

المكتبة العلمية للشيخ العلامة ابن العربي

ارشاد الطالب

في شرح المكاسب

كتاب البيع

المؤلف الشيخ

فائق

مكتبة آية الله العظمى

الشيخ آية الله العظمى

(مفتي)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المؤسسة العامة للتعليم الإلكتروني

أرشاد الطالب

في شرح المكاسب

كتاب الشيخ

الجزء الثاني



الموسى بن عبد القاهر الفقيه البغدادي الشافعي قاسم

ارشاد الطالب

في شرح المكاسب

كتاب البعج

الجزء الأول

تأليف

سماحة آية الله العظمى
الشيخ الميرزا جواد الدين بندي

(قدس)



دار الصديقة الشهيدة (سلام الله عليها)

سرنشانه	تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.
عنوان قرار دادی	المکاسب شرح
عنوان و نام پدیدآور	ارشاد الطالب فی شرح المکاسب [مرتضى الانصاری] / جواد التبریزی.
وضعیت ویراست	۳
مشخصات نشر	قم: دار الصدیقه الشهیده (ص)، ۱۳۸۸.
مشخصات ظاهری	ج. ۷.
شابک	دوره: ۸-۷۵-۸۴۳۸-۹۶۴-۹۷۸
یادداشت	عربی
یادداشت	چاپ قبل تحت عنوان "ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب" به چاپ رسیده است.
مندرجات	ج. ۱. کتاب المکاسب المحرمه.
موضوع	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ ق. المکاسب -- نقد و تفسیر
موضوع	معاملات (فقه)
شماره افزودن	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ ق. المکاسب. شرح
رده بندی کنگره	۱۳۸۸ م ۷۰۲۱۲۸ الف/۱/۱۹۰ BP
رده بندی دیویی	۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	۱۸۴۷۵۶۵

● اسم الكتاب: ارشاد الطالب فی شرح المکاسب ج/ه

● مؤلف: آية الله العظمی المیرزا جواد التبریزی (قدس سره)

● الطبعة: الاولى/ ۱۴۳۱ هـ. ق - ۱۳۸۹ هـ. ش

● المطبعة: وفا

● عدد النسخ: ۲۰۰۰

● ردمک ج/ ۵: ۶-۹۵-۸۴۳۸-۹۶۴-۹۷۸ دوره: ۸-۷۵-۸۴۳۸-۹۶۴-۹۷۸

www.tabrizi.org

● العنوان: مدرس الاستاد الفقهاء و المجتهدين ميرزا جواد التبریزی رحمته

● قم المقدسه - شارع المعلم - فرع ۲۵ - رقم البناء ۲۵

● تليفون المدرس: ۷۷۴۴۲۸۶ - ۷۷۳۳۴۱۹ - ۷۷۴۳۹۳۹ - ۰۰۹۸۲۵۱

● تليفون دارالصديقه الشهيدة (عليها السلام): ۷۷۳۲۱۵۳ - ۷۷۳۹۰۰۵ - ۰۰۹۸۲۵۱

● فاكس المدرس: ۷۷۴۳۷۴۳ - ۰۰۹۸۲۵۱

● فاكس دارالصديقه الشهيدة (عليها السلام): ۷۸۳۱۲۷۲ - ۰۰۹۸۲۵۱

tabrizi_Live@yahoo.com

tabrizi-mktab-qom@hotmail.com

● بريد الكتروني:

عدم جواز بيع أمّ الولد

مسألة: ومن أسباب خروج الملك عن كونه طليقاً: صيرورة المملوكة أمّ ولد لسيدها، فإنّ ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين، على الظاهر المحكي عن مجمع الفائدة، وفي بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الإسلام، مثل ما روي من قول أمير المؤمنين عليه السلام لمن سأله عن بيع أمة أرضعت ولده، قال له: «خذبيدها، وقل: من يشتري أمّ ولدي؟». وفي حكم البيع كلّ تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق، أو مستلزم للنقل كالرهن، كما يظهر من تضايف كلماتهم في جملة من الموارد:

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

ومنها: كلماتهم في استيلاد المشتري في زمان خيار البائع، فإنّ المصرّح به في كلام الشهيدين في خيار الغبن: أنّ البائع لو فسخ يرجع إلى القيمة، لامتناع انتقال أمّ الولد، وكذا في كلام العلامة وولده وجامع المقاصد ذلك أيضاً في زمان

مطلق الخيار.

ومنها: كلماتهم في مستثنيات بيع أم الولد ردأً وقبولاً، فإنها كالصريحة في أن الممنوع مطلق نقلها، لا خصوص البيع.

وبالجملة، فلا يبقى للمتأمل شك في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل. ومع ذلك كله، فقد جزم بعض سادة مشايخنا بجواز غير البيع من النواقل، للأصول وخلو كلام المعظم عن حكم غير البيع. وقد عرفت ظهوره من تضاعف كلمات المعظم في الموارد المختلفة، ومع ذلك فهو الظاهر من المبسوط والسرائر، حيث قال: إذا مات ولدها جاز بيعها وهبتها والتصرف فيها بسائر أنواع التصرف. وقد ادعى في الإيضاح الإجماع صريحاً على المنع عن كل ناقل، وأرسله بعضهم كصاحب الرياض وجماعة - إرسال المسلمات، بل عبارة بعضهم ظاهرة في دعوى الاتفاق، حيث قال: إن الاستيلاد مانع من صحة التصرفات الناقلة من ملك المولى إلى ملك غيره، أو المعرضة لها للدخول في ملك غيره كالرهن، على خلاف في ذلك. ثم إن عموم المنع لكل ناقل وعدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين، والوجه فيه: ظهور أدلة المنع المعنونة بالبيع في إرادة مطلق النقل، فإن مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام في الرواية السابقة: «خذبيدها، وقل: من يشتري أم ولدي؟» يدل على أن مطلق نقل أم الولد إلى الغير كان من المنكرات، وهو مقتضى التأمل فيما سيبيء من أخبار بيع أم الولد في ثمن رقبته وعدم جوازه فيما سوى ذلك. هذا مضافاً إلى ما اشتهر - وإن لم نجد نصاً عليه - من أن الوجه في المنع هو بقاؤها رجاءً لانعاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها.

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

الأدلة، وتغليباً للحرية أو العدم، لكونه حقيقة في ولد الصلب، وظهور إرادته من جملة من الأخبار، وإطلاق ما دلّ من النصوص والإجماع على الجواز بعد موت ولدها أو التفصيل بين كونه وارثاً، لعدم ولد الصلب للمولى، وعدمه، لمساواة الأول مع ولد الصلب في الجهة المقضية للمنع، وجوه: حكى أولها عن الإيضاح، وثالثها عن المهذب البارع ونهاية المرام. وعن القواعد والدروس وغيرهما: التردّد. بقي الكلام في معنى «أم الولد»، فإنّ ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل، إذ لا يصدق الولد إلا بالولادة. لكن المراد هنا -مجازاً- ولدها ولو حملاً، للمشاركة. ويحتمل أن يراد الولادة من الوالد دون الوالدة.

وكيف كان، فلا إشكال، بل لا خلاف في تحقّق الموضوع بمجرد الحمل. ويدلّ عليه: الصحيح عن محمد بن مارد، عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يتزوّد أمة، فتلد منه أولاداً، ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها، قال: «هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك وإن شاء أعتق»، وفي رواية السكوني عن جعفر بن محمد، قال: «قال علي بن الحسين -صلوات الله عليهم أجمعين- في مكاتبة يطؤها مولاها فتجبل، فقال: يرّد عليها مهر مثلها، وتسمى في رقبته، فإن عجزت فهي من أمته الأولاد». لكن في دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر، لأنّ زمان الحكم بعد تحقّق السمي والمعز عقيب الحمل، والغالب ولوج الروح حينئذ.

ثم الحمل يصدق بالمضغة اتفاقاً، على ما صرح في الرياض، واستظهره بعض آخر وحكاه عن جماعة هنا وفي باب انقضاء عدّة الحامل. وفي صحيحة ابن الحجاج قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجبلى يطلقها زوجها ثم تضع سقطاً -تمّ أو لم يتم- أو وضعته مضغة، أنتفضى عدّتها؟ فقال عليه السلام: كلّ شيء وضعته يستبين أنّه حمل -تمّ أو لم يتم- فقد انقضت عدّتها وإن كان مضغة».

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

وأما النطفة: فهي بمجردّها لا عبرة بها ما لم تستقرّ في الرحم، لعدم صدق كونها حاملاً، وعلى هذا الفرد يُنزّل إجماع الفاضل المقداد على عدم العبرة بها في العدة. وأما مع استقرارها في الرحم، فالمحكي عن نهاية الشيخ: تحقّق الاستيلاء بها، وهو الذي قوّاه في المبسوط في باب العدة - بعد أن نقل عن المخالفين عدم انقضاء العدة به - مستدلاً بعموم الآية والأخبار، ومرجعه إلى صدق الحمل.

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

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

إنما هو لبيان انقضاء العدة بالإلقاء، وفي باب الاستيلاء لبيان كشفها عن أن المملوكة بعد الوطء صارت أم ولد، لأن البيع الواقع قبل تحقق العلقه صحيح إلى أن تصير النطفة علقه، ولذا عبر الأصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلوق الذي هو اللقاح.

نعم، لو فرض عدم علوقها بعد الوطء إلى زمان، صح البيع قبل العلوق. ثم إن المصرح به في كلام بعض - حاكياً له عن غيره -: أنه لا يعتبر في العلوق أن يكون بالوطء، فيتحقق بالمساحقة، لأن المناط هو الحمل، وكون ما يولد منها ولداً للمولى شرعاً، فلا عبرة بعد ذلك بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء. نعم، يشترط في العلوق بالوطء أن يكون الوطء على وجه يلحق الولد بالواطن وإن كان محرماً، كما إذا كانت في حيض، أو ممنوعة الوطء شرعاً لعارض آخر، أما الأمة المزوجة فوطؤها زناً لا يوجب لحوق الولد. ثم إن المشهور اعتبار الحمل في زمان الملك، فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أم ولد. خلافاً للمحكي عن الشيخ وابن حمزة فاكتفيا بكونها أم ولد قبل الملك، ولعله لإطلاق العنوان، ووجود العلة، وهي كونها في معرض الانعتاق من نصيب ولدها.

ويرد الأول: منع إطلاق يقتضي ذلك، فإن المتبادر من «أم الولد» صنف من أصناف الجوارح باعتبار الحالات العارضة لها بوصف المملوكية، كالمدير والمكاتب. والعلة المذكورة غير مطردة ولا منعكسة كما لا يخفى، مضافاً إلى صريح رواية محمد بن مارد المتقدمة. ثم إن المنع عن بيع أم الولد قاعدة كلية مستفادة من الأخبار - كروايتي السكوني ومحمد بن مارد المتقدمين، وصحيفة عمر بن يزيد الآتية وغيرها - . ومن الإجماع على أنها لا تباع إلا لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظة الحق الحاصل منها بالاستيلاء - أعني تشبهاً بالحرية - ولذا كل من جوز البيع في مقام، لم يجوز إلا بعد إقامة الدليل الخاص. فلا بد من

التمسك بهذه القاعدة المنصوصة المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ثبوت ما هو أولى بالملاحظة في نظر الشارع من الحق المذكور، فلا يصفى إذاً إلى منع الدليل على المنع كلياتاً والتمسك بأصالة صحة البيع من حيث قاعدة تسلط الناس على أموالهم حتى يثبت المخرج.

ثم إن المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكليات المذكورة في الجملة، لكن المحكي في السرائر عن السيد^{عليه السلام} عموم المنع وعدم الاستثناء. وهو غير ثابت، وعلى تقدير الثبوت فهو ضعيف، يرده مضافاً إلى ما ستعرف من الأخبار - قوله^{عليه السلام} في صحيحة زرارة وقد سأله عن أم الولد، قال: «تباع وتورث، وحدها حد الأمة» بناء على حملها على أنها قد يعرض لها ما يجوز ذلك.

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

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

أما بعد الموت، فالمشهور الجواز، بل عن الروضة: أنه موضع وفاق، وعن جماعة: أنه لا خلاف فيه ولا ينافي ذلك مخالفة السيد في أصل المسألة، لأنهم يريدون نفي الخلاف بين القائلين بالاستثناء في بيع أم الولد، أو القائلين باستثناء بيعها في ثمن رقبته، في مقابل صورة حياة المولى المختلف فيها.

وكيف كان، فلا إشكال في الجواز في هذه الصورة، لالما قيل: من قاعدة

تسلط الناس على أموالهم، لما عرفت من انقلاب القاعدة إلى المنع في خصوص هذا المال، بل لمارواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك عن مسألة، فقال: سل. قلت: لِمَ باع أمير المؤمنين -صلوات الله وسلامه عليه- أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن. قلت: فكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ولم يؤد ثمنها، ولم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ منها ولدها وبيعت، وأدى ثمنها. قلت: فيبئن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا.»

وفي رواية أخرى لعمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام، قال: «سألته عن أم الولد، تباع في الدين؟ قال: نعم، في ثمن رقبته، ومقتضى إطلاقها، بل إطلاق الصحيحة -كما قيل -: ثبوت الجواز مع حياة المولى كما هو مذهب الأكثر، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً. نعم، تردّد فيه الفاضلان، وعن نهاية المرام والكفاية: أن المنع نادر، لكنّه لا يخلو عن قوة وربما يتوهم القوة من حيث توهم تقييدها بالصحيحة السابقة، بناءً على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى، كما يشهد به قوله فيها: «ولم يدع من المال... الخ»، فبدل على نفي الجواز عمّا سوى هذا الفرد، إمّا لورودها في جواب السؤال عن موارد بيع أمهات الأولاد، فبدل على الحصر. وإمّا لأن نفي الجواز في ذيلها فيما سوى هذه الصورة يشمل بيعه في الدين مع حياة المولى. واندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح.

نعم، يمكن أن يقال في وجه القوة - بعد الغض عن دعوى ظهور قوله: «تباع في الدين» في كون البائع غير المولى في ما بعد الموت -: أن النسبة بينها وبين رواية ابن مارد المتقدمة عموم من وجه، فيرجع إلى أصالة المنع الثابتة بما تقدّم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها.

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

فيقال بمنع الإجماع في محل الخلاف، سيما مع كون المخالف جَلَّ المجمعين، بل كلَّهم إلا نادراً، وحينئذٍ فالمرجع إلى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم». لكن التحقيق خلافه، وإن صدر هو عن بعض المحققين، لأنَّ المستفاد من النصوص والفتاوى: أنَّ استيلاء الأمة يحدث لها حقاً مانعاً عن نقلها، إلا إذا كان هناك حقٌّ أولى منه بالمراعاة.

وربما توهم معارضة هذه القاعدة وجوب أداء الدين، فيبقى قاعدة «السلطنة» وأصالة بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء، ولا يعارضها أصالة بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها، لأنَّ بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين، كما لا يخفى. ويندفع أصل المعارضة بأنَّ أدلَّة وجوب أداء الدين مقيّدة بالقدرة العقلية والشرعية، وقاعدة المنع تنفي القدرة الشرعية، كما في المرهون والموقوف. فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد الظاهر في عدم كون بيعها في ثمن رقبته، كما يشهد به قوله: «فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها»، مع أنَّ ظاهر البداء في البيع ينافي الاضطرار إليه لأجل ثمنها.

وبالجملة، فبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت، لإشكال في رجحان دلالتها على دلالة رواية ابن مارد على المنع، كما يظهر بالتأمل، مضافاً إلى اعتضاها بالشهرة المحققة. والمسألة محلّ إشكال. ثمَّ على المشهور من الجواز، فهل يعتبر فيه عدم ما يفى بالدين ولو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير، أو ماعداها كما عن جماعة؟ الأقوى هو الثاني، بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق، لأنَّ الحكم بالجواز في هذه الصورة في النصِّ والفتوى مسوق لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهة الاستيلاء، فتكون ملكاً طليقاً كسائر الأملاك التي يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات.

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

وحاصل الجواب: تقرير ذلك في خصوص ثمن الرقبة، فيكون ثمن الرقبة بالنسبة إلى أم الولد كسائر الديون بالنسبة إلى سائر الأموال. ومما ذكر يظهر: أنه لو كان نفس أم الولد مما يحتاج إليها المولى للخدمة فلا تباع في ثمن رقبتها، لأن غاية الأمر كونها بالنسبة إلى الثمن كجارية أخرى يحتاج إليها. ومما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن ومؤونة التجهيز، فإذا كان للميت كفن وأم ولد، يبعث في الدين دون الكفن، إذ يصدق أن الميت لم يدع ما يؤدي عنه الدين عداها، لأن الكفن لا يؤدي عنه الدين. ثم إنه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع، أو استدان الثمن واشترى به. أما لو اشترى في الذمة ثم استدان ما أوفى به البائع فليس يبيعها في ثمن رقبتها، بل ربما تؤمل فيما قبله، فتأمل. ولا فرق بين بقاء جميع الثمن في الذمة أو بعضه، ولا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليه. نعم، لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه، كما عن غاية المراد التصريح به.

ولو كان الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى يبيعها قبل حلول الأجل وإن كان مأبوساً من الأداء عند الأجل. وفي اشتراط مطالبة البائع، أو الاكتفاء باستحقاقه ولو امتنع عن التسلم، أو الفرق بين رضاه بالتأخير وإسقاطه لحق الحلول وإن لم يسقط بذلك وبين عدم المطالبة فيجوز في الأول دون الثاني وجوه، أحوطها الأول، ومقتضى الإطلاق الثاني. ولو تبرع متبرعاً بالأداء، فإن سلم إلى البائع برئت ذمة المشتري ولا يجوز بيعها، وإن سلم إلى المولى أو الورثة، ففي وجوب القبول نظر، وكذا لو أرضى البائع باستسمائها في الأداء. ولو دار الأمر بين بيعها ممن تنعتق عليه أو بشرط العتق، وبيعها من غيره، ففي وجوب تقديم الأول وجهان. ولو أدى الولد ثمن نصيبه، انعتق عليه، وحكم الباقي يعلم من مسائل السراية. ولو أدى ثمن

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

وفي إلحاق الشرط المذكور في متن العقد بالثمن - كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مدة معيّنة - إشكال.

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

وأما بيعها في دين آخر، فإن كان مولاها حيّاً، لم يجز إجماعاً على الظاهر المصرّح به في كلام بعض. وإن كان بيعها بعد موته، فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضاً، لأصالة بقاء المنع في حال الحياة، ولإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمتين منطوقاً ومفهوماً. وبهما يخصّص ما دلّ بعمومه على الجواز ممّا يتخيّل صلاحيته لتخصيص قاعدة المنع عن بيع أمّ الولد، كمفهوم مقطوعة يونس: «في أمّ ولد ليس لها ولد، مات ولدها، ومات عنها صاحبها ولم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا، لا يحلّ لأحد تزويجها إلاّ بعثت من الورثة، وإن كان لها ولدٌ وليس على الميت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه وتستسعي في بقية ثمنها».

خلافاً للمحكّي عن المبسوط، فجوّز البيع حينئذٍ مع استغراق الدين والجواز ظاهر اللمعتين وكثر العرفان والصيمري. ولعلّ وجه تفصيل الشيخ: أنّ الورثة لا يرثون مع الاستغراق، فلا سبيل إلى انعقاد أم الولد الذي هو الغرض من المنع عن بيعها. وعن نكاح المسالك: أنّ الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً، وإنّ مُنع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين، فينعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين، ويلزمه أداء قيمة النصيب من ماله. وربما يتنصر للمبسوط على المسالك:

أولاً: بأنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها: أنّ ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلاً، وإنّما الكلام في باقي الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمة أمّه، هل تقوم عليه، أو تسمى هي في أداء قيمتها؟

وثانياً: بأنّ النصيب إذا نسب إلى الوارث، فلا يراد منه إلّا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين وسائر ما يخرج من الأصل. والمقصود منه النصيب المستقرّ الثابت، لا النصيب الذي يحكم بتملك الوارث له، تفصيلاً من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

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

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

لا يقوله أحد من الأصحاب، وينبغي القطع ببطلانه.

ويمكن دفع الأول: بأنَّ المستفاد من ظاهر الأدلة انعتاقها من نصيب ولدها حتى مع الدين المستغرق، فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد، لكن ذلك لا ينافي اشتغال ذمة الولد قهراً بقيمة نصيبه أو وجوب بيعها في القيمة جمعاً بين ما دلَّ على الانعتاق على الولد الذي يكشف عنه إطلاق النهي عن بيعها، وبين ما دلَّ على أنَّ الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حقَّ الديان، غاية الأمر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص وعدم كونه كسائر الأموال التي يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها ودفع عينها إلى الديان، ويكون لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين.

والحاصل: أنَّ مقتضى النهي عن بيع أمِّ الولد في دين غير ثمنها بعد موت المولى، عدم تسلط الديان على أخذها ولو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمة، وعدم تسلط الولد على دفعها وفاءً عن دين أبيه، ولازم ذلك انعتاقها على الولد. فيتردّد الأمر حينئذٍ: بين سقوط حقَّ الديان عن ما قابلها من الدين، فتكون أمِّ الولد نظير مؤونة التجهيز التي لا يتعلّق حقَّ الديان بها. وبين أن يتعلّق حقَّ الديان بقيمتها على من تلف في ملكه وتنتعت عليه، وهو الولد. وبين أن يتعلّق حقَّ الديان بقيمتها على رقبته، فتسعى فيها. وبين أن يتعلّق حقَّ الديان بمنافعها، فلمن أن يؤجرها مدة طويلة في أجرتها بدينهم، كما قيل يتعلّق حقَّ الغرماء بمنافع أمِّ ولد المفلّس.

ولا إشكال في عدم جواز رفع اليد عمّا دلَّ على بقاء حقَّ الديان متعلقاً بالتركة، فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين، فتنتعت على كلّ حال، ويبقى الترجيح بين الوجهين محتاجاً إلى التأمل. وممّا ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثاني، فإنَّ مقتضى المنع عن بيعها مطلقاً أو في دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها.

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

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

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

فالأصاطح حيثئذ: أنه ينعق على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه، فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين، كان ذلك في رقبته. ومما ذكرنا يظهر أيضاً: أنه لو كان غير ولدها أيضاً مستحقاً لشيء منها بالإرث لم يملك نصيبه مجاناً، بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسمى أم الولد كما لو لم يكن دين، فينعق نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمة حصته التي فكها من الديان، وإما أن يخلي بينها وبين الديان فتنعق أيضاً عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم. وأما حرمان الديان عنها عيناً وقيمة وإرث الورثة لها وأخذ غير ولدها قيمة حصته منها أو من ولدها وصرفها في غير الدين فهو باطل لمخالفته لأدلة ثبوت حق الديان من غير أن يقتضي النهي عن التصرف في أم الولد لذلك.

ومما ذكرنا يظهر ما في قول بعض من أورد على ما في المسالك بما ذكرناه: أن الجمع بين فتاوى الأصحاب وأدلتهم مشكل جداً، حيث إنهم قيدوا الدين بكونه ثمناً وحكموا بأنها تعق على ولدها من نصيبه، وأن ما فضل عن نصيبه ينعق بالسرابة وتسمى في أداء قيمته. ولو قصدوا: أن أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين - كالكفن - عملاً بالنصوص المزبورة، فله وجه، إلا أنهم لا يعدون ذلك من المستثنيات، ولا ذكر في النصوص صريحاً، انتهى.

وأنت خير بأن النصوص المزبورة لا تقتضي سقوط حق الديان، كما

لا يخفى.

ومنها: تعلق كفن مولاها بها - على ما حكاه في الروضة - بشرط عدم كفاية بعضها له، بناءً على ما تقدم نظيره في الدين: من أن المنع لغاية الإرث، وهو مفقود مع الحاجة إلى الكفن، وقد عرفت أن هذه حكمة غير مطردة ولا منعكسة. وأما بناءً على ما تقدم: من جواز بيعها في غير ثمنها من الدين مع أن الكفن يتقدم على الدين فبيعها له أولى، بل اللازم ذلك أيضاً، بناءً على حصر الجواز في بيعها في ثمنها، بناءً على ما تقدم من أن وجود مقابل الكفن الممكن صرفه في ثمنها لا يمنع عن بيعها، فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاد، وإلا لُصِرَفَ مقابله في ثمنها ولم تُبِع.

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

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

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

وتردّد الأمر بين حقّها وحقّ مولاها الميت، فلادليل على تقديم حقّ مولاها، ليخصّص به قاعدة المنع عن بيع أم الولد، عدا ما يدعى: من قاعدة تعلق حق الكفن بمال الميت. لكن الظاهر اختصاص تلك القاعدة بما إذا لم يتعلق به حقّ سابق مانع من التصرف فيه، والاستيلاد من ذلك الحقّ، ولو فرض تعارض الحقيين فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن، فتأمل. نعم، يمكن أن يقال نظير ما قيل في الدين: من أنّ الولد يرث نصيبه وينعتق عليه ويتعلّق بذمته مؤونة التجهيز، أو تستسي أمّه ولو بايجار نفسها في مدّة وأخذ الأجرة قبل العمل وصرّفها في التجهيز. والمسألة محل إشكال.

ومنها: ما إذا جنت على غير مولاها في حياته، أمّا بعد موته، فلا إشكال في حكمها، لأنّها بعد موت المولى تخرج عن التشبّث بالحرية، إمّا إلى الحرّية الخالصة، أو الرقيّة الخالصة. وحكم جنابتها عمداً: أنّه إن كان في مورد ثبت القصاص، فللمجنّي عليه القصاص، نفساً كان أو طرفاً، وله استرقاقها كلّاً أو بعضاً على حسب جنابتها، فيصير المقدار المسترقّ منها ملكاً طليقاً.

وربما تخيل بعض أنّه يمكن أن يقال: إنّ رقيتها للمجنّي عليه لا تزيد على رقيتها للمالك الأوّل، لأنّها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأوّل. ثم ادّعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلّة المنع خصوصاً صحيحة عمر بن يزيد -المتقدّمة- في عدم بيع أم الولد مطلقاً. والظاهر أنّ مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلاً، وإلّا فهو احتمال مخالف للإجماع والنص الدالّ على الاسترقاق، الظاهر في صيرورة الجاني رقاً خالصاً. وما وجّه به هذا الاحتمال: من أنّها تنتقل إلى المجنّي عليه على حسب ما كانت عند الأوّل، فيه: أنّه ليس في النصّ إلّا الاسترقاق، وهو جعلها رقاً له كسائر الرقيق، لانتقالها عن المولى الأوّل إليه حتى يقال: إنّها إنّما كان على النحو الذي كان للمولى الأوّل.

والحاصل: أَنَّ المستفاد بالضرورة من النصّ والفتوى: أَنَّ الاستيلاء يحدث للأمة حقاً على مستولدها يمنع من مباشرة بيعها ومن البيع لغرض عائد إليه، مثل قضاء ديونه، وكفنه، على خلاف في ذلك. وإن كانت الجناية خطأً: فالمشهور أَنَّها كغيرها من المماليك، يتخير المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجناية منها إلى المجنّي عليه، وبين أن يفديها بأقلّ الأمرين على المشهور، أو بالأرض على ما عن الشيخ وغيره. وعن الخلاف والسرائر واستيلاء المبسوط: أَنّه لا خلاف في أَنَّ جنائتها تتعلّق برقبته. لكن عن ديات المبسوط: أَنَّ جنائتها على سيدها بلا خلاف إلّا من أبي ثور، فإنّه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق وهو مخالف لما في الاستيلاء من المبسوط. وربما يوجّه بإرادة نفي الخلاف بين العامة، وربما نسب إليه الغفلة، كما عن المختلف. والأظهر: أَنَّ المراد بكونها على سيدها عود خسارة الجناية على السيّد، في مقابل عدم خسارة المولى - لا من عين الجاني ولا من مال آخر - وكونها في ذمة نفسها تتبع بها بعد العتق، وليس المراد وجوب فدائها. وعلى هذا أيضاً يحمل ما في رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام، «قال: أمّ الولد جنائتها في حقوق الناس على سيدها، وما كان من حقوق الله في الحدود، فإنّ ذلك في بدنها»، فمعنى كونها على سيدها: أَنَّ الأمة بنفسها لا تتحمّل من الجناية شيئاً. ومثلها ما أرسل عن علي عليه السلام في: «المعتق عن دبر هو من الثلث، وما جنى هو والمكاتب وأمّ الولد فالمولى ضامن لجنائتهم». والمراد من جميع ذلك: خروج دية الجناية من مال المولى المرّد بين ملكه الجاني أو ملك آخر.

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

خلافاً للمحكي عن موضع من المبسوط والمهذّب والمختلف: من تعيين

الفداء على السيد. ولعله للروايتين المؤيدتين بأن استيلاء المولى هو الذي أبطل أحد طرفي التخيير فتعين عليه الآخر، بناءً على أنه لا فرق بين إبطال أحد طرفي التخيير بعد الجناية - كما لو قتل أو باع عبده الجاني - وبين إبطاله قبلها، كالأستيلاء الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها. وقد عرفت معنى الروايتين، والمؤيد مصادرة لا يبطل به إطلاق النصوص.

ومنها: ما إذا جنت على مولاها بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجني عليه غير المولى، فهل تعود ملكاً طليقاً بجنابتها على مولاها، فيجوز له التصرف الناقل فيها - كما هو المحكي في الروضة عن بعض وعدّها السيوري من صور الجواز - أم لا؟ كما هو المشهور، إذ لم يتحقق بجنابتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها، وأما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل.

وما يقال في توجيهه: من «أن الأسباب الشرعية تؤثر بقدر الإمكان، فإذا لم تؤثر الجناية الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد، وهو استقلال جديد في التصرف فيها، مضافاً إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاف رقابهن الذي أنيط به الجواز في صحيحة ابن يزيد المتقدمة مضافاً إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجاني عمداً» فمندفع بما لا يخفى.

وأما الجناية على مولاها خطأً، فلا إشكال في أنها لا تجوز التصرف فيها، كما لا يخفى، وروى الشيخ - في الموثق - عن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام: «أم الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهي حرة لا سعاية عليها». وعن الشيخ والصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب، عن جعفر، عن أبيه - صلوات الله وسلامه عليهما -: «أن أم الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهي حرة لا سبيل عليها، وإن قتلت عمداً قتلت به».

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

سعت في قيمتها». ويمكن حملها على سعيها في بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها. وعن الشيخ - في التهذيب والاستبصار -: الجمع بينهما بغير ذلك، فراجع. ومنها: ما إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديتها، فإنّها لو لم تكن مستولدة كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني وأخذ قيمتها، وبين إمسакها، ولا شيء له، لأنّلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض، ففي المستولدة يحتمل ذلك، ويحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ القيمة، ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبة. وأمّا احتمال منع الجاني عن أخذها وعدم تملكها لها بعد أخذ الدية منه، فلا وجه له، لأنّ الاستيلاء يمنع عن المعاوضة أو ما في حكمها، لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض بحكم الشرع. والمسألة من أصلها موضع إشكال، لعدم لزوم الجمع بين العوض والمعوض، لأنّ الدية عوض شرعي عما فات بالجناية، لا عن رقبة العبد. وتمام الكلام في محلّه.

ومنها: ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت، حكاها في الروضة. وكذا لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون - فكأنه فيما إذا أسرها غير مولاها فلم يثبت كونها أمة المولى إلا بعد القسمة، وقلنا بأنّ القسمة لا تنقص ويفرغ الإمام قيمتها لمالكها - لكن المحكي عن الأكثر والمنصوص: أنّها تردّ على مالكها، ويفرغ قيمتها للمقاتلة.

ومنها: ما إذا خرج مولاها عن الذمة وملكته أمواله التي هي منها. ومنها: ما إذا كان مولاها ذميّاً وقتل مسلماً، فإنه يدفع هو وأمواله إلى أولياء المقتول. هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأوّل، وهو ما إذا عرض لأّم الولد حق للغير أقوى من الاستيلاء.

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

ما إذا أسلمت وهي أمة ذمّي، فإنها تباع عليه، بناءً على أن حقّ إسلامها المقتضي لعدم سلطنة الكافر عليها أولى من حقّ الاستيلاء المعرّض للمعتق. ولو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع عمومات صحّة البيع دون قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» المقتضية لعدم جواز بيعها عليه، لأنّ المفروض: أنّ قاعدة «السلطنة» قد ارتفعت بحكومة أدلّة نفي سلطنة الكافر على المسلم، فالمالك ليس مسلطاً قطعاً ولا حقّ له في عين الملك جزماً. إنّما الكلام في تعارض حقّي أم الولد من حيث كونها مسلمة فلا يجوز كونها مقهورة بيد الكافر، ومن حيث كونها في معرض العتق فلا يجوز إخراجها عن هذه العرصة. والظاهر أنّ الأوّل أولى، للاعتبار، وحكومة قاعدة «نفي السبيل» على جُلّ القواعد، ولقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه». ومما ذكرنا ظهر: أنّه لا وجه للتمسك باستصحاب المنع قبل إسلامها، لأنّ الشكّ إنّما هو في طرّو ما هو مقدّم على حقّ الاستيلاء والأصل عدمه، مع إمكان معارضة الأصل بمثله لو فرض في بعض الصور تقدّم الإسلام على المنع عن البيع. ومع إمكان دعوى ظهور قاعدة المنع في عدم سلطنة المالك وتقديم حقّ الاستيلاء على حقّ الملك، فلا ينافي تقديم حقّ آخر لها على هذا الحقّ.

ومنها: ما إذا عجز مولاها عن نفقتها ولو بكسبها، فتباع على من ينفق عليها، على ما حكى عن اللمعة وكنز العرفان وأبي العباس والصيمري والمحقّق الثاني. وقال في القواعد: لو عجز عن الإنفاق على أمّ الولد أمرت بالتكسّب، فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال، ولا يجب عتقها، ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب، ولو تعدّر الجميع ففي البيع إشكال، انتهى.

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

كفايةً على جميع من أطلع عليها. ولو فرض عدم ذلك أيضاً، أو كون ذلك ضرراً عظيماً عليها، فلا يبعد الجواز، لحكومة أدلة نفي الضرر، ولأنّ رفع هذا عنها أولى من تحملها ذلك، رجاءً أن تمنع من نصيب ولدها، مع جريان ما ذكرنا أخيراً في الصورة السابقة: من احتمال ظهور أدلة المنع في ترجيح حق الاستيلاء على حق مالکها، لا على حقها الآخر، فتدبر.

ومنها: بيعها على من تمنع عليه - على ما حكى من الجماعة المتقدم إليهم الإشارة - لأنّ فيه تعجيل حقها. وهو حسن لو علم أنّ العلة حصول العتق، فلعلّ الحكمة انعتاق خاص، اللهمّ إلا أن يستند إلى ما ذكرنا أخيراً في ظهور أدلة المنع، أو يقال: إن هذا عتق في الحقيقة. ويلحق بذلك بيعها بشرط العتق، فلو لم يف المشتري احتمال وجوب استردادها، كما عن الشهيد الثاني. ويحتمل إجبار الحاكم أو العدول للمشتري على الإعتاق، أو إعتاقها عليه قهراً. وكذلك بيعها ممن أقرّ بحريتها. ويشكل بأنّه إن علم المولى صدق المقرّ لم يجز له البيع وأخذ الثمن في مقابل الحرّ، وإن علم بكذبه لم يجز أيضاً، لعدم جواز بيع أمّ الولد. ومجرد صيرورتها حرّة على المشتري في ظاهر الشرع مع كونها ملكاً له في الواقع، وبقاءها في الواقع على صفة الرقبة للمشتري لا يجوز البيع، بل الحرّية الواقعية وإن تأخرت أولى من الظاهرية وإن تعجلت.

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

ومن القسم الثالث - وهو ما يكون الجواز لاحقاً سابقاً على الاستيلاء - ما إذا

كان علوقها بعد الرهن، فإن المحكي عن الشيخ والحلي وابن زهرة والمختلف والتذكرة واللمعة والمسالك والمحقق الثاني والسيوري وأبي العباس والصيمري: جواز بيعها حينئذٍ. ولعلّه لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض أدلة حكم الرهن، وأدلة المنع عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها. خلافاً للمحكي عن الشرائع والتحرير، فالمنع مطلقاً. وعن الشهيد في بعض تحقیقاته: الفرق بين وقوع الوطاء بإذن المرتهن، ووقوعه بدونه. وعن الإرشاد والقواعد: التردد، وتمام الكلام في باب الرهن.

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

ومنها: ما إذا كان علوقها بعد جنابتها، وهذا في الجنابة التي لا تجوز البيع لو كانت لاحقة، بل يلزم المولى الفداء وأما لو قلنا بأن الجنابة اللاحقة أيضاً ترفع المنع لم يكن فائدة في فرض تقديمها.

ومنها: ما إذا كان علوقها في زمان خيار بائعها، فإن المحكي عن الحلي جواز استردادها مع كونها ملكاً للمشتري ولعله لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاء. خلافاً للعلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم، فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمة أم الولد. ولعلّه لصيرورتها بمنزلة التالف، والفسخ بنفسه لا يقتضي إلا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن، وأما وجوب رد العين فهو من أحكامه لو

لم يمتنع عقلاً أو شرعاً، والمانع الشرعي كالعقلي.

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

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

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

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

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

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

ومنها: ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فُسخت كتابته، فللمولى أن يبيعه - على ما حكاه في الروضة عن بعض الأصحاب - بناءً على أن مستولده أمّ ولد بالفعل غير معلق على عتقه فلا يجوز له بيع ولدها.

والقسم الرابع: وهو ما كان يقاؤها في ملك المولى غير معرّض لها للعتق، لعدم توريث الولد من أبيه، لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب من طرف الأمّ أو الأب واقعاً، لفجور، أو ظاهراً، باعتراف. ثم إن لم نذكر في كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلاً من كثير ما يتحمّله من الكلام، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه. مسألة: ومن أسباب خروج الملك عن كونه طليقاً: كونه مرهوناً [١].

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

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

(١) الخلاف ٣: ٢٥٣، كتاب الرهن، ذيل المسألة، وحكاه عنه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٨٨.

(٢) مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٩، وحكاه عنه المحقّق التستري في المقابس: ١٨٨.

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

فإنّ الظاهر - بل المقطوع به - : الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون وحكى عن الخلاف اجماع الفرقة وأخبارهم على ذلك. وقد حكى الإجماع عن غيره أيضاً. وعن المختلف - في باب تزويج الأمة المرهونة - أنّه أرسل عن النبي ﷺ «أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف».

حكم المسألة أو على القاعدة التي يكون تطبيقها على المسألة واستفادة حكمها منها مبتنياً على الاجتهاد منه ﷺ، وهذا بقريئة دعواه الإجماع في المسائل المختلف فيها بين الأصحاب، بل المراد من الأخبار في ذلك الكتاب أيضاً ذلك لا خصوص ورود الخبر في حكم المسألة. وعلى ذلك فيمكن أن يكون اعتماده ﷺ في منع الراهن عن بيع الرهن على زعمه بأن عدم الجواز في موارد تعلق حق الغير بالمال مورد التسالم، مع ورود الرواية في بعضها والمقام من تلك الموارد، ويؤيد ذلك أنه لو كان في خصوص المسألة أخبار لنقلها في تهذيبه واستبصاره لوضعهما لنقل الأخبار.

