها»(٣).

ص: ٤٨٨

١- كل باب ٢ ح ١ من الاجاره.

٢- كل باب ٤ من الاجاره ح ١ و ح ٢/ح ٣ و في صحيح هشام في سند ابن هشام .

٣- تعليقه الشيخ النائيني على العروه كتاب الاجاره، الشرط ٧ من شرائط العوضين.

وفيه: ان المنفعة -كنس المسجد- مباحه لعدم حرمة كنس الحائض للمسجد بما هو كنس للمسجد، و انما المحرم هو مكث الحائض فى المسجد الموقوف عليه الكنس، و حرمة هذا لا تستلزم حرمة مقارناته و الّا فهل يحتمل استلزام حرمة المكث لحرمة تحريك اليد؟

و الصحيح ان يستدل لاعتبار الشرط المذكور بان استيفاء المنفعة ما دام مستلزما لارتكاب محرم شرعى فلا يجب الوفاء بالاجاره، و من ثم لا يمكن استكشاف الصحه لأنها لازم لوجوب الوفاء فاذا لم يثبت وجوب الوفاء لم يمكن استكشاف لازمه.

(و يكره أن يضمّن إلّا مع التّهمه) حملا للروايات على الكراهه و سيأتى البحث عن صحه هذا الحمل وعدمه فى المسائل الاتيه .

حصيله البحث:

إذا تسلّم العين و مضت مدّة يمكن فيها الانتفاع استقرّت الأجره و لا بدّ من كونها مباحه، فلو استأجر لتعليم كفرٍ أو غناءٍ أو حمل مسكرٍ بطل، و أن يكون مقدوراً على تسليمها فلا تصحّ إجاره الآبق فإن ضمّ إليه ضميمه جاز لارتفاع الغرر، و لو طرأ المنع فإن كان قبل القبض فله الفسخ، و إن كان بعده فإن كان تلفاً بطلت، و إن كان غصباً لم تبطل و يرجع المستأجر على الغاصب، و لو ظهر فى المنفعه

ص: ٤٨٩

عيبٌ فله الفسخ، و لو طرأ بعد العقد فكذلك كانهدام المسكن، و يستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجره أولاً و أن يوفيه عقيب فراغه .

(مسائل)

(الاولى: من تقبل عملاً فله تقييله غيره باقل على الاقرب)

عند المصنف خلافاً للشيخ و ابن البراج و الصدوق و الكليني من القول بالحرمة و تدل عليه النصوص المستفيضه كما في صحيح محمد بن مسلم و غيره و لا شاهد للجواز الا خبر الحكم الخياط وفيه (لابأس في ما تقبلته من عمل استفضلت فيه) و ظاهره الجواز مطلقاً ألّا انه يعارض النصوص المفصله بين ما لو عمل فيه فيجوز و ما لم يعمل فلا يجوز و القاعده فيهما حمل المطلق على المقيد و قد يستدل للجواز بخبر ذكره المصنف في الذكرى والعلامه في التذكرة و فيه لا بأس بدل لا و حيث ان المجامع الروائيه نقلته بالثاني فلا- و ثوق بما نقله العلامه و المصنف و لا- اقل من التعارض و التساقت ان لم نقل بترجيح المجامع الروائيه لانها الاصل و ما نقلاه فرع منه.

(و لو أحدث فيه حدثاً فلا بحث)

في الجواز للاتفاق عليه و شمول الاطلاقات و العمومات له .

(الثانيه: لو استأجر عيناً فله اجارتها بأكثر مما استأجرها به و قيل بالمنع)

ص: ٤٩٠

اقول: لم يقل بالجواز مطلقاً إلا ابن ادريس و ذهب الاكثر الى المنع قال به الشيخ و الصدوق و المرتضى و ابن الجنيد و ابن حمزه و ابن زهره و ابو الصلاح و كذلك ابن البراج و فصل المفيد و الديلمي بين الارض و غيرها فذهب الى الجواز فى الاول دون الثانى.

اقول: و الصحيح هو القول بالمنع مطلقاً لدلاله الاخبار المستفيضه كما فى صحيحى الحلبي و صحيح اسحاق بن عمار(١).

و اما ما دل على الجواز فى الارض كما فى خبر ابى الربيع الشامى و خبر ابن ميمون و خبر ابى المغرا(٢) فهى لا- تقاوم اخبار المنع حيث ان المشهور عمل باخبار المنع و قد عرفت انه لم يقل بالجواز مطلقاً إلا ابن ادريس و اما المفيد و الديلمي فانهم عملوا باخبار المنع الا انهم حملوها على الكراهه جمعاً بين الاخبار لكن هذا الجمع حيث لا شاهد له فلا جرم تقع المعارضه بين الطائفتين ولاشك بترجيح اخبار المنع بل لا وثوق بما يعارضها لما عرفت و لا يمكن ان تكون صحيحه الحلبي شاهد جمع لها حيث دلت على جواز ذلك فى الارض اذا كانت مزارعه و انه لا- يجوز بالا-كثر اذا كانت المعامله على الارض اجاره و مثلها موثق اسحاق بن عمار و قد جاء التعليل فيهما بان هذا مضمون و المراد الاجاره فلا يجوز و ذلك غير مضمون و المراد المزارعه فيجوز و كما هو واضح ان لسان هذا الخبر لا يمكن جمعه مع تلك الاخبار المرخصه فالصحيح هو القول بالمنع مطلقاً.

ص: ٤٩١

١- وسائل باب ٢١ من الاجاره ح/١ و ح/٢.

٢- وسائل باب ٢٠ من الاجاره ح/٢ و ح/٣ و ح/٤.

(ألا ان تكون بغير جنس الاجره)

فلا اشكال فى اجارتها بالاكثر لعدم صدق الزيادة حيثذ و يكفى الشك فى ذلك

(او يحدث فيها صفه كمال)

كما و انه لو احدث حدثاً فمنطوق الروايات الصحيحه المتقدمه صحته بلا اشكال .