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

والحاصل: أنه لا يجوز للراهن التصرف بما ينافي عقد الرهن، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بعقده، وأمّا ما لا ينافي عقد الرهن فيجوز، باعتبار عدم ثبوت المنع عنه، بل في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل رهن جاريتة قوماً، أيحلّ له أن يطأها؟ قال: فقال: إن الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها، قلت: أرايت إن قدر عليها خالياً؟ قال: نعم، لا أرى به بأساً»^(١). وفي صحيحة الحلبي قال: «سألت

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

وإنما الكلام في أن بيع الرهن هل يقع باطلاً من أصله أو يقع موقوفاً على الإجازة أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟ فظاهر عبارة جماعة من القدماء وغيرهم الأول إلا أن صريح الشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة وجمهور المتأخرين

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

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

(١) المصدر السابق: الحديث ٢.

(٢) التذكرة ١: ٤٦٥، والقواعد ١: ١٢٦، والدروس ٣: ٢٠٠، واللمعة الدمشقية: ١١٢، وجامع المقاصد ٤:

٩٩ وغيرهم.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

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

[١] بناءً على تعلق النهي ببيع الرهن كما إذا اعتمدنا على مرسلة «المختلف»^(١) أو ما في «الخلاف»^(٢) فهل يكون بيعه موقوفاً على إجازة المرتهن أو يكون كبيع الوقف وأمّ الولد في وقوعه باطلاً؟ ذكر عليه السلام بما حاصله: أن الأظهر هو الأول، كما هو مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد^(٣) وإطلاق دليل حل البيع^(٤)، فإن المانع عن شمولهما وهو حق المرتهن في العين يسقط بإجازته. ويدلّ عليه أيضاً ما ورد^(٥) في نكاح العبد بلا إذن سيده فإن ظاهره كما مر في بيع الفضولي، أن كل عقد يكون النهي عنه باعتبار رعاية حق الآخر يرتفع عنه النهي ويتمّ ذلك العقد بسقوط ذلك الحق ورضا صاحبه به، بخلاف ما إذا كان النهي عنه لمنع الشارع عنه وضعباً بالأصالة فإنه لا يصحّ ولا يلحق به رضا الله وإمضاؤه. بل يمكن الاستفادة لزوم عقد الراهن بإجازة المرتهن من فحوى صحة بيع الفضولي بلحوق رضا المالك به، والوجه في الفحوى نقص بيع الفضولي من جهة عدم استناده إلى المالك وعدم رضاه به، بخلاف المقام، حيث إن النقص فيه من جهة عدم رضا المرتهن فقط، وإذا كانت الإجازة في البيع فضولاً مصحّحة للجتهتين فتصححها الجهة الواحدة أولى.

(١) و(٢) مرّ آنفاً.

(٣) للآية «أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ» سورة المائدة: الآية ١.

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

(٥) وسائل الشيعة ٢١: ١١٤-١١٥، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و٢.

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

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

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

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

(١) التذكرة ١: ٤٦٥.

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

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

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

وقد فصلّ القائل المزبور فيها بأنها فيما كانت صادرة عن المالك لا تكون موقوفة؛ لأن المعاملة الصادرة عن المالك أصالة لانيابة، ولو تعلق بها نهى تكون فاسدة، وإلا صحت فعلاً، بخلاف الاعتباريات الصادرة عن غير المالك فإنها لو وقعت على وجه الظلم والعدوان على المالك بحيث تكون محرمة فلا تصح بلحوق الإجازة كبيع الغاصب، بخلاف ما إذا وقعت على وجه النياابة عن المالك فإنه لا يتعلق بها

ولا تحلله الإجازة المتعقبة وإن كان عقداً أو إيقاعاً، فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك، فالظاهر أنه كذلك - كما سبق في الفضولي - وبالأولى فلا يعد تصرفاً يتعلّق به النهي، فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرماً، وقد لا يكون كذلك. وكذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن وغصب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتهان كان منهياً عنه. وإن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغة، فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلّق به نهياً أصلاً.

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

ثم قال: وبالجمله، فالذي يظهر بالتّبع في الأدلة: أنّ العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على إجازته، وأما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت منه وكان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين، بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم. وأما التعليل

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

المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله: «لم يعص الله وإنما عصى سيده... إلى آخره»، فهو جار في من لم يكن مالكا كما أن العبد لا يملك أمر نفسه، وأما المالك المحجور عليه، فهو عاصٍ لله بتصرفه. ولا يقال: إنه عصى المرتهن، لعدم كونه مالكا، وإنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، وما ذكرناه جارٍ في كل مالك متولٍّ لأمر نفسه إذا حُجر على ماله لعارض - كالفلس وغيره - فيحكم بفساد الجميع. وربما يتجّه الصّحة فيما إذا كان الغرض [١] من الحَجْر رعاية مصلحة كالشفعة فالقول بالبطلان هنا - كما اختاره أساطين الفقهاء - هو الأقوى، انتهى كلامه رفع مقامه.

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

[١] يعني ربما يقال بصحة بيع المالك بلحوق إجازة ذي الحق فيما كان نهى المالك عن بيع ماله لرعاية مصلحة الآخر، كنهى المشتري عن بيع الحصّة التي اشتراها فإن الحجر عليه من بيع تلك الحصّة لرعاية مصلحة الشريك الآخر؛ ليتمكن من الأخذ بالشفعة. وفي هذا القسم يقال بصحة بيع المشتري المزبور فيما أجازة الشريك الشفيح.

أقول: وعلى ذلك يكون بيع الراهن أيضاً كذلك، فإن الحجر على الراهن باعتبار رعاية مصلحة المرتهن، والمراد بـ«هنا» في قوله: فالقول بالبطلان هنا هو الأقوى^(١)، هو بيع الراهن، فتدبر.

[٢] النهي عن المعاملة ظاهرها الإرشاد إلى فسادها، يعني عدم إمضاء الشارع لها

أولاً: أن نظير ذلك يتصور في بيع الراهن، فإنه قد يبيع رجاءً لإجازة المرتهن ولا ينوي الاستقلال، وقد يبيع جاهلاً بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، ولا حرمة في شيء من ذلك.

وثانياً: أن المتيقن من الإجماع والأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن على ما يقتضيه عبارة معقد الإجماع والأخبار، أعني قولهم: «الراهن والمرتهن ممنوعان»، ومعلوم أن المنع في المرتهن إنما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً، وحاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن والوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال وعدم مراجعة صاحبه في ذلك. وإثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، ومع عدمه يرجع إلى العمومات.

وصرفه إلى التكليف يحتاج إلى قيام قرينة، ومع قيام القرينة على كونه تكليفاً فلا ملازمة بين المنع عن المعاملة بمعناها المصدري وثبوت أثرها على تقدير إنشائها؛ ولذا لا يقتضي النهي عن المعاملة فسادها، حيث إن النهي عنها - كما ذكر - كون صدورها مبغوضاً. وأما ترتب الأثر عليها بعد صدورها أخذاً بعموم: «أَوْقُوا بِالْقَعُودِ»^(١)، وإطلاق دليل حل البيع^(٢)، بمعنى إمضائها، فلا ينافي النهي المزبور، وهذا حال النهي عن معاملة بعنوانها.

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

(١) سورة المائدة: الآية ١.

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

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

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

وبالجملة، فالمستفاد من طريقة الأصحاب، بل الأخبار: أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفي إذنه السابق لا يقتضي الإبطال رأساً، بل إنما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعة ذي الحق. ويندرج في ذلك: الفضولي وعقد الراهن، والمفلس، والمريض، وعقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، وللأمة على الحرّة وغير ذلك، فإنّ النهي في جميع ذلك إنّما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من العقد عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون مدخلة رضا غير المتعاقدين. وقد يتخيّل وجه آخر [١]

العبد المسلم منه والوفاء بها، فالظاهر عدم صحة تلك المعاملة، وذلك فإنّ كون المعنى الاسم المصدرى مبعوضاً مقتضاه عدم إمضاء الشارع له، حيث إن إمضاء الملك المزبور تقوية للكفر وجعل سبيل للكافر على المسلم.

وبتعبير آخر: لا يمكن الأمر بالوفاء بتلك المعاملة المقتضية للقبض والإقباض مع النهي عن تقوية الكفر وترويج الباطل، وجعل الكافر أعلى من المسلم.

[١] وحاصله: أن إجازة المرتهن كاشفة عن دخول العين في ملك المشتري من

زمان بيع الراهن، فيلزم أن يكون ملك غير المديون، يعني المشتري، رهناً.

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

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

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

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

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

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

ثم إنَّ الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفةً أو ناقلةً هو الكلام في مسألة الفضولي. ومحصّله: أن مقتضى القاعدة النّقل [١] إلا أن الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى، لأنَّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى وهي هنا من قبيل رفع المانع، ومن أجل ذلك جوّزوا عتق الرّاهن هنا [٢] مع تعقّب إجازة المرتهن، مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة. والاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب - كما فعله المحقّق الثاني في كتاب الرهن، في مسألة عفو الراهن عن جناية الجاني على العبد المرهون - منافية لتمسّكهم في العتق

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

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

[١] قد تقدم في بحث الفضولي أن مقتضى القاعدة الكشف الحكمي لا النقل المعروف.

[٢] أي ومن أجل كون الإجازة في المقام من قبيل رفع المانع جوّزوا عتق الراهن

(١) للآية «وَأَحْلَلْنَا لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ» سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

بعمومات العتق، مع أنّ العلامة عليه السلام في تلك المسألة قد جَوَزَ العفو مراعى بفكّ الرهن.

هذا إذا رضي المرتهن بالبيع وأجازه. أما إذا أسقط حقّ الرهن، ففي كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلامٌ يأتي في افتكاك الرهن أو إبراء الدين. ثم إنه لا إشكال في أنّه لا ينعف الرد بعد الإجازة، وهو واضح. وهل ينعف الإجازة بعد الرد؟ وجهان: من أنّ الردّ في معنى عدم رفع اليد عن حقّه فله إسقاطه بعد ذلك، وليس ذلك كردّ بيع الفضولي، لأنّ المجيز هناك في معنى أحد المتعاقدين، وقد تقرّر أنّ رد أحد المتعاقدين مبطلٌ لإثشاء العاقد الآخر، بخلافه هنا، فإن المرتهن أجنبي له حقّ في العين.

ومن أنّ الإيجاب المؤثّر إنما يتحقّق برضا المالك والمرتهن، فرضاً كلّ منهما جزءاً مقومٌ للإيجاب المؤثّر، فكما أنّ ردّ المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم، كذلك ردّ المرتهن، وهذا هو الأظهر من قواعدهم.

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

(١) كما في النهاية: ٤٣٣، والشرائع ٢: ٨٢، والجامع للشرائع: ٨٨، وانظر مفتاح الكرامة ٥: ١١٦.

(٢) القواعد ١: ١٦٥.

(٣) الموجّه هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٥: ١٤٦.

ثم إنَّ الظاهر أنَّ فكَّ الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة، لسقوط حق المرتهن بذلك، كما صرَّح به في التذكرة وحكي عن فخر الإسلام والشهيد في الحواشي، وهو الظاهر من المحقق والشهيد الثانيين.

ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك - كما احتمله في القواعد - [١] بل بمطلق

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

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

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

(٢) للآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة: الآية ١.

(٣) للآية ﴿وَأَحْلِلْ لَكُمْ الْبَيْعَ﴾ سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

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

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

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

هذا، ولكنّ الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور [١] من جهة أن عدم تأثير بيع

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

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

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

وبهذا يظهر الفرق بين تمام البيع بعد انقضاء الرهن وبين نكاح العبد بلا إذن مولاه، حيث لا يصح الثاني بعته بعد النكاح، حيث إن نكاح العبد كان خارجاً عن عموم وجوب الوفاء بالعقد^(١)؛ لقصور المقتضي، حيث إن العبد لقصوره لا يستقل في نكاحه. وعدم تمام بيع الراهن كان لوجود المزاحم لا لقصور البائع.

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

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

وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيده، فهو قياس مع الفارق، لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير، لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح، إذ لا منافاة بين كونه عبداً وكونه زوجاً، ولأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره، ثم انعتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف.

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

هذا، ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. وقد تقدم عن القواعد - في مسألة عفو الراهن عن الجاني على المرهون -: أن الفك يكشف عن صحته. ويدل على الكشف أيضاً ما استدلوا به على الكشف في الفضولي: من أن العقد سبب تام... إلى آخر ما ذكره في الروضة وجامع المقاصد.

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

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

نعم، يمكن أن يقال بوجوب فكّه من مال آخر، إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثاني إلا بذلك، فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع. ويمكن أن يقال: إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، وأمّا دفع حقوق الغير وسلطته فلا يجب، ولذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة ويدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك. وكيف كان، فلو امتنع، فهل يباع عليه، لحقّ المرتهن، لاقتضاء الرهن ذلك وإن لم يزل ذلك إبطال بيع الراهن، لتقدم حقّ المرتهن؟ أو يجبر الحاكمُ الراهنَ على فكّه من مال آخر، جمعاً بين حقي المشتري والمرتهن اللّازمين على الراهن البائع؟ وجهان. ومع انحصار المال في المبيع فلا إشكال في تقديم حقّ المرتهن.

مسألة: إذا جنى العبد عمداً بما يوجب قتله أو استرقاق كَلِّه أو بعضه، فالأقوى صحة بيعه، وفاقاً للمحكّي عن العلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم، بل في شرح الصيمري: أنه المشهور، لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق

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

عن ملك مولاه، على ما هو المعروف عن عدا الشيخ في الخلاف كما سيجيء. وتعلّق حقّ المجنّي عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابليّة الانتفاع به. ومجرّد إمكان مطالبة أولياء المجنّي عليه له في كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسقط اعتبار ماليّته. وعلى تقدير تسليمه، فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير، فيكون موقوفاً على افتكاكه عن القتل والاسترقاق، فإن افتكّ لزم، وإلّا بطل البيع من أصله.

ويحتمل أن يكون البيع غير متزلزل، فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار، لوقوعه في ملكه، غاية الأمر أنّ كون المبيع عرضة لذلك عيب يوجب الخيار مع الجهل، كالمبيع الأرمد إذا عمي، والمريض إذا مات بمرضه. ويردّه: أنّ المبيع إذا كان متعلّقاً لحق الغير فلا يقبل أن يقع لازماً، لأدائه إلى سقوط حقّ الغير، فلا بدّ إمّا أن يبطل وإمّا أن يقع مراعى، وقد عرفت أنّ مقتضى عدم استقلال البائع في ماله ومدخلية الغير فيه: وقوع بيعه مراعى، لا باطلاً.

وبذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين بيع المريض الذي يخاف عليه من الموت، والأرمد الذي يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد، فإنّ الخوف في المثاليين لا يوجب نقصاناً في سلطنة المالك مانعاً عن نفوذ تملكه منجزاً، بخلاف تعلق حق الغير. اللهم إلا أن يقال: إنّ تعلّق حق المجنّي عليه لا يمنع من نفوذ تملكه منجزاً، لأنّ للبائع سلطنة مطلقة عليه، وكذا للمشتري، ولذا يجوز التصرف لهما فيه من دون مراجعة ذي الحق، غاية الأمر أنّ له التسلّط على إزالة ملكهما ورفعها بالإتلاف أو التملك، وهذا لا يقتضي وقوع العقد مراعى وعدم استقرار الملك.

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

في الخلاف البطلان، فإنه قال فيما حكى عنه: إذا كان لرجل عبد، فجبني، فباعه مولاة بغير إذن المجني عليه، فإن كانت جنايته توجب القصاص فلا يصح البيع، وإن كانت جنايته توجب الأرش صح إذا التزم مولاة الأرش. ثم استدلل بأنه إذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه، لأنه قد باع منه ما لا يملكه، فإنه حق للمجني عليه. وأما إذا وجب عليه الأرش صح، لأن رقبته سليمة، والجناية أرشها فقد التزمه السيد، فلا وجه يفسد البيع، انتهى.

وقد حكى عن المختلف: أنه حكى عنه في كتاب الظهار: التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجاني عمداً، حيث قال: إذا كان عبد قد جنى جناية فإنه لا يجزئ عتقه عن الكفارة، وإن كان خطأ جاز ذلك. واستدل بإجماع الفرق، فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمداً ينتقل ملكه إلى المجني عليه، وإن كان خطأ فدية ما جناه على مولاة، انتهى.

وربما يستظهر ذلك من عبارة الإسكافي المحكي عنه في الرهن، وهي: أن من شرط الرهن أن يكون الراهن مثبتاً لملكه إياه، غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبة بجنايته عن ملكه، انتهى.

وربما يستظهر البطلان من عبارة الشرائع أيضاً في كتاب القصاص، حيث قال: إنه إذا قتل العبد حرّاً عمداً فأعتقه مولاة صح، ولم يسقط القود، ولو قيل: لا يصح لئلا يبطل حق الولي من الاسترقاق، كان حسناً، وكذا بيعه وهبته، انتهى. لكن يحتمل قوياً أن يكون مراده بالصحة: وقوعه لازماً غير متزلزل كوقوع العتق، لأنه الذي يبطل به حق الاسترقاق، دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل والاسترقاق.

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

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

مسألة: إذا جنى العبد خطأ صحّ بيعه على المشهور، بل في شرح الصيمري: أنّه لا خلاف في جواز بيع الجانيّ إذا كانت الجناية خطأً أو شبه عمد، ويضمن المولى أقلّ الأمرين من قيمته ودية الجناية، ولو امتنع كان للمجنيّ عليه أو لوليّه انتزاعه، فيبطل البيع. وكذا لو كان المولى معسراً، فللمشتريّ الفسخ مع الجهالة لتزلزل ملكه ما لم يقده المولى، انتهى.

وظاهره أنّه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيّد، إلّا أنّ المحكيّ عن السرائر والخلاف: أنّه لا يجوز إلّا إذا فداءه المولى أو التزم بالفداء، لأنّه إذا باع ضمن. والأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع، لكونه ملكاً لمولاه، وتعلّق حقّ الغير لا يمنع عن ذلك، لأنّ كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأساً فضلاً عن تعلّق حقّ الغير. ولعلّ ما عن الخلاف والسرائر مبنيّ على أصلهما من بطلان الفضوليّ وما أشبهه من كل بيع يلزم من لزومه بطلان حقّ الغير، كما يؤول إليه استدلال الحلّي على بطلان البيع قبل التزامه وضمّانه: بأنّه قد تعلّق برقبة العبد الجانيّ فلا يجوز إبطاله. ومرجع هذا المذهب إلى أنّه لا واسطة بين لزوم البيع وبطلانه، فإذا صحّ البيع أبطل حقّ الغير. وقد تقدم غير مرّة: أنّه لا مانع من وقوع البيع مراعى بإجازة ذي الحقّ أو سقوط حقه، فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الدية أو أقلّ الأمرين - على الخلاف - وقع مراعى، فإنّ فداءه المولى أو رضي المجنيّ عليه بضمّانه فذاك، وإلّا انتزعه المجنيّ عليه من المشتريّ، وعلى هذا فلا يكون البيع موجباً لضمّان البائع حقّ المجنيّ عليه.

قال في كتاب الرهن من القواعد: ولا يجبر السيّد على فداء الجاني وإن رهنه أو باعه، بل يتسلّط المجنّي عليه، فإن استوعب الجناية القيمة بطل الرهن، وإلا ففي المقابل، انتهى.

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

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

مسألة: الثالث من شروط العوضين: القدرة على التسليم [١]، فإنّ الظاهر

[١] يعني من شروط العوضين كون تسليمهما مقدوراً، نظير ما يذكر في ناحية كون مقدارهما معلوماً، ثمّ إنه قد لا يكون الشيء مع عدم التمكن على تسليمه مالاً ولا يقع مورد رغبة لبيدّل له مال، وهذا لا إشكال في عدم جواز بيعه ولو أنّ الشيء بعدم القدرة عليه لا يخرج عن ملك الشخص، كما إذا طار الطائر الذي لا يرجى عوده أو وقعت السمكة التي اصطادها في البحر ثانياً، فإنه لو رجع الطائر اتفاقاً أو وقع بيد الآخر

الإجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد، وفي التذكرة: أنه إجماع. وفي المبسوط: الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء ولا الطير في الهواء. وعن الغنية: أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدوراً عليه تحفظاً مما لا يمكن فيه ذلك، كالسمك في الماء والطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بخلاف. واستدل في التذكرة على ذلك بأنه: «نهى النبي ﷺ عن بيع الفرر»، وهذا غرر، والنهي هنا يوجب الفساد إجماعاً، على الظاهر المصرح به في موضع من الإيضاح، واشتهار الخبر بين الخاصة والعامة يجبر إرساله.

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

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

(١) وسائل الشريعة ٢٥ : ٤٦١، الباب ١٥ من كتاب اللقطة، الحديث الأول.

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

ثم إنَّ النائي^(١) ذكر ﷺ أن الشيء مع عدم التمكن على تسليمه يخرج عن كونه مالاً، وهذا هو الوجه في ذكر القدرة على التسليم في شرائط العوضين لا في شرائط المتبايعين، وقال: يذكر في كلمات الفقهاء بطلان البيع مع عدم القدرة على التسليم، ويذكر فيها أيضاً أن تعذر التسليم يوجب الخيار للطرف الآخر، والفرق أن في مورد التعذر لا يتمكن البائع على تسليمه ولكن يتمكن المشتري على الظفر به، وفي هذه الصورة يصح البيع ولكن يثبت للمشتري مع جهله بالحال خيار الفسخ، وكذا فيما إذا تساهل البائع في تسليم المبيع إلى المشتري حتى تعذر تسليمه فإن هذا يوجب الخيار. أقول: لو صح ما ذكره أولاً، من خروج الشيء بعدم القدرة عليه عن كونه مالاً لزم الحكم بفساد البيع فيما إذا تساهل في التسليم حتى إذا تعذر بطريان التسليم، فتكون مالية المبيع تالفةً قبل التسليم، نظير انقلاب الخل إلى الخمر قبل تسليمه إلى المشتري أو تعيب المبيع بعيب يخرج معه عن كونه مالاً.

ودعوى: أن التلف قبل القبض يختص بموارد التلف الحقيقي يدفعها ملاحظة مسألة انقلاب الخل خمرًا وتعيب المبيع بعيب موجب لخروجه عن المالية قبل تسليمه إلى المشتري، والصحيح أن مسألة تعذر التسليم الموجب للخيار ما إذا أحرز التمكن عليه ولكن لا يحصل هذا التمكن في الزمان المعين مع استحقاق المشتري المطالبة فيه كما في بيع السلم. ويفرض ذلك في بيع الأعيان الشخصية كما إذا أحرز

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

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

ثم إنه يستدل على اعتبار القدرة برواية النهي عن بيع الغرر^(١)، حيث يصدق عنوان بيع الغرر على بيع ما لا يتمكن فيه على التسليم والتسلم، كما يشهد بذلك ما في كلمات اللغويين^(٢) والفقهاء^(٣) من التمثيل لبيع الغرر ببيع الطير في الهواء والسمك في البحر. وبتعبير آخر: المعنى الظاهر للغرر ولو قلنا بعدم إحرازه تفصيلاً إلا أن صدقه على موارد عدم التمكن على تسليم الشيء وتسلمه محرز، كما هو مقتضى التمثيل المزبور، كما يصدق عليه في الجملة المنقولة عن أمير المؤمنين عليه السلام «أن الغرر عمل ما لا يؤمن معه من الضرر»^(٤)، ولا يبعد أن يكون المنقول عن الصحاح وهو كون الغرر

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣، ومسند أحمد ١: ٣٠٢.

(٢) الصحاح ٢: ٧٦٨ مادة «غرر»، والمغرب ٣: ٣٣٨، ومجمل اللغة: ٥٣٢ مادة «غرر».

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

(٤) نقله صاحب الجواهر ٢٢: ٣٨٧.

وفي الصحاح: الغرّة: الغفلة، والغاز: الغافل، وأغرّه، أي: أناه على غرّة منه، واغترّ بالشيء، أي: خدع به، والغرر: الخطر، ونهى رسول ﷺ عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء - إلى أن قال -: والتغريز: حمل النفس على الغرر، انتهى.

وعن القاموس ما ملخصه: غرّه غرّاً وغروراً وغرّة - بالكسر - فهو مغرورٌ وغريرٌ - كأمير -: خدعه وأطمعه في الباطل - إلى أن قال -: غرّر بنفسه تغريراً وتغرّةً، أي: عرضها للهلكة، والاسم الغرر محرّكة - إلى أن قال -: والغاز: الغافل، واغترّ: غفل، والاسم الغرّة بالكسر، انتهى.

بمعنى الخطر يساوق النقل المزبور، حيث إن الخطر هو الإشراف والعرضة للتلف، سواءً كان المتلف مالاً أو نفساً. وهذا ظاهر «القاموس»^(١) أيضاً، حيث ذكر: غرر بنفسه تغريراً أو تغرة أشرفها على الهلكة، والاسم الغرر محرّكة. وعن «النهاية»^(٢): أن بيع الغرر ما كان له ظاهر يغرّ المشتري وباطن مجهول، يعني ما كان له ظاهر يدعو إلى شرائه مع الجهل بباطنه. وعن الأزهرى: بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة، أي لا يكون بائعه متعهداً به، وكأنّه يعمّ عدم العهدة بتسليمه إلى المشتري ولا يكون ثقةً بحصوله ووصوله إلى يد مشتريه.

وذكر المصنف ﷺ: وبالجملة، فالكل متفقون على أخذ الجهالة في معنى الغرر، ولعله استفاد ذلك بأن كون الشيء عرضة للتلف والضرر يكون بالجهل بالحال، سواءً كان الجهل متعلّقاً بأصل وجود المبيع أو بأوصافه كما وكيفاً أو بحصوله بيد المشتري. ولكن قد يقال: إنّ الغرر يختصّ بموارد الجهل بصفات المبيع ومقداره ولا يعمّ

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

(٢) النهاية (لابن الأثير) ٣: ٣٥٥-٣٥٦ مادة «غرر»، وذكر قول الأزهرى.

وعن النهاية بعد تفسير الغرّة - بالكسر - بالغفلة: أنه نهى عن بيع الغرر، وهو ما كان له ظاهر يغرّ المشتري، وباطن مجهول. وقال الأزهري: بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة، ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كلّ مجهول، وقد تكرّر في الحديث، ومنه حديث مطرف: «إنّ لي نفساً واحدة، وإنّي لأكره أن أغرّر بها»، أي أحملها على غير ثقة، وبه سمي الشيطان غروراً، لأنّه يحمل الإنسان على محابته، ووراء ذلك ما يسوؤه، انتهى.

وقد حكى أيضاً عن الأساس والمصباح والمغرب والمجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر، ممثلاً له في الثلاثة الأخيرة ببيع السمك في الماء والطيور في الهواء. وفي التذكرة: أنّ أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين، ومراده من التفسير التوضيح بالمثل، وليس في المحكي عن النهاية منافاة لهذا التفسير، كما يظهر بالتأمل.

وبالجملة، فالكلّ متفقون على أخذ الجهالة في معنى الغرر، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده، أم بحصوله في يد من انتقل إليه، أم بصفاته كمّاً وكيفاً وربما يقال: إنّ المنساق من الغرر المنهيه عنه: الخطر، من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره، لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه وعدمه، ضرورة حصوله في بيع كل غائب، خصوصاً إذا كان في بحرٍ ونحوه، بل هو أوضح شيء في بيع الثمار والزرع ونحوهما.

موارد الجهل بحصوله بيد المشتري، وإلا لكان بيع كل مبيع غائب غريباً، خصوصاً إذا كان المبيع حال بيعه في الطريق البحري؛ لاحتمال غرق السفينة وضياع المال، وفي بيع الثمار والزرع، حيث يحتمل تلفهما بأفة، عدم وصولهما بيد المشتري.

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

والحاصل: أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال بالنسبة إلى التسلم وعدمه، خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعذر.

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

هذا، مضافاً إلى استدلال الفريقين من العامة والخاصة بالنبوي المذكور على اعتبار القدرة على التسليم، كما يظهر من الانتصار، حيث قال فيما حكى عنه: ومما انفردت به الإمامية القول بجواز شراء العبد الأبى مع الضميمة، ولا يشتري وجده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري، وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الأبى على كل حال - إلى أن قال -: ويعول مخالفتونا في منع بيعه على أنه بيع غرر، وأن نبينا ﷺ نهى عن بيع الغرر - إلى أن قال -: وهذا ليس بصحيح، لأن هذا البيع يخرج عن أن يكون غرراً، انضمام غيره إليه، انتهى.

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

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

وهو صريح في استدلال جميع العامة بالنبوي على اشتراط القدرة على التسليم. والظاهر اتفاق أصحابنا - أيضاً - على الاستدلال به له، كما يظهر للمتبع، وسيجيء في عبارة الشهيد التصريح به.

وكيف كان، فالدعوى المذكورة ممّا لايساعدها اللغة ولا العرف ولاكلمات أهل الشرع. وما أبعد ما بينه وبين ما عن قواعد الشهيد عليه السلام، حيث قال: الفرر لغة ما كان له ظاهرٌ محبوبٌ وباطنٌ مكروه، قاله بعضهم، ومنه قوله تعالى: «مَتَاعُ الْغُرُورِ»، وشرعاً هو جهل الحصول. وأمّا المجهول المعلوم الحصول ومجهول الصفة فليس غرراً. وبينهما عموم وخصوص من وجه، لوجود الفرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أو وُصِفَ الآن، ووجود الجهل بدون الفرر في المكمل والموزون والمعدود إذا لم يعتبر. وقد يتوغل في الجهالة، كحجر لا يدري أذهب،

التسليم. أضف إلى ذلك شهرة الاستدلال على اعتبار القدرة على التسليم في كلمات العامة والخاصة بالنبوي المزبور.

وعن الشهيد عليه السلام في قواعده ^(١) أن الفرر شرعاً هو الجهل بالحصول وبيع مجهول الصفة لا يكون غرراً، وأن النسبة بين الجهل بالصفة والجهل بالحصول العموم من وجه، يجتمعان في عبد آبق لا يعلم وصفه ويفترقان في المكمل والموزون إذا لم يعتبر ليعلم الكيل أو الوزن، فإن ذلك بيع مجهول ولا يكون غرراً، وفي عبد آبق معلوم الصفة حيث يكون بيعه غرراً من غير كونه بيعاً مجهولاً. والمراد بالجنس في قوله: «ويتعلق الجهل والفرر تارة بالوجود...» هو الحقيقة كبذر لا يدري أنه حنطة أو شعير، وبالنوع وصف الحقيقة كعبد لا يدري أنه زنجي أو رومي، كبير أو صغير... إلى غير ذلك. كما أن مراده بالفرر هو الجهل لا معناه الشرعي الذي ذكره أولاً.

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

أم فضةً، أم نحاس، أم صخرًا، ويوجدان معاً في العبد الآبق المجهول الصفة. ويتعلق الفرر والجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود، وتارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود، وبالجنس كحب لا يُدرى ما هو، وسلعة من سلع مختلفة، وبالنوع كعبد من عبيد، وبالقدر ككيل لا يعرف قدره والبيع إلى مبلغ السهم، وبالعين كثوب من ثوبين مختلفين، وبالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الأصحاب. ولو اشترط أن يبدو الصلاح لا محالة كان غرراً عند الكل [١] كما لو شرط صيرورة الزرع سنبلًا. والفرر قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع إجماعاً. وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته، كأس الجدار وقطن الحبة، وهو معفو عنه إجماعاً، ونحوه اشتراط الحمل. وقد يكون بينهما، وهو محل الخلاف، كالجزاف في مال الإجارة والمضاربة، والثمره قبل بدو الصلاح، والآبق بغير ضميمة، انتهى.

[١] مراده^(١) أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع اشتراط أن يبدو صلاحها مستقبلاً غرر عند الكل، ونظيره في الفرر بيع الزرع على أن يصير سنبلًا ثم ذكر أن الفرر - أي الجهالة - قد تكون في المبيع بالإضافة إلى جهاته التي لها مدخل ظاهر في ماله كمقداره وأوصافه، فهذه الجهالة توجب بطلان البيع إجماعاً، وقد تكون بالإضافة إلى الجهات التي تسامح فيها عادة لقلتها دخلها في ماله كأس الجدار وقطن باطن الحبة وعدم العلم بأنه من القسم الجيد أو لا، فإن الجهالة في مثل ذلك لا تضر بصحة البيع. وقد ترددت الجهة في أنها من الجهة الظاهرة الموجبة للجهل بها بطلان المعاملة أو أنها من الجهة التي يتسامح فيها، وفي كون الجهالة مع تردد الجهة الموجبة للبطلان أم لا؟

(١) أي مراد الشهيد، القواعد والفوائد ٢: ١٣٧-١٣٨، القاعدة ١٩٩.

وفي بعض كلامه تأمل، ككلامه الآخر في شرح الإرشاد، حيث ذكر في مسألة تعين الأثمان [١] بالتعيين عندنا قالوا - يعني المخالفين من العامة -: تعيينها غرر، فيكون منهياً عنه. أما الصغرى، فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقة فينفسخ البيع. وأما الكبرى، فظاهرة - إلى أن قال -: قلنا: نمنع الصغرى، لأن الغرر إجمال مجتنب عنه في العرف بحيث لو تركه وبخ عليه، وما ذكره لا يخطر ببال فضلاً عن اللوم عليه، انتهى.

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

خلاف كالجُراف في أوصاف العين المستأجرة أو في رأس المال في المضاربة، وكالجهالة في الثمرة المبيعة قبل بدو صلاحها بلا اشتراط صلاحها وبيع الآبق بلا ضمانة.

[١] كأنه يستفاد من كلامه في شرح الإرشاد^(١) معنى آخر للغرر، وقد ذكر ذلك المعنى في مسألة جواز كون الثمن في البيع شخصياً حيث منعه العامة بدعوى أن البيع مع كون الثمن شخصياً غرري لإمكان ظهور تلفه أو كونه مستحقاً للغير فيبطل البيع، حيث منع عن كون البيع مع الثمن الشخصي غررياً، فإن الغرر هو الاحتمال المجتنب عنه في العرف بحيث يوبخ على عدم اجتنابه. ويرد على ذلك ما ذكره في المتن من أن شراء المرذد بين الذهب والفضة بقيمة الفضة لا يكون غررياً، كما يرد على استدلال

فالأولى: أن هذا النهي من الشارع لسدّ باب المخاطرة المفضية إلى التنازع في المعاملات، وليس منوطاً بالنهي من العقلاء ليخصّ مورده بالسفهاء أو المتسفّهة. ثمّ إنّه قد حكى عن الصدوق في معاني الأخبار: تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية -كبيع المنابذة والملامسة وبيع الحصاة- بكونها غرراً، مع أنّه لاجهالة في بعضها كبيع المنابذة، بناءً على ما فسره به من أنه قول أحدهما لصاحبه: أنبذ إليّ الثوب أو أنبذه إليك فقد وجب البيع، وبيع الحصاة بأن يقول: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع. ولعله كان على وجهٍ خاصٍّ ولعله كان على وجهٍ خاصٍّ [١] يكون فيه خطر والله العالم.

وكيف كان فلا إشكال في صحّة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوي المذكور إلّا أنّه أخصّ من المدّعي، لأنّ ما يمتنع تسليمه عادة -كالفريق في بحرٍ يمتنع خروجه منه عادة ونحوه- ليس في بيعه خطر: لأنّ الخطر إنّما يطلق في مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفاً لكنّ هذا الفرد يكفي [٢] في الاستدلال على بطلانه

العامّة في مسألة تعيّن الأثمان أنه لو صحّ ما ذكر لما جاز كون المبيع أيضاً شخصياً.

[١] بأن كان نبذ الحصاة أو الثوب معيناً للمبيع، كما إذا جرى البيع على مبهم

بشروط تعيينه بعده بالنبذ.

[٢] مجرد كون البيع سفهياً لا يوجب بطلانه، وليس كونه عقلاً من شرائطه بعد

حصول تمليك عين بعوض وكون كل من العين وعوضه مالاً. نعم، بيع السفهية باعتبار الحجر عليه في أمواله محكوم بالبطلان، وأما كون أكل المال في مقابلة باطلاً فلا يعم، بل يختص بما إذا لم يكن المبيع مع عدم التمكّن عليه مالاً، بأن لم يكن من قبيل العبد الأبق.

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

بلزوم السفاهة وكون أكل الثمن في مقابله أكلاً للمال بالباطل بل لا يعدّ مالاً عرفاً وإن كان ملكاً فيصحّ عقده ويكون لمالكة لو فرض التمكّن منه، إلاّ أنّه لا ينافي سلب صفة التّمول عنه عرفاً، ولذا يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته الى المالك فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور. ثمّ إنّّه ربما يستدلّ على هذا الشرط بوجوه أخرى:

منها: ما اشتهر عن النبي ﷺ من قوله: «لا تبع ما ليس عندك» [١] بناءً على أنّ

على ملك مالكة لا يمكن المساعدة عليها، ولذا ذكروا^(١) جواز بيع العبد الأبق بلا ضميمة ممن ينعقد عليه. نعم، مع عدم المالية له يكون أكل العوض في مقابله باطلاً وإن لم يخرج مع عدم التمكّن عن الملكية؛ ولذا لو اتفق عوده يكون لمالكة كما لا يخفى.

[١] وتقريب الاستدلال بهذا النبوي^(٢) المروي من طرق أصحابنا أيضاً هو أنه ليس المراد به بيع خصوص ما لا يملكه البائع، وإلا لكان الأنسب ترك الكناية والإتيان باللام الظاهرة في الملك، بأن كان التعبير: كذا لا تبع ما ليس لك، وأيضاً ليس المراد خصوص ما لا يتمكن على تسليمه إلى المشتري مع كونه ملكاً لبائعه. فإن هذا ينافي استدلال الفقهاء على حكم من باع شيئاً ثم ملكه، حيث إن المفروض في تلك المسألة التمكّن على الإقباض في زمان استحقاق التسلم، خصوصاً فيما إذا كان البائع فيها وكيلاً في بيعه ولو عن نفسه، بأن يبيع المال من شخص آخر أو من نفسه. والحاصل: أن المراد بقوله: «ما ليس عنده»، ما لا يكون لبائعه سلطنة تامة، سواءً

(١) انظر مصباح الفقاهة ٣: ٥٧٦، ومنية الطالب ٢: ٣٥٠.

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

«كونه عنده» لا يراد به الحضور، لجواز بيع الغائب والسلف إجماعاً، فهي كناية، لا عن مجرد الملك، لأنّ المناسب حينئذ ذكر لفظة «اللام»، ولا عن مجرد السلطنة عليه والقدرة على تسليمه، لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة والعامّة به على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكةا، خصوصاً إذا كان وكيلاً عنه في بيعه ولو من نفسه، فإنّ السلطنة والقدرة على التسليم حاصلّة هنا، مع أنّه مورد الرواية عند الفقهاء. فتعيّن أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده وإن كان غائباً. وعلى أيّ حال، فلا بد من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلتّه، أو بحمله على النهي المقتضي لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

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

لا يقال: على ذلك فلا يصح بيع الفضولي.

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

لا يقال: لا يمكن الاستدلال في المسألة بالنبوي المزبور؛ لأن المراد منه هو بيع عين خارجية لا يملكها ثم تملكها بالاشتراء أو غيره عن مالكةا وتسليمها إلى المشتري الأول.

فإنه يقال: لا قرينة في البين على اختصاص المراد به. وفي حديث المناهي قال: «ونهي عن بيع وسلف، ونهي عن بيعين في بيع، ونهي عن بيع ما ليس عندك»^(١).

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

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

ووروده جواباً لحكيم بن حزام وقد سأله عن بيع الشيء قبل تملكه على ما رواه العامة^(١)، لا يوجب تخصيصاً في عموم.

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

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

نعم، ناقش المصنف رحمته في الاستدلال المزبور، بأن مفاد النبوي، بل حديث النهي عن بيع الفرر^(٢) عدم تمام البيع مع عدم السلطنة التامة لبائعه فلا ينافي وقوعه مراعى بحصول تلك السلطنة، فلو حصلت في زمان لا يفوت مع التسليم فيه الانتفاع المعتد به من المبيع كفى.

(١) سنن البيهقي ٥: ٢٦٧ و ٣١٧ و ٣٣٩.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب التجارة، الحديث ٣، ومسنده أحمد ١: ٣٠٢.

نعم، يمكن أن يقال: إن غاية ما يدلّ عليه هذا النبويّ -بل النبويّ الأول أيضاً-: فساد البيع، بمعنى عدم كونه علّة تامّة لترتب الأثر المقصود، فلا ينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفة الفرر وتحقّق كونه عنده. ولو أبيت إلا عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغوية العقد رأساً المنافية لوقوعه مراعى، دار الأمر بين ارتكاب

ودعوى: أن النهي عن بيع ما ليس عنده كالنهي عن بيع الفرر ظاهر في فساده رأساً، يدفعها: بأن الأمر في المقام دائر بين حمل النهي على الإرشاد إلى الفساد المحض بتخصيص النهي المزبور في بيع الراهن الذي يتم بلحوق إجازة المرتهن وفي بيع ما يملكه البائع بعد بيعه، كما إذا باع الوارث عن مورثه ما يملكه بموته فإنه إذا أجاز الوارث ذلك البيع بعد موته تم البيع على أحد الأقوال. وكذا بيع المولى عبده الجاني عمداً، حيث لا سلطنة تامة لبائعه باعتبار كونه معرضاً للقصاص أو الاسترقاق، ومثله بيع المالك المحجور، سواء كان الحجر عليه لكونه رقاً أو سفيهاً أو مفلساً، حيث يتم البيع بإجازة المولى أو الولي أو الغرماء وبين حمل النهي عن بيع ما ليس عنده على عدم تمام البيع مع عدم السلطنة التامة وكونه مراعى، ولا ترجيح للأول على الثاني.

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

وثانياً: أن مفاد حديث النهي عن بيع الفرر^(١) غير مفاد النهي عن بيع ما ليس

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

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

عنده^(١)، فإن مفاد الثاني اعتبار القدرة على التسليم في ظرف لزوم الوفاء بالبيع ولا يعتبر تحققها حال البيع. نعم، لا بد من إحرازها بوجه معتبر حال البيع؛ لئلا ينطبق على البيع عنوان بيع الغرر. ودعوى: كفاية انتفاء الغرر بعد البيع لا يمكن المساعدة عليها، فإن ظاهر النبوي اعتبار عدم كون البيع في تحقّقه غررياً؛ ولذا لا يصح البيع بمعلومية مساحة المبيع وعدده بعد البيع.

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

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

(١) مرّ آنفاً.

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

بعوض. وحكم الأصحاب في اعتبار القدرة لعلمهم اعتمادوا على ما ورد في بيع مثل العبد الأبق بلازميمة وما ورد في بطلان البيع بالتلف قبل القبض وغير ذلك، فلا مجال لدعوى انجبار ضعفه سنداً، بل دلالة بعملهم كما لا يخفى.

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

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

(١) سورة المائدة: الآية ١.

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

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

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

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

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

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) مرآة أنفاً.

وفيه: أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سهفاً، بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض سهفاً، فافهم. ثم إن ظاهر معاهد الإجماعات - كما عرفت - كون القدرة شرطاً، كما هو كذلك في التكاليف، وقد أكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة، حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفي المشروط عند انتفاء الشرط. ومع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة: أن العجز مانع، لأن القدرة شرط. قال: ويظهر الثمرة في موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسألة الضالّ والضالّة [١] وجعله دليلاً على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقّق العجز.

الروايات الواردة في بيع مثل العبد الآبق مع الضميمة^(١)، فتدبر جيداً.

[١] كان مراد صاحب «الجواهر»^(٢) ﷺ: أن اختلافهم في تلك المسألة باعتبار عدم تسالمهم على اشتراط القدرة على التسليم، وإلا كان مقتضى لزوم إحراز الشرط عدم جواز بيعهما، فالمقدار المتيقن كون العجز مانعاً فلا يجوز البيع مع إحرازه لا مع الشك فيه؛ لأن مقتضى الأصل عدم المانع.

وأورد عليه المصنف ﷺ أولاً: بأن العجز لا يمكن اعتباره مانعاً عن البيع، فإنه أمر عديمي المانع يكون وجودياً يمنع عن الأثر، والتقابل بين القدرة والعجز تقابل العدم والملكة، فيطلق العجز على عدم القدرة فيما يمكن اتصافه بالقدرة باعتبار شخصه أو كليته.

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

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

(٢) الجواهر ٢٢: ٣٨٥.

وفيه - مع ما عرفت من أن صريح معاهد الإجماع، خصوصاً عبارة الفسنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء، هي شرطية القدرة -: أن العجز أمر عدمي، لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر، فكيف يكون مانعاً؟ مع أن المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم؟ ثم لو سلم صحة إطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه، لافي صورة الشك الموضوعي أو الحكمي، ولا في غيرهما، فإننا إذا شككنا في تحقق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالأصل بقاؤها، أو لامعه فالأصل عدماها - أعني العجز - سواء جعل القدرة شرطاً أو العجز مانعاً، وإذا

شيء، بل المراد به ما يكون عدمه مأخوذاً في متعلق الحكم أو موضوعه وضعياً كان أو تكليفيّاً، وتقييد المتعلق أو الموضوع في جعل الحكم كتقييدهما بأمر وجودي أمر ممكن. وبتعبير آخر: لو كان التقييد بأمر وجودي فيطلق على ذلك الأمر الوجودي الشرط، ولو كان بأمر عدمي يطلق على ذلك الأمر العدمي المانع، فالمانعية ترجع إلى الاشتراط لا محالة، وبهذا يظهر أن ما ذكر - من أن الالتزام برجوع المانع في حقيقته إلى الاشتراط فرار من المطر إلى الميزاب؛ لأن العدم إذا لم يمكن كونه مانعاً فكيف يمكن كونه شرطاً، حيث إن الشرط ما يكون واسطة في التأثير - لا يخفى ما فيه من خلطه بين الشرط الفلسفي والشرط باصطلاح الفقيه.

وأورد المصنف رحمته ثانياً: بأنه لا مجال للفرق بين كون شيء شرطاً أو عدمه مانعاً وإنما يكون الفرق فيما إذا كان في البين أمران وجوديان، مثل الفسق والعدالة، ودار الأمر بين كون الفسق - أي المعصية - مانعاً عن جواز الاقتداء في الصلاة - مثلاً - أو العدالة شرطاً، فإن في مثل ذلك يجوز الاقتداء مع الشك في عدالة الشخص وفسقه بناءً على مانعية الفسق باستصحاب عدم كون الإمام فاسقاً. وأما بناءً على اعتبار العدالة فالأصل عدم كونه عادلاً، فلا يجوز الاقتداء به.

شككنا في أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز في الجملة أو شككنا في أن المراد بالعجز ما يعم التعسر - كما حكى - أم خصوص التعذر، فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً.

والسرفي عدم الفرق في المقام هو أن مع استصحاب عدم القدرة على التسليم يحرز عدم صحة بيعه، فإن كانت القدرة شرطاً فباعتبار عدم الشرط وإن كان العجز مانعاً فباعتبار وجود المانع، حيث إن العجز هو عدم القدرة، ولو كانت الحالة السابقة هي القدرة فيحكم بالصحة على كلا الفرضين. وهذا في الشبهات الموضوعية، وأما الحكمية فكما إذا شك في أن الشرط في البيع القدرة على التسليم في الجملة أو مستمراً وأن المانع العجز حال العقد أو مستمراً، ففي غير مورد الدليل على الاشتراط أو المنع يؤخذ بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) وإطلاق دليل حل البيع^(٢)، بلا فرق بين اشتراط القدرة أو مانعية العجز.

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

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) للآية ﴿أَحْلِلْ لَكُمْ الْبَيْعَ﴾، سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

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

والحاصل: أنّ التردّد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله إنما يصحّ ويشمر في الضدّين مثل الفسق والعدالة، لا فيما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل. وأمّا اختلاف الأصحاب في مسألة الضالّ والضالّة فليس لشك المالك في القدرة والعجز، ومبنيّاً على كون القدرة شرطاً أو العجز مانعاً - كما يظهر من أدلّتهم على الصحة والفساد - بل لما سيجيء عند التمرّض لحكمها. ثم إنّ العبرة في الشرط المذكور إنّما هو في زمان استحقاق التسليم [١] فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال

وأيضاً قد يقال: إن استصحاب بقاء القدرة أو استصحاب العجز يشمر بناءً على كون القدرة على التسليم شرطاً أو كون العجز مانعاً، كما إذا اعتمدنا على النهي عن بيع ما ليس عنده، وأمّا إذا اعتمدنا على النهي عن بيع الغرر^(١)، فبمجرد الجهل بكون المال في سلطانه يثبت الغرر في البيع فيحكم بفساده. ولكن يمكن الجواب بأن استصحاب القدرة يرفع الغرر، فإن مفاد دليل الاستصحاب اعتبار المكلف عالماً بالبقاء كما ذكرنا ذلك في وجه قيام الاستصحاب مقام القطع المأخوذ في الموضوع. والحاصل: ما نحن فيه من قبيل استصحاب بقاء المبيع على كيله السابق أو وزنه السابق في ارتفاع الغرر. ثم إن اختلاف الأصحاب في مسألة الضالّ والضالّة فليس وجهه أن القدرة شرط أو العجز مانع، بل وجهه خلافهم في جريان دليل نفي الغرر في بيعهما، حيث لا يكون على المشتري مع عدم قبض المبيع ضمانه، بل ضمانه على بائعه قبل القبض، فيقال: لا غرر. ولذا من التزم بالصحة حكم ببطلان البيع من زمان ظهور العجز لا من الأول ولو كان العجز الواقعي مانعاً لقال بانكشاف البطلان من الأول.

[١] حاصل ما ذكره عليه السلام في المقام أنه لا يعتبر التمكّن على التسليم في بيع لا يكون

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣، ومسند أحمد ١: ٣٠٢.

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

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

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

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

بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم، لأن تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر. ولو تعذر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذر الشرط، ومن المعلوم: أن تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قاذح، بل لا يقدر العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله، فإن الشروط المتأخرة لا يجب إحرازها حال العقد ولا العلم بتحققها فيما بعد.

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

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

وعلى ذلك، فلو كان عند إنشاء السلم متمكناً على التسليم وبعد إنشائه لم يتمكن على التسليم فبعروض العجز لا يكون البيع غررياً؛ لأن المفروض عدم تمام البيع ليكون غررياً، بل لو كان عروض العجز بعد الإنشاء معلوماً حال العقد فلا يضر ذلك في صحة بيع السلم وتمامه لو اتفق التسليم قبل تفرقهما. وقد تحصل مما ذكر أمران: الأول: أن المعتبر من التمكن على التسليم حصول التمكن في زمان يستحق الآخر فيه التسلم فلا اشتراط في بيع لا يكون فيه استحقاق التسلم أصلاً كبيع العبد ممن ينعق عليه، أو بيع المال ممن تجري يده على المال مع الضمان كبيع العين المستعارة من مستعيرها المشروط عليه ضمانها. كما لا اشتراط بالإضافة إلى غير زمان استحقاق

والحاصل: أن تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه، لا من شروط تأثيره. والسرف فيه: أن التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور.

التسليم، نظير بيع السلم وبيع النسبئة.

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

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

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

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

وبعبارة أخرى: الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل، ولهذا لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده، والمفروض أن المبيع بعد تحقّق الجزء الأخير من الناقل - وهو القبض - حاصل في يد المشتري، فالقبض مثل الإجازة بناءً على النقل [١] وأولى منها بناءً على الكشف. وكذلك الكلام في عقد الرهن، فإنّ اشتراط القدرة على التسليم فيه - بناءً على اشتراط القبض - إنّما هو من

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

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

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

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

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

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣، ومسند أحمد ١: ٣٠٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨٨، الباب ٣ من أبواب السلف.

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

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

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

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

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

ثم إنّ الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني، حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع: إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط، لأنها شرط في أصل صحة البيع، فلو قدر على التسلم صحّ البيع وإن لم يكن البائع قادراً عليه، بل لو رضى بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز ويتقل إليه، ولا يرجع على البائع، لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم، فيصحّ بيع المغصوب ونحوه. نعم، إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفاً لم يصحّ المعاوضة عليه بالبيع، لأنه في معنى أكل مال بالباطل، وربما احتتمل إمكان المصالحة عليه. ومن هنا يعلم: أنّ قوله - يعني المحقق في النافع -: «لو باع الأبى منفرداً لم يصحّ»، إنّما هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه بحيث لا يتمكّن منه عرفاً، ولو أراد غير ذلك فهو غير مسلم، انتهى. وفيه: ما عرفت من الإجماع، ولزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري، لأنّ الشارع نهى عن الإقدام عليه، إلا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة، فيبطل في موضع تحقّقه، وهو عند جهل المشتري. وفيه ما فيه.

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

ثم إن الظاهر - كما اعترف به بعض الأساطين -: أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع، وإنما المقصد الأصلي هو التسلم، ومن هنا لو كان المشتري قادراً دون البائع كفى في الصحة، كما عن الإسكافي والعلامة وكاشف الرموز والشهيدان والمحقق الثاني وعن ظاهر الانتصار: أن صحة بيع الأبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الإمامية، وهو المتجه، لأن ظاهر معاهد الإجماع - بضميمة التبع في كلماتهم وفي استدلالهم بالفرر وغيره - مختص بغير ذلك. ومنه يعلم أيضاً: أنه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل، لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم، كما لو اعتاد الطائر العود صح، وفاقاً للفاضلين والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم.

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

وفيه: أن العادة باعثة كالعقل، مع أن الكلام على تقدير الوثوق. ولو لم يقدر على التحصيل وتعذر عليهما [١] إلا بعد مدة مقدرة عادة وكانت مما لا يتسامح فيه كسنة أو أزيد، ففي بطلان البيع لظاهر الاجتماع المحكية ولثبوت الفرر، أو صحته، لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأساً، ولذا حكم مدعيه بالصحة هنا، والفرر منفي مع العلم بوجوب الصبر عليه إلى انقضاء مدة كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة وجهان بل قولان، تردد فيهما في الشرائع، ثم قوى الصحة وتبعه في محكي التحرير والمسالك والكفايه وغيرها.

[١] يعني لو لم يقدر المشتري على تحصيل المبيع وتعذر التسليم على البائع والتسلم على المشتري إلا بعد مدة مقدرة عادة، بحيث تكون تلك المدة مما لا يتسامح فيها، فلو كان البيع باعتبار علمهما بالحال فلا خيار للمشتري، بل عليه الصبر إلى تلك

نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدّة. ولو كان مدّة التعذّر غير مضبوطة عادة - كالعبد المُنفذ إلى الهند لحاجة لا يعلم زمان قضائها - ففي الصّحة إشكالاً [١]: من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدّة بالأقراء لجهالة وقت تسليم العين. وقد تقدّم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع. ثم إنَّ الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين، لأنَّ الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية. ولو باع ما يعتقد التمكّن فتبيّن عجزه في زمان البيع وتجددّها بعد ذلك صحّ، ولو لم يتجدّد بطل. والمعتبر هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظن ولا يعتبر اليقين.

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

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

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

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

وربما قيّد الحكم بالكفاية [١] بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكل ورضي المالك برجوع المشتري عليه وقرّح على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي، لأنّ التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة وقدرة المالك إنّما تؤثر لو بنى العقد عليها وحصل التراضي بها حال البيع، لأنّ بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الأذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور وهو غير متحقّق في الفضولي، والبناء على القدرة الواقعية باطل، إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية - إلى أن قال - والحاصل: أنّ القدرة قبل الإجازة لم توجد وبعدها إن وجدت لم تنفع، ثمّ قال: لا يقال: إنّه قد يحصل الوثوق للفضولي بإرضاء المالك وإنّه لا يخرج عن رأيه

وإقباض المبيع، والوجه في الكفاية أن المعتبر من قدرة المالك على التسليم الأعم من التسليم بالمباشرة أو بالاستنابة، وحيث إن التسليم المعتبر أعم من كونه بالمباشرة أو بالاستنابة فلا يضر الخطأ في الاعتقاد بأن اعتقد المشتري تمكن العاقد ثم ظهر عجزه وأن المتمكن هو المالك. وكذا الحال في تعيين مقدار المبيع، فإنه يمكن الالتزام بكفاية إحراز مقدار الكيل أو الوزن من الوكيل العاقد إذا كان وكيلاً في تعيين مقداره، فما ذكره المصنف رحمته الله من عدم العبرة بقدرة العاقد كما لا عبرة بعلمه ضعيف.

[١] حكى في «الجواهر»^(١) عن بعض أن كفاية تمكن المالك على التسليم مع عجز وكيله العاقد فيما إذا كان المشتري حال العقد راضياً بتسليم المال من الموكل وكان الموكل أيضاً راضياً برجوع المشتري عليه، ومع عدم رضاها بذلك يكون البيع محكوماً بالبطلان، ولا عبرة بمجرد تمكن المالك بدون التراضي المزبور. وقرّح على ذلك بطلان بيع الفضولي وعدم تمامه بإجازة المالك.

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

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

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

وأما فساد التفریح، فإنه يجب الالتزام بصحة عقد الفضولي وتماهم بإجازة المالك حتى إذا التزمنا بمبنى المسألة، وذلك فإن المالك بإجازته يكون طرفاً للمعاملة ويكون

(١) أي صاحب الجواهر.

مسألة: لا يجوز بيع الأبق منفرداً على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة، بل إجماعاً كما عن الخلاف والغنية والرياض، وبلا خلاف كما عن كشف الرموز، لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف، ومع احتمال بيع غير منفي إجماعاً نصاً وفتوى. خلافاً لما حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا، ولعله الإسكافي، حيث إن المحكي عنه: أنه لا يجوز أن يشتري الأبق وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمه البائع، انتهى.

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

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

فالعمدة الانتفاع بعتقه، وله وجه لو لالنص الآتي والإجماعات المتقدمة، مع أن قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا تخرجه عن الغرر. وكما لا يجوز جعله مثماً، لا يجوز جعله منفرداً ثماً، لاشتراكهما في الأدلة.

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

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

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

وكيف كان، فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعدّر تسليمه، فيعتبر فيه القدرة على التسليم؟ وجهان، بل قولان: من عمومات الصلح وما علم من التوسّع فيه، كجهالة المصالح عنه إذا تعدّر أو تعرّس معرفته - بل مطلقاً - واختصاص الفرر المنفي بالبيع. ومن أنّ الدائر على ألسنة الأصحاب نفي الفرر من غير اختصاص بالبيع، حتّى أنّهم يستدلّون به في غير المعاوضات كالوكالة، فضلاً عن المعاوضات كالإجارة والمزارعة والمساقاة والجمالة، بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي ﷺ: أنه نهى عن الفرر.

وقد رجّح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحة من الصلح. وظاهر المسالك - في مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن - جواز الصلح عليه.

وأما الضالّ والمجحود والمغصوب ونحوها ممّا لا يقدر على تسليمه، فالأقوى فيها عدم الجواز، وفاقاً لجماعة، للفرر المنفي المعتضد بالإجماع المدعى

على اشتراط القدرة على التسليم، إلا أن يوهن بتردد مدعيه - كالعلافة في التذكرة - في صحة بيع الضالّ منفرداً، ويمنع الغررَ خصوصاً فيما يراد عقته - بكون المبيع قبل القبض مضموناً على البائع. وأما فوات منفعته مدّة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه، وجهالته غير مضرّة مع إمكان العلم بتلك المدّة كضالّة يعلم أنّها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك. وكذا في المنصوب والمنهوب.

والحاصل: أنّه لا غرر عرفاً بعد فرض كون اليأس عنه في حكم التلف المقتضي لانفساخ البيع من أصله، وفرض عدم تسلّط البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم المثمن، فإنّه لا خطر حينئذٍ في البيع، خصوصاً مع العلم بمدّة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

هذا، ولكن يدفع جميع ما ذكر: أنّ المنفعيّ في حديث الغرر - كما تقدم - هو ما كان غرراً في نفسه عرفاً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع، ولذا قوينا - فيما سلف - جريان نفي الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعاً بالتسليم. ومن المعلوم أنّ بيع الضالّ وشبهه ليس محكوماً عليه في العرف بكونه في ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظة إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه، فالانفساخ بالتلف حكم شرعيّ عارض للبيع الصحيح الذي ليس - في نفسه - غرراً عرفاً.

ومما ذكر يظهر: أنّه لا يجدي في رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم، فإن تسلّم قبل مدّة لا يفوت الانتفاع المعتدّ به، وإلاّ تخيّر بين الفسخ والإمضاء - كما استقره في اللمعة - فإن ثبوت الخيار حكم شرعيّ عارض للبيع الصحيح الذي فرض فيه العجز عن تسلّم المبيع، فلا يندفع به الغرر الثابت عرفاً في البيع المبطل له. لكن قد مرّت المناقشة في ذلك بمنع إطلاق العرف الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعيّ اللاحق للمبيع من ضمانه قبل التسليم ومن عدم التسلّط على مطالبته بالثمن، فافهم.

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

مسألة: يجوز بيع الآبق مع الضميمة في الجملة كما عن الانتصار وكشف الرموز والتنقيح، بل بلا خلاف كما عن الخلاف حاكياً فيه - كما عن الانتصار - إطباق العامة على خلافه. وظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غرراً، حيث حكى احتجاج العامة بـ «الفرر»، فأنكره عليهم مع الضميمة. وفيه إشكال. والأولى لنا التمسك - قبل الإجماعات المحكية، المعتمدة بمخالفة من جعل الرشد في مخالفته - بصحيفة رفاة النخّاس: «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئاً ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإنّ ذلك جائز». وموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل قد يشتري العبد وهو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، فيقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري معه».

وظاهر السؤال في الأولى والجواب في الثانية: الاختصاص بصورة رجاء الوجدان، وهو الظاهر أيضاً من معاهد الإجماعات المنقولة، فالمأبوس عادة من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله جزءاً من المبيع، لأنّ بذل جزء من الثمن

في مقابله لو لم يكن سفهاً أو أكلاً للمال بالباطل لجاز جعله ثمناً يباع به مستقلاً، فالمانع عن استقلاله بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع، للنهي عن الغرر، السليم عن المخصّص.

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

ثمّ إنّه لإشكال في انتقال الآبق إلى المشتري، إلاّ أنّه لو بقي على إياقه وصار في حكم التالف لم يرجع على البائع بشيء وإن اقتضى قاعدة «التلف قبل القبض» استرداد ما قابله من الثمن، فليس معنى الرواية: أنه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة والثمن، ليكون المعاوضة على المجموع مراعاةً بحصول الآبق في يده، كما يوهمه ظاهر المحكي عن كاشف الرموز: من أن الآبق ما دام أبقاً ليس مبيعاً في الحقيقة، ولا جزء مبيع، مع أنّه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادة ما ذكرنا، بل معناها: أنه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق - الذي هو في حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابله التالف - بما يقابله من الثمن.

ولو تلف قبل اليأس، ففي ذهابه على المشتري إشكال. ولو تلفت الضميمة قبل القبض: فإن كان بعد حصول الآبق في اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة، لا لمجموع الثمن، لأنّ الآبق لا يوزّع عليه الثمن ما دام أبقاً، لا بعد الحصول في اليد. وكذا لو كان بعد إتلاف المشتري له مع العجز عن التسليم، كما لو أرسل إليه طعاماً مسموماً، لأنّه بمنزلة القبض. وإن كان قبله، ففي انفساخ البيع في الآبق تبعاً

للضميمة، أو بقاءه بما قابله من الثمن، وجهان: من أن العقد على الضميمة إذا صار كأن لم يكن تبعه العقد على الآبق، لأنه كان سبباً في صحته. ومن أنه كان تابعاً له في الحدوث، فإذا تحققت تملك المشتري له، فاللازم من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً، هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه وبين ما يخصه من الثمن، لا الحكم الآخر الذي كان يتبعه في الابتداء. لكن ظاهر النص أنه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلاً، ولا يوضع له شيء منه أبداً على تقدير عدم الظفر به. ومن هنا ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط، لاشتراط خيارٍ يخص بها. نعم، لو عقد على الضميمة فضولاً ولم يجز مالها انفسخ العقد بالنسبة إلى المجموع. ثم لو وجد المشتري في الآبق عيباً سابقاً، أما بعد القدرة عليه أو قبلها، كان له الرجوع بأرشه، كذا قيل.

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

[١] المشهور على اعتبار تعيين الثمن في البيع فلا يصح البيع بحكم أحدهما، ويستدل على ذلك برواية النهي عن بيع الفرر^(١) تارة، فإن كون البيع غرراً مع جهالة الثمن ولو بترده بين الأقل والأكثر لا يحتاج إلى البيان. وأخرى برواية حماد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «يكراه أن يشتري الثوب بدينار غير درهم؛ لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم»^(٢). بدعوى أن عدم صحة استثناء الدرهم عن الدينار لجهالة نسبتها وتردها بين الأقل والأكثر.

ولكن ظاهر المصنف عليه السلام كونها تأييداً لا دليلاً، ولعل ذلك باعتبار عدم ظهور

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣، ومسند أحمد ١: ٣٠٢.

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

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

ويؤيده: التعليل في رواية حمّاد بن ميسر، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يُدرى كم الدينار من الدرهم». لكن في صحيحة رفاة النخّاس ما ظاهره المنافاة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلاً بجارية له فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له: هذه ألف درهم حكمي عليك فأبى أن يقبلها مني وقد كنت مستستها قبل أن أبعث إليه بألف درهم؟ فقال: أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمة، وإن كان قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له. قال: قلت: أرايت إن أصبت بها عيباً بعد أن مستستها؟ قال: ليس عليك أن تردّها عليه، ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب».

الكرهية في بطلان البيع. نعم، رواية السكوني ظاهرها بطلان البيع، فإن فيها: «رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل، قال: فاسد، فلعل الدينار يصير بدرهم»^(١). ولكن الرواية مقتضاها كون البطلان باعتبار عدم إحراز أصل الثمن في البيع لا للجهل بمقداره، هذا مع أنه يعارضها - على ما قيل - صحيحة رفاة النخّاس قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن

(١) المصدر السابق: الحديث ٢.

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

يقبلها مني وقد كنت مستتها قبل أن أبعث إليه بالثمن. فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، وإن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك، إن وجدت بها عيباً بعد ما مستها، قال: ليس لك أن تردّها ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب منه^(١).
 ووجه المعارضة ظهورها في صحة البيع بحكم المشتري.

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

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

(٢) انظر الحدائق ١٨: ٤٦١ - ٤٦٣.

وكالة والقبول أصالة، فلَمَّا مَسَّهَا وبعث الدراهم لم يقبلها المالك، لظهور غبنٍ له في البيع، وأن رفاعة مخطئٌ في القيمة، أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به. وقوله: «إن كان قيمتها أكثر فعليك أن تردَّ ما نقص» إمَّا أن يراد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد إمساك الجارية، حيث إنَّ المالك لاحتاجة له في الجارية فيسقط خياره ببذل التفاوت، وإمَّا أن يحمل على حصول الحَبَل بعد المسّ، فصارت أمّ ولد تعيّن عليه قيمتها إذا فسخ البائع. وقد يحمل على صورة تلف الجارية، وينافيه قوله فيما بعد: «فليس عليك أن تردّها... الخ».

ردها، لأن الرواية تحمل على صورة تلف الجارية؛ ليقال: إن قوله عَلَيْهِ في ذيل الرواية: «وليس لك أن تردّها» قرينة على عدم تلفها. هذا كله مع ظهور الغبن، وأما مع عدم ثبوته فلا يكون للمشتري حق استرداد ما بعث به إلى البائع من الزيادة على قيمتها. والحاصل: أن ما عن «الحدائق» عن حكمه بصحة البيع بحكم أحدهما وانصراف الثمن إلى قيمة المثل ضعيف كما ترى، وأن ما ذكره الإسكافي من صحة البيع فيما إذا لم يعين الثمن، بأن قال: «بعتك بسعر ما بعث من غيرك»، ويكون للمشتري خيار الفسخ^(١). وبه يرتفع الغرر ضعيف، فإن الخيار حكم شرعي يترتب على البيع الصحيح. ثم لو كان مجعولاً من المتعاقدين يمكن كونه رافعاً للغرر، كما في بيع العين الغايبة بالتوصيف، إلّا أنه لا يجري في ذكر الثمن بوصف مجهول كما لا يخفى.

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

(١) حكاها العلامة في المختلف ٥ : ٢٤٤.

(٢) سيأتي ذكره.

وكيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري، وانصراف الثمن إلى القيمة السوقية، لهذه الرواية - كما حكى عن ظاهر الحدائق - ضعيف. وأضعف منه ما عن الإسكافي: من تجويز قول البائع: «بعتك بسعر ما بعته» ويكون للمشتري الخيار. ويرده: أن البيع في نفسه إذا كان غرراً فهو باطل فلا يجبره الخيار. وأما بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر، كما تقدم عند حكاية قول الإسكافي في مسألة القدرة على التسليم.

مسألة: العلم بقدر المثلث كالمثلث [١] شرط، بإجماع علمائنا، كما عن التذكرة.

اعتبار ذلك في ناحية المثلث أن لا يعتبر في ناحية الثمن؛ ولذا استدلوا على اعتبار تعيين المدة في بيع النسبة بالأخبار الواردة في السلف^(١).

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

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

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

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

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

(٣) التذكرة ١: ٤٦٧.

(٤) الخلاف ٣: ١٦٢، المسألة ٢٥٨.

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

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

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

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

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣، ومسند أحمد ١: ٣٠٢.

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

طعام سميت فيه كيلاً، فإنه لا يصلح مجازفةً، هذا مما يكره من بيع الطعام». وفي رواية الفقيه: «فلا يصح بيعه مجازفةً». والإيراد على دلالة الصحيحة بالإجمال، أو باشمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع، غير وجه، لأن الظاهر من قوله: «سميت فيه كيلاً»، أنه يذكر فيه الكيل، فهي كناية عن كونه مكياً في العادة، اللهم إلا أن يقال: إن توصيف الطعام بكونه كذلك - الظاهر في التنوع، مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال ولا يوزن إلا مثل الزرع قائماً - يبعد إرادة هذا المعنى، فتأمل. وأما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أو نقص، خصوصاً إذا لم يطمئن بتصديقه، لا شرائه على أنه القدر المعين الذي أخبر به البائع،

نقص. وعلى تقدير إطلاق الصدر يرفع اليد عنه بما يدل على جواز الشراء بشرط الكيل المخبر به، فيبقى تحت الصدر صورة وقوع الشراء بلا شرط وبنحو المجازفة. لا يقال: توصيف الطعام بكونه مما سميت فيه الكيل ظاهره كون الطعام نوعين، مع أنه ليس الطعام خارجاً غير المكيل، حيث لا يقال للزرع القائم على الأرض إنه طعام. والحاصل: أن الوصف المزبور لا يكون كناية عن كون الطعام مكياً كما ذكر في وجه الاستدلال؛ لأن لازم كونه كناية كونه توضيحياً، فلا بد من كون المراد: مما سميت فيه الكيل المعنى الآخر، كاشتراط الكيل في بيعه أو إخبار البائع به، ومن الظاهر أن لزوم رعاية الكيل في صورة الاشتراط أو الإخبار به لا يقتضي لزوم رعايته في غير فرضهما كما هو المدعى.

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

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

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

كون الوصف توضيحياً فضلاً عن الاحتراز عن صورة كونه موزوناً كما في بعض البلاد. وأمّا دعوى أن الطعام يعمّ مثل اللحم ونحوه من غير المكيل فالقيد احتراز عنه، يدفعها ملاحظة موارد استعمال الطعام بلا قرينة، حيث إن ظاهرها الحنطة والشعير في الروايات وغيرها، فلاحظها.

وموثقة سماعة قال: «سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن، هل يصلح شراؤه بغير كيل ولا وزن؟ فقال: أمّا أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل ووزن تشتري منه مرابحة فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تنزهه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن. وقلت له عند البيع: إنّي أربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس»^(١)، حيث إن دلالتها على عدم جواز بيع الطعام وسائر ما يكال أو يوزن بغير الاعتبار فيما إذا لم يكن معتبراً في السابق أو ضح من الصحيحة السابقة، حيث ليس فيها مورد للمناقشة السابقة ولو كانت المناقشة ضعيفة.

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

ورواية أبان عن محمد بن حمران [١] قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيله؟ قال: لا بأس قلت: أيجوز أن أبيع كما اشتريته بغير كيل؟ قال: أما أنت فلا تبعه حتى تكيله»، دلت على عدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبره البائع فصدقه.

وفحوى مفهوم رواية أبي العطار وفيها: «قلت: فأخرج الكَرَّ والكَرِّين فيقول الرجل أعطنيه بكيلك فقال: إذا اتمنك فلا بأس به».

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

فإنه ربما يقال بدلالاتها على عدم جواز بيع المكيل بدون الكيل ولكنه لا يخلو عن التأمل، فإن اللازم حمل المنع فيها على الكراهة؛ لأن إخبار البائع بكيل المبيع طريق شرعي إلى إحراز كيله، فبيعه ثانياً من شخص آخر اعتماداً على إخبار بانه سابقاً ليس من بيع الطعام بلا تعيين كيله ليحكم بفساده، ولعل النهي المزبور باعتبار أن إخبار البائع بظاهر في الشهادة التي لا تصح بمجرد إخبار البائع الأول.

وأما ما ذكره المصنف عليه السلام من دلالتها على عدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبر به البائع فصدقه المشتري، فلا يمكن المساعدة عليه، فإن فرض كيل الطعام وإخبار البائع به مأخوذ في السؤال لا قيد لنفي البأس في الجواب ليدل القيد على عدم الجواز بدونه. ومنها: رواية أبي العطار عن أبي عبد الله عليه السلام، «قلت: فأخرج الكَرَّ والكَرِّين،

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

ومرسلة ابن بكير عن رجل سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجصَّ فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال: إِمَّا أَنْ يَأْخُذَ كُلَّهُ بِتَصَدِيقِهِ، وَإِمَّا أَنْ يَكِيلَهُ كُلَّهُ. فَإِنَّ الْمَنْعَ مِنَ التَّبْعِيضِ الْمُسْتَفَادِ مِنْهُ إِرْشَادِيٌّ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ إِنْ صَدَّقَهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى كَلْفَةِ كَيْلِ الْبَعْضِ وَإِلَّا فَلَا يَحْزِي كَيْلَ الْبَعْضِ. وَيَحْتَمِلُ الرِّوَايَةَ الْحَمْلَ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْمَبِيعِ بَعْدَ الْاِشْتِرَاءِ.

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

ومنها: مرسله عن ابن بكير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يشتري الجصَّ فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال: إِمَّا أَنْ يَأْخُذَ كُلَّهُ بِتَصَدِيقِهِ، وَإِمَّا أَنْ يَكِيلَهُ كُلَّهُ»^(٢). فإنَّ ظاهر هذه أيضاً عدم جواز الشراء بلا اعتبار المبيع وتعيين كيله ولو بإخبار البائع والنهي عن التفكيك إرشاد إلى عدم الجدوى فيه، فإنَّ مع تصديق البائع لا حاجة إلى كيل بعضه أيضاً، ومع العلم بكذب البائع لا يقيد كيل البعض المزبور من اعتبار الباقي، هذا لو كان المراد بكيل البعض وتصديق بائعه في البعض الآخر عند البيع، وأما بناءً على كون المراد شراء الكلي وكيل البعض والتصديق في البعض الآخر في مقام الاستيفاء وقبض الكلي فعدم دلالتها على اشتراط البيع، أي بيع العين الخارجية بالكيل أو بإخبار بائعه به ظاهر.

(١) المصدر السابق: الحديث ٦.

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

وكيف كان، ففي مجموع ما ذكر من الأخبار وما لم يذكر مما فيه إسماء الى
المطلب من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغاً عنه عند السائل وتقرير الامام عليه السلام
كما في رواية «كيل ما لا يستطاع عدّه» وغيرها - مع ما ذكر من الشهرة المحققة
والاتفاقات المنقولة - كفاية في المسألة. ثم إن ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أن الحكم
ليس منوطاً بالغرر الشخصي [١] وإن كان حكمته سدّ باب المسامحة المفضية إلى
الوقوع في الغرر. كما أن حكمة الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات
رفع المنازعة المتوقعة عند إهمال ذلك الشرط. فحينئذٍ فيعتبر التقدير بالكيل
والوزن وإن لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله
في الميزان من جنسه أو غيره المساوي له في القيمة، فإنه لا يتصور هنا غرر أصلاً
مع الجهل بمقدار كل من العوضين، لأنه مساو للآخر في المقدار.

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

وبتعبير آخر: لو كان المدرك لاعتبار الكيل والوزن رواية النهي عن بيع الغرر (١)
لكان لزوم الكيل والوزن وعدم لزومهما دائراً مدار الغرر وعدمه، ولولم يكن غرر
بدونهما فلا بأس بعدم الاعتبار. كما إذا كان جنساً مساوياً لجنس آخر في القيمة
السوقية وأريد معاوضة أحدهما بالآخر، فإنه لو وضعاً في كفتي الميزان بحيث أحرز
تساويهما في المقدار كفى في ارتفاع الغرر وإن لم يكن وزن كل منهما معلوماً.
والمراد من الاعتبار بالغرر الشخصي ملاحظة كل فرد من البيع وكونه مع عدم
الكيل أو الوزن غررياً أم لا، ولكن العمدة في اعتبار الكيل أو الوزن الروايات المتقدمة

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣، ومسنّد أحمد ١: ٣٠٢.

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

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

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

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

(١) مرّ آنفاً.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

ولامنافاة بين كون الشيء من جنس المكيل والموزون، وعدم دخول الكيل والوزن فيه، لقلته كالحببتين والثلاثة من الحنطة، أو لكثرتة كزبرة الحديد، كما نبه عليه في القواعد وشرحها وحاشيتها.

ومما ذكرنا يتّجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة، فإنها وإن كانت من الموزون - ولذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها - إلا أنها عند وقوعها ثمناً حكمها كالمعدود في أنّ معرفة مقدار ماليتها لا تتوقف على وزنها، فهي كالقليل والكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركّبة من النحاس والفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان. وكذا الدرهم والدينار الخالصان، فإنها وإن كانت من الموزون ويدخل فيها الربا إجماعاً، إلا أنّ ذلك لا ينافي جواز جعلها عوضاً من دون معرفة بوزنها، لعدم غرر في ذلك أصلاً. ويؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بها من دون معرفة الأغلب بوزنها.

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

وزنهما، ولا بأس بجعل أحدهما ثمناً مع الجهالة بوزنه. وأيضاً لو كان العوض أقل من الآخر المفروض كونهما من جنس واحد، كما إذا أعطى المسكوك بسكة مئة فلس بدرهمين مسكوكين كل منهما بخمسين فلساً، مع كون العوضين عن جنس واحد ووزن أحدهما أكثر من العوض الآخر، فلا يكون من الربا في المعاوضة، حيث إن الربا لا يجري في المعدود.

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

وبالجملة، فإناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع وكيله مدار الفرر الشخصي قريب في الغاية، إلا أن الظاهر كونه مخالفاً لكلمات الأصحاب في موارد كثيرة. ثم إن الحكم في المعدود ووجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل والموزون [١] بلا خلاف ظاهر. ويشير إليه بل يدل عليه: تقرير الامام عليه السلام في الرواية الآتية المصرحة بتجوز الكيل في المعدود المتعدّر عدّه. ويظهر من المحكي عن المحقق الأردبيلي المناقشة في ذلك، بل الميل الى منعه وجواز بيع المعدود مشاهدة، ويردّه رواية الجوز الآتية.