و بقيت روايتان قد يدعى ظهورهما فى الكراهه و هما موثقه ابى بصير و صحيحه سليمان بن خالد و فيهما (انى لاكره ان استأجر الرحى وحدها ثم أو اجرها باكثر مما استأجرتها الا ان احدث فيها حدثاً أو اعزم فيها عزمًا) (١) و هما قابلان للحمل على الكراهه باعتبار ان الامام (عليه السلام) قال انى لاكره و هذا التعبير ظاهر أما فى الكراهه او مشترك بينها و بين الحرمة و على كل تقدير فلا دلالة لها على الحرمة الا بقرينه.

اقول: لكن الاخبار المستفيضة الداله على الحرمة شاهده على ان المراد من اكرهه هى الحرمة لا الكراهه و بقى موثق سماعه الدال على عدم جواز بيع المرعى باكثر من قيمه ما اشتراه .

اقول: و هو لا علاقته له بالبيع و المراد منه الاجاره كما هو واضح.

(الثالثه: اذا فرط فى العين ضمن قيمتها يوم التفريط)

ص: ٤٩٢

١- باب ٢٠ من الوسائل ح/ ١/ باب ٢٢ ح/ ٥.

كما فى موضع من المبسوط (١) و يشهد له ظاهر صحيحه ابى ولاد ففيتها: «فقلت للصادق (عليه السلام) أرايت لو عطب البغل و نفق أ ليس كان يلزمنى قال: نعم قيمه بغل يوم خالفته...» (٢) يعنى قيمه مثل البغل الذى مات و ان تلك القيمه للبغل هى قيمه يوم الغصب و حيث ان المفهوم عرفاً من قوله نعم جمله تامه يعنى يلزمك و ما بعدها يكون كالشارح لها حيث ان السؤال لم يكن يتطلب اكثر من نعم اولاً- و قد اجاب الامام (عليه السلام) بنعم و عقبه بجمله اخرى متممه للجمله الاولى و مفسره لها و هى ان هذه القيمه هى قيمه بغل يوم المخالفه اذاً لا يمكن ارجاع يوم المخالفه الى يلزمك حسب المتفاهم العرفى فيسقط حينئذ هذا الاحتمال .

اقول: بالتأمل فى الصحيحه يرتفع هذا الاحتمال و ذلك لان قوله (عليه السلام) يوم خالفته متعلق بقوله (عليه السلام) يلزمك و ذلك بقرينه ما ورد فيها فى تشخيص العيب و انه ضامن له من يوم المخالفه الى يوم الرد ففيتها: «فقال: عليك قيمه ما بين الصّحّه و العيب يوم تردّه عليه» (٣) و بقرينه انه من المعلوم انه لو كانت قيمته يوم التلف اكثر من قيمته يوم الغصب فانه ضامن للاكثر و لا وجه لسقوطه اصلاً .

ص: ٤٩٣

١- المبسوط ج/٣ ص ٦٠

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٩١

٣- الكافى (ط - دارالحديث)، ج ١٠، ص: ٤٦٩

توضيح ذلك: انه يتردد الأمر بين أن يكون «يوم المخالفه» قيذا للقيمه، و أن يكون قيذا ليلزمك المستفاد من قوله عليه السّلام: «نعم» فتكون الروايه ساكته عن وقت القيمه.

فالتتيجه: أنّ الصحيحه لا تكون ظاهره فى اعتبار قيمه يوم الغصب، كما ادّعى و ذلك لتطرّق احتمال قيديّه يوم المخالفه لكلّ من القيمه و اللزوم، فعلى الأوّل يكون المدار على قيمه يوم الغصب و على الثانى يكون المعنى: يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل، فتلخص: أنّ الصحيحه إمّا ظاهره فى اعتبار ضمان القيمه، أو مجمله، و لا ظهور لها فى اعتبار يوم الغصب.

و بذلك يظهر ان يوم الغصب يعنى يوم المخالفه، يبدأ فيه الضمان إلا ان الانتقال الى القيمه لا يكون إلا بتلف العين حيث انه مع وجود العين يكون ضامناً لنفس العين فاذا تلفت انتقل الضمان الى القيمه .

(و الاقرب ضمان قيمتها يوم التلف)

و اما اقريبه ضمان العين يوم التلف عند المصنف فباعتبار ان يوم التلف هو يوم الانتقال من دفع العين الى دفع القيمه حسب ما تقتضيه القاعده و لعل النص عنده مجمل و قد اجاب عنه المحقق الخوئى بان ذلك يصلح دليلاً للحكم التكليفى لا الوضعى و انما القاعده تقتضى العبره بيوم الاداء الذى هو يوم افراغ الذمه.

قلت: مضافا الى دلالة الصحيحه على يوم الاداء بفقرتها الثانيه «يوم ترده» .

و اما احتمال اخذ الغاصب باشق الاحوال فقد تقدم عدم ثبوت ذلك.

(ولو اختلفا فى قيمه حلف الغارم) لاصاله عدم اشتغال ذمته بالاكثر.

(الرابعه: مؤونه العبد أو الدابه على المالك)

و ذلك لان الاجاره لا تقتضى اكثر من تملك المستأجر المنافع و لا علاقه لها بغير ما وقعت عليه أأ بالشرط صريحاً أو ضمناً كعاده متبعه .

(و لو انفق عليه المستأجر بنيه الرجوع صح مع تعذر اذن المالك أو الحاكم) اما الانفاق بدون نيه الرجوع فهو تبرع لا رجوع فيه و اما مع نيه الرجوع فان كان الانفاق واجباً شرعاً و لو مع الرجوع به فلا يحتاج الى اذن الحاكم حيث انه ليس للحاكم المنع من الانفاق و كذلك لو قلنا ان الانفاق غير واجب شرعاً و ذلك لان الاجاره تقتضى ذلك و ان الاذن فى الشىء اذن فى لوازمه .