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

(١) راجع مجمع الفائدة: ٨: ١٧٨.

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

(٣) منية الطالب في شرح المكاسب ٢: ٣٦١.

والمراد بالمعدودات: ما يعرف مقدار ما ليها بأعدادها كالجوز والبيض بخلاف مثل الشاة والفرس والشوب. وعدّ العلامة البطيخ والباذنجان [١] في المعدودات حيث قال في شروط السلم من القواعد: ولا يكفي العد في المعدودات بل لابدّ من الوزن في البطيخ والباذنجان والرمان، وإنما اكتفى بعدّها في البيع للمعاينة، انتهى.

وقد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطيخ والرمان إذا كان رطباً لعدم الوزن وثبوته مع الجفاف، بل يظهر منه كون القثاء والخوخ والمشمش أيضاً غير موزونة. وكلّ ذلك محلّ تأمل لحصول الغرر أحياناً بعدم الوزن. فالظاهر أنّ تقدير المال عرفاً في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز والبيض.

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

ولا يخفى ما فيه، فإن لزوم إرشاد الجاهل في الشبهة الحكمية وبيان الحكم الشرعي فيها لا يختص بالواجبات والمحرمات، وأن الكيل في مثل الفرض يجعل طريقاً إلى إحراز العدد؛ ولذا لا يكفي فيه مجرد التخمين.

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

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

(١) أي قول العلامة الذي في المتن، القواعد ١: ١٣٦.

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

الموجبة للخطر والضرر، فلا ينبغي التأمل في جواز بيع المكيل بالوزن وبالعكس، وكذا بيع المعدود بالوزن أو الكيل مع فرض انتفاء الغرر بهذا النحو من الاعتبار، بل يكفي في بيع ما ذكر المشاهدة مع فرض انتفائه. ولكن كون المعيار انتفاء الغرر خلاف ظاهر كلماتهم^(١)، وأن انتفائه في تقدير المبيع بالكيل أو الوزن أو العد حكمة سدّ باب التنازع فيما بعد كما هو الحال في حكمة بعض الأمور المعتمدة في أكثر المعاملات.

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

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

فالمحكّي عن الدروس في السّلم جوازه مطلقاً، حيث قال: ولو أسلم في المكيّل وزناً وبالعكس فالوجه الصّحة، لرواية وهب عن الصادق عليه السلام، وكأنّه أشار بها إلى رواية وهب، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ -صلوات الله عليهم-، قال: «لابأس بسلف ما يوزن فيما يكال، وما يكال فيما يوزن». ولا يخفى قصور الرواية سنداً بـ«وهب»، ودلالة بأنّ الظاهر منها جواز إسلاف الموزون في المكيّل وبالعكس، لاجواز تقدير المسلم فيه المكيّل بالوزن وبالعكس، ويعضده ذكر الشيخ للرواية في باب إسلاف الزيت في السمن. فالذي ينبغي أن يقال: إنّ الكلام تارة في كفاية كلّ من التقديرين في المقدّر بالآخر من حيث جعله دليلاً على التقدير المعتبر فيه، بأنّ يستكشف من الكيل وزن الموزون وبالعكس. وتارة في كفايته فيه أصلاً من غير ملاحظة تقديره المتعارف.

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

والوجه في الجواز أن البيع في هذه الصورة قد بيع بالتقدير المعتبر فيه، غاية الأمر قد أحرز ذلك التقدير بالطريق الآخر، ويؤيد ذلك رواية عبد الملك بن عمرو قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «أشتري مئة راوية من زيت فأعترض راوية أو اثنتين فأترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك، قال: لا بأس»^(١). فإن أخذ سائره بقدر ما فرض وزنه إنما يكون بجعل ظرف الزيت طريقاً إلى إحراز وزنه، واستدل بها في «التذكرة»^(٢) على جواز بيع الموزون عند تعذّره بوزن واحد من المتعدّد ونسبة الباقي إليه. وعطف على الاستدلال بها قوله: ولأنه يحصل العلم بالوزن، ومقتضى المعطوف عدم انحصار

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣٤٣، الباب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول.

(٢) التذكرة ١: ٤٦٩.

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

أما الأول، فالظاهر جوازه، خصوصاً مع تعسّر تقديره بما يتعارف فيه، لأنّ ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره ممّا يتعارف فيه، غاية ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقاً إليه. ويؤيده رواية عبد الملك بن عمرو، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشتري مائة راوية من زيت، فأعترض راوية أو اثنتين فأزنيهما، ثم أخذ سائره على قدر ذلك. قال: لا بأس». استدللّ بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذّر وزنه بوزن واحد من المتعدّد ونسبة الباقي إليه، وأردفه بقوله: ولأنّه

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

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

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

يحصل المطلوب وهو العلم. واستدلاله الثاني يدلّ على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذّر، والتقييد بالتعذّر لعلّه استنبطه من الغالب في مورد السؤال، وهو تعذّر وزن مائة راوية من الزيت، ولا يخفى أنّ هذه العلة - لو سلّمت على وجه يقدح في عموم ترك الاستفصال - إنّما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفاً لعمومات وجوب التقدير، وقد عرفت أنّ هذا في الحقيقة تقدير وليس بجزاف. نعم، ربما ينافي ذلك التقرير المستفاد من الصحيحة الآتية في بيع الجوز، كما سيبيح، وأمّا لو كان التفاوت ممّا لا يتسامح فيه، فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدار المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقدير أمانة على ذلك المقدار، لأنّ ذلك أيضاً خارج عن الجزاف، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل. ويتخيّر المشتري لو نقص. وما تقدّم من صحيحة الحلبي في أوّل الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك هذا كلّه مع جعل التقدير الغير المتعارف أمانة على المتعارف. وأمّا كفاية أحد التقديرين عن الآخر أصالة من غير ملاحظة التقدير المتعارف، فالظاهر جواز بيع المكيل وزناً على المشهور، كما عن الرياض، لأنّ ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة، المنهي عنه في الأخبار ومعقد الإجماعات، لأنّ الوزن أضبط من الكيل، ومقدار مائة المكيلات معلوم به أصالة من دون إرجاع إلى الكيل. والمحكي - المؤيد بالتبع -: أنّ الوزن أصل للكيل، وأنّ العدول إلى الكيل من باب الرخصة، وهذا معلوم لمن تتبّع موارد تعارف الكيل في الموزونات. ويشهد لأصالة الوزن: أنّ المكايل المتعارفة

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

في الأماكن المتفرقة - على اختلافها في المقدار - ليس لها مأخذ إلا الوزن، إذ ليس هنا كيلٌ واحدٌ يقاس المكييل عليه. وأما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن، ففيه إشكال، بل لا يبعد عدم الجواز، وقد عرفت عن السرائر: أن ما يباع وزناً لا يباع كيلاً بخلاف، فإن هذه مجازفةٌ صرفة، إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه، وعاءٌ منضبطاً، فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعةٍ حاضرةٍ أو ملء اليد، فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة، فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه إلى كفاية المشاهدة.

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

وأما إذا لم يكن الوزن في المكييل أو بالعكس طريقاً فالأظهر عدم الجواز، بلافراق بين الموزون والمكييل، وذلك فإن المالية في الموزون يعلم بالوزن وفي المكييل بالكيل، حتى لو سلم بأن الوزن أصل في الكيل، فإن كونه أصلاً لا ينافي هجره فعلاً في تقدير مالية المكييل، بحيث يكون بيعه بلا كيل من بيعه جزافاً، نظير بيعه بملء اليد أو بقصعة مجهولة المقدار. مع أن ما ذكره عليه السلام من أن المكييل المتعارف على اختلافه في المقدار ليس له مأخذ إلا الوزن، يمكن عكسه بأن الموازين المتعارفة المختلفة في الأماكن المختلفة ليس لها مأخذ إلا الكيل.

[١] لم يعلم مما تقدم عدم جواز البيع في الموزون بالوزن المتعارف في ذلك البلد فيما إذا لم يعرفه المشتري، ولا يكفي معلومية عنوان الحقبة أو الوزنة أو غير ذلك من العناوين، وكيف يكون الفرض مثل بيع الشيء بالمشاهدة مع أن في الأول لو أحرز نقص المبيع عن المقدار المعنون لكان للمشتري المطالبة بما يقابله من الثمن، بخلاف بيعه بالمشاهدة. أضف إلى ذلك جريان السيرة على البيع والشراء من الغرباء الواردين في البلاد المختلفة، والمعاملة مع أهلها بالكيل أو الوزن المعروف عند أهل تلك البلاد

عند أحد المتبايعين دون الآخر - كالحقّة والرطل والوَزْنة باصطلاح أهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم خصوصاً الأعاجم - غير جائز لأنّ مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه وجعله في الميزان ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. هذا كلّ في المكيل والموزون.

وأما المعدود: فإن كان الكيل أو الوزن طريقاً إليه فالكلام فيه كما عرفت في أخويه وربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سئل عن الجوز لانستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه. ثمّ يكال ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به.

فإنّ ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضّرورة [١] ولم يردعه الإمام عليه السلام بالتنبيه على أنّ ذلك غير مختصّ بصورة الاضطرار.

من غير علمهم بنسبة ذلك الكيل أو الوزن إلى الكيل أو الوزن المعروفين في بلادهم، فتدبر جيداً.

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

(١) أي سؤال الراوي كما في المتن، وسائل الشريعة ١٧: ٣٤٨، الباب ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) الغنية: ٢٢٧، والسرائر ٢: ٣١٨، والشرائع ١: ٦٣، وراجع مفتاح الكرامة ٤: ٤٥٣.

لكن التقرير غير واضح، فلا تنهض الرواية لتخصيص العمومات، ولذا قوّى في الروضة الجواز مطلقاً. وأما كفاية الكيل فيه أصالة: فهو مشكل، لأنّه لا يخرج عن المجازفة، والكيل لا يزيد على المشاهدة.

وأما الوزن: فالظاهر كفايته، بل ظاهر قولهم في السلم: إنّه لا يكفي العدّ في المعدودات وإن جاز بيعها معجلاً بالعدّ، بل لابدّ من الوزن: أنّه لا خلاف في أنّه أضبط، وإنّ يغني عن العدّ. فقولهم في شروط العوضين: إنّه لابدّ من العدّ في المعدودات محمول على أقلّ مراتب التقدير. لكنّه ربما ينافي ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم: «ويكفي الوزن عن العدّ» فإنّه يوهم كونه الأصل في الضبط، إلا أن يريدوا هنا الأصالة والفرعية بحسب الضبط المتعارف، لا بحسب الحقيقة، فافهم.

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

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

[١] وحاصله: أنه قد ذكر^(١) أن المعيار في كون المتاع مكيلاً أو موزوناً عصر

النبي ﷺ، فكل متاع كان في عصره مكيلاً فاللزام ببيعه كيلاً في جميع البلاد وجميع الأعصار، وكذلك ما كان في عصره موزوناً فاللزام أن يباع وزناً كما ذكر، حتى فيما جرت العادة على بيعه بالعدّ والمشاهدة، حيث إن البيع على العادة المتأخرة محكوم بالبطلان. نعم، لو لم يكن شيء في زمانه ﷺ مبيعاً بالكيل أو الوزن ولو بعدم وجود ذلك الشيء في ذلك العصر فالمتبع فيه عادة البلدان، فإن كان في بلد مكيلاً فيباع في ذلك البلد بالكيل وفي الآخر موزوناً فيباع في ذلك الآخر بالوزن، وقد نسب ذلك في

(١) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٢٢٨.

الموجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما بيع بهما في زمن الشارع، وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها، فما كان مكيلاً أو موزوناً في بلد يباع كذا، وإلا فلا. وعن ظاهر مجمع البرهان وصريح الحدائق نسبه إلى الأصحاب. وربما منع ذلك بعض المعاصرين، قائلاً: إن دعوى الإجماع على كون المدار هنا على زمانه ﷺ على الوجه المذكور، غريبة! فإني لم أجد ذلك في كلام أحد من الأساطين، فضلاً عن أن يكون إجماعاً. نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا، لأنه كذلك بالنظر إلى الجهالة والغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه ﷺ في رفع شيء من ذلك وإثباته، انتهى.

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

وقد أورد على ذلك في «الجواهر»^(٣) بأن ما في كلمات الأصحاب من أن ما كان يباع كيلاً في عصره ﷺ يباع كيلاً في جميع البلدان وما كان يباع وزناً يباع في جميع البلدان بالوزن، راجع إلى جريان الربا في معاوضة الشيء بجنسه لا إلى مسألة اعتبار التعيين في العوضين في البيع.

وبتعبير آخر: كل متاع كان يباع في عصره كيلاً فلا يجوز مبادلته بجنسه بالزيادة أو النقص، حتى ما إذا صار ذلك المتاع في العصور التالية من المعدود أو يباع بالمشاهدة، وكذلك ما إذا كان في عصره ﷺ موزوناً. وأما أنه يعتبر في بيع الأول الكيل حتى في العصور التالية، وفي بيع الثاني الوزن مع خروجهما إلى المعدود فلا دلالة في كلماتهم على ذلك، فضلاً عن أن يكون إجماعاً، بل المعيار في اعتبار الكيل أو الوزن أو العدد في

(١) مجمع الفائدة: ٨: ١٧٧، وحكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ٤: ٢٢٨.

(٢) الحدائق: ١٨: ٤٧١، وحكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ٤: ٢٢٨.

(٣) الجواهر: ٢٢: ٤٢٧-٤٢٨.

أقول: ما ذكره - دام ظله -: من عدم تعرّض جَلّ الفقهاء لذلك هنا - يعني في شروط العوضين - وأن ما ذكره في باب الربا، حق، إلا أن المدار وجوداً وعدمًا في الربا على اشتراط الكيل والوزن في صحة بيع جنس ذلك الشيء، وأكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط والمعيار فيه هنا - يعني في شروط العوضين - إلا أن الأكثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا وفي ذلك الباب.

وأما اختصاص هذا المعيار بمسألة الربا وعدم جريانه في شروط العوضين - كما ذكره - فهو خلاف الواقع:

بيع شيء عادة كل بلد في كل عصر، ودخول الربا في المعاوضة مسألة، واعتبار الكيل أو الوزن في بيع الشيء مسألة أخرى، فلا يكون الإجماع في الأولى إجماعاً في الثانية. وناقش المصنف في كلام صاحب «الجواهر» بأن ما ذكره معياراً في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً في باب الربا فهو معيار لاعتبار الكيل أو الوزن في بيع الشيء في جميع البلاد وجميع العصور.

واستشهد لذلك بوجوه ثلاثة:

الأول: ملاحظة كلام الشيخ رحمته الله في «المبسوط»^(١)، حيث ذكر فيه: أنه لو كانت العادة في عصره رحمته الله الكيل في بيع شيء لم يجز بيعه إلا كيلاً في سائر البلاد، وما كان في عصره رحمته الله يبيعه وزناً لم يجز بيعه إلا وزناً في سائر البلاد، والأصل في بيع شيء كيلاً الكيل عند أهل المدينة وفي بيعه وزناً الوزن عند أهل مكة، هذا كله بلا خلاف. وأما إذا لم تعرف العادة في عصره رحمته الله فالمتبع في بيع ذلك الشيء عادة كل بلد.

الثاني: أن الموضوع في المسألتين، أي مسألة جريان الربا في المعاوضة ومسألة

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

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

الثالث: القياس الاستثنائي، وهو أن الربا إذا جرى في معاوضة شيء بجنسه يعتبر الكيل أو الوزن في بيعه في جميع الأعصار والبلدان على ما هو ظاهر كلماتهم^(١)، ولكن الربا يجري فيما كان موزوناً أو مكياً في زمان الشارع ﷺ، فتكون النتيجة أنه إذا كان شيء في زمانه ﷺ مكياً أو موزوناً فيعتبر الكيل أو الوزن في بيعه في جميع البلدان والعصور، حتى إذا صارت بعد ذلك عادة البلدان على خلاف ذلك وانتفاء الغرر فيه بالعدو أو بالمشاهدة، فإن انتفاء الغرر - كما تقدم - حكمة، لأنه علة في اعتبار المبيع وتعيين مقداره.

(١) أنظر الرياض ١: ٥٤٢، والشرائع ٢: ٤٥، والدروس ٣: ٢٩٧، والمسالك ٣: ٣٢٣، وجامع المقاصد ٤:

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

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

ويترتب على ما ذكر أنه لو ثبت بيع شيء في عصر النبي ﷺ بالمشاهدة ثم جرت العادة في العصور التالية ببيع بالوزن أو الكيل فلا يعتبر في بيعه الوزن أو الكيل، مع أن ذلك خلاف ظاهر الروايات، مثل قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح بيعه مجازفة»^(١)، فإن ظاهرها وضع المكيال في بيعه في عصر الإمام عليه السلام أو في عادة عرف السائل أو المتبايعين. وأجاب الله عن ذلك، بأنه يمكن أن يكون هذا التعبير ونظيره باعتبار أنه لو لم تتغير الأشياء في زمانه عليه السلام عما كانت عليه في زمان النبي ﷺ، ولكن يبقى في البين أنه مع إرجاع الأخبار إلى اعتبار الكيل أو الوزن في الأشياء التي

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

وهذا المضمون سهل الإصابة لمن لاحظ كلماتهم، فلاحظ المسالك هنا، وشرح القواعد وحاشيتها للمحقق الثاني والشهيد عند قول العلامة: «والمراد بالمكيل والموزون هنا جنسه وإن لم يدخله لقلته كالحبّة والحبّتين من الحنطة، أو لكثرته كالزبرة»، ولازم ذلك - يعني اشتراط دخول الربا في جنس باشتراط الكيل والوزن في صحة بيعه -: أنه إذا ثبت الربا في زماننا في جنس، لثبوت كونه مكيلاً أو موزوناً على عهد رسول الله ﷺ، لزم أن لا يجوز بيعه جزافاً، وإلا لم يصدق ما ذكروه: من اشتراط الربا باشتراط التقدير في صحة بيعه.

وبالجملة، فتلازم الحكمين - أعني دخول الربا في جنس، واشتراط بيعه بالكيل أو الوزن - مما لا يخفى على المتبّع في كتب الأصحاب. وحيثذ فنقول: كل ما ثبت كونه مكيلاً أو موزوناً في عصره ﷺ فهو ربوي في زماننا ولا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً وإن لم يلزم غرر، للإجماع، ولما عرفت: من أن اعتبار الكيل والوزن لحكمة سدّ باب نوع الغرر لاشخصه، فهو حكم لحكمة غير مطرّدة، نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع، واعتبار الانضباط في المسلّم فيه، لأنّ في تركه مظنة التنازع والتغابن، ونحو ذلك. والظاهر - كما عرفت من غير واحد - أن المسألة اتّفاقية.

كانت تباع في زمانهم بالكيل أو الوزن فلا وجه للالتزام بأنه إذا لم يحرز في شيء ذلك يكون المتبّع فيه العرف العام فعلاً.

ومع عدم العرف العام واختلافه فالمتبّع في كل بلد عادة عرفه، فإن الأخبار المشار إليها لا تكون ظاهرة في رعاية هذه الأمور، خصوصاً بنحو الترتب على ما نطقت به كلماتهم.

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

وأما ما علم أنه كان يباع جزافاً في زمانه ﷺ، فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً، والظاهر أنه إجماعي، كما يشهد به دعوى بعضهم الإجماع على أن مثل هذا ليس بربوي، والشهرة محققة على ذلك. نعم، ينافي ذلك بعض ما تقدم من إطلاق النهي عن بيع المكييل والموزون جزافاً، الظاهر فيما تعارف كيـله في زمان الإمام عليه السلام أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو أحدهما، وإن لم يتعارف في غيره. وكذلك قولنا عليه السلام: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح مجازفة» الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب وفي عرفه وإن لم يكن كذلك في عرف الشارع. اللهم إلا أن يقال: إنه لم يعلم أن ما تعارف كيـله أو وزنه في عرف الأئمة وأصحابهم، كان غير مقدر في زمان الشارع حتى يتحقق المنافاة. والأصل في ذلك: أن مفهوم المكييل والموزون في الأخبار لا يراد بهما «كل ما فرض صيرورته كذلك» حتى يعلم ما علم كونه غير مقدر في زمن الشارع، بل المراد بهما المصداق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم، وهذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيلة ولا موزونة في زمن النبي ﷺ.

رعاية العادة المعروفة بين المتبايعين في كل عصر، فإن ظاهر تلك الأخبار بيان جعل الحكم بمفاد القضية الحقيقية، غاية الأمر يؤخذ في الأحكام الثابتة على خلاف ذلك بالإجماع، بأن يقال: لو كان شيء في عرف المتبايعين يباع بالمشاهدة ولكن أحرز أنه كان في عصر النبي ﷺ مكيلاً أو موزوناً لا يجوز فيه الربا ولا يجوز بيعه إلا بالكيل أو الوزن في جميع البلاد وجميع العصور.

أقول: أما دعوى الإجماع على أن العبرة في حرمة الربا ولزوم تعيين العوضين بالكيل أو الوزن كون طبيعي الشيء في عصر النبي ﷺ مكيلاً أو موزوناً، بحيث لو خرج عن كونه مكيلاً أو موزوناً بعد ذلك فيحرم الربا فيه، بل يعتبر الكيل أو الوزن في

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

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

(١) المبسوط ٢: ٩٠.

(٢) التذكرة ١: ٤٨٣.

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

والحاصل: أن الاستدلال بأخبار المسألة المعنونة بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور - من كون العبرة في التقدير بزمان النبي ﷺ، ثم بما اتفق عليه البلاد، ثم بما تعارف في كل بلدة بالنسبة إلى نفسه - في غاية الإشكال. فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين وإثبات ما ينافي ذلك من الأحكام المشهورة بالإجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة. وكذا الإشكال لو علم التقدير في زمن الشارع ولم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن. ومما ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة من التمسك لكون الاعتبار في التقدير بعادة الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع، ولكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المتعارفة في البلدان بأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية، ولكون المرجع عادة كل بلد إذا اختلف البلدان، بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه، انتهى.

وذكر المحقق الثاني أيضاً: أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو العرف السابق، ولا أثر للعرف الطارئ للاستصحاب، ولظاهر قوله ﷺ: «حكمي على الواحد حكمي على الجماعة». وأما في الأقارير والأيمان ونحوها، فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شيء منها، حملاً له على ما يفهمه الموقع، انتهى.

أقول: ليس الكلام في مفهوم المكيل والموزون، بل الكلام فيما هو المعتبر في تحقق هذا المفهوم، فإن المراد بقولهم ﷺ: «ما كان مكيلاً فلا يباع جزافاً» أو «لا يباع بعضه ببعض إلا متساوياً»، إما أن يكون ما هو المكيل في عرف المتكلم، أو يراد به ما هو المكيل في عرف العام، أو ما هو المكيل في عرف كل مكلف، وعلى أي تقدير فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا بد لبيان حكم غير المراد من

دليل خارجي. وإرادة جميع هذه الثلاثة - خصوصاً مع ترتيب خاص في ثبوت الحكم بها، وخصوصاً مع كون مرتبة كل لاحقٍ مع عدم العلم بسابقه لا مع عدمه - غير صحيحة، كما لا يخفى. ولعلّ المقدّس الأردبيلي أراد ما ذكرنا، حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع، والعرف العام، والعرف الخاص، معللاً باحتمال إرادة الكيل والوزن المتعارف عرفاً عاماً، أو في أكثر البلدان، أو في الجملة مطلقاً، أو بالنسبة إلى كل بلدٍ بلد - كما قيل في المأكول والملبوس في السجدة - من الأمر الوارد بهما لو سلم، والظاهر هو الأخير، انتهى.

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

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

فيحتمل أن يراد عرف المخاطب، فيكون المعيار العرف الخاص بالتبايعين. نعم، مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص، لمقطوعة ابن هاشم الآتية، فتأمل. وأبعد شيء في المقام: ما ذكره في جامع المقاصد، من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله... الخ.

وبالجملة، فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكن الظاهر أن كلها متفق عليها. نعم، اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفة - في أن لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا، أو أنه يغلب جانب التحريم، كما عليه جماعة من أصحابنا. لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا، لا في جواز البيع جزافاً في بلد لا يتعارف فيه التقدير. ثم إنه يشكل الأمر فيما لو علم كونه مقدراً في زمان الشارع لكن لم يعلم أن تقديره بالكيل أو بالوزن، ففيه وجوه: أقواها وأحوطها اعتبار ما هو أبعد من الفرر. وأشكل من ذلك: ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشارع أو في العرف العام، مع لزوم الفرر فيه عند قوم خاص، ولا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافاً تخصيصاً لأدلة نفي الفرر، لاحتمال كون ذلك الشيء من المبتذلات في زمن الشارع أو في العرف بحيث يتحرز عن الفرر بمشاهدته وقد بلغ عند قوم في العزة إلى حيث لا يتسامح فيها. فالأقوى وجوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع فيه الفرر من الكيل أو الوزن أو العد.

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

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

فإن اختلف البلاد في التقدير والعدم، فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير. وأمّا بلد عدم التقدير، فإن كان ذلك لا يتبدل الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، وإن كان لعدم مبالاتهم بالفرق وإقدامهم عليه خرساً مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعادتهم، بل يجب مخالفتها، فإنّ النواهي الواردة في الشرع عن بيع الغرر والمجازفات - كبيع الملاقيح والمضامين والملامسة والمنازعة والحصاة، على بعض تفاسيرها، وثمر الشجر قبل الوجود، وغير ذلك - لم يرد إلا ردّاً على من تعارف عندهم الإقدام على الغرر والبناء على المجازفات، الموجب لفتح أبواب المنازعات.

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

البائع في مبيعه والمشتري في ثمنه، أو يبني على الإقراع مع الاختلاف وما اتَّفقا عليه مع الاتفاق، أو التخيير، ولعلّه الأقوى. ويجري مثله في معاملة الغرباء في الصحراء مع اختلاف البلدان. والأولى التخلّص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهالة، من صلح أو هبة بعوض أو معاطاة ونحوها. ولو حصل الاختلاف في البلد الواحد على وجه التساوي فالأقوى التخيير. ومع الاختصاص بجمع قليل إشكال، انتهى.

مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور، وعبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه، ويدلّ عليه غير واحد من الأخبار المتقدمة. وما تقدّم من صحيحة الحلبي الظاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة إيقاع المعاملة غير مبنية على المقدار المخبر به وإن كان الإخبار داعياً إليها، فإنّها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر، وقد تقدّم عن التحرير ما يوافق ذلك.

ثم إن الظاهر اعتبار كون الخبر طريفاً [١] عرفياً للمقدار كما يشهد به الروايات

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

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

المتقدمة، فلو لم يُقدَّ ظناً فإشكال: من بقاء الجهالة الموجبة للغرر، ومن عدم تقييدهم بالإخبار بإفاداة الظن ولا المخبر بالعدالة. والأقوى، بناءً على اعتبار التقدير وإن لم يلزم الغرر الفعلي: هو الاعتبار.

نعم، لو دار الحكم مدار الغرر كفى في صحة المعاملة إيقاعها مبنية على المقدار المخبر به وإن كان مجهولاً. ويندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار، فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على أوصاف مذكورة في العقد، فيقول: بعتك هذه الصبرة على أنها كذا وكذا صاعاً، وعلى كل تقدير الحكم فيه بالصحة.

لارتفاع الغرر بالاشتراط.

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

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

فلو تبين [١] الخلف، فإما أن يكون بالنقيصة، وإما أن يكون بالزيادة. فإن كان بالنقيصة تخير المشتري بين الفسخ وبين الإمضاء، بل في جامع المقاصد: احتمال البطلان، كما لو باعه ثوباً على أنه كتان فبان قطناً. ثم رده بكون ذلك من غير الجنس وهذا منه وإنما الفائت الوصف. لكن يمكن أن يقال: إن مغايرة الموجود الخارجي لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية لا تشبه مغايرة الفاقد للوصف لو وجدته، لاشتراكهما في أصل الحقيقة، بخلاف الجزء والكل، فتأمل، فإن المتعين الصحة والخيار.

البيع عن الغرر، وفي الثاني إحراز كيله أو وزنه كما هو مفاد الأخبار^(١)، وعلى ذلك فيكفي في الأوصاف اشتراطها ولا يكفي في الكيل والوزن إلا إحرازهما بوجه معتبر كما تقدم.

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

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

ثمّ إنه قد عبّر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة وللمشتري مع النقيصة بقوله: تخيّر المغبون، وربما تخيّل بعض تبعاً لبعض أنّ هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء، معللاً بأنّ خيار الوصف إنّما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد. ويدفعه: تصريح العلامة - في هذه المسألة من التذكرة -: بأنّه لو ظهر التقصان رجع المشتري بالنقص وفي باب الصرف من القواعد: بأنّه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخيّر المشتري بين الفسخ والإمضاء بحصّة معيّنة من الثمن وتصريح جامع المقاصد في المسألة الأخيرة بابتنائها على المسألة المعروفة، وهي «ما لو باع متساوي الأجزاء على أنّه مقدار معيّن فبان أقلّ»، ومن المعلوم أنّ الخيار في تلك المسألة إمّا لفوات الوصف، وإمّا لفوات الجزء، على الخلاف الآتي.

وأما التعبير بـ«المغبون» فيشمل البائع على تقدير الزيادة، والمشتري على تقدير النقيصة، نظير تعبير الشهيد في اللمعة عن البائع والمشتري في بيع العين الغائبة برويتها السابقة مع تبين الخلاف، حيث قال: تخيّر المغبون منهما. وأمّا ما ذكره: من أنّ الخيار إنّما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد، ففيه: أنّ ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع، ككتابة العبد وخياطته. وأمّا الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع - كمقدار معيّن من الكيل أو الوزن أو العدّ - فهذا لا يحتاج إلى ذكره في متن العقد، فإنّ هذا أولى من وصف الصحة الذي يعني بناءً العقد عليه عن ذكره في العقد، فإنّ معرفة وجود ملاحظة الصحة ليست من مصحّحات العقد، بخلاف معرفة وجود المقدار المعيّن.

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

في أنّ الإمضاء هل هو بجميع الثمن، أو بحصة منه نسبتها إليه كنسبة الموجود من الأجزاء إلى المعدوم؟ وتمام الكلام في موضع تعرّض الأصحاب للمسألة.

ثمّ إنّ في حكم إخبار البائع بالكيل والوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف، كلّ ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار المبيع وأوقع العقد بناءً عليه، كما إذا جعلنا الكيل في المعدود والموزون طريقاً إلى عدّه أو وزنه.

مسألة: قال في الشرائع: يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وإن لم يُمسحاً، ولو مُسحاً كان أحوط، لتفاوت الغرض في ذلك، وتعدّر إدراكه بالمشاهدة، انتهى. وفي التذكرة: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح كالثوب والدار والغنم إجمالاً. وصرّح في التحرير بجواز بيع قطع الغنم وإن لم يعلم عددها.

أقول: يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب وعدد قطع الغنم والاعتماد في عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة.

وبالجملة: فإذا فرضنا أن مقدار مائة الغنم قلة وكثرة يعلم بالعدد فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها وبين الجهل بالمقدار في المكيل والموزون والمعدود. وكذا الحكم في عدد الأذرع والطاقات في الكرايسس والجربان في كثير من الأراضي المقدّرة عادة بالجريب. نعم، ربما يتفق تعارف عدد خاص في أذرع بعض طاقات الكرايسس، لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً إلى عدد الأذرع، نظير إخبار البائع، وليس هذا معنى كفاية المشاهدة. وتظهر الثمرة في ثبوت الخيار، إذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبين قلة الأذرع بالنسبة إلى ما حصل التخمين به من المشاهدة، إلا إذا كان النقص عيباً أو اشترط عدداً خاصاً من حيث الذراع طولاً وعرضاً.

وبالجملة، فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصي، إذ لم يرد هنا نصّ بالتقدير ليحتمل إناطة الحكم به ولو لم يكن غرر، كما استظهرناه في المكيل والموزون، فافهم.

مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء [١] - كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها، أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد وشبه ذلك - يتصور على وجوه:

[١] المراد بالبعض ما يقابل تمام المجموع فيعم البعض جميع الأقسام الآتية، كما أن المراد بمتساوية الأجزاء كون الجملة مشتملة على أبعاض يساوي بعضها مع البعض في العنوان كصاع من صبرة، فيمكن أن يريد بقوله: «بعت صاعاً من هذه الصبرة» الحصة التي يكون كيلها صاعاً، ويقوله: «بعت ذراعاً من هذا الكرباس» الحصة التي تكون مساحتها ذراعاً، ويقوله: «عبداً من العبيد» نصف كل منهما. ولا ينبغي التأمل في صحة بيع البعض من الجملة كذلك وكون المشتري شريكاً مع البائع بالحصة المقدره بعنوان الصاع ونحوه، أخذاً بأدلة حل البيع وجوب الوفاء بالعقود، ولكن اختار في «التذكرة»^(١) في بيع عبد من عبيد أو شاة من شاتين البطلان فيما إذا كان المراد بالعبد أو الشاة الحصة المشاعة، وحيث إنه لا يمكن للعلامة أن يلتزم بعدم جواز تملك الحصة من العبيد أو الشاتين للآخر مجاناً أو بالعوض فلا بد من أن يكون حكمه بالبطلان في الفرضين، باعتبار عدم ظهور عبد من عبيد أو شاة من شاتين في الإشاعة. ويعتبر في صحة البيع ظهور الكلام في المراد بالإضافة إلى العوضين أيضاً. وبتعبير آخر: لا يظهر من لفظ عبد نصف عبيد ومن الشاة نصف الشاتين بنحو

الإشاعة، ولكن لا يخفى ما فيه:

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

وثانياً: لو كان ظهور الكلام معتبراً في صحة البيع لما يصح البيع مع إرادة الإشاعة حتى في قوله: «بعت صاعاً من هذه الصبرة» لما سيأتي من عدم ظهوره في الإشاعة. ومما ذكرنا يظهر ما في كلام النائيني رحمته الله (١) في الإيراد على «التذكرة» من أن مقام الإثبات لا دخل له في مورد البحث وإنما الكلام في مقام الثبوت، ووجه الظهور أن ظاهر كلام «التذكرة» البطلان فيما إذا أراد بقوله: «بعت عبداً من عبدين أو شاة من شاتين» الحصاة المشاعة، وهذا الحكم صحيح لو قلنا باعتبار ظهور الكلام في تعيين العوضين زائداً على ظهوره في تملك العين بعوض. وليس مراد العلامة أن بيع الحصاة من العبدین غير جائز، وإلا - كما تقدم - تملك الغير الحصاة منهما بالعوض أو مجاناً من الواضحات.

ثم إنه قد أشار النائيني رحمته الله في المقام إلى المسألة المعروفة من كون القسمة وتعيين حصاة كل من الشركاء بيعاً أو أنها إفراز، وبني ذلك على الاختلاف في أن مادة الجسم المطلق تنتهي إلى أجزاء لا يقبل شيء منها القسمة خارجاً ولا ذهنياً ويسمى بالجزء الذي لا يتجزأ، أو أنه لا ينتهي إلى ذلك وكل ما يكون به الجسم قابلاً للقسمة إلى

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٢: ٣٧٨.

غير النهاية كما هو المذهب المعروف، أو أن الأجزاء إلى غير النهاية بالفعل وأن الجسم مؤلف منها كما هو مذهب النظام^(١). وعلى القول بالجزء الذي لا يتجزى تكون القسمة بيعاً، حيث إن الجزء المزبور لا يقبل الإشاعة فيكون ملكاً لأحد الشريكين وبالقسمة تقع المعاوضة بين تلك الأجزاء، بخلاف الالتزام بأن الجسم لا ينتهي إلى الجزء كذلك، وأن كل جزء مفروض فيه مشترك ويفرز حصة كل من الشركاء في فرد من تلك الحصة.

وبتعبير آخر: المملوك لكل من الشركاء حصة من السهم وتلك الحصة في نفسها كلي يقبل الانطباق على غير المعين من المجموع وعلى المعين منه، وبالقسمة يفرز ويعين في المعين.

أقول: في المقام أمران:

أحدهما: ابتناء القول بكون القسمة بيعاً ليجري عليه أحكامه من ثبوت خيار المجلس مطلقاً، وخيار الحيوان فيما إذا كان المال المشترك حيواناً وغير ذلك من الأحكام. أو كونها إفرأزاً وتعيين الحصة فيلزم بحصولها، ولا يجري عليه أحكام البيع حتى على الاختلاف في مادة الجسم وأنها تنتهي إلى الجزء الذي لا يقبل القسمة خارجاً ولا ذهنياً.

والثاني: في أن المملوك لكل من الشركاء في نفسه كلي يقبل الانطباق على المعين وغيره وبالقسمة يتعين.

أما الأمر الأول، فالظاهر أن الاختلاف في مادة الجسم وأنها تنتهي إلى الجزء الذي

(١) نقله عنه في القيسات: ١٨٤.

لا يتجزأ أم لا.

وعلى الثاني، تكون القسمة فيها غير النهاية فعلية أم بالقوة لا يرتبط بمسألة كون القسمة بيعاً أو إفرازاً، حيث إن الجزء الذي لا يتجزأ وكذا الأجزاء غير المتناهية لا تعتبر ملكاً أو مالا بدون فعلية الشيء وحصوله بصورة مستقلة، ومع حصوله كذلك يقبل القسمة ويكون مورد الإشاعة كما أن الاشتراك بالإشاعة يجري في الأعمال والمنافع وفي بعض الحقوق أيضاً، مع أن شيئاً منها لا يرتبط بالجسم وانتهاهه إلى الأجزاء وعدمه.

وأما كون المملوك لكل من الشركاء كلياً فلائذ السهم كالنصف في نفسه كلي ينطبق على كل نصف خارجي على البديل وعلى ما يفرض من الشيء بعد الإفراز، وكل ما في الخارج وإن كان متعيناً في نفسه إلا أن السهم المملوك لأحد الشريكين لا يتعين في الخارج إلا بالاعتبار المعبر عنه بالقسمة، فلا تكون القسمة بيعاً ليجري عليها أحكام البيع، ولا معاوضة ليجري عليها مثل ربا المعاوضة؛ كما إذا كانت في الخارج صبرتان إحداهما حنطة والأخرى شعير، وكانت صبرة الشعير ضِعْف الحنطة كيلاً والحنطة ضِعْف الشعير قيمةً. فيجوز لأحد الشريكين في مقام القسمة اختيار صبرة الشعير مع التراضي من غير لزوم ربا المعاوضة، حيث إن حقيقة القسمة اعتبار تعين السهم، أي النصف الكلي في المعين، غاية الأمر يكون اعتبار التعين في موارد القسمة الإفرازية بحسب المالية وأجزاء العين، وفي موارد قسمة التعديل بحسب القيمة؛ ولذا لا يجبر بعض الشركاء على قسمة التعديل مع إمكان القسمة الإفرازية، بل يكون الإفراز مقدماً على التعديل بحسب المرتبة.

لا يقال: إذا كان السهم من الشركاء كلياً في موارد الشركة بنحو الإشاعة فما الفرق

بينه وبين الكلبي في المعين، وأيضاً لو كان السهم كلياً فلا واقع معيّن لذلك الكلبي قبل القسمة فكيف يرجع في تعيين ذلك السهم في المعين الخارجي إلى القرعة؟ ويعين بها على ما هو ظاهر كلماتهم، مع أن القرعة لا مورد لها إلا إذا كان الواقع فيه مجهولاً؛ ولذا التزم صاحب «الجواهر»^(١) بأن المملوك لكل من الشركاء سهم معين في علم الله، ولو باعتبار علمه سبحانه بما يخرج بالقرعة مردد بين مصاديق إلى أن يخرج عن التردد.

فإنه يقال: كل من السهم في الإشاعة والكلبي في المعين وإن كان كلياً في نفسه إلا أن الثاني يتعيّن بحسب الخارج بالاعتبار مع تعدد الأفراد وبالانحصار مع عدمه، بخلاف الأول فإنه ينطبق على الكسور الخارجية من الجملة وأجزائها ولا يتعين في شيء إلا بالاعتبار والقسمة كما تقدم.

وبتعبير آخر: فيما إذا كان الشيء الخارجي واحداً كالشاة الواحدة فلا مورد فيها للكلبي في المعين ويمكن تحقق الإشاعة فيها، وإذا كان ما في الخارج متعدداً بحيث يمكن إخراج الكلبي منه، فكما يمكن فيه بيع الكلبي في المعين كذلك يمكن بيع بعض منه بنحو الإشاعة، غاية الأمر الكلبي في المعين ينطبق على بعض يكون له وجود مستقل، بخلاف البعض بنحو الإشاعة فإنه ينطبق على الكسور ولكن يصلح تطبيقه على البعض الذي له وجود مستقل، ويعبر عن هذا التطبيق بالقسمة. وما في «الجواهر»^(٢) من فرض تعيين السهم في الواقع بحسب علم الله قبل القرعة لا دليل

(١) الجواهر ٢٦: ٣١١-٣١٢.

(٢) مرّ آنفاً.

الأول: أن يريد بذلك البعض كسراً واقعيّاً من الجملة مقدراً بذلك العنوان فيريد بالصاع مثلاً من صيرة تكون عشرة أصوع عُشرها، ومن عبد من العبدین نصفهما. ولا إشكال في صحّة ذلك. ولا في كون المبيع مشاعاً في الجملة. ولا فرق بين اختلاف العبدین في القيمة وعدمه ولا بين العلم بعدد صيغان الصبرة [١]

عليه، بل مخالف لما يعتبره العقلاء في موارد الإشاعة، نعم يمكن دعوى استفادة التعيين بالقرعة في مقام تنازع الشركاء في مقام القسمة وعدم رضاهم بها بدون القرعة من بعض الروايات، وفي صحيحة أبي بصير: «ليس من قوم تنازعوا ثم فوّضوا أمرهم إلى الله - عزّ وجلّ - إلا خرج سهم المحقّ»^(١).

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

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

[١] وذلك فإن الجهل بصيغان الصبرة لا يوجب جهالة في مقدار المبيع بعد

تحديد الكسر المشاع من المبيع بالصاع من تلك الصبرة.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ١٧٢، الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء، الحديث ٤.

وعدمه، لأنّ الكسر مقدّر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع. هذا، ولكن قال في التذكرة: والأقرب أنّه لو قصد الإشاعة في عبد من عبيد أو شاة من شاتين بطل، بخلاف الذراع من الأرض، انتهى.

ولم يعلم وجه الفرق، إلاّ منع ظهور الكسر المشاع من لفظ «العبد» و«الشاة». الثاني: أن يراد به بعض مردّد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصوّرة في المجموع، نظير تردّد الفرد المتشتر بين الأفراد، وهذا يتّضح في صاع من الصيعان المتفرّقة. ولا إشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق في القيمة كالعبيد المختلفين، لأنّه غرر، لأنّ المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منهما. وأمّا مع اتّفاقيهما في القيمة كما في الصيعان المتفرّقة، فالمشهور أيضاً - كما في كلام بعض - المنع، بل في الرياض نسبه إلى الأصحاب، وعن المحقّق الأردبيلي رحمته أيضاً نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين أحد طرفيه إلى الأصحاب.

واستدلّ على المنع بعضهم: بالجهالة التي يبطل معها البيع إجماعاً. وآخر: بأن الإبهام في البيع مبطل له، لا من حيث الجهالة. ويؤيده أنّه حكم في التذكرة [١] - مع

[١] ووجه التأييد^(١) أنّه لو كانت الجهالة موجبة لبطلان البيع دون الإبهام لكان على العلامة الحكم بالصحة في الصورة الأولى أيضاً، فحكمه بالبطلان فيها وبالصحة في الصورة الثانية، أي فيما إذا تلف أحد العبيد المتساويين من غير علم بعين التالف، ظاهر في أن الإبهام في المبيع في نفسه موجب لبطلان البيع؛ ولذا يحكم بالصحة مع ارتفاعه كما في الصورة الثانية.

(١) أي تأييد لحكم العلامة في التذكرة ١: ٥٠٠، س ١٨.

منعه عن بيع أحد العبدین المشاهدين المتساويين - بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقي ولم يدر أيهما هو، صحّ، خلافاً لبعض العامة. وثالث: بلزوم الغرر. ورابع: بأن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محلّ تقوم به - كسائر الصفات الموجودة في الخارج - وأحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به، لأنه أمر انتزاعي من أمرين معيّنين. ويضعف الأول بمنع المقدمتين، لأن الواحد على سبيل البدل غير مجهول، إذ لا تعين له في الواقع حتى يُجهل، والمنع عن بيع المجهول ولو لم يلزم غرر، غير مسلم. نعم، وقع في معقد بعض الإجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين. ففي السرائر - بعد نقل الرواية التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبيد - قال: إن ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الأمة بأسرها، مناف لأصول مذهب أصحابنا وفتاويهم وتصانيفهم، لأن المبيع إذا كان مجهولاً كان البيع باطلاً بغير خلاف، انتهى.

وعن الخلاف - في باب السلم - : أنه لو قال: «أشترى منك أحد هذين العبدین أو هؤلاء العبيد» لم يصح الشراء. دليلنا: أنه بيع مجهول فيجب أن لا يصحّ، ولأنه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبدین، ولأنه لا دليل على صحّة ذلك في الشرع. وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع وقلنا: إن أصحابنا رووا جواز ذلك في العبدین، فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية، ولم يقس غيرها عليها، انتهى. وعبارته المحكيّة في باب البيوع هي: أنه روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبداً من عبيدین على أن للمشتري أن يختار أيهما شاء، أنه جائز، ولم يرووا في الثوبين شيئاً. ثم قال: دليلنا إجماع الفرقة، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «المؤمنون عند شروطهم»، انتهى. وسيأتي أيضاً في كلام فخر الدين أن عدم تشخيص المبيع، من الغرر الذي يوجب النهي عنه الفساد إجماعاً. وظاهر هذه الكلمات صدق الجهالة وكون مثلها قاذحة اتفاقاً مع فرض عدم

نص، بل قد عرفت ردّ الحلّي للنصّ المجوّز بمخالفته لإجماع الأمة. وممّا ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثاني من وجوه المنع، أعني كون الإبهام مبطلاً.

وأما الوجه الثالث، فيردّه منع لزوم الفرر مع فرض اتفاق الأفراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة، ولذا يجوز الإسلاف في الكلّي من هذه الأفراد، مع أنّ الانضباط في السلم أكد. وأيضاً فقد جوّزوا بيع الصاع الكلّي من الصبرة، ولا فرق بينهما من حيث الفرر قطعاً، ولذا ردّ في الإيضاح حمل الصاع من الصبرة على الكلّي برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للفرر المفسد إجماعاً.

وأما الرابع، فبمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجي، فإنّ الكلّي المبيع سلماً أو حالاً مملوك للمشتري، ولا وجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكاً للمشتري، فالوجه أنّ الملكية أمر اعتباريّ يعتبره العرف والشرع أو أحدهما في موارده، وليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة والسواد، ولذا صرّحوا بصحة الوصيّة بأحد الشئيين، بل لأحد الشخصين ونحوهما.

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

فالدليل هو الإجماع لو ثبت، وقد عرفت من غير واحد نسبته إلى الأصحاب. قال بعض الأساطين في شرحه على القواعد - بعد حكم المصنّف بصحة بيع

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

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

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

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

مراده بأن دائرة الغرر في الشرع أضيق، لكثرة موارد تحقق الغرر شرعاً بالإضافة إلى موارد الغرر العرفي.

أقول: إن أريد ببيع الرد المنتشر ما هو مفاد: «جاء رجل من أقصى المدينة» فبطلان البيع في مثل بيع صاع من الصيعان المتفرقة مبني على اعتبار رفع الإبهام عن العوضين في عقد البيع، وإن أريد بيع المرّد الواقعي فالبيع محكوم بالبطلان باعتبار عدم الوجود للمرّد، فكل ما في الخارج معين. وإن أريد مفاد قوله: «جئني برجل من هؤلاء الرجال»، فمرجهه إلى بيع الكلي في المعين المحكوم بالصحة كما يأتي، غاية الأمر اختيار تطبيق الكلي على الفرد الخارجي يكون بيد البائع، وإذا اقترن إنشاء العقد بما يكون قرينة على أن التطبيق بيد المشتري فيتبع، كما إذا قال: «بعتك صاعاً صاع أي شئت من هذه الصيعان».

والحاصل: مقتضى إطلاق خطاب «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(١) و«وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٢) صحة البيع كما ذكر، ولزومه والإجماع المدعى على كون الإبهام مبطلاً لا يجري في المقام كما يأتي في بيع الكلي في المعين، كما لا يعم الفرض خطاب النهي عن بيع الغرر. وربما يستدل على جواز بيع الفرد المنتشر بمعتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان، فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيهما شئت، ورد الآخر، وقد قبض المال، وذهب بهما المشتري فأبى أحدهما من عنده - إلى أن قال -: «فإن وجدته اختار أيهما شاء ورد النصف

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

الذي أخذ، وإن لم يوجد كان العبد بينهما، نصفه للبائع، ونصفه للمبتاع»^(١).
ولكن لا يخفى أن ظاهر الرواية هو بيع الكلي في المعين، ولا وجه لحمله على
بيع الكسر المشاع، أي نصف كل من العبدین، وما ورد في ذيلها من الإشاعة باعتبار أن
كلّ من البائع والمشتري يملك الكلي في المعين الموجود بيد المشتري وقد تلف
أحدهما وبقي الآخر، وحيث لم يتعين شيء منهما في عبد معين يحسب التالف عليهما
ويكون الباقي لهما. وما يأتي من أنه لو تلفت الجملة وبقي منها فرد واحد يكون ذلك
للمشتري الذي يملك الكلي في المعين، إنما هو في التلف قبل القبض لا في تلف
الجملة بعد قبضها من المشتري، كما هو ظاهر الرواية.

وما عن بعض الأجلة^(٢) من أن التلف في مثل ذلك، أي فيما يقبض الكلي في
ضمن جملة يحسب على المالك فقط؛ لأنه يملك الجملة الخارجية، لا يمكن
المساعدة عليه، فإن ملك المالك لا يبقى على تمام الجملة بعد البيع على ما تقدم.

وأيضاً قد قيل بتعلق البيع بالفرد المنتشر بما ورد في الوصية بعقود البعض من
الجملة بدعوى عدم الفرق بين البيع والوصية من هذه الجهة، وفي صحيحة محمد بن
مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام «عن الرجل يكون له المملوكون فيوصي بعقود ثلثهم،
فقال: كان علي عليه السلام يسهم بينهم»^(٣). وفي رواية محمد بن مروان عن موسى بن
جعفر عليه السلام «عن أبيه أن أبا جعفر مات، وترك ستين مملوكاً، وأوصى بعقود ثلثهم،

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

(٢) منية الطالب ٢: ٣٨٨.

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

ولقد أجاد حيث إلتجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.
 فرع: على المشهور [١] من المنع، لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح
 البيع، لاتفاقهما على بطلانه. ولو اختلفا فادعى المشتري الإشاعة فيصح البيع، وقال
 البائع: أردت معيّنًا، ففي التذكرة: الأقرب قبول قول المشتري عملاً بأصالة الصحة
 وأصالة عدم التعيين، انتهى.

فأقرعت بينهم، فأعتقت الثلث^(١). وظاهرهما الوصية بعق ثلث العبيد ويحتمل الثاني
 بالنحو المشاع، ولكن لا دلالة لهما على الفرد المنتشر الذي ذكرنا أن مرجعه إلى الكلي
 في المعين، بل ظاهرهما نحو المشاع كما هو ظاهر الألفاظ الموضوعية على الكسر،
 والقرعة في المقام لتعيين السهم الذي يعتق عملاً بالوصية أو لتعيين ما اعتقه المولى
 حال حياته، نظير تعيين الوقف بالنحو المشاع بالقسمة. ويمكن أن يحمل على الكلي
 في المعين، نظير ما في صحيحة جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوج
 خمساً في عقدة، قال: «يخلى سبيل أيتها شاء ويمسك الأربع»^(٢)، بأن يقال: النكاح
 المحكوم بالبطلان هو الواحد بنحو الكلي المشاع والممضى هو الأربع كما ذكر،
 ويمكن أن يكون المراد بالإسك بعقد جديد كما لا يخفى.

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

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

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

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

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

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

أقول: كلام العلامة في الحكم بالصحة ناظر إلى عدم تسالهما على صورة العقد الظاهرة في الفرد المنتشر بقريئة حكمه بالفساد، مع ظهور العقد في غير الإشاعة حتى مع قصدها كما تقدم.

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

(١) التذكرة ١: ٤٧٠.

وهذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة في أحد المعنيين أما معه فالمتبع هو الظاهر وأصالة الصحة لا تصرف الظواهر. وأما أصالة عدم التعيين فلم أتحقّقها. وذكر بعض من قارب عصرنا أنه لو فرض للكلام ظهور في عدم الإشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة. وفيه نظر [١]

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل: أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة.

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني - كما حقّقه في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني بما إذا فرّق الصيعان، وقال: «بعتك أحدها» - أن المبيع هناك واحد من الصيعان المتميّزة المتشخّصة غير معيّنة فيكون بيعه مشتملاً على الفرر. وفي هذا الوجه أمر كلي غير متشخّص ولا متميّز بنفسه ويتقوم بكل واحد من صيعان

وفيه: أن الدليل على أصالة الصحة هي السيرة العملية الثابتة وموردها ما إذا أحرز عنوان المعاملة وأركانها وشك في سائر شرائطها، والمبيع في باب البيع ركن ومع عدم إحراز وقوع البيع على الشاة لا مجرى لها. وأما إذا أحرز وقوعه على الشاة وشك في فساده وصحته، كما إذا ادعى المشتري جهله بحال الشاة حال البيع وأنكره البائع، فيحكم بصحته، وما نحن فيه من هذا القبيل، حيث يعلم أن متعلق البيع بعض من الجملة ويحتمل وقوعه عليه بوجه صحيح، وأما أصالة الصحة في الكلام المررد فهي أجنبية عن المقام، فإن مفادها عدم صدور الحرام عن الفاعل بحيث يكون ذلك منه فسقاً ولا يرتبط بأصالة الصحة الجارية في المعاملة كما لا يخفى.

[١] وذلك، فإن الموجب لانعقاد الظهور أو للعلم للمراد منه القرينة العامة أو الخاصة وأصالة الصحة لا تحسب قرينة أو موجبة للعلم بالمراد، بل هي أصل عملي لا مجرى له مع الأمانة وهي أصالة ظهور العقد كما تقدم.

الصبرة ويوجد به، ومثله ما لو قسّم الأرباع وباع ربعاً منها من غير تعيين. ولو باع ربعاً قبل القسمة صحّ وتنزّل على واحد منها مشاعاً لأنّه حينئذ أمر كلّي [١] فإن قلت: المبيع في الأولى [٢] أيضاً أمر كلّي. قلنا: ليس كذلك، بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخّصة، مبهم بحسب صورة العبارة، فيشبه الأمر الكلّي، وبحسب الواقع جزئيّ غير معيّن ولا معلوم. والمقتضي لهذا المعنى هو تفريق الصيعان، وجعل كل واحد منها برأسه، فصار إطلاق أحدها منزلاً على شخصيّ غير معلوم، فصار كبيع أحد الشياخ وأحد العبيد. ولو أنّه قال: «بتك صاعاً من هذه شائعاً في جملتها»، لحكمنا بالصحة، انتهى.

وحاصله: أنّ المبيع مع التردد جزئيّ حقيقيّ، فيمتاز عن المبيع الكلّي الصادق على الأفراد المتصورة في تلك الجملة.

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

[٢] الإشكال هو أن المبيع في الأولى، أي في صورة جريان البيع على الفرد المنتشر، أيضاً كليّ فلا موجب للحكم بفساده. وأجاب عن ذلك بالفرق وأن المبيع في صورة جريانه على الفرد المنتشر جزئيّ خارجيّ مبهم بحسب صورة العقد، فيشبه المبيع الكلّي.

أقول: قد تقدم أن المبيع إذا كان مفاد قوله: «جثني برجل»، لا يمكن أن يكون جزئياً خارجياً، بل هو أمر كليّ لا محالة فلانعيد، وعلى ما ذكر يحكم بصحة البيع في جميع الفروض المتقدمة فيما إذا لم يكن في البين جهة أخرى موجبة للبطلان، كما في بيع الكلّي من جملة تكون أجزاؤها مختلفة.

وفي الإيضاح: أن الفرق بينهما هو الفرق بين الكلي المقيّد بالوحدة وبين الفرد المنتشر. ثم الظاهر صحّة بيع الكلي بهذا المعنى، كما هو صريح جماعة، منهم الشيخ والشهيدان والمحقّق الثاني وغيرهم، بل الظاهر عدم الخلاف فيه وإن اختلفوا في تنزيل الصاع من الصبرة على الكلي أو الإشاعة. لكن يظهر ممّا عن الإيضاح وجود الخلاف في صحّة بيع الكلي وأنّ منشأ القول بالتنزيل على الإشاعة هو بطلان بيع الكلي بهذا المعنى، والكلي الذي يجوز بيعه هو ما يكون في الذمة. قال في الإيضاح في ترجيح التنزيل على الإشاعة: إنّه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معين، فلا يكون معلوم العين، وهو الفرر الذي يدلّ النهي عنه على الفساد إجماعاً، ولأنّ أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجّح من غير مرجّح، ولا بعينه هو المبهم، وإبهام المبيع مبطل، انتهى.

وتبعه بعض المعاصرين مستنداً تارةً إلى ما في الإيضاح من لزوم الإبهام والفرر، وأخرى إلى عدم معهوديّة ملك الكلي في غير الذمة لاعلى وجه الإشاعة، وثالثةً باتّفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناة من بيع الثمرة على الإشاعة. ويردّ الأول: ما عرفت من منع الفرر في بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلّم في الكلي. والثاني: بأنّه معهود في الوصيّة [١] والإسداق، مع أنّه لم يفهم مراده من المعهوديّة، فإنّ أنواع الملك - بل كلّ جنس - لا يعهد تحقّق أحدها في مورد الآخر، إلّا أن يراد منه عدم وجود موردٍ يقينيّ حكم فيه الشارع بملكيّة الكلي المشترك بين أفراد موجودة، فيكفي في ردّه النقض بالوصية وشبهها. هذا كله مضافاً إلى صحیحة الأطنان الآتية، فإنّ موردها إمّا بيع الفرد المنتشر، وإمّا بيع الكلي في الخارج.

[١] يعني أن ملكية الكلي في المعين ثابت في مورد الوصية التمليلية وكذا في

جعل المهر فكيف لا تكون معهودة.

وأما الثالث: فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

مسألة: لو باع صاعاً من صبرة، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدمة - أعني: الكسر المشاع - أو على الوجه الثالث وهو الكلّي، بناءً على المشهور من صحته؟ وجهان، بل قولان، حكى ثانيهما عن الشيخ والشهيدين والمحقق الثاني وجماعة. واستدل له في جامع المقاصد: بأنه السابق إلى الفهم، وبرواية بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل اشترى عشرة آلاف طُنّ من أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طُنّ، فقال البائع: قد بعته من هذا القصب عشرة آلاف طُنّ. فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت، فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم، ووكل من يقبضه، فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طُنّ وبقي عشرة آلاف طُنّ. فقال عليه السلام: العشرة آلاف طُنّ التي بقيت هي للمشتري، والعشرون التي احترقت من مال البائع. ويمكن دفع الأول [١]: بأن مقتضى الوضع في قوله: «صاعاً من صبرة» هو

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

قلنا: بأن كل قسم من الملكية غير معهود في قسمها الآخر، فإنه إذا كان متعلق البيع كلياً بنحو الإشاعة أو الفرد المعين فلا يمكن ملكية الكلّي في المعين فيهما، كما لا تتحقق الملكية بنحو الإشاعة أو ملكية الفرد المعين في مورد بيع الكلّي في المعين. [١] أقول: لم يعلم كون الوضع مقتضاه الفرد المنتشر، فإن التنوين الداخلة على الصاع لو سلّم ظهورها في الوحدة إلا أن تقييد الطبيعي بالوحدة باعتبار الوجود لا يستلزم كون مدلوله فرداً خاصاً ليكون جزئياً خارجياً.

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

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

لكنّ الإنصاف: أنّ العرف يعاملون في البيع المذكور معاملة الكلي فيجعلون الخيار في التعيين إلى البائع، وهذه أمانة فهمهم الكلي.

وأما الرواية، فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلي لأجل القرينة الخارجية، وتدلّ على عدم الإشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع وكونه مالاً للمشتري. فالقول الثاني لا يخلو من قوة، بل لم نظفر بمن جزم بالأول وإن حكاها في الإيضاح قولاً. ثمّ إنه يتفرّع على المختار من كون المبيع كلياً أمور:

أحدها: كون التخيير في تعيينه بيد البائع [١] لأنّ المفروض أنّ المشتري لم يملك إلاّ الطبيعة المعرّاة عن التشخيص الخاصّ، فلا يستحقّ على البائع خصوصية فإذا طالب بخصوصية زائدة على الطبيعة فقد طالب ما ليس حقاً له. وهذا جارٍ

كانت الصيعان مجتمعة كما هو فرض الصبرة، ودعوى أن المعنى العرفي هي الإشاعة، أي الحصة المقدرة بالصاع، لا يمكن المساعدة عليها؛ لأنّ الصاع ليس موضوعاً للسهم والحصص. وأمّا الصحيحة فظاهاها أيضاً كون المبيع كلياً في المعين ولا حاجة في حملها عليه إلى القرينة الخارجية، أي الإجماع على بطلان بيع الفرد المنتشر، مع ملاحظة أن حساب التلف بتمامه على البائع مقتضاه عدم الإشاعة.

[١] المعروف أن مقتضى كون المبيع كلياً في المعين كون التخيير في تعيين الكلي في فرد بخصوصه بيد البائع؛ لأنّ المشتري لا يستحق المطالبة بخصوصية ذلك

في كلٍّ من ملك كلياً في الذمة أو في الخارج، فليس لمالكة اقتراح الخصوصية على من عليه الكلّي، ولذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا وصى الميت لرجل بواحد من متعدّد يملكه الميت، كعبدٍ من عبيده ونحو ذلك. إلاّ أنّه قد جزم المحقّق القمي رحمته الله - في غير موضع من أجوبة مسائله -: بأنّ الاختيار في التعيين بيد المشتري، ولم يعلم له وجه مصحّح، فيأليته قاس ذلك على طلب الطبيعة! حيث إنّ الطالب لما ملك الطبيعة على الأمور واستحقّها منه لم يجوز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون أخرى، وكذلك مسألة التملك كما لا يخفى.

الفرد، فما عن المحقّق القمي ^(١) من أن اختيار التعيين بيد المشتري، لا وجه له. وأيضاً المعروف أن مقتضى كون المبيع كلياً في المعين انحصار ذلك الكلّي في الفرد الباقي من الجملة في صورة تلفه، حيث إن التلف يحسب على البائع فقط؛ لكونه قبل القبض وباعتبار بقاء فرد من الكلّي لا يبطل البيع فيجب دفعه إلى المشتري. بخلاف التلف فيما إذا كان المبيع بنحو الإشاعة، فإن مقتضى الإشاعة كون كل جزء من الجملة مشتركاً بين البائع والمشتري، فتلف البعض يتلف بعض المبيع وإن كان هذا التلف يحسب على البائع لكونه قبل القبض، فتكون النتيجة بطلان البيع في بعضه وبقاءه في البعض. ولكن ذكر المحقّق الإيرواني رحمته الله ^(٢) بما حاصله عدم الفرق في الحكمين المتقدمين بين كون المبيع بنحو الإشاعة أو بنحو الكلّي في المعين، وأن كل ما يذكر فيما إذا كان المبيع من الجملة بنحو الإشاعة يترتب على البيع فيما إذا كان المبيع كلياً في المعين، فيكون اختيار المبيع بالتراضي وتلف بعض من الجملة يوجب بطلان البيع في بعض المبيع؛ لأنّ المبيع لو كان كلياً في المعين يكون الباقي على ملك البائع أيضاً

(١) منها ما قاله في جامع الشتات ٢: ٩٥، المسألة ٧٢.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٥٨٣ - ٥٨٤.

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

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

كلياً في المعين. وحيث إنه لا امتياز بين المالين تكون الجملة الموجودة خارجاً مشتركة بينهما بمقدار الكليين، ولو عمل بالصحيحة الواردة في احتراق القصب^(١) وتعدى منها فيتعدى إلى موارد كون المبيع بعضاً بنحو الإشاعة أيضاً، وإلا لاقتصر إلى موردها وهو بيع القصب.

أقول: الشركة الواقعية غير الشركة الصورية، والاختلاط الموجب للشركة الواقعية هو اختلاط المالين الشخصيين الذين لكل منهما مالك ولا يكون بينهما مَيِّز بعد الاختلاط كامتزاج الخليين أو الحنطتين، وأما إذا كان المال الخارجي لمالكين بحيث يكون كل منهما مالكامنه الكلي في المعين كما هو الفرض في المقام، فلا دليل على حصول الشركة بالحصص في ذلك المال، بل اختلاف نحوي اعتبار المبيع في بيع البعض من الجملة عند العرف دليل على خلافه. ولو كانت الشركة الواقعية حاصلة بكل من بيع الحصة من الجملة وبين بيع الكلي منها على حد سواء في الأثر لما كان لاعتبار الاختلاف وجه.

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

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

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

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

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

والحاصل: أن كل جزء معين قبل الإقباض قابل لكونه كلاً أو بعضاً ملكاً فعلياً للمشتري، والملك الفعلي له حينئذ هو الكلي الساري، فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوباً على المشتري، لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع وإقباضه، فيحسب على البائع. بخلاف التالف بعد الإقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً، لتحقق الإقباض، فنسبة كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع والمشتري على حد سواء.

نعم، لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء [١] بل على وجه التوكيل في التعيين، أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك، كان حكمه حكم ما قبل القبض. هذا كله مما لا إشكال فيه، وإنما الإشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات واستثنى منها أرطالاً معلومة: أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه. وظاهر ذلك تنزيل الأرتال المستثناة على الإشاعة، ولذا قال

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

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

في الدروس: إن في هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبرة على الإشاعة. وحينئذ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين، حيث إن مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة. والمشهور هنا التنزيل على الكلّي، بل لم يُعرف من جزم بالإشاعة. وربما يفرّق بين المسألتين بالنص فيما نحن فيه على التنزيل على الكلّي، وهو ما تقدّم من الصحيحة المتقدّمة.

وفيه: أن النصّ إن استفيد منه حكم القاعدة لزم التعديّ عن مورده إلى مسألة الاستثناء، أو بيان الفارق وخروجها عن القاعدة. وإن اقتصر على مورده لم يتعدّ إلى غير مورده حتى في البيع إلا بعد إيداء الفرق بين موارد التعديّ وبين مسألة الاستثناء.

وبالجملة، فالنصّ بنفسه لا يصلح فارقاً مع البناء على التعديّ عن مورده الشخصي. وأضعف من ذلك: الفرق بقيام الإجماع على الإشاعة في مسألة الاستثناء، لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص. وأضعف من هذين، الفرق بين مسألة الاستثناء ومسألة الزكاة [١] وغيرهما ممّا يحمل الكلّي

[١] قيل (١) في الفرق بين مسألة استثناء الأبطال ومسألة الزكاة ونحوها ممّا يحمل الكلّي فيه على الإشاعة وبين بيع الكلّي في المعين الذي تقدم تعين الباقي بكونه مبيعاً تلتف بعض الجملة وجوب القبض في الثاني وكونه دخيلاً في لزوم البيع، فمع وجود فرد من المبيع يجب دفعه إلى المشتري. وأجاب المصنف رحمته الله بأن وجوب القبض حاصل في مسألتنا استثناء الأبطال والزكاة أيضاً، حيث يجب في الأول دفع الأبطال إلى البائع وفي الثاني إلى أرباب الزكاة، مع أن وجوب دفع الباقي في بيع الكلّي

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

وفيه - مع أن إيجاب القبض متحقق في مسألتَي الزكاة والاستثناء -: أن إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه، إذ مع عدم بقائه كلاً أو بعضاً ينسخ البيع في التالف، والحكم بالبقاء يتوقف على نفي الإشاعة، فنفي الإشاعة بوجود الإقباض لا يخلو عن مصادرة، كما لا يخفى. وأمّا مدخلة القبض في اللزوم فلا دخل له أصلاً في الفرق. ومثله في الضعف - لو لم يكن عينه - ما في مفتاح الكرامة من الفرق: بأن التلف من الصبرة قبل القبض، فيلزم على البائع تسليم المبيع منها وإن بقي قدره، فلا ينقص المبيع لأجله. بخلاف الاستثناء، فإن التلف فيه بعد القبض، والمستثنى بيد المشتري أمانة على الإشاعة بينهما، فيوزع الناقص عليهما، ولهذا لم يحكم بضمّان المشتري هنا، بخلاف البائع هناك، انتهى.

فرع عدم الإشاعة وإثبات عدم الإشاعة بوجود دفع الباقي تكون مصادرة، وأمّا مسألة لزوم البيع بالقبض فلا دخل له في الفرق أصلاً.

ثم ذكر ﷺ الفرق المذكور في «مفتاح الكرامة»^(١) وهو كون ضمان المبيع في بيع الكلّي في المعين على البائع فيجب دفع الباقي إلى المشتري، بخلاف مسألة الأبطال، فإن الأبطال المستثناة أمانة للبائع بيد المشتري، حيث إن البائع قد أقبض الكل فيكون الكل بيد المشتري فيدخل النقص على المالكين أي حصة البائع وحصة المشتري.

وفيه - مع ما عرفت [١] من أن التلف من الصبرة قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة، فكيف يثبت به؟ - أنه: إن أريد من كون التلف - في مسألة الاستثناء - بعد القبض: أنه بعد قبض المشتري؟ ففيه: أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري ولا كلام فيه ولا إشكال، وإنما الإشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع والبائع في مسألة الاستثناء، حيث إن كلاً منهما يستحقّ مقدراً من المجموع لم يقبضه مستحقّه، فكيف يحسب نقص التالف على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقّه الكلي. وإن أريد من كون التلف بعد القبض: أن الكلي الذي يستحقّه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك، فإذا دفع الكل إلى المشتري فقد دفع مالاً مشتركاً، فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة إلى المشتري، فالاشتراك كان قبل القبض.

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

وإن أريد أنه بعد ما باع الثمرة مع استثناء الأبطال يكون ما بيده مشتركاً بينه وبين

ففيه: أن الإشكال بحاله، إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: «بعتك صاعاً من هذه الصبرة» وبين قوله: «بعتك هذه الصبرة - أو هذه الثمرة - إلا صاعاً منها»، وما الموجب للاشتراك في الثاني دون الأول؟ مع كون مقتضى الكلّي عدم تعيين فردٍ منه أو جزءٍ منه لمالكة إلا بعد إقباض مالك الكلّ الذي هو المشتري في مسألة الاستثناء، فإنّ كون الكلّ بيد البائع المالك للكلّي لا يوجب الاشتراك. هذا، مع أنّه لم يعلم من الأصحاب في مسألة الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك وعدم جواز تصرف المشتري إلا بإذن البائع، كما يشعر به فتوى جماعة، منهم الشهيدان والمحقق الثاني بأنّه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي.

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

وذكر بعضهم^(١) أنه لو فرط المشتري وتلف بعض الثمر بإفراطه يجب أداء المستثنى إلى البائع من الباقي، ولو كان في البين إشاعة لم يصح القول بالأداء من الباقي كما لا يخفى.

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

(١) الدروس ٣: ٢٣٩، والروضة البهية ٣: ٣٦٠، وراجع جامع المقاصد ٤: ١٦٨.

ويمكن أن يقال: إن بناء المشهور في مسألة استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعة قبل التلف واختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود - كما ينبئ عنه فتوى جماعة منهم: بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصّة البائع في الباقي، ويؤيده استمرار السيرة في صورة استثناء أبطال معلومة من الثمرة على استقلال المشتري في التصرف وعدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء - فالمسألان مشتركتان في التنزيل على الكلّي، ولا فرق بينهما إلا في بعض ثمرات التنزيل على الكلّي وهو حساب التالف عليهما. ولا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق، إلا دعوى أنّ المتبادر من الكلّي المستثنى هو الكلّي الشائع فيما يسلم للمشتري، لا مطلق الموجود وقت البيع. وإن كان بناؤهم على الإشاعة من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه في ذلك: أنّ المستثنى كما يكون ظاهراً في الكلّي، كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً، بمعنى أنّه ملحوظ

الجملة فيها قبل القبض وكون ضمان المبيع على البائع مقتضاه خروج البائع من ضمان المبيع بدفع الكلّي من الباقي. ومما ذكرنا يظهر وجه عدم جريان أحكام الإشاعة في مسألة الاستثناء وأنه يجوز للمشتري التصرف في الثمرة بلا استيدان من البائع، وأنه لو تلف الثمرة بإفراطه لا ينقص عما يستحقه البائع شيء ويجب عليه الدفع من الباقي.

وأما ما ذكره المصنف رحمته الله في وجه حساب التلف في مسألة الاستثناء على المشتري والبائع معاً من دعوى أن المتبادر من الاستثناء تمام المستثنى على تقدير سلامة تمام المبيع للمشتري، وإذا تلف بعضه سقط من الأبطال بحسابه، بأن تكون نتيجة ذلك هي الإشاعة بالإضافة إلى التالف ولا تجري أحكام الإشاعة على الباقي، فلا يمكن المساعدة عليه. فإن لازم ذلك جهالة مقدار المبيع، فإنه على تقدير بقاء المبيع بمقدار وعلى تقدير تلف بعضه مقدار آخر كما لا يخفى.

بعنوان كلّي يقع عليه البيع، فمعنى «بتك هذه الصبرة إلا صاعاً منها»: «بتك الكلّي الخارجي الذي هو المجموع المخرج عنه الصاع» فهو كلّي كنفس الصاع، فكلّ منهما مالك لعنوان كلّي، فالموجود مشترك بينهما، لأنّ نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح، وكذا التالف نسبتة إليهما على السواء، فيحسب عليهما. وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإنّ مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلّي في قولنا: «بتك صاعاً من هذه الصبرة»، إذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتّى يلحظ بعنوان كلّي كنفس الصاع. فإن قلت: إنّ مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً في الخارج فيكون كلياً كنفس الصاع.

ثم ذكر ﷺ في مقام الفرق أنه على تقدير الالتزام بالإشاعة في مسألة الاستثناء من أول الأمر أن المستثنى منه المبيع فيها كالمستثنى كلي معين، ولا ترجيح في حساب التلف على خصوص المستثنى منه، بخلاف مسألة بيع الصاع من الصبرة، فإن مال البائع فيها لا يكون بعنوان الكلّي في المعين، بخلاف ما تملكه المشتري فلا وجه لحساب التلف عليهما.

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

فإنه يقال: نعم، ولكن ملك الباقي ليس بعنوان تملك الكلّي في المعين ليوجب تخصيص التلف على ملك الباقي دون ما تملكه المشتري ترجيحاً بلا مرجح. أقول: التملك بالعنوان وعدمه لا يكون فارقاً، وإلا فالمستثنى في مسألة الاستثناء أيضاً ليس مملوكاً للبائع بعنوان الكلّي في المعين، حيث إنّ ملك البائع كان ثابتاً لجميع المال من الأول، فيكون بيعه المال باستثناء الأبطال تمليكاً للكلّي في المعين من المشتري، فيكون بعد البيع الباقي في ملكه كلياً في المعين لا محالة، فتدبر جيداً.

قلت: نعم، ولكن ملكية البائع له ليس بعنوان كلي حتى يبقى ما بقي ذلك العنوان، ليكون الباقي بعد تلف البعض صادقاً على هذا العنوان وعلى عنوان الصاع على نهج سواء، ليلزم من تخصيصه بأحدهما الترجيح من غير مرجح فيجيء الاشتراك، فإذا لم يبق إلا صاع كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكا له، ولا يزاومه بقاء عنوان ملك البائع، فتأمل. هذا ما خطر عاجلاً بالبال، وقد أوكلنا تحقيق هذا المقام -الذي لم يبلغ إليه ذهني القاصر- إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر، عفى الله عن الزلل في المعائر. قال في الروضة -تبعاً للمحكي عن حواشي الشهيد-: إن أقسام بيع الصبرة عشرة، لأنها إما أن تكون معلومة المقدار أو مجهولته، فإن كانت معلومة صحّ بيعها أجمع، وبيع جزء منها معلوم مشاع، وبيع مقدار كقفيزٍ تشتمل عليه [١] وبيعها كل قفيز بكذا، لا يبيع

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

ولكن لا يبعد أن يقال بتمام البيع بالإضافة إلى قفيز واحد، نظير ما ذكرنا من صحة الإجارة في الشهر الأول، بل يمكن أن يقال: إن قول البائع: «بعت من الصبرة كل قفيز

(١) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٢٧٥، وراجع الروضة البهية ٣: ٢٦٨.

كل قفيز منها بكذا. والمجهولة كلها باطلة إلا الثالث وهو بيع مقدار معلوم يشتمل الصبرة عليه. ولو لم يعلم باشمالها عليه، فظاهر القواعد والمحكي عن حواشي الشهيد وغيرها عدم الصحة، واستحسنه في الروضة، ثم قال: ولو قيل بالاكتفاء بالظن باشمالها عليه كان متجهاً والمحكي عن ظاهر الدروس واللمعة الصحة قال فيها: فإن نقصت تخير بين أخذ الموجود منها بحصته من الثمن وبين الفسخ،

بكذا»، بمنزلة الإيجابات المتعددة، كما قال: «بعت قفيزاً منها بكذا وقفيزاً آخر بذلك السعر وقفيزاً ثالثاً كذلك...» وهكذا وإذا ذكر المشتري في قبوله ما يعين به مقدار المبيع، كما إذا قال: اشتريت قفيزين، كما هو المتعارف في البيوع المتعارفة في زماننا الحاضر، فيتم البيع بالإضافة إلى ذلك المقدار؛ لعدم الجهالة في مقدار المبيع عند تمام البيع، ولا يستفاد من الأدلة المتقدمة إلا بطلان البيع الفردي أو تمام البيع من غير تعيين الكيل أو الوزن أو العدد فيه.

ولو لم يذكر المشتري في قبوله ما يعين ذلك، فالحكم بالبطلان مبني على أن يكون المنهي عنه في الأخبار المتقدمة بيع الشيء من غير تعيين مقدار المبيع كيلاً أو وزناً أو عدداً، وأما إذا قيل بأن مدلولها بيع الشيء جزافاً فلا يحكم ببطلانه في الفرض، حيث لا جزاف في ناحية المبيع أو في ناحية الثمن. وبهذا يظهر أنه لا يختلف في الحكم بالصحة أو الفساد بين كون الصبرة معلومة من حيث المقدار أم لا، وما ذكر المصنف رحمته الله في وجه الصحة فيما إذا كانت الصبرة مجهولة المقدار من كون المبيع معلوم بالمشاهدة، فلا بد من أن يكون مراده العلم بأوصافه لا كيله أو وزنه، ومع الإيجاب المفروض لا يكون في البين جزاف لا في ناحية المبيع ولا في ناحية الثمن.