و لو شكنا فى اقتضاء الاجاره لذلك و لم نقل بوجوب الانفاق فحيث ان الحاكم ولى الغائب فلا بد من استجازته و بذلك مطلقاً افتى ابن الجنيدي و المبسوط.

(و لو استأجر أجيرو لينفذه فى حوائجه فنفته على المستأجر فى المشهور)

للنص الوارد فى ذلك الواضح الدلاله و هو ما فى الصحيح عن عباس بن موسى عن يونس عن سليمان بن سالم (١) و به عمل الكليني (٢) خلافاً للنهائيه و السرائر حيث حكما بكون النفقه على الاجير .

ص: ٤٩٥

١- الوسائل باب ١٠ من الاجاره ح/١.

٢- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ٢٨٨ باب إجاره الأجير و ما يجب عليه

قلت: و الخبر ضعيف سندا و لا جابر له من مشهور المتقدمين فلم يعرف عمل الاصحاب به(١) و عليه فمقتضى القاعده العدم ضروره عدم اقتضاء عقد الاجاره من حيث هو كذلك إلاً وجوب العوضين .

(الخامسه: لا يجوز اسقاط المنفعه المعينه) بمعنى ابراء الذمه عنها (و يجوز اسقاط المطلقه و الاجره)

فقال الشيخ فى المبسوط «و متى عقد الاجاره ثم اسقط الموجه مال الاجاره و ابراء صاحبه منها سقط بلا خلاف و ان اسقط المستأجر المنافع المعقود عليها لم يسقط بلا خلاف» و به قال ابن البراج و ابن حمزه و ابن ادريس و لم يتعرض لذلك غيرهم .

و علل الفرق بينهما بان الاجره مال فى الذمه قابله للبراء و الاسقاط بخلاف المنفعه فانها ليست فى الذمه بل هى ماثله فى العين الخارجيه فلا تسقط بالبراء و الاسقاط هذا اذا كانت معينه و اما لو كانت مطلقه فلتعلقها فى الذمه تسقط بالاسقاط و عليه فاسقاط المعينه يحتاج الى تمليك و قبول لانها هبه و لا بد من فيها من تحقق شرائط الهبه كالتقبض.

(و اذا تسلم اجيراً فتلف لم يضمن صغيراً أم كبيراً حراً أو عبداً)

ص: ٤٩٦

اذ لم يحصل ما يوجب الضمان لكن قد يقال فى اجاره الصبى بلا اذن وليه و العبد بلا اذن مولاه بان نفس استأجارهما تعد موجب للضمان .

و فيه تأمل باعتبار ان عقد الاجاره و ان كان باطلاً الا ان الاقدام عليه ليس من موجبات الضمان الا اذا عد سببا للتلف بحيث يسند اليه عرفاً و فيه منع.

(السادسه: كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه فعلى الموجر كالتب و الزمام و الخرام و المداد فى النسخ و المفتاح فى الدار)

حسب ما يقتضيه العرف و قد يختلف العرف فى بعضها فلا على الموجر شىء.

(السابعه: لو اختلفا فى عقد الاجاره حلف المنكر لها)

بمقتضى اصاله عدمها هذا اذا كان اختلافهما قبل السكنى و اما لو كان بعدها و ادعى المالك اجارتها و انكر الاخر و ادعى سكانها من قبل المالك بلا- كراء فالاصل و ان كان عدم الاجاره الا انه معارض باصاله عدم الهبه فيتساقطان و تبقى ذمه المستوفى للسكنى مشغوله بالكراء باعتبار عدم ما يوجب عدم احترام مال المالك فتأمل صحه ذلك أم لا و يؤيد ذلك خبر الدعائم ففیه «القول قول رب الدار مع يمينه و له قيمه الكراء».

هذا و لا يخفى ان المدعى هو من يدعى خلاف الاصل أو الظاهر و المنكر بخلافه و اما ما قيل من ان المدعى و المنكر يحملان على معانها اللغوى و ليس لهما حقيقه شرعيه أو متشرعيه حتى يفسران بما فسرهما المشهور و عليه فالمدعى من يدعى على غيره حقاً ام مالاً- و كلاً- من يدعى الاثبات دون المنكر المدعى للنفى ثم ان القائل بعد ما اختار هذا المعنى تردد بين كون الملاك فى تشخيص

المدعى هل هو مصب الدعوى من الالفاظ التى تحكى عن الدعوى ام الملاك هو لب الدعوى .

اقول: ان الحق مع المشهور و ذلك فان المدعى هو من يدعى خلاف الحجه الشرعيه و المنكر من يحكم له الشرع و لا يحتاج فى اثبات مدعاه الى دليل و بذلك جرت سيره العلماء و القضاة الى يومنا هذا مضافاً الى انطباق الروايات المتعرضه لتشخيص المصاديق مع مبنى المشهور مضافاً الى توافقه مع اللغه و العرف و عليه فلا موجب للعدول عن المشهور.

(وفى قدر الشىء المستأجر حلف النافى) بمقتضى اصاله عدم الزيادة .

(وفى رد العين حلف المالك) لاصاله عدم الرد .

(وفى هلاك المتاع المستأجر عليه حلف الاجير)

لانه امين يقبل قوله بلا- يمين كما افتى الشيخ و ابن ادريس و نسبه فى المختلف الى سلا و ابى الصلاح و ذهب المفيد و المرتضى الى الضمان و به افتى يونس بن عبدالرحمن احد اصحاب الاجماع كما جاء فى ذيل الخبر انه كان يعمل به و يأخذ وهو ظاهر الكلينى و الصدوق فى الفقيه و الروايات على طوائف.

احدها: ما فى صحيح الحلبي «من ان كل اجير يعطى الاجره على ان يصلح فيفسد فهو ضامن»^(١) و مثله غيره^(٢) و هذه الضابطه لا علاقته لها بالموضوع لانها ناظره الى ان الالفاظ وقع بيده فهو ضامن لانه مباشر للتلف.

ص: ٤٩٨

١- الوسائل باب ٢٩ الاجاره ح/١.

٢- الوسائل باب ٢٩ الاجاره ح/٨ و فيه غرمه بما جنت يده و انك دفعته اليه ليصلحه لا ليفسده.

الثانية: ما فى صحيح الحلبى و غيره عن الصادق (عليه السلام) (من ان الامير (عليه السلام) كان يضمن القصار والصايغ احتياطاً للناس و كان ابى يتطول عليه اذا كان مأموناً^(١)) وقد فسر الحديث بشكليين:

الاول: ان فعل امير المؤمنين (عليه السلام) كان من باب اعمال ولايته بعنوان انه حاكم فالحديث لا نظر له للحكم الواقعى الاولى.

الثانى: ان الحكم بالضمنان حكم اولى و ليست حكماً حكومتياً كما عرفت من افتى بذلك و لا يتوهم معارضته لذيل الحديث من انه كان ابى يتطول عليه حيث ان المراد من ذلك انه مدان شرعاً ألا ان الامام الباقر (عليه السلام) يتطول عليه بشخصه فى ماله و يتحمل الامام الخساره عنه فهى ظاهره بانه ضامن ومثله صحيحه ابى بصير التى تضمنت الضمان مطلقاً وان ابا جعفر (عليه السلام) كان يتفضل عليه اذا كان مأموناً .

و هذه الطائفة من الروايات غير قابله للحمل على الحكم السلطانى.

و اما صحيحه ابى بصير عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الجمال يكسر الذى يحمل أو يهريقه قال «ان كان مأموناً فليس عليه شىء و ان كان غير مأمون فهو ضامن»^(٢) الداله على التفصيل بين المأمون وغيره ففيها: ان السؤال وقع فيها عن ان الجمال كسر او اهرق المتاع وحكمه معلوم بلا خلاف وهو انه ضامن لان كل من اتلف مال الغير فهو له ضامن ولا ربط لها بكونه امينا او غير امين فلا وجه للتفصيل بين المأمون وغيره و بذلك يظهر بطلان هذا التفصيل الذى ذهب اليه بعض

ص: ٤٩٩

١- الوسائل باب ٢٩ الاجاره ح/ ٤

٢- الوسائل باب ٣٠ ح/ ٧.

المعاصرين بدعوى ان هنالك روايات داله على هذا التفصيل وهي صحيحه ابي بصير المتقدمه وقد عرفت الجواب عنها وصحيح جعفر بن عثمان «انه قال حمل ابي متاعاً الى الشام مع جمال فذكر ان حملاً منه ضاع فقال (عليه السلام) اتتهمه قلت لا قال: فلا تضمنه»⁽¹⁾ ومثلها غيرها الا انه لا يخفى عدم تماميه دلالتها وذلك لان قوله (عليه السلام) اتتهمه قلت لا قال: فلا تضمنه» وان كان ظاهراً في عدم الضمان ابتداءً لكنه بقرينه صحيحى الحلبي وابي بصير المتقدمين - من ان الاجير ضامن وان كان مأموناً الا ان الامام الباقر كان يفضل عليه باسقاط الضمان و اللذين هما صريحان باستحباب التفضل عليه بعدم تضمنه - يعلم ان الامر بعدم التضمن لاجل الاستحباب حملاً للظاهر على الاظهر بل الصريح .

و اما مكاتبه الصفار المتضمنه للتفصيل وقد نسبها الصدوق الى الروايه حيث قال و روى عن محمد بن على بن محبوب ونقل عين الروايه فلا يمكن الاعتماد عليها وذلك لعدم الوثوق بها حيث اعرض عن العمل بها الاصحاح وقد انفرد بروايتها الشيخ و نسبها الصدوق الى الروايه مع انه له سند صحيح الى كل كتب الصفار عدا بصائر الدرجات, ومثلها في عدم الموثوقه ما انفرد بنقلها الشيخ في التهذيب اعرضنا عن ذكرها .

هذا و تبقى طائفه اخرى قد يتوهم منها المعارضه و عدم الضمان حسب ما تقتضيه القاعده من كونه اميناً والأمين لا يضمن الا مع التعدى أو التفريط و يشهد له صحيح معاويه بن عمار «سألته عن الصباغ و القصار فقال ليس يضمنان» و خبر

ص: ٥٠٠

غياث ان امير المؤمنين (عليه السلام) (اتى بصاحب حمام وضعت انه عنده الثياب فضاعت فلم يضمه و قال: انه امين) و خبر اسحاق بن عمار (ان علياً كان يقول لا- ضمان على صاحب الحمام ما ذهب من الثياب لانه انما اخذ يجعل على الحمام و لم يأخذ على الثياب).

والجواب: ان هذه الصحيحه ناظره الى مقام الثبوت لا- الاثبات كما هو الصحيح و هو كون الامين لا يضمن فى الواقع الا مع التعدى او التفريط .

هذا وحمله الشيخ على ما اذا كانا مأمونين وفيه ما تقدم من ان كونه مأمونا لا يرفع عنه الضمان .

و اما الخبران فدالتهما واضحه على انه لم يستأجر على الثياب و انما استأجر على امر اخر و ان الثياب عنده عاريه و لا ضمان فيها بمقتضى هاتين الروايتين , و عليه فالصحيح هو الضمان مطلقا.

و اما ما فى معتبر السكونى «ان امير المؤمنين (عليه السلام) كان يضمن الصباغ و القصار و الصائغ و لا يضمن من الغرق و الحرق و الشىء الغالب» الدال على الضمان الا من الغرق و الحرق .. و صحيح ابى بصير عن ابى عبد الله (عليه السلام): «سألته عن قَصَّارٍ دفعته اليه ثوبا فزعم انه سرق من بين متاعه، قال: فعليه ان يقيم البيئه انه سرق من بين متاعه و ليس عليه شىء، فان سرق متاعه كله فليس عليه شىء»^(١) الدال على الضمان لمن ادعى سرقة من بين امواله و عدم الضمان لمن ادعى مسروقيه جميع

ص: ٥٠١

امواله فالظاهر منهما انه يسقط الضمان اذا كانت دعوى التلف مقرونه بالدليل الواضح من الغرق وسرقه جميع الاموال و...