لتبعض الصفقة. وربما يحكى عن المبسوط، والمحكي خلافه، ولا يخلو عن قوة [١] وإن كان في تعيينه نظر، لالتدراك الغرر بالخيار، لما عرفت غير مرة: من أن الغرر إنما يلاحظ في البيع مع قطع النظر عن الخيار الذي هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر.

وإن قيل: عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر.

قلنا: نعم، إذا بني العقد على جعل الثمن في مقابل الموجود. وأما إذا بني على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير المعلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفاً، وربما يحتمل الصحة مراعىً بتبين اشتغالها عليه.

[١] أي لا يخلو الحكم بالصحة عن قوة، وليس الوجه هو تدارك الضرر المحتمل بالخيار على تقدير عدم اشتغال الصبرة، حيث إن ارتفاع الغرر بالخيار لا يفيد في صحة البيع؛ لأن الخيار حكم يترتب على البيع الصحيح، ولولم يتعلق دليل الإمضاء للبيع المنشأ فلا يعمه خطاب الخيار، بل الوجه في الحكم بالصحة عدم الغرر في البيع المزبور.

لا يقال: الجهل بوجود المبيع من أعظم الغرر، فإنه يقال: الثمن المزبور لم يقع في مقابل الموجود مطلقاً ولو على تقدير عدم الاشتغال، بل البيع الجاري على المقدار المزبور انحلاله، وإذا قال: «بعت الكر من هذا الصبرة بكذا»، فهو بمنزلة قوله: «بعت نصف الكر بنصف الثمن». وإذا ظهر عدم اشتغال الصبرة إلا لنصف الكر يستكشف بطلان البيع في نفسه ويثبت خيار التبعض للمشتري.

أقول: ما ذكره من أن ثبوت الخيار لا ينفع في ارتفاع الغرر صحيح بالإضافة إلى الخيارات الشرعية، فإن خطاباتهما تثبت الخيار في البيع الممضى، وأما الخيارات المشروطة الإضائية فلا بأس بارتفاع الغرر بها، وخيار تبعض الصفقة منها وتفصيل

وفيه: أن الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبيين الاشتمال. هذا، ولكن الأوفق بكلماتهم في موارد الغرر عدم الصحة، إلا مع العلم بالاشتمال، أو الظن الذي يتعارف الاعتماد عليه ولو كان من جهة استصحاب الاشتمال [١].

وأما الرابع مع الجهالة - وهو بيعها كل قفيز بكذا - فالمحكي عن جماعة المنع. وعن ظاهر إطلاق المحكي من عبارتي المبسوط والخلاف أنه لو قال: «بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم» صح البيع. قال في الخلاف: «لأنه لا مانع منه، والأصل جوازه». وظاهر إطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتمال. وعن الكفاية: نفى البعد عنه، إذ المبيع معلوم بالمشاهدة، والتمن مما يمكن أن يعرف، بأن تكال الصبرة ويوزع الثمن على قفزاتها، قال: وله نظائر ذكر جملة منها في التذكرة. وفيه نظر.

مسألة: إذا شاهد عيناً في زمان سابق [٢] على العقد عليها، فإن اقتضت العادة تغيرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصحح بيع الغائب، لأن الرؤية القديمة غير نافعة. وإن اقتضت العادة

الكلام موكول إلى بحث الخيارات.

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

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

بقاءها عليها فلا إشكال في الصحة، ولا خلاف أيضاً إلا من بعض الشافعية. وإن احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصالة عدم التغير والبناء عليها في العقد، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل والوزن، لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التمويل عليها. ولو فرضناه في مقام لا يمكن التمويل عليه لحصول أمانة على خلافه، فإن بلغت قوة الظن حداً يلحقه بالقسم الأول - وهو ما اقتضى العادة تغييره - لم يجز البيع، وإلا جاز مع ذكر تلك الصفات، لابدونه، لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصحة في القسم الأول إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغواً. لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمة.

على أصالة عدم تغييرها، ولو فرض في مورد عدم جواز الاعتماد على الاستصحاب للاطمينان بتغير أوصافها فيجوز بيعها باشتراط أوصافها السابقة؛ لأن العين المرئية سابقاً لا تزيد عن العين المعيوبة التي لم يرها المشتري ويشتريها باشتراط أوصافها الفعلية.

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

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

وكيف كان، فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة فانكشف التغير تخير المغبون - وهو البائع إن تغير إلى صفات زادت في ماله، والمشتري إن نقصت عن تلك الصفات - لقاعدة «الضرر»، ولأن الصفات المبني عليها في حكم الصفات المشروطة، فهي من قبيل تخلف الشرط، كما أشار إليه في نهاية الأحكام والمسالك بقولهما: الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة في المرئي، فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف في الشرط، انتهى.

وتوهم: أن الشروط إذا لم تذكر في متن العقد لا عبرة بها، فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط في متن العقد، مدفوع: بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد. والصفات المرئية سابقاً حيث إن البيع لا يصح إلا مبنياً عليها كانت دخولها في العقد أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية، ولذا لو لم يبين البيع عليها ولم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلاً، فالذكر اللفظي إنما يحتاج إليه في شروط خارجة لا يجب ملاحظتها في العقد.

في انتفاء الغرر شيئاً. ولا يخفى أن شراء العين بالرؤية السابقة الذي مرجعه إلى اشتراط الأوصاف السابقة مقتضاه ثبوت الخيار مع التخلف، حيث لا معنى لاشتراط الأوصاف في بيع العين الخارجية إلا ثبوت الخيار مع عدمها وليس ثبوته مقتضى قاعدة نفي الضرر؛ لما يأتي ذكره في بحث الخيارات من أنه لو جرت قاعدة نفيه في بيع كان مقتضاه بطلانه؛ لأن منشأ الغرر والحكم الضروري صحته لا لزومه، وليس مفاد القاعدة تدارك الضرر ليكون مقتضاه نفي لزومه.

والحاصل: بيع العين المرئية سابقاً باشتراط بقائها على أوصافها لا يكون غريباً، والبيع المزبور مع تخلف الأوصاف وإن يكون ضرورياً إلا أن صحته لا تنتفي بالقاعدة،

واحتمل في نهاية الأحكام البطلان. ولعلّه لأنّ المضيّ على البيع وعدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان وفاءً بالعقد وجب، فلا خيار. وإن لم يكن وفاءً لم يدلّ دليل على جوازه. وبعبارة أخرى: العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلّقه بانتفاء صفته، وإلا فلا وجه للخيار مع أصالة اللزوم.

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

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

حيث إن نفي صحته مع اشتراط الخيار مناف للامتنان ومقتضى القاعدة نفي الحكم حيث يكون في نفيه امتناناً.

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

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

من أن المشتري هو الذي يتزعم منه الثمن، ولا يتزعم منه إلا بإقراره أو بيئته تقوم عليه، انتهى. وتبعهما العلامة أيضاً في صورة الاختلاف في أوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه رؤية، حيث تمسك بأصالة براءة ذمة المشتري من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بالبيئته. ولأن البائع يدعي علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود والرضا به، والأصل عدمه كما في التذكرة. ولأن الأصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد.

قيل^(١) بتقديم قول المشتري بوجوه ثلاثة:

الأول: الأصل عدم جواز انتزاع الثمن من يده وبراءة عهده من الثمن، حيث لا يتزعم الثمن من يده ولا يثبت عهده به إلا بالبيئته أو إقراره.

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

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

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

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

ويمكن أن يضعف الأول: بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحيح يد أمانة، غاية الأمر أنه يدعي سلطته على الفسخ فلا ينع تشبته باليد. إلا أن يقال: إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن، بناءً على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة، ولم ينسب خلافه إلا إلى بعض الشافعية، من عدم وجوب تسليم الثمن والمثمن في مدة الخيار وإن تسلّم الآخر، وحينئذ فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على أخذ الثمن، فلامدفع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تم، كما سيجيء.

والثاني - مع معارضته بأصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر حتى يكون حقاً له يوجب الخيار - : بأن الشك في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصالة عدم تغير المبيع لم يجر أصالة عدم علمه بهذا الوصف.

الآخر من صاحبه. ولكن لا يخفى أنه لو جرت أصالة لزوم البيع، فعدم ثبوت الخيار يكون حاكماً على الأصل المزبور؛ لأن الموضوع لجواز الإمساك الخيار المنفي بأصالة اللزوم.

وفي ردّ الوجه الثاني: مع أن أصالة عدم علم المشتري بالوصف الموجود فعلاً معارض بأصالة عدم علمه بوصف آخر مفقود ليثبت له الخيار، أن الشك في علم المشتري بالوصف الموجود أو المفقود مسبب عن الشك في تغير العين عما كانت عليه، والأصل عدم تغيرها.

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

والثالث: بأنَّ حقَّ المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً، ولذا يجوز له إمضاء العقد، وثبوت حقِّ له من حيث الوصف المفقود غير ثابت، فعليه الإثبات، والمرجع أصالة لزوم العقد. ولأجل ما ذكرنا قَوَى بعض تقديم قول البائع. هذا، ويمكن بناء المسألة [١] على أنَّ بناء المتبائعين حين العقد على

البيع؛ ولذا حكم بعض في المقام بتقديم قول البائع.

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

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

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

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

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

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

والحاصل: مادام لم يثبت جريان البيع على العين بما ينطبق على الوصف الموجود لا يكون دفع العين بالوصف الموجود وفاءً للعقد ليجب على المشتري دفع ثمنه، والبيع المفروض في المقام نظير الماء المخلوق دفعة فيما إذا شك في كونه كراً فإن أصالة عدم كون الماء المزبور كراً بمفاد كان الناقصة ليست له حالة سابقة، وأصالة عدم الماء الكر بمفاد كان التامة وإن كان لها حالة سابقة إلا أنه لا تفيد في إثبات مفاد كان الناقصة، بمعنى أن الماء المفروض ليس بكرّ.

أقول: الظاهر وقوع الوهم في كلامه ﷺ بين الوصف المأخوذ في المبيع بنحو الكلي وبين الوصف الملحوظ في المبيع الذي يكون عيناً خارجية، فإن الوصف في العين الخارجية لا يمكن أن يكون مقيداً للعين والمفروض أن الوصف في المقام ليس

المعقود عليه، بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيّد، ولذا لا يجوز إلغاؤها [١] في المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط؟
 فعلى الأول: يرجع النزاع في التغير وعدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع وعدمه، والأصل مع البائع.

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

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

[١] أقول: الوصف الذي لا يجوز إلغاؤه هو المأخوذ في المبيع بنحو الكلي، ووجه عدم الجواز وقوع البيع على المقيّد وإنشاء البيع على المطلق يحتاج إلى بيع جديد بعد إقالة الأول، وأما فيما إذا كان المبيع عيناً خارجية كما هو الفرض في المقام،

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

ودعوى: معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على العين المقيّدة بالوصف المفقود ليثبت الجواز، مدفوعة: بأن عدم وقوع العقد على العين المقيّدة لا يثبت جواز العقد الواقع إلا بعد إثبات وقوع العقد على العين الغير المقيّدة بأصالة عدم وقوع العقد على المقيّدة، وهو غير جائز كما حَقَّق في الأصول.

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

فإلغاء الوصف عبارة عن إسقاط الخيار المترتب على تخلفه، وهذا الإلغاء صحيح، نظير إسقاط خيار العيب المترتب على اشتراط عدم النقص في المبيع، بلا فرق بينهما أصلاً. وما ذكره عليه السلام من أن الوصف قيد ملحوظ في المعقود عليه كالجزم، كأنه يريد كما أن الجزء يؤخذ في متعلق البيع كذلك وصف المبيع مأخوذ فيه، ولكن لا يخفى أن أخذ الوصف ولحاظه في المتعلق صحيح، ولكن لحاظه فيه يكون بالتزام آخر غير الالتزام البيعي. وهذا فيما إذا كان المبيع عيناً خارجية ولم يكن الوصف مقوماً كما هو الفرض في المقام، بخلاف لحاظ الجزء فإنه أخذه في متعلق البيع يكون بنفس الالتزام البيعي؛ ولذا لو تخلف الجزء وانكشف عدمه يكون البيع بالإضافة إليه باطلاً من الأول، فتدبر جيداً.

ودعوى: معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة، مدفوعة: بأنه لا يلزم من عدم تعلّقه بذاك تعلّقه بهذا حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فالإلزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلّق العقد بهذا، وهو غير ثابت والأصل عدمه، وقد تقرّر في الأصول: أنّ نفي أحد الضدين بالأصل لا يثبت الضد الآخر ليرتّب عليه حكمه. وبما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم، حيث إنّ المبيع ملك المشتري، والتمن ملك البائع اتفاقاً، وإنّما اختلافهما في تسلّط المشتري على الفسخ، فيُنفي بما تقدّم من قاعدة اللزوم. توضيح الفساد: أنّ الشك في اللزوم وعدمه من حيث الشك في متعلّق العقد، فإنّنا نقول: الأصل عدم تعلّق العقد بهذا الموجود حتى يثبت اللزوم، وهو وارد على أصالة اللزوم.

والحاصل: أنّ هنا أمرين:

أحدهما: عدم تقييد متعلّق العقد بذلك الوصف المفقود وأخذه فيه. وهذا الأصل ينفع في عدم الخيار، لكنّه غير جار، لعدم الحالة السابقة. والثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود. وهذا جار غير نافع، نظير الشك في كون الماء المخلوق دفعة كراً من أصله، فإنّ أصالة عدم كرمته نافعة غير جارية، وأصالة عدم وجود الكرّ جارية غير نافعة في ترتّب آثار القلّة على الماء المذكور، فافهم واغتنم.

وبما ذكرنا يظهر حال [١] التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمة

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

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

العمومات تعم الثمن في مفروض الكلام، حيث إنه ملك للبائع فلا يجوز للمشتري تملكه بزعم ثبوت الخيار كقوله سبحانه: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)، فإن فسخ المشتري لا يكون تجارةً عن تراض، ووضع يده على الثمن مع عدم ثبوت الخيار له أكلٌ له بالباطل. وكذلك قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^(٢)، فإن مقتضاه عدم جواز تملك الثمن بلا رضا البائع، وقوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٣)، فإن مقتضاه ولاية التصرف في المال تثبت للمالك دون غيره، وكل هذه العمومات حاكمة على الأصول العملية المتقدمة القاضية بعدم لزوم البيع على المشتري، كما في سائر الأدلة الاجتهادية في مقابل الأصل العملي.

وحاصل ما ذكره ﷺ في الجواب عن العمومات هو أن العمومات المزبورة منحصصة في المال الذي لم يدفع عوضه في المعاملة إلى المشتري، وإذا شك في وصول العوض المزبور فالأصل عدمه، وبهذا يدخل الثمن المفروض في المستثنى المحكوم بجواز أكله وحله وسلطنة غير المالك عليه. وما تقدم من أن الأصل عدم

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

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

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و٤٥٧، الحديث ١٩٨، و٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

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

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

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

وصول حق المشتري إليه يراد به ما ذكر، ويرجع إلى أصالة عدم التزام المشتري بتملك ما يدعي تغييره ليجب عليه الوفاء بما التزم.

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

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

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

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: صحّة ما تقدّم: من أصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه، وكذا صحّة ما في التذكرة: من أصالة عدم التزام المشتري بتملّك هذا الموجود حتّى يجب الوفاء بما أُلزم.

نعم، ما في المبسوط والسرّائر والدّروس: من أصالة بقاء يد المشتري [١] على الثمن، كآته لا يناسب أصالة اللزوم بل يناسب أصالة الجواز عند الشكّ في لزوم العقد كما يظهر من المختلف في باب السبق والرماية. وسيأتي تحقيق الحال في باب الخيار.

[١] ولعل مراده^(١) أصالة بقاء يد المشتري على الثمن الراجعة إلى استصحاب بقاء أولويته عليه، فإنه قبل البيع كان أولى به والآن كذلك، ويتمسك بها عند الشكّ في لزوم العقد وجوازه ولو بالشبهة الحكمية، كما إذا شكّ في كون المعاطاة لازمة أو جائزة وكأن مقتضى الأصل عند هؤلاء عدم لزوم العقد في كل مورد، بخلاف الوجهين السابقين فإنهما يجتمعان مع الالتزام بأصالة لزوم العقد المستفاد من العمومات

(١) أي مراده^{عليه السلام} من الذي جاء في المبسوط ٧٧: ٢، والسرّائر ٢٤٣: ٢، والدروس ٣: ١٩٩.

وأما دعوى ورود أصالة عدم تغيّر [١] المبيع على الأصول المذكورة، لأنّ الشكّ فيها مسبّب عن الشكّ في تغيّر المبيع، فهي مدفوعة -مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسّمَن قبل المشاهدة فاختلف في زمان المشاهدة، كما إذا علم بكونها سميّنة وأنها صارت مهزولة، ولا يعلم أنها في زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا، فحينئذ مقتضى الأصل تأخّر الهزال عن المشاهدة، فالأصل تأخّر التغيّر، لاعدمه الموجب للزوم العقد -: بأنّ مرجع أصالة عدم تغيّر المبيع

المتقدمة. ويخرج مورد الاختلاف في تغيّر المبيع عن تلك العمومات بالوجهين المزبورين، باعتبار إدخالهما المفروض في المقام في عنوان المخصّص كما تقدم. وبتعبير آخر: يختص الوجهان بمثل المزبورة في المقام، بخلاف أصالة بقاء يد المشتري على الثمن فإنها تجري في عقد شكّ في جوازه ولزومه ولو بالشبهة الحكميّة، ولكن لا تصل النوبة إليهما مع العمومات المتقدمة.

أقول: لا يجري الأصل المزبور في نفسه، فإنّ الأولوية المزبورة إن كانت بمعنى الملك فقد ارتفعت بالبيع قطعاً، وإن كانت بمعنى آخر فليست لها حالة سابقة كما لا يخفى.

[١] قد أجاب الله عما قيل من حكومة أصالة عدم التغير على الأصول المقتضية لجواز البيع في مفروض الكلام بوجهين.

الأول: أن أصالة عدم التغيّر لا تجري فيما إذا اتفقا على كون الحيوان سميّناً قبل المشاهدة واختلفا في التغير حين المشاهدة فادعى البائع حصوله حين المشاهدة فلا خيار للمشتري، وقال المشتري حصوله بعدها فله الخيار، فإنه لا يجري في الفرض أصالة عدم التغير، بل الجاري أصالة تأخّر التغيّر عن زمان المشاهدة المقتضية لتقديم قول المشتري.

إلى عدم كونها حين المشاهدة سميئة، ومن المعلوم: أن هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير أصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم، لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهدة وتعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، ولكنّ الاصول العدمية في مجاريها لا تثبت وجود أضرارها. هذا كلّ مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار. ولو ادّعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع، فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع، لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. وظاهر عبارة اللمعة تقديم قول المشتري هنا. ولم يعلم وجهه.

الثاني: أن أصالة عدم التغير الراجع إلى عدم كون المبيع حين المشاهدة سميئاً لا يثبت جريان البيع على الحيوان المهزول إلا بنحو الأصل المثبت. وبتعبير آخر: أصالة عدم كون الحيوان حين المشاهدة سميئاً كأصالة عدم جريان البيع على الحيوان السمين، لا يفيد في إثبات موضوع لزوم العقد، وهو جريان البيع على الحيوان المهزول.

أقول: لا يخفى أن مقتضى العمومات المتقدمة بضميمة أصالة عدم اشتراط السمن في الحيوان المبيع يثبت بقاء الثمن في مدلول تلك العمومات، حيث إن الخارج عنها موارد ثبوت الخيار بالأصالة أو الاشتراط، ولا يكون في مفروض الكلام خيار بالأصالة ومقتضى الأصل عدم اشتراطه.

وأما الأصول العملية المتقدمة فلا مجال لشيء منها فيما إذا كان المبيع عيناً خارجية لجريان البيع على تلك العين على كل تقدير، وكونها عوضاً عن الثمن كذلك واشتراط وصف مفقود مدفوع بالأصل كما مرّ، وبهذا يظهر الحال فيما إذا اختلفا في العين الخارجية فادّعى البائع تغييرها بالزيادة فله الخيار وقال المشتري: لا زيادة فيها، فإن مقتضى أصالة عدم الاشتراط عدم الخيار للبائع كما لا يخفى.

[الفرع] الثاني: لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة [١] ووقوع العقد على الوصف المشاهد، واختلفا في تقدم التغير على البيع ليثبت الخيار، وتأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار، تعارض كل من أصالة عدم تقدم البيع والتغير على صاحبه. وحيث إن مرجع الأصلين إلى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا، وأصالة بقاء السمن، وعدم وجود الهزال حال البيع - والظاهر أنه لا يترتب على شيء منهما الحكم بالجواز أو اللزوم، لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه وانتقاله إلى المشتري، وأصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين، كما أن أصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه - فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه كما في المسألة السابقة، إلا أن الفرق بينهما هو: أن الشك في وصول الحق هناك ناشئ عن الشك في نفس الحق، وهنا ناشئ عن الشك في وصول الحق المعلوم. وبعبارة أخرى: الشك هنا في وصول الحق، وهناك في حقيقة الواصل، ومقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم.

[١] تعلق البيع في الفرض بالعين الخارجية بوصف خاص متفق عليه بين المتبايعين واختلافهما في التغير إلى زمان البيع ليكون التغير المزبور موجبا للخيار للمشتري، أو حصوله بعد البيع بوجه لا يكون له خيار.

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

ومن ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعي الخيار هو البائع، بأن اتفقا على مشاهدته مهزولاً ووقوع العقد على المشاهد وحصل السمن، واختلفا في تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع، فافهم وتدبر، فإنَّ المقام لا يخلو عن إشكال واشتباه. ولو وجد المبيع تالفاً [١] بعد القبض فيما يكفي في قبضه التخلية، واختلفا في

أقول: قد تقدم أن تعلق البيع بالعين الموجودة فعلاً متفق عليه كما أن اشتراط الوصف الموجود زمان المشاهدة أيضاً متفق عليه بينهما، ومعنى اشتراطه أنه لو لم يكن في البين ذلك الوصف زمان البيع لكان للمشتري خيار الفسخ، واستصحاب بقاء الوصف إلى زمان البيع ينفي تحقق ما علق عليه الخيار فلا خيار للمشتري، وهذا ليس من الأصل المثبت في شيء؛ لما تقدم من أن موضوع الخيار في الخيارات الجعلية للمتعاقدين يؤخذ على وفق جعل المتعاقدين.

وأما استصحاب عدم وصول حق المشتري إلى المشتري، فإن أريد به عدم انتقال العين الموجودة فعلاً فهو متفق عليه بين المتعاقدين وأن العين على كل تقدير تعلق بها البيع، وإلا لكان فقد الوصف وانكشاف التغير موجباً لبطلان البيع كما في تخلف الأوصاف المقومة.

وإن أريد عدم الوصف المشروط زمان العقد فالمفروض أن استصحاب بقاء الوصف جار بلا معارض، وبهذا يظهر الحال فيما إذا ادعى البائع حصول التغير إلى زمان البيع بالزيادة فله خيار الفسخ، وقال المشتري بحصول الزيادة بعد البيع فلا خيار للبائع، وأنه يقدم مدعي اللزوم. فإن استصحاب بقاء الوصف المشاهد إلى زمان البيع ينفي تحقق ما عليه خيار البائع على ما تقدم، ولا يعارضه أصالة عدم وقوع البيع إلى زمان حصول الزيادة فإنها لا تثبت وقوعه في زمان حصولها كما لا يخفى.

[١] ولعل فرض كفاية التخلية في القبض لتصوير فرض الاختلاف في تقدم البيع

تقدّم التلف على البيع وتأخره، فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن، لأصالة عدم تأثير البيع. وقد يتوهم جريان أصالة صحّة البيع هنا، للشكّ في بعض شروطه، وهو وجود المبيع.

وفيه: أنّ صحّة العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعاً، فإذا فرضنا أنّه عقد على شيء معدوم في الواقع فلا تأثير له عقلاً في تملك العين، لأنّ تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود، ولا على قصد تملك بدله مثلاً أو قيمته غير معقول. ومجرد إنشائه باللفظ لغو عرفاً، يقبح مع العلم دون الجهل

على التلف وتأخره عنه بحيث يكون تأخره عن البيع موجباً لذهابه على المشتري، ولكن لو قلنا بعدم كفايتها فيمكن أيضاً فرض الاختلاف، كما إذا كان المبيع قبل البيع أمانة بيد المشتري فباعه البائع منه، ثم ظهر تلفه واختلفاً في تقدّمه على البيع وتأخره عنه. وعلى كل تقدير، فالأظهر تقديم قول المشتري وعلى البائع إثبات وقوع البيع قبل التلف، أخذاً بأصالة بقاء الثمن على ملك المشتري.

ودعوى أنه لا مجال للاستصحاب المزبور؛ لأن أصالة الصحة الجارية في البيع حاکمة عليه، لا يمكن المساعدة عليه؛ لأن أصالة الصحة الجارية في المعاملات تجري فيما إذا أحرز تحقق المعاملة وشك في تحقق ما يعتبر في إضاهاها وأما إذا لم يحرز تحققها بأن شك في حصول المقوم لها أو في ولاية المنشأ لها فلامورد لها ولا دليل على اعتبارها في إحرازهما. ومن الظاهر أن تملك المعدوم لا بلحاظ وجوده ولا بلحاظ تملك بدله من المثل أو القيمة، أمر غير معتبر عند العقلاء؛ لأن البيع عندهم تملك الموجود بعوض.

وبتعبير آخر: إنّما تجري أصالة الصحة بعد الفراغ عن أصل وجود المعاملة، ونظير دعوى أصالة الصحة في المقام ما تقدم عن بعض فيما إذا باع الراهن الرهن بإذن

بالحال، فإذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم، لأن التملك الحقيقي غير متحقق، والصوري وإن تحقق لكنّه ليس بفاسد، إذ اللغو فاسد عرفاً - أي قبيح - إذا صدر عن علم بالحال.

وبالجملة، الفاسد شرعاً الذي تنزّه عنه فعل المسلم هو التملك الحقيقي المقصود الذي لم يمضه الشارع. فافهم هذا، فإنه قد غفل عنه بعض في مسألة الاختلاف في تقدّم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه في البيع وتأخره عنه، حيث تمسك بأصالة صحّة الرجوع عن الإذن، لأن الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسداً، لعدم مصادفته محلاً يؤثر فيه.

نعم، لو تحققت قابليّة التأثير عقلاً وتحقق الإنشاء الحقيقي عرفاً - ولو فيما إذا باع بلا ثمن، أو باع ما هو غير مملوك كالخمر والخنزير وكالتالف شرعاً كالغريق والمسروق، أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرّة المعدومة، أو قصد تملك بدله مثلاً أو قيمةً، كما لو باع ما أتلّفه زيد على عمرو، أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك في بدله - تحقّق مورد الصحة والفساد، فإذا حكم بفساد شيء من ذلك ثم شكّ في أنّ العقد الخارجي منه أم من الصحيح، حمل على الصحيح.

مسألة: لا بد من اختبار الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، كما في كلّ وصف يكون كذلك، إذ لا فرق في توقّف رفع الغرر على العلم،

المرتهن ورجع المرتهن عن إذنه وشك في تقدم البيع على الرجوع ليكون الرجوع لغواً؛ لعدم المورد له، أو تقدم الرجوع على البيع ليكون له مورد من إجراء أصالة الصحة في الرجوع، ولكن كما تقدم أنه لا مجال لأصالة الصحة في الرجوع مع عدم إحراز المورد له، لا سيما لو قيل بأصالة الصحة في البيوع المقتضية لانتهاء الرهن كما لا يخفى.

بين هذه الأوصاف وبين تقدير العوضين بالكيل والوزن والعد. ويغني الوصف عن الاختبار فيما ينضبط من الأوصاف، دون ما لا ينضبط، كمقدار الطعم والرائحة واللون وكيفياتها، فإن ذلك ممّا لا يمكن ضبطه إلا باختبار شيء من جنسه، ثمّ الشراء على ذلك النحو من الوصف، مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة، فبيع منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف. وكذا الكلام في الطعم والرائحة لمن كان مسلوب الذائقة والشامة. نعم، لو لم يُرد من اختبار الأوصاف إلا استعمال صحته وفساده، جاز شراؤها بوصف الصحة، كما في الدبس والدهن مثلاً، فإنّ المقصود من طعمهما ملاحظة عدم فسادهما. بخلاف بعض أنواع الفواكه والروائح التي تختلف قيمتها باختلاف طعمها ورائحتها، ولا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظة صحتها وفسادها.

وإطلاق كلمات الأصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته بالوصف محمول على ما إذا أُريد الأوصاف التي لها مدخل في الصحة، لا الزائدة على الصحة التي يختلف بها القيمة، بقرينة تعرّضهم بعد هذا البيان جواز شرائها من دون اختبار ولا وصف، بناء على أصالة الصحة.

وكيف كان، فقد قوى في السرائر عدم الجواز أخيراً بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف، وفاقاً للمشهور المدعى عليه الاجماع في الغنية. قال: يمكن أن يقال: إنّ بيع العين المشاهدة المرثية لا يجوز أن يكون بالوصف، لأنّه غير غائب فبياع مع خيار الرؤية بالوصف، فإذا لا بد من شمّه وذوقه، لأنّه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف، وهذا قويّ، انتهى.

ويضعفه: أن المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر والغائب تحكماً. بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار ولا وصف، بناءً على أصالة الصحة، وفاقاً للفاضلين ومن تأخّر عنهما، لأنّه إذا كان

المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه، فذكره في الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة، ومن المعلوم أنه غير معتبر في البيع إجماعاً، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. وأمّا رواية محمد بن العيص: «عن الرجل يشتري ما يذاق، أذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذوقه، ولا يذوقنّ ما لا يشتري». فالسؤال فيها عن جواز الذوق، لا عن وجوبه. ثم إنّه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة إلى المفيد والقاضي وسلار وأبي الصلاح وابن حمزة. قال في المقنعة: كل شيء من المطاعم والمشروبات يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له - كالأدهان المختبرة بالشّمّ و صنف الطيب والحلوات المذوقة - فإنّه لا يصحّ بيعه بغير اختبار، فإن اتبع بغير اختبار كان البيع باطلاً، والمتبايعان فيه بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس، انتهى. وعن القاضي: أنّه لا يجوز بيعه إلا بعد أن يختبر، فإنّ بيع من غير اختبار كان المشتري مخيراً في ردّه له على البائع. والمحكي عن سلار وأبي الصلاح وابن حمزة: إطلاق القول بعدم صحة البيع من غير اختبار في ما لا يفسده الاختبار من غير تعرّض لخيار للمتبايعين كالمفيد، أو للمشتري كالقاضي. ثمّ المحكي عن المفيد وسلار: أنّ ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة. وعن النهاية والكافي: أنّ بيعه جائز على شرط الصلحة أو البراءة من العيوب. وعن القاضي: لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب. قال في محكي المختلف - بعد ذكر عبارة القاضي -: إنّ هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدتين: إمّا الصحة أو البراءة من العيوب، وليس بجيد، بل الأولى انعقاد البيع، سواء شرط أحدهما أو خلا عنهما أو شرط العيب. والظاهر أنّه إنّما صار إلى الإبهام من عبارة الشيخين، حيث قالوا: إنّ جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة. ومقصودهما: أنّ البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز، لأنّ جوازه مشروط بالصحة أو البراءة، انتهى.

أقول: ولعلّ لنا لكتة بيان أنّ مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد عبّر في القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله: «جاز بشرط الصحة»، لكن الإنصاف أنّ الظاهر من عبارتي المقنعة والنهائية ونحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد، كما يظهر بالتدبّر في عبارة المقنعة من أولها إلى آخرها، وعبارة النهاية - هنا - هي عبارة المقنعة بعينها، فلاحظ. وظاهر الكل - كما ترى - اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده، كما تقدم من الحلّي. فلا يكفي ذكر الأوصاف، فضلاً عن الاستثناء عنها بأصالة السلامة. ويدلّ عليه: أنّ هؤلاء اشترطوا في ظاهر عبارتهم المتقدّمة اشتراط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار، وإن فهم في المختلف خلاف ذلك. لكن قدّمنا ما فيه. فينبغي أن يكون كلامهم في الأمور التي لا تنضبط خصوصية طعمها وريحها بالوصف. والظاهر أنّ ذلك في غير الأوصاف التي يدور عليها السلامة من العيب، إلّا أنّ تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار كالشاهد على أنّ المراد بالأوصاف التي لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامة، كما أنّ مقابله وهو ما يفسد الشيء باختباره - كالبيض والبطيخ - كذلك غالباً. ويؤيده حكم القاضي بخيار المشتري.

وكيف كان، فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا ينضبط بالأوصاف، فلا خلاف معهم منّا ولا من الأصحاب. وإن كان مذهبهم موافقاً للحلّي بناءً على إرادة الأوصاف التي بها قوام السلامة من العيب، فقد عرفت أنه ضعيف في الغاية. وإن كان مذهبهم عدم كفاية البناء على أصالة السلامة عن الاختبار والوصف وإن كان ذكر الوصف كافياً عن الاختبار، فقد عرفت: أنّ الظاهر من حالهم وحال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف الراجعة إلى السلامة من العيوب في بيع الأعيان الشخصية.

ويمكن أن يقال - بعد منع جريان أصالة السلامة في الأعيان، لعدم الدليل

عليها، لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك في طرؤ المفسد، مع أن الكلام في كفاية أصالة السلامة عن ذكر الأوصاف أعم، ولا من الشرع، لعدم الدليل عليه: إن السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة على جهة الركنية للمال - كالحلاوة في الدبس، والرائحة في الجلاب، والحموضة في الخل، وغير ذلك مما يذهب بذهابه معظم المالية - فلا بد في دفع الغرر من إحراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات، وحيث فرض عدم اعتبار أصالة السلامة، فلا بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها لأمانة عرفية مغنية عن الاختبار والوصف. ومتى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم يجب إحرازها. نعم، لما كان الإطلاق منصرفاً إلى الصحيح جاء الخيار عند تبين العيب، فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النقد لا النسيئة، وانصراف إطلاق المالك في المبيع إلى غير مسلوب المنفعة مدة يعتد بها، لا من جهة الاعتماد في إحراز الصحة والبناء عليها على أصالة السلامة.

وبعبارة أخرى: الشك في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجارية ممن لا تحيض في سن الحيض، ومثل هذا لا يعتبر إحراز السلامة عنه. وقد يستلزمه، ككون الجارية خنثى وكون الدابة لا تستطيع المشي أو الركوب والحمل عليها، وهذه مما يعتبر إحراز السلامة عنها، وحيث فرض عدم إحرازها بالأصل، فلا بد من الاختبار أو الوصف. هذا، ويؤيد ما ذكرنا من التفصيل: أن بعضهم كالمحقق في النافع والعلامة في القواعد - عنون المسألة بما كان المراد طعمه أو ريحه. هذا، ولكن الإنصاف أن مطلق العيب إذا التفت إليه المشتري وشك فيه، فلا بد في رفع الغرر من إحراز السلامة عنه إما بالاختبار، وإما بالوصف، وإما بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف إما لأجل الانصراف وإما لأصالة السلامة، من غير تفرقة بين العيوب أصلاً. فلا بد إما من كفاية الإطلاق في الكل، للأصل

والانصراف، وإما من عدم كفايته في الكل، نظراً إلى أنه لا يندفع به الغرر إلا إذا حصل منه الوثوق، حتى أنه لو شك في أن هذا العبد صحيح أو أنه أجدم لم يجز البناء على أصالة السلامة إذا لم يفد الوثوق، بل لابد من الاختبار أو وصف كونه غير أجدم. وهذا وإن كان لا يخلو عن وجه، إلا أنه مخالف لما يستفاد من كلماتهم - في غير موضع -: من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب وعدمها.

مسألة: يجوز ابتغاء ما يفسده الاختبار من دون اختبار إجماعاً على الظاهر، والأقوى عدم اعتبار اشتراط الصحة في العقد وكفاية الاعتماد على أصالة السلامة كما فيما لا يفسده الاختبار. خلافاً لظاهر جماعة تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العيوب أو خصوص أحدهما. وقد عرفت تأويل العلامة في المختلف لعبارتي المقنعة والنهائية الظاهرتين في ذلك وإرجاعهما إلى ما أراه من قوله في القواعد: «جاز بيعه بشرط الصحة»: من أنه مع الصحة يمضي البيع، ولا معها يتخير المشتري. وعرفت أن هذا التأويل مخالف للظاهر، حتى أن قوله في القواعد ظاهر في اعتبار شرط الصحة، ولذا قال في جامع المقاصد: وكما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقاً.

وكيف كان، فإذا تبين فساد المبيع، فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر ونحوه، فإن كان لفساده قيمة - كبيض النعامة والجوز - تخير بين الردّ والأرش. ولو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعد الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفاً - كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلا للإحراق - فيحتمل قوياً بطلان البيع. وإن لم يكن لفساده قيمة تبين بطلان البيع، لوقوعه على ما ليس بمتمول. وإن كان تبين الفساد بعد الكسر، ففي الأوّل يتعين الأرش خاصة، لمكان التصرف. ويظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم به فساد المبيع لم يسقط الرد، والمراد بالأرش:

تفاوت ما بين صحيحه وفساده الغير المكسور، لأن الكسر نقص حصل في يد المشتري. ومنه يعلم ثبوت الأرش أيضاً ولو لم يكن لمكسوره قيمة، لأن العبرة في التمول بالفساد الغير المكسور، ولا عبرة بخروجه بالكسر عن التمول. ويبطل البيع في الثاني - أعني ما لم يكن لفساده قيمة - وفقاً للمبسوط والسرائر، وظاهر من تأخر عنهما. وظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرح به الشيخ والحلي والعلامة في التذكرة، مستدلّين بوقوعه على ما لا قيمة له، كالحشرات. وهو صريح جملة ممن تأخر عنهم وظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس، فإن ظاهره انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا من أصله، وجعل الثاني احتمالاً ونسبه إلى ظاهر الجماعة. ولم يعلم وجه ما اختاره، ولذا نسب في الروضة خلافه إلى الوضوح. وهو كذلك، فإن الفساد الواقعي إن لم يكن من الأموال الواقعية كان العقد عليه فاسداً، لأن اشتراط تمول العوضين واقعي لا علمي. وإن كان من الأموال الواقعية، فإن لم يكن بينه وبين الصحيح تفاوت في القيمة لم يكن هنا أرش ولا رد، بل كان البيع لازماً وقد تلف المبيع بعد قبضه. وإن كان بينه وبين الصحيح الواقعي تفاوت، فاللازم هو استرجاع نسبة تفاوت ما بين الصحيح والفساد من الثمن لاجمع الثمن. اللهم إلا أن يقال: إنه مال واقعي إلى حين تبين الفساد، فإذا سقط عن المالية لأمر سابق على العقد - وهو فساده واقعاً - كان في ضمان البائع، فينفسخ البيع حينئذ. بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ، فيجوز له الإمضاء فيكون المكسور ملكاً له وإن خرج عن المالية بالكسر، وحيث إن خروجه عن المالية لأمر سابق على العقد كان مضموناً على البائع، وتدارك هذا العيب - أعني فوات المالية - لا يكون إلا بدفع تمام الثمن. لكن سيجيء ما فيه من مخالفة القواعد والفتاوى.

وفيه: وضوح كون ماليته عرفاً وشرعاً من حيث الظاهر، وأمّا إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية الواقعية من أول الأمر، مع أنه لو كان مالا واقعاً فالعيب

حادث في ملك المشتري، فإن العلم مخرج له عن المالية، لا كاشف، فليس هذا عيباً مجهولاً، ولو سلم فهو كالأرمد يعمى بعد الاشتراء والمريض يموت، مع أن فوات المالية يعد تلفاً، لا عيباً.