و بقى خبره الاخر المروى فى الفقيه و قد جمع بين البيه و الاستحلاف و لا- يخفى انه لم يقل احد من العلماء بالجمع على المدعى المتهم بذلك مضافاً لمخالفته للسنة حيث صح عن الرسول (ص) البيه على من ادعى و اليمين على من انكر و قد حمله البعض على غير موارد الدعوى.

و اما استدلال به الشهيد الثانى من انه لو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس فكلام باطل و لا تلازم فى البين فلو لم يقبل قوله يغرم لاغير.

(و فى كيفية الاذن كالقبا و القميص حلف المالك)

و به افتى المبسوط و السرائر و يشهد له اصاله عدم الاذن بهذه الكيفية لكن الخلاف تردد فى تقدم قوله أو قول الخياط و لا وجه له نعم روى الدعائم عن الصادق (عليه السلام) تقدم قول الخياط و لا عبره به.

(و فى قدر الاجره حلف المستأجر)

لاصاله عدم الزيادة و بذلك افتى ابن ادريس لكن ذهب الشيخ فى المبسوط الى القرعه فيه و لا يخفى ضعف القول بالقرعه بعد تعيين الحكم بكون البيه على من ادعى و اليمين على من انكر و ذهب ابن الجنيد الى التفصيل بين انقضاء المده فيقدم قول المستأجر و قبل العمل فالتحالف و الفسخ و يشهد له مرسل الدعائم عن الصادق (عليه السلام) «فى المتكاريين يختلفان فى الكراء قبل السكنى أو بعدها قال: القول قول رب الدار و يتحالفان و يتفاسخان» و لا يخفى وقوع تحريف فيه حيث

لا- يمكن الجمع بين التحالف و القول قول رب الدار فلا بد من كون اصله من انه يتحالفان قبل انقضاء المده و القول قول رب الدار بعدها و كيف كان فحيث ان الخبر ضعيف و لا شاهد لكلام ابن الجنيد فالصحيح ما فى المتن.

الثامن: ثم انه يجوز ان يستعمل الاجير مع عدم تعيين الاجره و عدم اجراء صيغه الاجاره فيرجع الى اجره المثل هذا اذا كان هنالك عرف فيما بين الناس فى مقدار اجره العمل فتكون اجاره معاطنيه و ان لم يحصل عطاء فى ابتداء العمل فان المعاطاه متقومه برضا الطرفين من العمل و الاجره و لا يلزم فيها الاخذ و العطاء ابتداءً و حتى فى البيع فان اللازم هو ما يكشف عن رضا الطرفين بمبادله العين بالثمن .

و كذلك للعامل اجره المثل لو كان جاهلاً بفساد المعامله و ذلك لاحترام مال المسلم الشامله لمنافعه فان منافع المسلم و اعماله مضمونه على المستأجر و ذلك للتسبيب و للسيره المستمره و للدليل الخاص و هو صحيح اسحاق بن عمار الوارد فى اختلاف شخصين فى مال احدهما يقول اقرضته و الثانى يقول انه وديعه و قد تلف و قد حكم الامام (عليه السلام) فيه بالضمان(1) و منه يفهم ان الاصل فى اموال الناس و منها المنافع هو الضمان الا ما اباحه المالك و هذا الصحيح هو عبارته اخرى عن خبر سمره بن جندب الذى رواه العامه من انه على اليد ما اخذت حتى تؤدى و اما ان كان عالماً بفساد المعامله و مع ذلك اقدم على العمل فالذى تقتضيه القاعده عدم ضمان المستأجر عمله والقول بالضمان يحتاج الى دليل و هو مفقود.

ص: ٥٠٣

١- الوسائل الوديعه باب ٧ ح ١.

التاسعه: لا- يثبت فى الاجاره خيار المجلس و لا- خيار الحيوان و لا خيار التأخير ثلاثه أيام و تجرى فيها بقيه الخيارات، كخيار العيب و الغبن و تخلف الشرط و نحوها. وذلك لاختصاص مدرک ثبوتها بالبيع، كصحيحه محمد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(١)، و صحيحه زراره عن ابى جعفر (عليه السلام): «الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتى آتيك بثمنه، قال: ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له»^(٢).

و اما ثبوت بقيه الخيارات فلان مدرک ثبوتها يعم غير البيع أيضا، فخيار العيب و الغبن ثابتان من خلال فكره الاشتراط الضمنى، و هى لا تختص بالبيع. و هكذا الخيار الثابت باشرطه أو بتخلف الشرط، فانه لا يختص بالبيع.

و بالجمله: مدرک الخيارات الثلاثه السابقه حيث انه التعبد فيقتصر على مورده، بخلاف بقيه الخيارات فان مدرکها ليس هو التعبد بل مقتضى القاعده الذى لا اختصاص له بالبيع.

العاشره: اذا تحقق عقد الاجاره ملك كل طرف بالعقد نفسه ما استحقه على الآخر، فالاجير يملك الاجره و لو لم يقم بالعمل و المستأجر يملك العمل و لو لم يدفع

ص: ٥٠٤

١- وسائل الشيعه ١٢: ٣٤٩ الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ٣

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٣٥٦ الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ١

الاجره وذلك باعتبار كونه سببا تاما للملكيه بمقتضى قوله تعالى { أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } (١).

و يجب على كل واحد منهما تسليم ما عليه الا اذا كان الآخر ممتنعا و ذلك لان ذلك لازم ملكيه الآخر لما في يده.

و اما عدم لزوم التسليم عند امتناع الآخر فلان ذلك مقتضى الشرط الضمنى الارتكازى على ثبوت الحق لكل منهما فى الامتناع عند امتناع الآخر.

حصيله البحث:

من تقبيل عملا فله تقبيله لغيره بأقل على الأقرب لو عمل فيه ولو لم يعمل فيه شيئا فلا يجوز. و لو استأجر عينا فلا يجوز إجارتها بأكثر مما استأجرها به، إلا أن يكون بغير جنس الأجره أو يحدث فيها صفة كمالٍ. و إذا فرط فى العين ضمن قيمتها يوم الاداء، و لو اختلفا فى قيمه حلف الغارم. و مؤونه الدابة أو العبد على المالك، و لو أنفق عليه المستأجر بئيه الرجوع صح، و لو استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه فنفقته على نفسه لا- على المستأجر. و يتوقف إسقاط المنفعة المعينه على هبتها بشرائط الهبه، بخلاف المطلقه و الأجره فانه يكفى فيها ابراء الذمه، و إذا تسلّم أجيرا فتلف لم يضمن حتى فى اجاره الصبى و العبد بدون اذن المالك و الولى الا اذا عد سببا للتلف بحيث يسند اليه عرفا. و كل ما يتوقف عليه توفيه

ص: ٥٥

المنفعة، فعلى المؤجر كالتب و الزمام و الحزام و المداد فى النسخ و كذا يجب المفتاح فى الدار. و لو اختلفا فى عقد الإجاره حلف المنكر اذا كان اختلفهما قبل السكنى و اما لو كان بعدها و ادعى المالك اجارتها و انكر الاخر و ادعى سكنها من قبل المالك بلا كراء فالاصل بقاء ذمه المستوفى للسكنى مشغوله بالكراء، و لو اختلفا فى قدر الشئ المستأجر حلف النافى، و فى رد العين حلف المالك، و فى هلاك المتاع المستأجر عليه حلف الموجر، و فى كيفية الإذن كالبقاء و القميص حلف المالك، و فى قدر الأجره حلف المستأجر و يجوز ان يستعمل الاجير مع عدم تعيين الاجره و عدم اجراء صيغه الاجاره فيرجع الى اجره المثل و للعامل اجره المثل ايضا لو كان جاهلاً بفساد المعامله، و اما ان كان عالماً بفساد المعامله و مع ذلك اقدم على العمل فالاقوى عدم ضمان المستأجر لاجره عمله . و لا يثبت فى الاجاره خيار المجلس و لا خيار الحيوان و لا خيار التأخير ثلاثه أيام و تجرى فيها بقيه الخيارات، كخيار العيب و الغبن و تخلف الشرط و نحوها . و اذا تحقق عقد الاجاره ملك كل طرف بالعقد نفسه ما استحقه على الآخر، و يجب على كل واحد منهما تسليم ما عليه إلا اذا كان الآخر ممتنعاً .

حق السرقله

الحادى عشر: من استأجر محلًا تجاريا أو غيره إلى فتره محدده فعليه بعد انتهائها تخليته وذلك لان المسوغ للتصرف قد انتهى فاذا انتهى يعود المالك مسلطا على ملكه و لا يجوز التصرف فيه من دون طيب نفسه .

ص: ٥٠٦

و لا يحق للمستأجر ايجاره على شخص آخر من دون اذن الّا إذا تمّ الاتفاق - لبناء عرفى خاص أو عام - على ذلك مسبقا و لو مقابل مبلغ معين و يعبر عنه فى بعض الاعراف بحق السرقله، فىجوز آنذاك للمستأجر عدم التخلله و تجدد عقد الايجار بل فىجوز له أيضا رفع اللى عن حقه فى البقاء و التنازل بالمحل لثالث ازاء مبلغ معين من النقود و يعبر عنه بحق السرقله أيضا و ذلك لان لكل ذى حق التنازل عن حقه مقابل ما يشاء و عليه فللمستأجر ذلك أيضا لان ذلك له مقابل تنازله عن حقه فى البقاء و عدم التخلله المتولد له بسبب الاتفاق مع المالك , و اما كفايه التبانى العام فلانه محقق للاشراط الضمنى.

حصيله البحث:

من استأجر محلّا تجاريا أو غيره إلى فتره محدده فعليه بعد انتهائها تخليته و لا يحق للمستأجر ايجاره على شخص آخر من دون اذن الّا إذا تمّ الاتفاق - لبناء عرفى خاص أو عام - على ذلك مسبقا و لو مقابل مبلغ معين، فىجوز آنذاك للمستأجر عدم التخلله و تجدد عقد الايجار بل فىجوز له أيضا رفع اللى عن حقه فى البقاء و التنازل بالمحل لثالث ازاء مبلغ معين من النقود .

الثانى عشر: فى مسائل الضمان .

١- مستأجر العين امين عليها لا يضمّن تلفها او تعييبها الّا إذا تعدّى أو فرط. و ذلك لقصور المقتضى، فان الضمان لو كان ثابتا فليس له دليل سوى قاعده على اللى، و

ص:٥٠٧

هى لا تشمل مثل يد المستأجر، لان مستند القاعده المذكوره ليس أآ السيره العقلائيه الممضاه بعدم الردع، وهى لا تشمل مثل يد المستأجر، ولا أقل من الشك فيقتصر على القدر المتيقن.

و مع التنزل و فرض تماميه المقتضى يكفيننا للحكم بعدم الضمان وجود المانع، و هو الروايات الوارده فى عدم ضمان الامين.

٢- و اما الضمان مع التعدى أو التفريط فلقاعدته على اليد و لصحيحه مسعده بن زياد عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام: «ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: ليس لك ان تتهم من قد ائتمنته و لا تأتمن الخائن و قد جرّبه» (١).

و صحيحه الحلبي «سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل تكارى دابه إلى مكان معلوم فنفتت الدابه، فقال: ان كان جاز الشرط فهو ضامن. و ان كان دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن. و ان وقعت فى بئر فهو ضامن لأنه لم يستوثق منها» (٢).

٣- و اذا باشر الطبيب من خلال عمليه جراحيه علاج المريض و تضرر بذلك كان ضامنا أآ اذا اخذ البراءه مسبقا و لم يكن مقصرا فى اعمال اجتهاده.