ثم إن فائدة الخلاف تظهر في ترتب آثار مالكية المشتري الثمن إلى حين تبين الفساد. وعن الدروس واللمعة: أنها تظهر في مؤونة نقله عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع، وعلى الثاني على المشتري، لوقوعه في ملكه. وفي جامع المقاصد: الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها، لانقضاء المقتضي. وتبعه الشهيد الثاني، قال: لأنه نقله بغير أمره، فلا يتجده الرجوع عليه بها، وكون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع بما غرم، إنما يتجده مع الغرور، وهو منفي هنا، لاشتراكهما في الجهل، انتهى. واعترض عليه: بأن الغرور لا يختص بصورة علم الغاز. وهنا قول ثالث نفى عنه البعد ببعض الأساطين، وهو: كونه على البائع على التقديرين. وهو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد.

هذا كله في مؤونة النقل من موضع الاشتراء إلى موضع الكسر. وأما مؤونة نقله من موضع الكسر لو وجب تفرغه منه - لمطالبة مالكة أو لكونه مسجداً أو مشهداً - فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكاً نظير حبة الحنطة، فالظاهر أنه على البائع على التقديرين، لأنه بعد الفسخ ملكه، وأما لو لم يكن قابلاً للتملك، فلا يبعد مؤاخذه المشتري به. وفي رجوعه على البائع ما تقدم في مؤونة نقله إلى موضع الكسر. ثم إن المحكي في الدروس عن الشيخ وأتباعه: أنه لو تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمة لمكسوره صح، قال: ويشكل: أنه أكل مال بالباطل. وتبعه الشهيد والمحقق الثانيان. وقد تصدى بعض لتوجيه صحة اشتراط البراءة بما حاصله: منع بطلان البيع وإن استحق المشتري مجموع الثمن من باب الأرض المستوعب، فإن

الأرش غرامة أو جبهها الشارع بسبب العيب، لأنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من المثل، ولذا يسقط بالإسقاط، ولا يتعين على البائع الإعطاء من نفس الثمن، ويسقط بالتبري. وليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع، إذ المثلن متحقق على حسب معاملة العقلاء، ولم يعلم اعتبار أزيد من ذلك في صحة البيع، فمع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا النحو. نعم، لو لم يشترط استحق الرجوع بالأرش المستوعب. ولعله لذا لم يعبروا بالبطلان وإن ذكر المحقق وغيره الرجوع بالمثلن وفهم منه جماعة بطلان البيع. لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المالية وإن لم يكن له قيمة، وهو أعم من بطلان البيع، انتهى محصله. ولا يخفى فيه مواقع النظر، فإن المتعرضين للمسألة بين مصرح بطلان البيع - كالشيخ في المبسوط، والحلي في السرائر، والعلامة في التذكرة، معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمة له - وبين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن، الظاهر في البطلان، فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان. ويكفي في ذلك ما تقدم من الدروس: من أن ظاهر الجماعة البطلان من أول الأمر، واختياره بالتفويض الانفساخ من حيث تبين الفساد. فعلم أن لا قول بالصحة مع الأرش، بل ظاهر العلامة في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين، حيث إنه - بعد حكمه بفساد البيع، معللاً بوقوع العقد على ما لا قيمة له، وحكاية ذلك عن بعض الشافعية - قال: وقال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة، بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامة، وكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع، كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع. ويظهر فائدة الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص جتى يجب عليه تطهير الموضع عنها، انتهى. هذا، مع أنه لا مجال للتأمل في البطلان، بناءً على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بمالية المبيع هنا شرعاً و عرفاً حكم ظاهري، وتمول العوضين واقعاً شرط واقعي لا علمي، ولذا لم يتأمل ذو مسكاة في بطلان

بيع من بآن حرّاً أو ما بان خمرأ، وغير ذلك، إذ انكشاف فقد العوض مشترك بينهما. ثم إن الجمع بين عدم خروجه عن المالية، وبين عدم القيمة لمكسوره ممّا لم يفهم، فلعله أراد الملكية. مضافاً إلى أنّ الأرش المستوعب للثمن لا يخلو تصوّره عن إشكال، لأنّ الأرش - كما صرّحوا به - تفاوت ما بين قيمتي الصحيح والمعيب.

نعم، ذكر العلامة في التذكرة والتحرير والقواعد: أنّ المشتري للبعد الجاني عمداً، يتخيّر مع الجهل بين الفسخ فيسترذ الثمن، أو طلب الأرش، فإن استوعب الجناية القيمة كان الأرش جميع الثمن أيضاً. وقد تصدّى جامع المقاصد لتوجيه عبارة القواعد في هذا المقام بما لا يخلو عن بُعد، فراجع.

وكيف كان، فلا أجد وجهاً لما ذكره. وأضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر: من منع حكم الشيخ وأتباعه بصحة البيع، واشتراط البائع على المشتري البراءة من العيوب، وزعم: أنّ معنى اشتراط البراءة في كلامهم: اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب، فيكون مراداً لاشتراط الصحة. وأنت خبير بفساد ذلك بعد ملاحظة عبارة الشيخ والأتباع، فإنّ كلامهم ظاهر أو صريح في أنّ المراد براءة البائع من العيوب، لا المشتري. نعم، لم أجد في كلام الشيخين والمحكي عن غيرهما تعرّض لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمة لمكسوره.

ثمّ إنّه ربما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب الغير المخرجة عن المالية أيضاً بلزوم الفرر، فإنّ بيع ما لا يعلم صحته وفساده لا يجوز إلا بناء على أصالة الصحة، فإذا اشترط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتداد بوجود العيوب وعدمها. وقد صرّح العلامة وجماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية في العين الغائبة. وسيجيء توضيحه في باب الخيارات إن شاء الله تعالى.

مسألة: المشهور - من غير خلاف يذكر - جواز بيع المسك في فأره. وألفأر - بالهمزة - قيل: جمع فأرة، كتمر وتمرة. وعن النهاية: أنّه قد لا يهمز تخفيفاً. ومستند

الحكم: العمومات الغير المزاحمة بما يصلح للتخصيص، عدا توهم النجاسة المندفع - في باب النجاسات - بالنص والإجماع، أو توهم جهالته، بناءً على ما تقدّم من احتمال عدم العبارة بأصالة الصحة في دفع الفرر. ويندفع بما تقدّم: من بناء العرف على الأصل في نفي الفساد، وبناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار في الأوصاف التي تدور معها الصحة.

لكنك خير بأن هذا كله حسن لدفع الفرر الحاصل من احتمال الفساد. وأمّا الفرر من جهة تفاوت أفراد الصحيح الذي لا يعلم إلا بالاختبار، فلا رافع له. نعم، قد روى في التذكرة رسلاً عن الصادق عليه السلام جواز بيعه. لكن لم يعلم إرادة ما في الفأرة.

وكيف كان، فإذا فرض أنه ليس له أوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة، فالأحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيط فيها بإبرة، ثم إخرجه وشمه. ثم لو شمه ولم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه ولو بكونه جزءاً أخيراً لسبب النقص، بأن فتق قبله بإدخال الخيط والإبرة مراراً؟ وجه مبني على ضمان النقص في المقبوض بالسوم، فالأولى أن يباشر البائع ذلك فيشم المشتري الخيط. ثم إن الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف، وهو كذلك. وصرح بعدم جواز بيع البيض في بطن الدجاج للجهالة، وهو حسن إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر والصغر.

مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول [١] بين ضمّ معلوم إليه وعدمه،

[١] وحاصله: أنه إذا كان بيع شيء لكونه مجهولاً محكوماً بالبطلان، فلا يخرج ذلك البيع إلى الصحة بضم معلوم إليه وبيعهما معاً؛ لأن ضم معلوم إليه لا يخرج بيعه

لأنَّ ضَمَّ المعلوم إليه لا يخرجُه عن الجهالة فيكون المجموع مجهولاً، إذ لا يُعنى بالمجهول ما كان كل جزءٍ جزءٍ منه مجهولاً. ويتفرَّع على ذلك: أنَّه لا يجوز بيع سمك الآجام ولو كان مملوكاً، لجهالته وإنَّ ضَمَّ إليه القصب أو غيره. ولا اللبن في الضرع ولو ضَمَّ إليه ما يحلب منه، أو غيره، على المشهور كما في الروضة وعن الحدائق.

عن كونه غريباً، بل يكون البيع بالإضافة إلى المجموع محكوماً بالبطلان، باعتبار كون البيع بالإضافة إلى المجموع غريباً أو مجهولاً؛ لأنَّ ما يكون بيعه محكوماً بالبطلان باعتبار جهالته لا يراد به جهالة كل جزء منه. ألا ترى أنه إذا بيع قطع غنم لا يعلم عدده ولا وصفه بمقدار من الثمن ولم يعلم ولم يشاهد المتعاقدان من القطيع إلا واحداً أو اثنين يكون البيع بالإضافة إلى القطيع غريباً ولا ينفع مشاهدة الواحد أو الاثنين؟ وكذلك إذا اشترى مزرعة شاهد بعضها ولم يعلم أو يوصف الباقي يكون البيع المزبور محكوماً بالبطلان، وعلى ذلك فلا يفيد في بيع الصبرة المجهولة مقدارها ضم مقدار معلوم إليها، أو في بيع السمك في الأجمة المجهول عدداً أو وصفاً مع ضم القصب ليكفي في بيعه المشاهدة.

وربما يقال^(١): إنَّ بيع المجهول إنما يحكم ببطلانه فيما كان المجهول مقصوداً بالبيع استقلالاً أو كان المقصود بالبيع منضمّاً إلى المعلوم بحيث يكون متعلق البيع والمقصود تملكه هو المركب من المجهول والضميمة، وأما إذا كان المجهول يعدّ تابعاً للمبيع - كأساس الجدار - فلا تكون جهالته موجبة لبطلان البيع.

(١) القائلون هم العلامة في المختلف ٥: ٢٤٨ و ٢٥٤ [وحكاه عنه صاحب مفتاح الكرامة ٤: ٢٨٢]، وصاحب المقتصر: ١٦٧، واستحسنه الشهيد الثاني في الروضة البهية ٣: ٢٨٢ والمحقق الثاني في جامع المقاصد

وهذا على ما ذكر المصنف رحمته الله ليس تفصيلاً؛ لأن المانعين عن بيع المجهول ولو بالضميمة يريدون بيعه استقلالاً أو منضمماً، وأما إذا كان بحيث يعد تابعاً فلا يضر، حيث لا يخلو بيع الشيء كالدار والثوب ونحوهما عن مثل هذه الجهالة.

هذا كله خلافاً للشيخ ^(١) وابن حمزة ^(٢) والإسكافي ^(٣) والقاضي ^(٤)، بل المنسوب إلى المشهور - كما في «مفتاح الكرامة» ^(٥) - صحة بيع المجهول مع الضميمة، واستدلوا على ذلك بعدة من الروايات.

منها: مرسلة البنزطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شيئاً من السمك فيباع وما في الأجمة» ^(٦). وذكر المصنف رحمته الله أن وجود (سهل) في سندها كإرسالها سهل لا يضر باعتبارها، ولعل نظره رحمته الله إلى ما يقال في توثيق سهل من كثرة رواياته التي تصدّى لنقلها أرباب الحديث كالكليني والصدوق والشيخ رحمته الله، وقد يبلغ ما رواه عنه ما بين الألفين والألفين وخمسمئة حديث، وقد ورد عن المعصومين عليهم السلام؛ «اعرفوا منازل الرجال منا على قدر رواياتهم عنا» ^(٧). ومن كونه شيخ الإجازة ومن أن الشيخ رحمته الله وثقه في رجاله.

(١) النهاية ٤٠٠-٤٠١.

(٢) الوسيلة ٢٤٦.

(٣) حكاة العلامة في المختلف ٥: ٢٤٨.

(٤) حكاة العلامة في المختلف ٥: ٢٤٧.

(٥) مفتاح الكرامة ٤: ٢٨٢.

(٦) وسائل الشريعة ١٧: ٣٥٤، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

(٧) وسائل الشريعة ٢٧: ١٤٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣٧ و ٤١.

ولكن لا يخفى ما في الوجوه، فإن كثرة الرواية بمجرد ما لا تقتضي وثاقة الراوي حتى مع تصدي أرباب الحديث لنقلها؛ لأن غاية ما يمكن أن يقال في حق أرباب الحديث أن شأنهم نقل الروايات التي يصلح الاعتماد عليها ولو بعد اعتضادها برواية أو روايات أخرى.

وما ورد في أن كثرة الرواية طريق لمعرفة منزلة الراوي ضعيف سنداً، وظاهره أن كثرة الرواية بوجه معتبر تكون طريقاً إلى جلالته الرجل ومحافظة على دينه لا مجرد كثرة الرواية ولولم تكن بذلك الوجه، وكذلك لا دلالة لكون الشخص من مشايخ الإجازة على وثاقته، حيث يكون تحمل الرواية بقراءة الشيخ أو القراءة على الشيخ أو وجدانه في نسخة منسوب إلى شخص والإجازة تحتاج إليها في القسم الثالث، فإنه يمكن معها أن ينسب الراوي إليه كما لا يخفى.

وأما توثيق الشيخ رحمته في رجاله^(١) فهو سهو من قلمه الشريف أو من النساخ، حيث لم يذكر التوثيق في موضع آخر من رجاله، بل ذكر في فهرسته^(٢) أنه عند نقاد الحديث ضعيف، وكيف ما كان فقد ضعف الرجل النجاشي^(٣) وغيره^(٤) واستثناء ابن الوليد من روايات محمد بن أحمد بن يحيى^(٥)، ولولم يكن تضعيفه ثابتاً فلا أقل من عدم ثبوت توثيقه، خصوصاً بملاحظة ما فعل في حقه أحمد بن محمد بن عيسى

(١) رجال الطوسي: ٥٦٩٩/٣٨٧.

(٢) الفهرست: ٣٣٩/١٤٢.

(٣) رجال النجاشي: ٤٩/١٨٥.

(٤) رجال ابن داود: ٢٢٩/٢٤٩.

(٥) رجال النجاشي: ٤٣٩/٣٤٨، وراجع معجم رجال الحديث ٩: ٣٥٥-٣٥٦.

الأشعري من إخراجهم من (قم) إلى (ري) والنهي عن الاستماع إلى حديثه^(١). فإن هذا الفعل وإن لا يكون حجة على ضعفه في الحديث كما فعل ذلك في حق أحمد بن أبي عبدالله البرقي، إلا أنه لا يخلو عن تأييد ضعفه.

والوجه في عدم كون الإرسال مضراً لما ذكر الشيخ رحمته في «العدة»^(٢) في حق جماعة، منهم ابن أبي عمير والبزنطي، من أنهم لا يروون ولا يرسلون إلا عن ثقة، ولكن قد تقدم في التكلم في مراسيل ابن أبي عمير أنه لا يمكن الاعتماد على المراسيل أولاً؛ لأن كلام الشيخ رحمته اجتهاد في القول المنقول في حق أصحاب الإجماع.

وثانياً: أنه قد علم رواية هؤلاء عن بعض الضعفاء كما يظهر ذلك لمن لاحظ أسناد الروايات، وعلى ذلك فمن المحتمل أن يكون المرسل عنه في الحديث المفروض في المقام ذلك الراوي الضعيف.

ومنها: موثقة معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب»^(٣)، والمصنف وإن عبر عن هذه الرواية، إلا أنها موثقة؛ لأن الشيخ رواها بسنده عن حسن بن محمد بن سماعة، ومحمد بن زياد في سندها هو محمد بن حسن بن زياد العطار الكوفي ثقة يروي عنه ابن سماعة فلاحظ. وأما دلالتها على المقام، فإن المراد في بيع الآجام هو بيع سمكها مع ضميمته القصب الموجود فيها بقرينة ما تقدم وما يأتي، مثل رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام «في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هي ماء، قال: تصيد كفاً من سمك، تقول: اشتري منك هذا السمك

(١) انظر رجال النجاشي: ١٨٥ / ٤٩٠.

(٢) العدة في أصول الفقه ١: ١٥٤، الكلام في الأخبار - الفصل الخامس.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٥، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٥، والتهذيب ٧: ١٢٦ / ٥٥٠.

وما في الأجمة بكذا وبكذا»^(١).

ومنها: موثقة سماعة قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ فقال: لا، إلا أن يحلب لك منه اسكرجة فيقول: اشترمني هذا اللبن الذي في السكرجه وما في ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة»^(٢). وعلى ذلك يحمل صحيحة عيص ابن القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن رجل له ناعم يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع أو شيء منها»^(٣)، بناءً على أن المراد منها بيع اللبن في الضرع تماماً أو بعضه في الضرع وبعضه محلوباً. وفي الصحيح إلى ابن محبوب عن إبراهيم أبي زياد الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مئة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ فقال: لا بأس بذلك، إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف»^(٤). وفي موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الرجال وبخراج النخل والآجام والطير وهو لا يدري لعله لا يكون من هذا شيء أبداً، أو يكون، أيشتريه وفي أي زمان يشتريه ويتقبل منه؟ قال: إذا علمت أن من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به»^(٥). وظاهر هذه الموثقة - كما قبلها وكموثقة سماعة المتقدمة - أن الضميمة تصحح البيع فيما إذا كان المجهول غير معلوم

(١) المصدر السابق: الحديث ٦.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٣٤٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

(٣) المصدر السابق: الحديث الأول.

(٤) المصدر السابق: ٣٥١-٣٥٢، الباب ١٠، الحديث الأول.

(٥) المصدر السابق: ٣٥٥، الباب ١٢، الحديث ٤.

الحصول أصلاً، لأن الضميمة المعلوم مقدارها تصحح بيع المجهول مقداره، فإن المحلوب في الاسكرجة بنفسه مجهول مقداره وكذلك الضميمة المعلوم إدراكها في المذكورات في موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي.

والضميمة المذكورة في رواية إبراهيم الكرخي وهي الصوف على ظهور الغنم في نفسه غير جائز البيع، فكيف يصحح بيع ما في بطون الغنم؟

وعن بعض جواز بيع الصوف على ظهور الغنم ولكن مع منعه عن ضم ما في بطنه إلى بيعه، فظاهر الرواية غير معمول به عند أحد، وكذلك الحال في الضميمة المذكورة في روايتي أبي بصير والبنظي فإن الكف من السمك في نفسه غير جائز البيع، حيث إن السمك من الموزون؛ ولذا يجري فيه ربا المعاوضة فكيف تصحح البيع؟ ولو قيل بكفاية المشاهدة في بيع السمك في الأجمة فهو باعتبار عدم اعتبار الوزن في بيع الكثير من الشيء فيما لم يجعل له الميزان كزبر الحديد.

أقول: المتحصل من كلامه عليه السلام أن الضميمة المذكورة في بعض الروايات في نفسها غير جائز بيعها فكيف تصحح بيع المجهول، مع أن مدلولها تصحيح بيع المجهول حصوله لا مقداره، وظاهر بعضها الآخر كرواية الكرخي غير معمول به عند أحد، فلا يصح الاعتماد عليها في الحكم بصحة بيع المجهول مع الضميمة، ولكن لا يخفى عدم كون شيء مما ذكر موجباً لرفع اليد عن ظاهر الروايات وهو كون ضم ما يصح بيعه من المعلوم إلى المجهول موجباً لصحة البيع والضميمة وإن لا يوجب خروج البيع عن كونه غررياً، إلا أنه يتعين تخصيص ما دل على النهي عن بيع الغرر؛ لأن الروايات الواردة في المقام بالإضافة إلى ما دل على النهي عن بيع الغرر من قبيل الخاص إلى العام، وذلك فإن موثقة سماعة - مثلاً - ظاهرة في أن حلب مقدار من اللبن

في الاسكرجة وضمه إلى ما في ضرع الحيوان في البيع يوجب صحته ولكن لا نظر لها إلى كيفية ضم ما في الاسكرجة من كون ذلك بعد اعتبار كيل ذلك المحلوب وعدمه، بل في مقام لزوم ضم الموجود الفعلي، ومقتضى ما دل على اعتبار الكيل في بيع المكيل رعاية كيل ذلك المحلوب. وكذلك موثقة معاوية بن عمار ظاهرها أن ضم القصب إلى ما في الأجمة في البيع يوجب صحة البيع ولو مع احتمال أن لا يكون في الأجمة سمك، ورواية أبي بصير ظاهرها أن ضم الموجود الفعلي وهو الكف من السمك يوجب صحة بيع ما في الأجمة والسمك مطلقاً، لم يحرز كونه موزوناً، بل الظاهر أنه في أطراف الشط والبحر يباع بالمشاهدة، وكذا الحال في الصوف على ظهر الغنم؛ ولذا يصح ضم ذلك الصوف إلى ما في البطون من الحمل وبيعها بصفقة، ودعوى أن ضم الصوف على الظهر إلى الحمل لم يلتزم به أحد مجازفة.

نعم، يبقى في البين أن المستفاد من هذه الروايات وما ورد في بيع الأبق مع الضميمة وفي بيع الثمرة مع ضم السنة الآتية أن الضميمة تصحح البيع في المجهول الذي لا يحرز حصوله لا المجهول الذي لم يحرز كفه أو وصفه.

ولكن يمكن أن يقال بكفاية الروايات في القول بجواز بيع المجهول مع الضميمة، سواء كان المجهول من قبيل مجهول الوجود أو مجهول الحصول أو المقدار أو الوصف، وذلك فإن ظاهر السؤال في موثقة سماعة فرض اللبن في الضرع ولو كان شراء اللبن في الضرع محكوماً بالصحة باعتبار أن اللبن في الضرع ليس من المكيل والموزون، بل من قبيل الثمرة على الشجرة، وكان على الإمام عليه السلام أن يجيب بالجواز ولو مع التأكيد على فرض السائل من اعتبار إحراز وجود اللبن في الضرع. لكن قد ذكر عليه السلام في الجواب: لا، إلا أن يحلب لك منه اسكرجة، وظاهره اعتبار حلب بعضه

وإجراء البيع على المحلوب وما في الضرع. وقوله عنه فيما بعد: «فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة» تعرض لصورة نادرة في الفرض، وهي اتفاق عدم كون اللبن في الضرع وكون المبيع مقدار المحلوب فقط، وأنه يصح البيع في تلك أيضاً ويكون الثمن في مقابل ذلك المحلوب، كما يدل على هذه الجهة، أي كون الثمن في مقابل الضميمة - على تقدير عدم حصول المجهول - ما في رواية الكرخي من أنه إن لم يكن في بطونها شيء كان رأس ماله في الصوف.

وما في موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يشتري العبد وهو أبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه»^(١).

ومما ذكرنا يظهر أنه لا يمكن المساعدة على دعوى جواز بيع اللبن في الضرع بلاضميمة فيما إذا كان وجود اللبن في الضرع محرراً مع الكراهة، جمعاً بين صحة عيص بن القاسم المتقدمة، حيث ذكر عليه السلام فيها بعد السؤال «عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع أو شيء منها»^(٢)، وبين موثقة سماعة المتقدمة التي ورد فيها: «لا، إلا أن يحلب لك منه اسكرجة». أو الحكم بالجواز من غير كراهة بحمل الموثقة على صورة عدم إحراز اللبن في الضرع والصحيحة على صورة إحرازه، ووجه عدم المساعدة هو كون ظاهر الموثقة أيضاً إحراز وجود اللبن في الضرع كما لا يخفى. وأما المجهول وصفه، فيمكن استفادة جواز بيعه مع الضميمة من مثل موثقة معاوية بن عمار المتقدمة، حيث ذكر عليه السلام فيها: «لا بأس أن يشتري الأجام إذا كانت فيها

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

(٢) المصدر السابق: ٣٤٨-٣٤٩، الباب ٨، الحديث الأول.

قصب»^(١)، فإن من الظاهر ما في الأجمة من السمك كما يكون مجهولاً من حيث المقدار كذلك يكون مجهولاً من حيث الوصف أيضاً؛ إذ للسمك أنواع مختلفة ويختلف قيمته بالصغر والكبر والأجمة الواحدة تشتمل على السمك المختلفة نوعاً غالباً وبالصغر والكبر دائماً. ومما ذكرنا يظهر أن ما قيل في وجه تصحيح المعاملة بالضميمة فيما إذا كان الشيء مجهول الوصف أو الكم بالأولية من أنه إذا حكم الشارع بصحة البيع فيما إذا كان بعض المبيع مجهول الوجود يكون البيع محكوماً بالصحة في مجهول الوصف والكم بالفحوى لا يمكن المساعدة عليه. فإن المراد بالصحة فيما إذا كان البعض مجهول الوجود ووقوع الثمن في مقابل الضميمة وذلك المجهول على تقديره ووقوعه بتمامه في مقابل الضميمة على تقدير عدمه، وهذا لا يجري في مجهول الوصف والعمدة في المقام ما ذكرنا.

نعم، يبقى في البين دعوى أن تصحيح الضميمة يختص بموارد النصوص أو يعم كل مجهول من حيث الوجود أو المقدار أو الوصف، ولا يبعد التعميم؛ لأن السمك أو اللبن أو الحمل أو العبد أو الثمرة من موارد النصوص معرض للجهالة؛ ولذا وقع السؤال عنها والمتفاهم من الأجوبة الواردة فيها أن الضميمة علاج لبيع المجهول. ولكن المستفاد من النصوص أن كل مبيع يكون النهي عن الفرر فيه مقتضياً لفساد بيعه؛ إمّا لعدم العلم بوجوده، أو بحصوله أو للجهل بأوصافه يكون بيعه مع الضميمة محكوماً بالصحة ويرفع اليد بها عن عموم النهي عن بيع الفرر^(٢).

(١) المصدر السابق: ٣٥٥، الباب ١٢، الحديث ٥.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

وأما إذا كان الشيء مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً بالفعل وأريد في التخلص عن كيله أو وزنه أو عدده بضم الضميمة إليه وبيعها بصفقة فهذا خارج عن مدلولها، فإن اللبن في الضرع أو السمك في الأجمة أو العبد الأبق أو الحمل في بطن الدابة لا يكون شيء منها من المكيل أو الموزون أو المعدود بالفعل؛ ولذا يجري البيع عليها عند العقلاء ولا يعدونها من المكيل أو الموزون أو المعدود. ولا تفيد الضميمة في التخلص عن بيعها بالكيل أو الوزن أو العدد أخذاً بإطلاق النهي^(١) عن بيع المكيل أو الموزون أو المعدود من غير تعيين كيله أو وزنه أو عدده، فإن النهي المزبور يعم ما إذا كان بيعها مع ضميمة معلوم كيلها أم لا كما لا يخفى. هذا كله ما إذا بيع المجهول مع الضميمة بصفقة واحدة، وأما إذا جرى البيع على الضميمة فقط واشترط في بيعها كون المجهول ملكاً للمشتري بلا عوض فيحكم بصحة البيع والشرط بناءً على ما هو الأظهر من أن الغرر في الشرط لا يبطل الشرط ولا البيع، إلا إذا كان موجباً للغرر في نفس البيع.

وأما ما ذكر المصنف رحمته في أول كلامه من أن مقتضى الأدلة أن بيع المجهول مع الضميمة بصفقة واحدة يوجب بطلان البيع بتمامه فلا يمكن المساعدة عليه، فإن مقتضى انحلال البيع نظير انحلاله فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك الحكم بصحة البيع بالإضافة إلى الضميمة والبطلان بالإضافة إلى المجهول، ويعلم طريق تقسيط الثمن المسمى لكل من المجهول والضميمة مما تقدم في طريق تقسيطه في بيع ما يقبل الملك وما لا يقبله بصفقة واحدة، فتدبر.

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣٤١، الباب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وخصّ المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصوداً بالاستقلال أو منضماً إلى المعلوم، وجوّزوا بيعه إذا كان تابعاً للمعلوم، وهو المحكيّ عن المختلف وشرح الإرشاد لفخر الإسلام والمقتصر، واستحسنه المحقّق والشهيد الثانيان. ولعلّ المانعين لا يريدون إلا ذلك، نظراً إلى أنّ جهالة التابع لا توجب الفرر ولا صدق اسم «المجهول» على المبيع عرفاً حتى يندرج في إطلاق ما دلّ من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول، فإنّ أكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول. خلافاً للشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة. والمحكيّ عن الإسكافي والقاضي، بل في مفتاح الكرامة: أنّ الحاصل من التبع أنّ المشهور بين المتقدمين هو الصحة، بل عن الخلاف والغنية: الإجماع في مسألة السمك. واختاره من المتأخّرين المحقّق الأردبيلي وصاحب الكفاية والمحدّث العاملي والمحدّث الكاشاني، وحكي عن ظاهر غاية المراد، وصرّح حواشيه على القواعد. وحجّتهم على ذلك الأخبار المستفيضة الواردة في مسألتي السمك واللبن وغيرهما. ففي رسالة البرنطي - التي إرسالها، كوجود سهل فيها، سهل - عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إذا كانت أجمّة ليس فيها قصب، أخرج شيئاً من سمك فباع وما في الأجمّة». ورواية معاوية بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام: «لابأس بأن يشتري الأجام إذا كان فيها قصب». والمراد شراء ما فيها بقرينة الرواية السابقة واللاحقة. ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في شراء الأجمّة ليس فيها قصب إنما هي ماء، قال: «تصيد كفاً من سمك تقول: أشتري منك هذا السمك وما في هذه الأجمّة بكذا وكذا». وموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام - كما في الفقيه - قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ قال: لا، إلا أن يحلب سُكْرُجَة فيقول: اشتر منّي هذا اللبن الذي في السكرجة وما في ضروعها بشمنٍ مسمّى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة». وعليها تحمّل صحيحة العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له نَعَمٌ يبيع ألبانها

بغير كيل؟ قال: نعم، حتّى تنقطع أو شيء منها»، بناءً على أنّ المراد: بيع اللبّ الذي في الضرع بتمامه، أو بيع شيء منه مخلوب في الخارج وما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه. وفي الصحيح إلى ابن محبوب، عن إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ قال: لا بأس، إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف». وموثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يتقبّل بخراج الرجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصائد والسّمك والطير، وهو لا يدري لعلّه لا يكون شيء من هذا أبداً أو يكون، أيشتره؟ وفي أي زمان يشتره ويتقبّل به؟ قال عليه السلام: إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً أنّه قد أدرك فاشتره وتقبّل به».

وظاهر الأخيرين - كموثقة سماعة - أنّ الضميمة المعلومة إنّما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا من حيث جهالته، فإنّ ما في السكرجة غير معلوم بالوزن والكيل، وكذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكورة في رواية الهاشمي. مع أنّ المشهور - كما عن الحدائق - المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم، بل عن الخلاف عليه الإجماع. والقائلون بجوازه استدّلوا برواية الكرخي مع منعهم عن مضمونها من حيث ضمّ ما في البطون إلى الأصواف. فبين أن الرواية لم يقل أحد بظاها. ومثلها في الخروج عن مسألة ضم المعلوم إلى المجهول روايتا أبي بصير والبرنطي، فإنّ الكف من السمك لا يجوز بيعه، لكونه من الموزون، ولذا جعلوه من الربويات، ولا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة، لاحتمال أن لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه، كالذي لا يدخل في الوزن لكثرتة كزُبْرَةِ الحديد، بخلاف القليل منه. وأمّا رواية معاوية بن عمّار، فلا دلالة فيها على بيع السمك، إلّا بقريئة روايتي أبي بصير والبرنطي اللّتين عرفت حالهما، فتأمّل. ثمّ

على تقدير الدلالة:

إن أريد انتزاع قاعدة منها - وهي جواز ضم المجهول إلى المعلوم وإن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلا حيلة لجواز نقل المجهول - فلا دلالة فيها على ذلك، ولم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة، بل المعلوم من بعضهم، بل كلهم خلافه، فإننا نعلم من فتاويهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شيء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم.

وإن أريد الاختصار على مورد النصوص - وهو بيع سمك الآجام، ولبن الضرع، وما في البطون مع الأصواف - فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكل: من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً.

بقي الكلام في توضيح التفصيل المتقدم [١] وأصله من العلامة: قال في القواعد في باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه وإن انضم إلى معلوم، ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً، انتهى. وارتضى هذا

[١] حكى عن العلامة^(١) التفصيل في المجهول بأنه إذا كان مقصوداً بالبيع بطل، وإذا كان تابعاً فلا بأس به، بمعنى أنه يصح البيع ويدخل المجهول في ملك المشتري ويقع الكلام في المراد من التابع والمقصود بالبيع، واستظهر المصنف رحمته من كلماتهم أن مرادهم من التابع يختلف وهذا الاختلاف ينتهي إلى وجوه:

الأول: ما يظهر من «القواعد»^(٢) و«التذكرة»^(٣) وغيرهما من أنه إذا كان المجهول

(١) القواعد ١: ١٢٧.

(٢) القواعد ١: ١٥٣.

(٣) التذكرة ١: ٤٩٩ و ٤٦٨ و ٤٩٣.

التفصيل جماعة ممن تأخر عنه، إلا أن مرادهم من «المقصود» و«التابع» غير واضح. والذي يظهر من مواضع من القواعد والتذكرة: أن مراده بالتابع: ما يشترط دخوله في البيع، وبالمقصود: ما كان جزءاً. قال في القواعد في باب الشرط في ضمن البيع: لو شرط أن الأمة حامل أو الدابة كذلك صح. أما لو باع الدابة وحملها أو الجارية وحملها بطل، لأن كل ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح جزءاً من المقصود، ويصحّ تابعاً، انتهى.

شرطاً في المبيع بحيث يدخل في ملك المشتري يحكم بصحة البيع وجهالة الشرط لا تضر بصحة البيع، بخلاف ما إذا جعل جزءاً من المبيع بأن يكون الثمن بإزاء المجموع من المعلوم والمجهول في مدلول الإيجاب والقبول، وعلى ذلك فلو باع العبد لا يدخل ماله في المبيع بناءً على تملكه المال. نعم، مع اشتراط دخوله في المبيع يدخل العبد في ملك المشتري مع ماله على النحو الذي كان مالاً للمالك عند البائع. وأما إذا قيل بعدم جواز تملك العبد وجعل المال جزءاً من المبيع لاعتبار فيه شرائط البيع، ومنها معلوميته.

الثاني: ما عن «جامع المقاصد»^(١) والمحكي عن الشهيد^(٢) فإنه قد ذكر الأول في رد ما تقدم في بيان التابع أن عبارة العقد لا اعتبار بها، وأن ما قيل من أنه لو كان حمل الحيوان جزءاً من المبيع لكان باطلاً وإن جعل شرطاً صح غير صحيح، بل بيع الأم مع حمله محكوم بالصحة؛ لأن الحمل تابع شرطاً أو جزءاً، ولو باع العبد مع ماله يدخل ماله أيضاً في المبيع إن قلنا بأن العبد يملك، سواء جعل جزءاً أو شرطاً، وإن قلنا بأنه

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٨٥.

(٢) اللعة وشرحها (الروضة البهية) ٣: ٣١٣.

لا يملك لا يصح جعل المال في المبيع، إلا إذا كان معلوماً؛ لأنه ليس بتابع على هذا القول. والمتحصل من كلامه أن ما يُعدّ تابعاً عرفاً، بأن يكون الشيء محسوباً عرفاً من فروع المبيع كالحمل بالإضافة إلى الأم وإن لم يكن تملك الأصل مقتضياً لتملكه أيضاً يجوز لكونه مجهولاً، سواء ذكر في العقد بصورة الاشتراط أو بصورة الجزء، وكل ما لا يكون كذلك فلا يجوز كونه مجهولاً، سواء أتى بصورة الاشتراط أو بصورة الجزء، كما أنه لا يفرق في كون الشيء تابعاً كما ذكر بين تعلق الغرض الشخصي من المتبايعين أو أحدهما بتمليكهما وتملكهما معاً في مقابل الثمن، أو كان غرضهما أو غرض أحدهما تمليك المتبوع وتملكه أو التابع، كما يتفق الأخير في شراء بعض أفراد الخيل، حيث يكون الغرض الأصلي تملك حمله.

الثالث: أن يكون كون الشيء تابعاً أم لا بقصد المتعاقدين نوعاً، وإذا كان الغرض الأصلي للمتعاقدين غالباً في تملك المجهول والمعلوم خصوص المعلوم، كما إذا كان الثمن في البيع بمقدار يشتري به المعلوم، فلا تضر جهالة الآخر، سواء جعل جزءاً أو شرطاً، وإذا انعكس الأمر يحكم ببطلان البيع من غير فرق بين جعل المجهول جزءاً أم شرطاً.

الرابع: أن يكون الميزان في كون الشيء تابعاً للغرض الأصلي للمتعاقدين بشخصهما، فإنه لو كان الغرض الأصلي لهما تمليك وتملك المجهول فيحكم ببطلان البيع جعل جزءاً أو شرطاً وإذا انعكس الأمر يحكم بصحته.

الخامس: أن الميزان في كون الشيء تابعاً للغرض العقدي للمتعاقدين دون الغرض الأصلي الباطني، نظير ما قد يفعله المتعاقدان في التخلص عن المخاصمة المحتملة مستقبلاً في متاع لعارض من العوارض من إجرائهما البيع على متاع آخر

لا يحتمل النزاع فيه وجعل الآخر تابعاً، ولكن لا يخفى أن مرجع هذا الوجه إلى الوجه الأول من ذكر المجهول في عبارة العقد شرطاً فيكون تابعاً.

ثم إنه ﷺ قد ذكر عدم الفرق في بطلان البيع بضم المجهول من غير فرق بين كون الضم بنحو الجزئية أو الشرطية للغرر الحاصل بالجهالة. نعم، إذا كان المجهول تابعاً عرفياً للمعلوم بنحو ما تقدم من إضافة البيع إلى المعلوم عرفاً بحيث لا يعد المجهول أمراً آخر منضمّاً إلى المبيع، بل من فروعاته، فإن أتى الفرع بصورة جزء المبيع في عقد البيع بطل للجهالة، وإذا أتى بطور الشرط فلا يكون داخلياً في الغرر كما لا يكون داخلياً في معقد الإجماع على كون المبيع معلوماً. هذا في التابع الذي لا يدخل في ملك المشتري من غير جعله شرطاً أو جزءاً، وأما التابع الذي يدخل في المبيع ويتقل إلى المشتري ولو كان مغفولاً عنه حين البيع ولم يذكر فيه جزءاً أو شرطاً فالظاهر عدم كون جهالته مضرة بصحة البيع، إلا إذا أوجب جهالة ذلك التابع جهالة المتبوع، وهذا خارج عن محل الكلام في الضميمة؛ لأن الكلام فيها أن جهالة المجموع من الشيء والضميمة توجب بطلان البيع أو أن معلومية الضميمة كافية في صحته، وأما إذا كان المتبوع الذي جرى عليه البيع مجهولاً بجهالة سارية إليه من التابع فليس من موارد الكلام في المقام. أقول: قد يذكر للتابع وجه آخر، وهو كون المجهول مذكوراً في عبارة العقد بعد ذكر المعلوم أولاً، وعلى ذلك تحمل الروايات الواردة في ضم المعلوم إلى المجهول، ولكن لا يخفى فسادها؛ لأنه لا يفهم فرق في مدلول الكلام بين أن يذكر المعلوم أولاً، بأن يقول: «بعت ما في الاسكرجة من اللبن وما في الضرع بكذا»، أو يقال: «بعت ما في الضرع وفي الاسكرجة بكذا». أضف إلى ذلك ما ورد في بيع العبد الأبق من ذكر المجهول أولاً، وفي صحيحة رفاعة النحاس قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له:

أصلح أن أشتري من القوم الجارية الآبقة، وأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها، إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فنقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلاته، وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإن ذلك جائز^(١). وظاهرها جواز جعل المجهول متبوعاً في عبارة العقد.