ص: ٥٠٨

١- وسائل الشيعه ١٣: ٢٢٩ الباب ٤ من أحكام الوديعه الحديث ١٠

٢- وسائل الشيعه ١٣: ٢٨١ الباب ٣٢ من الاجاره الحديث ٢

اما ضمان الطبيب عند مباشرته للعلاج و تضرر المريض فلقاعده من اتلف، و معتبره السكونى عن ابى عبد الله (عليه السلام):
«قال امير المؤمنين (عليه السلام): من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليه و الا فهو له ضامن»(١).

بل يستدل أيضا بصحيحه الحلبي عن ابى عبد الله (عليه السلام): «الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته
أجرا على ان يصلح فأفسد فهو ضامن»(٢).

و إذا قيل: مع اذن المريض للطبيب فى مباشره علاجه لا يبقى موجب للضمان.

قلنا: ان الاذن كان فى العلاج دون الافساد.

٤- و اما استثناء حاله أخذ البراءه فلموثقه السكونى المتقدمه.

و إذا قيل: لا تصح البراءه لأنها من قبيل اسقاط ما لم يجب.

قلنا: ان دليل «اسقاط ما لم يجب» محل اشكال، مضافا الى وجود النص فلا مجال لمثل هذا الاشكال .

٥- و إذا وصف الدواء من دون ان يياشر العلاج و تضرر المريض بذلك فلا ضمان أيضا وذلك لان القول بالضمان عند وصف
الدواء من دون مباشره العلاج

ص: ٥٠٩

١- وسائل الشيعه ١٩: ١٩٥ الباب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان الحديث ١

٢- وسائل الشيعه ١٣: ٢٧٥ الباب ٢٩ من أحكام الاجاره الحديث ١٩

اما ان يكون مستنده معتبره السكونى المتقدمه أو قاعده الاتلاف أو قاعده الغرور . و الكل لا يمكن التمسك به.

اما الاول فلان ظاهر كلمه «تطب» مباشره الطبايه و العلاج خارجا.

و اما الثانى فلان الاتلاف لا ينتسب إلى شخص الا اذا كان مباشرا له او كان سببا أقوى من المباشر بحيث يسند الفعل إليه عرفا، كما لو كان المريض فاقدا للإراداه لصغر و نحوه، اما مع فرض الاختيار التام للمريض فلا ينسب الاتلاف الى الطبيب.

و اما الثالث فلعدم صدق الغرور مع جهل الغار، و لا أقلّ من الشك.

٦- و إذا أفسد الخياط أو البناؤ أو النجار أو الختّان أو أى عامل آخر كان ضامنا كالطبيب المباشر ما دام قد تجاوز الحدّ المأذون فيه . وذلك لقاعده من اتلف و صحيحه الحلبي المتقدمه . هذا إذا تجاوز الحدّ المأذون فيه.

و اما مع عدم تجاوزه كما لو قال صاحب القماش للخياط: فضّله بهذا الشكل فامثل ثم اتضح الخلل و سقوط القماش بذلك عن صلاحيه الانتفاع أو طلب من الختّان الختن ثم اتضح ان اصل الختان مضر و مات المختون بذلك , فينبغى التفصيل بين ما شاكل مثال القماش فلا ضمان- للإذن الرافعه للضمان، و الاتلاف ان صدق فهو ما دام باذن المالك فلا يوجب الضمان- و بين مثال الختن فيحكم بثبوت الضمان لان الختّان بالتالى هو الذى يستند اليه القتل، غايته انه معذور فى

ذلك لان قتله لا عن عمد فاما ان يكون شبه عمد او خطئى والظاهر انه شبه عمد فتكون الديه على القاتل لا العاقله، ولا يصل الامر الى دليل «لا- يبطل دم امرء مسلم» كما فى صحيحه عبد الله بن سنان و عبد الله بن بكير جميعا عن ابى عبد الله (عليه السلام): «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل وجد مقتولا- لا يدري من قتله، قال: ان كان عرف له اولياء يطلبون ديته اعطوا ديته من بيت مال المسلمين و لا يبطل دم امرئ مسلم...»^(١) فان ما نحن فيه قاتله معلوم والصحيحه ترتبط بمن «لا يدري من قتله» .

وقد يقال: ان الطبيب لا يضمن بدليل قاعده الاحسان {ما على المحسنين من سبيل} . قلت: كونه محسنا اول الكلام والا كان كل اجير محسنا وهو كما ترى .

نعم مع اخذ الختان البراءه مسبقا فلا ضمان لمعتبره السكونى المتقدمه الوارده فى الطبابه بناء على عدم فهم الخصوصيه للتطبب.

حصيله البحث:

مستأجر العين امين عليها لا يضمن تلفها او تعييبها الا إذا تعدى أو فرط، و اذا باشر الطبيب من خلال عمليه جراحيه علاج المريض و تضرر بذلك كان ضامنا الا اذا اخذ البراءه مسبقا و لم يكن مقصرا فى اعمال اجتهاده , و إذا وصف الدواء من دون ان يباشر العلاج و تضرر المريض بذلك فلا ضمان أيضا , و إذا أفسد الخياط

ص: ٥١١

١- وسائل الشيعه ١٩: ١٠٩ الباب ٦ من أبواب دعوى القتل الحديث ١

أو البناء أو النجار أو الختان أو أى عامل آخر كان ضامنا كالطبيب المباشر ما دام قد تجاوز الحد المأذون فيه . و اما مع عدم تجاوزه كما لو قال صاحب القماش للخياط: فصِّله بهذا الشكل فامتثل ثم اتضح الخلل و سقوط القماش بذلك عن صلاحيه الانتفاع أو طلب من الختان الختن ثم اتضح ان اصل الختان مضر و مات المختون بذلك , فينبغى التفصيل بين ما شاكل مثال القماش فلا- ضمان للإذن الراجع للضمان، و الاتلاف ان صدق فهو ما دام باذن المالك فلا يوجب الضمان, و بين مثال الختن فيحكم بثبوت الضمان لان الختان بالتالى هو الذى يستند اليه القتل، غايته انه معذور فى ذلك لان قتله لا عن عمد فاما ان يكون شبه عمد او خطئى والظاهر انه شبه عمد فتكون اليه على القاتل لا العاقله , نعم مع اخذ الختان البراءه مسبقا .

الى هنا تم الجزء العاشر من كتاب الدرر الفقيهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه و يليه الجزء الحادى عشر و اوله كتاب الرهن و الحمد لله رب العالمين .

(الفصل الثاني) ٣

حكم المعاطاه ٩

حكم اختلاف المتعاقدين اجتهاداً او تقليداً ٢٥

قاعده ما يضمن بصحيحه. ٢٧

هل يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد؟ ٣٠

قاعده الخراج بالضمان. ٣٠

كيفيه الضمان. ٣١

هل الضمان بقيمه يوم المخالفه ام التلف ام الاداء؟ ٣٥

هل يلزم الغاصب باعلى القيم ام لا؟ ٣٦

في شرائط المتعاقدين. ٣٧

بحث حول الاكراه ٥١

حكم عقد الفضولى. ٥٤

حكم بيع الفضولى لنفسه ٦٤

حكم ما لو باع غير المملوك مع ملكه. ٧٢

كيفيه التقييط. ٧٤

اولياء العقد ٧٦

شرائط العوضين ٨٩

(وهنا مسائل) ٨٩

عدم صحه بيع الوقف. ١٠٠

عدم جواز بيع ام الولد ١٠٣

موارد استثناء بيع ام الولد ١٠٤

معلوماته العوضين ١٠٨

(القول فى الاداب) ١٢٥

(وهى اربعة و عشرون) ١٢٥

(الفصل الثالث) ١٥٤

ص: ٥١٣

(مسائل) ١٨٨

(الفصل الرابع) ٢٠٦

(فى بيع الثمار) ٢٠٦

جواز بيع ما يخرط. ٢١٢

جواز استثناء ثمره شجره معينه. ٢١٣

(مسائل) ٢١٤

(الفصل الخامس) ٢٢٦

(فى الصرف: و هو بيع الاثمان بمثلها و يشترط فيه التقابض فى المجلس) ٢٢٦

حكم تراب الذهب و الفضه عند الصياغه ٢٣٨

(خاتمه) ٢٤٠

(الفصل السادس) ٢٤٦

شرائط السلف. ٢٤٩

اشتراط قبض الثمن قبل التفرق. ٢٥٣

(الفصل السابع) ٢٦٩

(فى اقسام البيع بالنسبه الى الاخبار بالثمن و عدمه) ٢٦٩

(الفصل الثامن) ٢٧٦

احكام خاصه بالربا ٢٨٦

المناقشه فى الحيل الشرعيه. ٢٩٥

حكم الربا فى غير البيع. ٣٠٢

(الفصل التاسع) ٣٠٣

موارد سقوط الخيار ٣٠٥

الشرط الفاسد مفسد ام لا؟ ٣٢١

بيع الخيار ٣٢١

كيفية الارش.. ٣٤١

شرائط صحة الشروط. ٣٥٢

كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار ٣٦٣

مناقشات هذه الوجوه ٣٦٧

ص: ٥١٤

(الفصل العاشر) ٣٦٩

اختلاف الباع والمشتري. ٣٨٦

ما يدخل فى المبيع. ٣٨٨

(الرابع فى اختلافهما) ٣٩٢

الاطلاق ينصرف الى المعتاد ٣٩٦

(كتاب الدين) ٤٠٢

و الدرهم منه ثمانيه عشر درهما ٤٠٤

اعتبار الايجاب و القبول فى تحقّق القرض ٤٠٧

عدم جواز اشتراط النفع. ٤٠٨

شروط المقرض و المقترض.. ٤١٤

و كلما تتساوى أجزاءه يثبت فى الذمه مثله. ٤١٥

و بالقبض يملك فله ردّ مثله. ٤١٧

و هل يلزم اشتراط الأجل فيه؟ ٤١٨

وجوب نيه القضاء. ٤٢٠

و لا يصح قسمه الدين بل الحاصل لهما ٤٢٥

و يصح بيعه بحال لا بمؤجل و بزياده و نقيصه. ٤٢٦

ما هو المراد من بيع الدين بالدين؟ ٤٢٨

و لا تحل الديون المؤجله بحجر المفلس.. ٤٣٣

حكم تركه الميت. ٤٣٥

و للمالك انتزاع السلعه فى الفليس.. ٤٣٥

و لو وجدت العين ناقصه بفعل المفلس .. ٤٣٨

و لا يقبل إقراره في حال التفليس .. ٤٣٩

و يحبس لو ادعى الإعسار حتّى يثبته. ٤٤٢

و لا تباع داره و لا خادمه و لا ثياب تجمله. ٤٤٤

(القسم الثاني دين العبد) ٤٤٧

و يقتصر المملوك في التجاره على محل الاذن. ٤٤٨

و ليس له الاستدانه بالإذن في التجاره ٤٤٩

ص: ٥١٥

حكم ما لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك. ٤٥٠

كتاب الاجاره ٤٥٢

الفصل الأول. ٤٥٢

فى الايجاب و القبول. ٤٥٢

الفصل الثانى. ٤٥٤

حكم الاجاره المعاطاتيه. ٤٥٥

الفصل الرابع. ٤٧٣

فى شروط المتعاقدين. ٤٧٣

الفصل الخامس.. ٤٧٣

فى شرائط العوضين ٤٧٣

حكم العيب لو ظهر فى العين المستأجره ٤٧٧

متى تستقر الاجره؟ ٤٨٦

(مسائل) ٤٩١

الفهرس.. ٥١٤

ص: ٥١٤

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می
نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه
اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