وكيف كان، فقد تقدم أن الوجه الأول، وهو التفصيل بين ما إذا كان المجهول شرطاً أو جزءاً لا يصح في النصوص الواردة في الضميمة، فإن ظاهرها جواز جعل المجهول جزءاً ولكنها لا تعم ما إذا كان المجهول من قبيل المكيل أو الموزون أو المعدود، ولو كان المجهول منها فلا بد من التفصيل بين جعل المجهول شرطاً أو جزءاً فيصح على الأول ويبطل البيع بالإضافة إلى المجهول على الثاني. وصحته على الأول مبني على ما هو الأظهر من أن الغرر في البيع موجب لبطلانه وأما الشرط فلا يبطل بالغرر، كما أن الشرط المزبور لخروجه عن البيع، حيث إنه تملك الشيء بالعوض، لا يوجب الغرر فيه.

وبتعبير آخر: ولو يكون الشرط من العقد فيعمه أيضاً وجوب الوفاء بالعقد، إلا أنه لا يدخل في البيع ومجرد كونه غررياً لا يوجب الغرر في البيع، فما ذكر المصنف رحمته من عدم الفرق بين جعل المجهول جزءاً أو شرطاً ضعيف غاية، بل لو قلنا بأن الغرر في الشرط يوجب بطلانه فالباطل هو الشرط فقط، ولا يسري إلى البيع؛ لما يأتي في محله من أن بطلان الشرط لا يوجب بطلان أصل البيع. وهذا فيما إذا كان الشرط بمعنى المشروط أمراً آخر لا يرجع إلى خصوصية المبيع أو الثمن، كما هو الفرض في مسألة الضميمة.

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣٥٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول.

وإذا كان الشرط بمعنى المشروط أمراً راجعاً إلى خصوصية في أحدهما فالشرط على تقدير كونه غريباً يبطل ويوجب بطلان أصل البيع أيضاً، كما إذا باع المتاع بثمن واشترط أنه لا يسلمه إليه إلا في زمان شائه، فبطلان البيع في الفرض باعتبار كونه غريباً كما لا يخفى.

وأما كون الميزان في التابع الغرض النوعي من المتعاقدين بالمعنى المذكور في «المختلف»^(١) من شراء المجموع بثمن يساوي الضميمة المعلومة فيحكم بصحته لعدم الغرر وشرائه بثمن يزيد عنه بمقدار يعتنى به فيحكم ببطلانه للغرر، فلا يمكن المساعدة عليه؛ لأن الغرر يصدق على البيع في الفرض الأول أيضاً ولو بالإضافة إلى البائع. وكذا الحال على احتمال الغرض الشخصي، فإن كون غرض المشتري تملك الضميمة فقط بإزاء الثمن لا يخرج البيع عن كونه غريباً عرفاً، حيث إن الصدق عندهم لا يكون بملاك الغرض الشخصي من المتبايعين.

نعم، لو كانت القيمة السوقية للشيء لا تختلف، سواءً أحرزت جميع خصوصيات الشيء أو لم تحرز، كخصوصية باطن الثوب، فلا يضر الجهل به مع إحراز عنوان المبيع؛ ولذا يشتري الثوب ولا يدرى أن بطانته قطن مصنوع أو زراعي ويشتري الثوب ولا يدرى أن مادته من النايلون أو القطن... إلى غير ذلك مما يتعارف الشراء في السوق من غير إحراز بعض الخصوصيات. ولا يدخل البيع بالجهل المزبور في عنوان الغرر ولو فيما فرض أن المشتري على تقدير علمه بواقع تلك الخصوصية لم يقدم على شرائه، وهذا أمر آخر لا يرتبط بمسألة الضميمة.

(١) المختلف ٥: ٢٤٨ و ٢٥١.

وفي باب ما يندرج في المبيع قال: السادس: العبد، ولا يتناول ماله الذي ملكه مولاه، إلا أن يستثنيه المشتري إن قلنا: إن العبد يملك، فينتقل إلى المشتري مع العبد، وكان جعله للمشتري إبقاءً له على العبد، فيجوز أن يكون مجهولاً أو غائباً. أما إذا أحلنا تملكه وما معه صار جزءاً من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع، انتهى. وبمثل ذلك في الفرق بين جعل المال شرطاً وبين جعله جزءاً صريحاً في التذكرة في فروع مسألة تملك العبد وعدمه، معللاً بكونه مع الشرط كماء الآبار وأخشاب السقوف. وقال في التذكرة أيضاً في باب شروط العوضين: لو باع الحمل مع أمه جاز إجماعاً. وفي موضع من باب الشروط في العقد: لو قال: «بعتك هذه الدابة وحملها» لم يصح عندنا، لما تقدم من أن الحمل لا يصح جعله مستقلاً بالشراء ولا جزءاً. وقال أيضاً: ولو باع الحامل وشرط للمشتري الحمل صح، لأنه تابع، كأساس الحيطان وإن لم يصح ضمّه في البيع مع الأم، للفرق بين الجزء والتابع. وقال في موضع آخر: لو قال: «بعتك هذه الشياه وما في ضرعها من اللبن»، لم يجز عندنا. وقال في موضع آخر: لو باع دجاجة ذات بيضة وشرطها صح، وإن جعلها جزءاً من المبيع لم يصح. وهذه كلها صريحة في عدم جواز ضمّ المجهول على وجه الجزئية، من غير فرق بين تعلق الفرض الداعي بالمعلوم أو المجهول. وقد ذكر هذا، المحقق الثاني في جامع المقاصد في مسألة اشتراط دخول الزرع في بيع

فقد تحصل أن التابع العرفي الذي لا يندرج في المبيع من غير أخذه جزءاً أو شرطاً لا بد من إحرازه مع أخذه في المبيع جزءاً، ولا تضر الجهالة به فيما إذا أخذ شرطاً فإنه يزيد عن الشرط غير التابع، وأما التابع الذي يدخل في المبيع من غير حاجة إلى ذكره في العقد جزءاً أو شرطاً أم لا، كمفتاح الدار وبيض الدجاجة، فجهالته لا توجب صدق الغرر في البيع أصلاً.

الأرض، قال: وما قد يوجد في بعض الكلام، من أنّ المجهول إن جعل جزءاً من المبيع لا يصحّ، وإن اشترط صحّ - ونحو ذلك - فليس بشئ، لأنّ العبارة لا أثر لها، والمشروط محسوب من جملة المبيع، ولأنّه لو باع الحمل والأمّ صحّ البيع ولا يتوقّف على بيعها واشترطه، انتهى. وهو الظاهر من الشهيدين - في اللعنة والروضة - حيث اشترط في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع. وقد صرح الشيخ - في مسألة اشترط مال العبد - باعتبار العلم بمقدار المال. وعن الشهيد: لو اشتراه وماله صحّ، ولم يشترط علمه ولا التفصّي من الربا إن قلنا: إنّه يملك، وإن أحلنا ملكه اشترط. قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحة، لأنّه بمنزلة الاشرط، ولا يضرّ الجهالة، لأنّه تابع، انتهى. واختاره جامع المقاصد.

ثم «التابع» في كلام هؤلاء يحتمل أن يراد به: ما يعدّ في العرف تابعاً كالحمل مع الأمّ، واللبن مع الشاة، والبيض مع الدجاج، ومال العبد معه، والباغ في الدار، والقصر في البستان، ونحو ذلك ممّا نسب البيع عرفاً إلى المتبوع لإيهما معاً، وإن فرض تعلّق الغرض الشخصي بكليهما في بعض الأحيان، بل بالتابع خاصّة، كما قد يتفق في حمل بعض أفراد الخيل. وهذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات كما تقدّم عن الدروس وجامع المقاصد من صحّة بيع الأمّ وحملها، لأنّ الحمل تابع. قال في جامع المقاصد - في شرح قوله المتقدّم في القواعد: «ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً» -: إن إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابة في بيع دابة أخرى، إلا أن يقال: التبعية إنما تتحقّق مع الأمّ، لأنّه حينئذ بمنزلة بعض أجزائها، ومثله زخرفة جدران البيت، انتهى. وفي التمثيل نظر، لخروج زخرفة الجدران من محل الكلام في المقام، إلا أن يريد مثال الأجزاء، لامثال التابع، لكن هذا ينافي ما تقدّم من اعتبارهم العلم في مال العبد - وفقاً للشيخ رحمته - مع أنّ مال

العبد تابع عرفي، كما صرح به في المختلف في مسألة بيع العبد واشتراط ماله. ويحتمل أن يكون مرادهم: التابع بحسب قصد المتبايعين، وهو ما يكون المقصود بالبيع غيره وإن لم يكن تابعاً عرفياً كمن اشترى قصب الآجام وكان فيها قليل من السمك، أو اشترى سمك الآجام وكان فيها قليل من القصب، وهذا أيضاً قد يكون كذلك بحسب النوع، وقد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن أراد السمك القليل لأجل حاجة، لكن لم يتهياً له شراؤه إلا في ضمن قصب الأجمة.

والأول هو الظاهر من مواضع من المختلف، منها: في بيع اللبن في الضرع مع المحلوب منه، حيث حمل رواية سماعه - المتقدمة - على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن ويصير أصلاً، والذي في الضرع تابعاً. وقال في مسألة بيع ما في بطون الأنعام مع الضميمة: والمعتمد أن نقول: إن كان الحمل تابعاً صحّ البيع، كما لو باعه الأم وحملها أو باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن وضمّ الحمل، فهذا لا بأس به، وإلا كان باطلاً.

وأما الاحتمال الثاني - أعني مراعاة الغرض الشخصي للمتبايعين - فلم نجد عليه شاهداً، إلا ثبوت الغرر على تقدير تعلق الغرض الشخصي بالمجهول، وانتفاءه على تقدير تعلقه بالمعلوم. ويمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى.

وربما احتمل بعض، بل استظهر أن مرادهم بكون المعلوم مقصوداً والمجهول تابعاً: كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما - ولو لتصحيح البيع - على أن المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذي هو وإن سُمي ضميمة لكنّه المقصود في تصحيح البيع، قال: ولا ينافيه كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد

ذلك - في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض - بإيقاع العقد على شيء معين معلوم لا نزاع فيه، وجعل ذلك من التوابع واللواحق لما عقد عليه البيع، فلا يقدر حصوله وعدم حصوله كما أومي إليه في ضميمة الآبق، وضميمة الثمر على الشجر، وضميمة ما في الضروع وما في الآجام، انتهى. ولا يخفى أنه لم توجد عبارة من عبارتهم تقبل هذا الحمل، إلا أن يريد بـ«التابع» جعل المجهول شرطاً والمعلوم مشروطاً، فيريد ما تقدم عن القواعد والتذكرة، ولا أظن إرادة ذلك من كلامه، بقرينة استشهاده بأخبار الضميمة في الموارد المتفرقة.

والأوفق بالقواعد أن يقال: أمّا الشرط والجزء، فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة.

وأما قصد المتبايعين بحسب الشخص، فالظاهر أنه غير مؤثر في الغرر وجوداً وعدمًا، لأن الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم: عدم مدخلية قصد المتبايعين في الموارد الشخصية، بل وكذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذي ذكره في المختلف: من كون قيمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع له وللمجهول.

وأما التابع العرفي، فالمجهول منه وإن خرج عن الغرر عرفاً، إلا أن المجهول منه جزءاً داخل ظاهراً في معقد الإجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقع على العلم بالمجموع. نعم، لو كان الشرط تابعاً عرفياً خرج عن بيع الغرر وعن معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوماً فيقتصر عليه. هذا كله في التابع من حيث جعل المتبايعين. وأما التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع وإن لم ينضم إليه حين العقد ولم يخطر ببال المتبايعين، فالظاهر عدم الخلاف والإشكال في عدم اعتبار العلم به، إلا إذا استلزم غرراً في نفس المبيع، إذ الكلام في مسألة الضميمة من حيث الغرر الحاصل في المجموع، لا الساري من المجهول إلى المعلوم، فافهم.

مسألة: يجوز أن يُندر لظرف ما يوزن مع ظرفه [١] مقدار يحتمل الزيادة والنقصية على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة، بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الإجماع، قال فيما حكى عنه: نصّ الأصحاب على أنه يجوز الإنذار للظروف بما يحتمل الزيادة والنقصية، فقد استثنى من المبيع أمر مجهول، واستثناء المجهول مبطل للبيع، إلا في هذه الصورة، فإنه لا يبطل إجماعاً، انتهى. والظاهر أن إطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع ولو من أوّل الأمر، بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع إلى هذا أيضاً. ثم إن الأقوال في تفصيل المسألة ستة:

[١] المنسوب إلى الشهرة أنه يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل زيادة ذلك المقدار على الوزن الواقعي للظرف ونقيصته، وصرح الفخر رحمته (١) بالإجماع على ذلك، فإنه قال: نصّ الأصحاب على أنه يجوز الإنذار للظروف بما يحتمل الزيادة والنقصية، وفرع على هذا الجواز بأنه قد استثنى من المبيع الأمر المجهول واستثناء المجهول من المبيع مبطل إلا في هذا المورد، ومراده من الاستثناء - على ما ذكر المصنف رحمته - إخراج الظرف عن متعلق البيع ابتداءً بإجراء البيع على المظروف من الأول، بأن يقول: «بعت السمن الذي في هذا لظرف بكذا». والاستثناء الحقيقي، أي المصطلح، وإن يكون كذلك، بمعنى أنه يخرج عن حكم العام ابتداءً إلا أن هذا الخروج بملاحظة ذكر الاستثناء في الكلام، ولو لم يذكر الاستثناء لشمّل الحكم المستثنى بحسب مدلول الكلام، كقوله: «أكرم العلماء إلا الفساق منهم»، بخلاف الاستثناء في المقام فإنه قد ذكر البيع في الكلام ابتداءً للمظروف فقط.

ثم إن في المسألة أقوالاً ستة:

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٣٣، وحكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٢٩٤.

الأول: جواز الإندار بشرطين: كون المنذر متعارف الإندار عند التجار، وعدم العلم بزيادة ما يندره. وهو للنهاية والوسيلة وعن غيرهما.

الثاني: عطف النقيصة على الزيادة في اعتبار عدم العلم بها. وهو للتحريم.

الثالث: اعتبار العادة مطلقاً ولو علم الزيادة أو النقيصة، ومع عدم العادة فيما يحتملها. وهو لظاهر اللمعة وصريح الروضة.

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة والنقيصة فيجوز مطلقاً، وما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضي.

الخامس: عطف العلم بالنقيصة على الزيادة، وهو للمحقق الثاني ناسباً له إلى كل من لم يذكر النقيصة.

الأول: أن المقدار المنذر يعتبر كونه متعارفاً عند التجارة وعدم العلم بزيادته على الوزن الواقعي للظرف^(١).

الثاني: ما ذكر مع اعتبار عدم العلم بالنقيصة أيضاً^(٢).

الثالث: اعتبار أحد الأمرين من اعتبار العادة وعدم العلم بالزيادة أو النقيصة^(٣).

الرابع: جواز إندار المقدار المحتمل مطلقاً، أي تراضى به المتعاقدان أم لا، ولكن مع العلم بزيادته يعتبر تراضيهما^(٤).

الخامس: ما ذكر مع اعتبار تراضيهما في صورة العلم بالنقيصة.

(١) قالها الشيخ في النهاية ١: ٤٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٤٦، وصاحب نهاية الإحكام ٣: ٥٣٦، والقواعد ١٢٩: ١، وراجع مفتاح الكرامة ٤: ٢٩٤.

(٢) قالها العلامة في التحرير ١: ١٧٩.

(٣) راجع اللمعة وشرحها (الروضة البهية) ٣: ٢٨٤.

(٤) راجع القواعد ١: ١٢٩، والكفاية: ٩١، ونسبه في مجمع الفائدة (٨: ١٩) إلى ظاهر الشرائع.

السادس: إناطة الحكم بالغرر.

ثم إن صورة المسألة: أن يوزن مظلوفٌ مع ظرفه فيعلم أنه عشرة أرتال، فإذا أريد بيع المظلوف فقط - كما هو المفروض - وقلنا بكفاية العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً، على ما هو مفروض المسألة ومعقد الإجماع المتقدم:

فتارة: يباع المظلوف المذكور جملةً بكذا، وحينئذ فلا يحتاج إلى الإنذار، لأن الثمن والمثمن معلومان بالفرض.

وأخرى: يباع على وجه التسمير بأن يقول: «بعته كل رطل بدرهم» فيجىء مسألة الإنذار، للحاجة إلى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

السادس: أنه يعتبر أن لا يوجب الإنذار الغرر في البيع^(١)، كما إذا لم يحتمل زيادته أو نقصته إلا بمقدار يسير يتسامح فيه، ثم إن الإنذار للظرف قد يكون بعد إجراء البيع على المظلوف، بأن يوزن المظلوف مع ظرفه فيعلم وزنه معاً وبعد ذلك يجرى البيع على المظلوف بنحو الجملة، بأن يقول: «بعته السمن الذي في هذا الظرف بكذا»، أو بنحو التسعير كما يقول: «بعته السمن الذي في هذا الظرف بكل كيلو منه بكذا»، أو يحكم بصحة البيع في فرض البيع بنحو الجملة للإجماع على كفاية إحراز وزن المبيع مع ظرفه على ما تقدم في كلام الفخر ولا يحتاج إلى الإنذار في هذا الفرض. ويبقى الظرف في ملك البائع فيما لو لم يشترط أو لم يهبه البائع للمشتري، والأمر في فرض البيع بنحو التسعير أيضاً كذلك ولكن يحتاج تعيين الثمن الذي يستحقه البائع

(١) يظهر ذلك من صاحب الجواهر ٢٢: ٤٤٩، وكاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة

ويمكن أن تحرّر المسألة على وجه آخر، وهو: أنه بعد ما علم وزن الظرف والمظروف، وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً فإنّ دار أي مقدار للظرف يجعل وزن المظروف في حكم المعلوم، وهل هو منوط بالمعتاد بين التجار، أو التراضي، أو بغير ذلك؟ فالكلام في تعيين المقدار المندر لأجل إحراز شرط صحة بيع المظروف، بعد قيام الإجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير أو بإخبار البائع. وإلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين، حيث أناط المقدار المندر بما

على المشتري إلى الإندار، وقد يكون الإندار قبل البيع بأن يحرز وزن المظروف في نفسه بالإندار أولاً، ثم يجري البيع على المظروف المحرز وزنه بالإندار، ويحكم بصحة هذا البيع أيضاً للإجماع على أنه لا يعتبر وزن المبيع في الفرض بغير الإندار من إخبار البائع أو وزن المظروف مستقلاً.

واستظهر المصنف رحمته من أصحاب الأقوال المتقدمة اختلافهم في تحرير المسألة وأن بعضهم قد حررها لتعيين وزن المظروف ليجرى البيع عليه بعد ذلك؛ لذا اعتبر أن لا يكون الإندار بحيث يوجب الغرر في البيع، واعترض على من ذكر جواز الإندار بما يعلم زيادته أو نقيصته مع التراضي بأن التراضي لا يوجب صحة البيع الغرري، ومع إندار المقدار المعلوم زيادته أو نقيصته يكون البيع غررياً.

ويمكن استظهار هذا الوجه، أي كون الإندار موجباً لإحراز وزن المبيع ليجرى البيع عليه بعد ذلك، من الكلام المتقدم في صدر المسألة عن الفخر، ووجه الاستظهار أن الفخر رحمته قد فرع جواز استثناء المجهول عن المبيع، أي جواز إجراء البيع ابتداءً على المظروف المجهول وزنه الواقعي للجهل بوزن ظرفه على جواز الإندار، فيكون جواز الإندار موجباً لصحة البيع. بخلاف فرض تحرير المسألة بحيث يكون الاحتياج إلى الإندار بعد بيع المظروف على وجه التسعير، فإنه عليه يكون جواز الإندار متفرعاً على

لا يحصل معه غرر، واعترض على ما في القواعد ومثلها: من اعتبار التراضي في جواز إنذار ما يعلم زيادته بأن التراضي لا يدفع غرراً ولا يصح عقداً. وتبعه في ذلك بعض أتباعه. ويمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر - المتقدمة - حيث فرغ استثناء المجهول من المبيع على جواز الإنذار، إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا على جواز إنذار مقدار معين، إذ الإنذار حينئذ لتعيين الثمن، فتأمل.

وكيف كان، فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقيين، فإن جماعة منهم - كما عرفت من الفاضلين وغيرهما - خصوا اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة [١]

جواز بيع المظروف المجهول وزنه الواقعي بنحو التسعير، ويحرز بالإنذار جملة الثمن الذي يستحقه البائع على المشتري.

[١] قد استظهر عليه السلام من كلام من اعتبر التراضي في جواز الإنذار مع العلم بزيادة المقدار المنذر على الوزن الواقعي للظرف أو نقيصته عنه أن هذا القائل قد فرض الإنذار بعد بيع المظروف الموزون مع ظرفه على وجه التسعير لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، ووجه الاستظهار أن الإنذار لو كان لتعيين وزن المظروف ليجرى عليه البيع بعده فاللازم تراضي المتبايعين في إجراء البيع على المظروف المعلوم وزنه بالإنذار، سواء كان المقدار المنذر محتمل الزيادة والنقيصة أو معلوم الزيادة أو النقيصة؛ إذ لا معنى لصحة البيع بدون تراضي المتبايعين. وأما إذا كان الإنذار بعد وزن المظروف مع ظرفه وإجراء البيع على المظروف على وجه التسعير لكان للتفصيل المزبور وجه، حيث إن مع احتمال الزيادة والنقيصة لا يعلم المشتري باستحقاق البائع بأزيد مما يأخذه منه بعنوان الثمن فلا موجب لتراضيهما.

وأما إذا علم بزيادة المقدار المنذر فقد يأخذ البائع من المشتري بأزيد من الثمن

فلو كان الإندار لإحراز وزن المبيع وتصحيح العقد لكان معتبراً مطلقاً، إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض. وقد صرح المحقق والشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة أو النقصان بأن في الإندار من دون التراضي تضييماً لمال أحدهما. ولا يخفى أنه لو كان اعتبار

الذي يستحقه، كما أنه إذا علم نقيصته عن وزنه الواقعي يأخذ البائع أقل مما يستحق ويكون أخذ الزيادة أو النقصان من قبيل التملك المجاني فيعتبر تراضيهما. ولا وجه في فرض الإندار بعد بيع المظروف على وجه التسعير للإيراد على اعتبار التراضي بأن التراضي لا يدفع الغرر عن البيع، ووجه عدم الإيراد أن البيع قد وقع على المظروف قبل الإندار، ولو كانت معلومية وزنه مع الظرف غير رافع للغرر عن البيع تكون صحة البيع المزبور بالإجماع أو الرواية مقتضية لتخصيص النهي عن بيع الغرر. وبذلك يظهر أنه على تقدير كون الإندار بعد إجراء البيع على المظروف الموزون مع ظرفه يكون ذكر الإندار في مسألة تعيين العوضين باعتبار أن جواز البيع كذلك تخصيص فيما دل على اعتبار الوزن المستقل في المبيع الموزون.

ويظهر أيضاً كون الإندار لتعيين استحقاق البائع من الثمن على المشتري في فرض بيع المظروف على وجه التسعير من كلام الأردبيلي رحمته (١)، حيث ذكر في أول كلامه في عنوان المسألة أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً، فإن التعبير بل (ثم) الظاهرة في التراخي مقتضاه فرض الإندار لتعيين مقدار الثمن للمظروف المبيع على وجه التسعير. ونظير ذلك كلام «الحدائق» (٢) وإن كان ما ذكره من كون الإندار حقاً للمشتري

(١) مجمع الفائدة: ٨: ١٩٠.

(٢) الحدائق: ٨: ٤٩٤.

الإندار قبل العقد لتصحححه لم يتحقق تضييع المال، لأن الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف، سواء فرض زائداً أو ناقصاً. هذا، مع أنه إذا فرض كون استقرار العادة على إندار مقدار معين يحتمل الزيادة والنقيصة، فالتراضي على الزائد عليه أو الناقص عنه يقيناً لا يوجب غرراً، بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار

ضعيفاً؛ لأن الإندار لتعيين حق البائع على المشتري لأنه حق للمشتري، وعليه فيعتبر عدم العلم بالنقيصة كالزيادة كما لا يخفى.

أقول: ما ذكر المصنف رحمته من أنه لو كان الإندار لإحراز وزن المظروف الذي يجري عليه البيع بعد ذلك لأعتبر التراضي مطلقاً ولم يختص بصورة العلم بالزيادة أو النقيصة، لا يمكن المساعدة عليه؛ لأن الإندار في هذا الفرض طريق لإحراز وزن المبيع، ومن الظاهر اعتبار الشيء طريقاً مع العلم بمخالفته للواقع غير معقول ولا يصححه تراضي المتعاقدين، وعلى ذلك فلا وجه لاعتبار التراضي في إحراز وزن المبيع، بل لابد من تخصيص اعتبار الإندار بما احتمل أن يكون المقدار المندر مساوياً للوزن الواقعي للظرف رضي به المتعاقدان أم لا.

وأيضاً لا يخفى أن مقتضى القاعدة الأولية عدم جواز بيع المظروف الموزون مع ظرفه من غير إحراز وزن المظروف منفرداً، إلا مع ثبوت أن القسطاس المستقيم في بيع المظروف الذي يتعارف ببيعه في ظرفه هو وزن المجموع على ما جرت عليه السيرة التي لا يحتمل حدوثها بعد زمان الشارع.

وعلى ذلك، فلو كان الإندار قبل البيع لإحراز وزن المظروف منفرداً كان مشروطاً باحتمال تساويه مع وزن الظرف وإن كان بعد البيع لتعيين الثمن في المبيع على وجه التسعير جاز، سواء علم بزيادته على الوزن الواقعي أم لا؛ لأنه في فرض الزيادة يتضمن التملك المجاني فيعتبر فيه التراضي، وكذا الحال فيما علم نقصانه على

المعلوم غير قادح في صحة البيع. مثلاً: لو كان المجموع عشرة أرتال وكان المعتاد إسقاط رطل للظرف، فإذا تراضيا على أن يُنَدَّر للظرف رطلان فكأنه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلاً. ولو تراضيا على إندار نصف رطل فقد اشترط المشتري جَعْلَ ثمن تسعة أرتال ونصف ثَمناً للتسعة، فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضي في إندار ما علم زيادته أو نقيصته: بأن التراضي لا يدفع غرراً ولا يصحح عقداً.

ما تقدم. والحاصل: الظاهر ثبوت السيرة على الإندار في كلا المقامين، ولكن الإندار في مقام إحراز وزن المبيع قبل البيع مشروط باحتمال تساوي المقدار المندر معه الوزن الواقعي للظرف، وفي الإندار بعد البيع يجوز مطلقاً ولكن مع التراضي في صورة العلم بالزيادة أو النقصان.

بقي للإندار صورة ثالثة، وهي ما إذا بيع المظروف باشتراط الوزن المعين، ثم في مقام القبض يوزن مع ظرفه ويسقط لمكان الظروف مقدار من الوزن، ولا إشكال في جواز البيع في الفرض؛ لأن المعتبر في البيع ليس خصوص الكيل الخارجي أو الوزن فعلاً، بل يكفي اشتراط الكيل المعين أو الوزن المعين، وبهذا الاشتراط يخرج بيعه عن الجراف؛ ولذا يصح بيع المكيل أو الوزن بنحو الكلي على العهدة أو في المعين. وعلى ذلك، فلو كان وزن المبيع مع ظرفه وإندار المقدار المعين معلوماً ولو بالتعارف صح البيع؛ لأن شراء المال مع التعارف المزبور بمنزلة اشتراط القبض المزبور، سواء كان المقدار المتعارف محتمل الزيادة والنقصان أو علم أحدهما، والجواز المزبور لا يحتاج إلى التثبت بالسيرة أو بذيل الإجماع أو الرواية، بل هو مقتضى القواعد الأولية كما لا يخفى.

بقي في المقام أمر، وهو أن الإندار للظروف وإن يعتبر طريقاً إلى تعيين وزن

وكيف كان، فالأظهر هو الوجه الأول، فيكون دخول هذه المسألة في فروع مسألة تعيين العوضين من حيث تجويز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول - كما عنون المسألة بذلك في اللمعة، بل نسبه في الحدائق إليهم - لا من حيث إندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد، والتواطؤ على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندار. وذكر المحقق الأردبيلي رحمته الله في تفسير عنوان المسألة: أن المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا أزيد ولا أنقص، بل وإن تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير يتساهل به عادة، ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع، انتهى. فظاهره الوجه الأول الذي ذكرنا، حيث جَوَزَ البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، وجَعَلَ الإندار لأجل تعيين الباقي الذي يجب عليه دفع ثمنه. وفي الحدائق - في مقام الرد على من ألحق النقيصة بالزيادة في اعتبار عدم العلم بها - قال: إن الإندار حق للمشتري، لأنه قد اشترى - مثلاً - مائة من من السمن في هذه الظروف، فالواجب قيمة المائة المذكورة، وله إسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن، انتهى.

المظروف، سواء وقع قبل البيع أو بعده لتعيين الثمن في المبتاع على وجه التسعير، أو كان للوفاء بالبيع المشروط فيه وزن خاص، ولكن لو انكشف الخلاف وكون المقدار المندر زائداً أو ناقصاً عن وزن الظرف لا يتدارك فيما كان مقدار التخلف متعارفاً؛ لأن مقتضى السيرة المشار إليها كون الناقص أو الزائد على تقدير التخلف ملكاً للآخر مجاناً بالشرط الضمني في المعاملة.

نعم، إذا كان التخلف بنحو غير متعارف فلا بد من تدارك الزائد على المتعارف باسترداد مقدار من الثمن أو المثلن، هذا مع الغمض عن الروايات التي يأتي التعرض لها.

وهذا الكلام وإن كان مؤيداً لما استقر به في تحرير المسألة، إلا أن جعل الإندار حقاً للمشتري والتمثيل بما ذكره لا يخلو عن نظر، فإن المشتري لم يشتري مائة من السمن في هذه الظروف، لأن التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما في هذه الظروف مائة من لغو، بل المبيع في الحقيقة ما في هذه الظروف التي هي مع الظروف مائة من، فإن باعه بشمن معين فلا حاجة إلى الإندار، ولاحقاً للمشتري. وإن اشتراه على وجه التسعير بقوله: «كل من بكذا» فالإندار: إنما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمة المائة كما ذكره المحدث؟!

وقد علم مما ذكرنا: أن الإندار - الذي هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن - إنما هو لتعيين حق البائع، وليس حقاً للمشتري. وأما الأخبار: فمنها موثقة حنان قال: «سمعت معمر الزيات قال لأبي عبد الله عليه السلام: إنا نشترى الزيت في زقاقه، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق؟ فقال له: إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه». قيل: وظاهره عدم اعتبار التراضي [١].

[١] كان مراد القائل ^(١): إن ظاهر الموثقة ^(٢) عدم اعتبار التراضي فيما إذا كان مما يزيد وينقص، وأنه إذا كان المقدار المندر بما يزيد وينقص فيجوز ومع كونه يزيد ولا ينقص فلا يجوز، فتقع المعارضة بينها وبين رواية علي بن أبي حمزة ^(٣)، حيث ظاهرها اعتبار التراضي مع كون المندر مما يزيد وينقص، وكذا مع رواية «قرب

(١) القائل هو صاحب الجواهر ٢٢: ٤٤٨.

(٢) هي موثقة حنان، وسائل الشريعة ١٧: ٣٦٧، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشريعة ١٧: ٣٦٦، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول.

أقول: المفروض في السؤال هو التراضي، لأنَّ الحاسب هو البائع أو وكيله وهما مختاران، والمحسوب له هو المشتري.

والتحقيق: أنَّ مورد السؤال صحَّة الإنذار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا ثمن أو بثمان مغاير للمظروف، أو مع ردها إلى البائع من دون وزن لها، فإنَّ السؤال عن صحَّة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضي المتبايعين عليه، فلا إطلاق فيه بعمِّ صورة

الإسناد^(١)، حيث إنَّ ظاهرها أيضاً اعتبار التراضي ولو كون المقدار المندر مما يزيد وينقص.

وذكر المصنف رحمه الله عدم المعارضة بينهما من هذه الجهة، فإنَّ التراضي مفروض في مورد الموثقة، فإنَّ الحاسب المفروض فيه البائع أو وكيله فالرضا من قبله متحقق، والمحسوب له هو المشتري السائل عن جواز إقدامه على الشراء المزبور، وظاهر هذا السؤال رضاه بالإقدام لولا المنع الشرعي، ويؤيد فرض رضاه نهي عن الإقدام بالشراء المزبور، فإنَّ نهي شخص يناسب فرض إرادته ذلك الفعل. وعلى ذلك، فيكون حاصل الجواب أنه إذا كان المقدار المندر مما يزيد وينقص فيجوز، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا يجوز الشراء رضي به المتعاقدان أم لا، فتتحد الموثقة مع رواية علي بن أبي حمزة وكذا مع رواية «قرب الإسناد». نعم، يقيد إطلاق رواية «قرب الإسناد» بما إذا لم يكن المقدار المندر بما يزيد ولا ينقص.

وأردف رحمه الله على ما ذكر أن قوله رحمه الله: «إن كان يزيد وينقص»، فيه احتمالات ثلاثة:

الأول: كون المقدار المندر في مجموع المبيع يزيد وينقص بحسب شخص المعاملة، وحيث لا يمكن كون المقدار المندر في المجموع بحسب شخص المعاملة

(١) قرب الإسناد: ٢٦١، الحديث ١٠٣٥، ووسائل الشيعة ١٧: ٣٦٧، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٣.

عدم التراضي. ويؤيده النهي عن ارتكابه مع العلم بالزيادة، فإن النهي عنه ليس عن ارتكابه بغير تراضٍ، فافهم. فحينئذ لا يعارضها ما دلّ على صحّة ذلك مع التراضي، مثل رواية علي بن أبي حمزة، قال: «سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام، قال: جعلت فداك! نظرح ظروف السمن والزيت كل ظرف كذا وكذا رطلاً فربما زاد وربما نقص؟ قال: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس». فإن الشرط فيه مسوق

زائداً وناقصاً فالمراد احتمالها.

الثاني: أن يكون المراد زيادة المقدار المندر على وزن الظرف في بعض المبيع ونقصانه عنه بالإضافة إلى البعض الآخر في شخص المعاملة.

الثالث: أن يكون المقدار المندر مما يزيد وينقص في نوع المعاملة، بأن يزيد في بعض أفرادها وينقص في بعضها الآخر، فيستفاد كون المقدار المندر متعارفاً مع عدم العلم بزيادته في جميع الموارد، ويشهد للاحتمال الأول رجوع الضمير في قوله: «يزيد وتنقص»، إلى مجموع المقدار المندر، كما أنه يشهد للثاني عطف ينقص على يزيد بواو العاطفة الظاهرة في الجمع. واستشهد للثالث بما ورد في فضول المكائيل والموازن، كصحيحة علي بن عطية قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت: إنا نشترى الطعام من السفن ثم نكيله فيزيد؟ قال لي: وربما نقص عليكم؟ قلت: نعم، قال: فإذا نقص يردون عليكم؟ قلت: لا، قال: فلا بأس^(١).

ثم ذكر عليه السلام أنه مع الشك في كون المندر بمقدار الظرف فالأصل عدم زيادة المبيع عليه وعدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري من الثمن، ولكن هذا حكم ظاهري لا يوجب ذهاب حق أحدهما عند انكشاف الخلاف، وأما مع العلم بزيادة

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٨٧، الباب ٢٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

لبيان كفاية التراضي في ذلك وعدم المانع منه شرعاً، فيشبه التراضي العلة التامة الغير المتوقفة على شيء. ونحوه اشتراط التراضي في خبر علي بن جعفر المحكي عن قرب الإسناد عن أخيه موسى عليه السلام: «عن الرجل يشتري المتاع وزناً في الناسية

المقدار المنذر أو نقصانه فإن كان إنذار ذلك المقدار عادة فتقتضي العادة كون إسقاطه شرطاً ضمناً مع علم المتبايعين بها. ومع عدم ثبوت العادة أو جهلها بها فلا يجوز الإسقاط المزبور إلا باشتراط في متن العقد، بأن يقول: «بعتك ما في هذه الظروف الموزنة مع ظرفها كل رطل بكذا على أن يسقط لكل ظرف منها كذا»، فيرجع هذا الاشتراط إلى هبة الزيادة من المثلث أو الإبراء من الثمن أو تراضياً على هذه الهبة أو الإبراء بعد تمام البيع. هذا مع قطع النظر عن الروايات.

وأما بالنظر إليها، فالمتبع موثقة حنان لضعف غيرها أو عدم معارضتها للموثقة، والمستفاد منها جواز الإنذار جوازاً واقعياً فيما إذا كان المقدار المنذر أمراً متعارفاً ولم يعلم زيادته على مقدار الظرف، وقد فهم الشيخ عليه السلام هذا منها؛ ولذا ذكر ذلك في «النهاية»^(١) مع جريان عادته فيها على التعبير عن الفتوى بمضمون الرواية. ولا يجوز المقدار المنذر فيما إذا علم زيادته، والمراد بعدم جوازه نظير عدم جواز الشراء بالموازن الزائدة عما يتسامح فيها عدم صيرورة الزائد ملكاً للآخر بمجرد الإنذار وفاءً للمعاملة المزبورة، بل يحتاج إلى هبة جديدة.

والحاصل: أن المقدار المنذر لو كان المعتاد ويحتمل الزيادة والنقصان فيجوز واقعاً، ومع عدم أحد القيدتين فإن شك في زيادته ونقصانه مع عدم العادة فيجوز الإنذار ولكن بحكم ظاهري، ومع العادة والعلم بالزيادة أو النقصان يجوز ذلك بناءً على كون

والجوالق، فيقول: ادفع للناسية رطلاً أو أكثر من ذلك، أيحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضيا». ثم إن قوله: «إن كان يزيد وينقص» في الرواية الأولى، يحتمل أن يراد به: الزيادة والنقيصة في هذا المقدار المندر في شخص المعاملة، بمعنى زيادة مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه. أو بمعنى: أنه يزيد في بعض الزقاق، وينقص في بعض آخر. وأن يراد به: الزيادة والنقيصة في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة وفي بعض أخرى النقيصة. وهذا هو الذي فهمه في النهاية حيث اعتبر أن يكون ما يندر للظروف مما يزيد تارة وينقص أخرى، ونحوه في الوسيلة. ويشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير «يزيد» و «ينقص» إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، وللثاني عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهر في اجتماع نفس المتعاطفين للاحتمالهما، وللثالث ما ورد في بعض الروايات: «من أنه ربما يشتري الطعام من أهل السفينة ثم يكيه فيزيد؟ قال ﷺ:

الزيادة والنقيصة مع العادة بمنزلة الاشتراط الضمني. ولكن الحكم محل إشكال ما لم تبلغ العادة حداً يحرز كونها كالشرط في ضمن العقد؛ لأن انصراف العقد إلى العادة ليس من قبيل انصراف المطلق إلى بعض أفرادها، بل من قبيل إضافة شيء آخر من الهبة أو الإبراء إلى أصل البيع.

أقول: إذا كان المستفاد من الموثقة عدم الجواز في غير ما كان المقدار المندر أمراً عادياً يحتمل الزيادة والنقيصة فمقتضاه أن المقدار المندر مع العلم بزيادته أو نقصانه حتى مع العادة يحتاج إلى هبة أو إبراء مستقل أو اشتراط مستقل فلا يحكم بأحدهما بمجرد الشرط الضمني في العقد، حيث إن الشرط الضمني المزبور محكوم بعدم الاعتبار.

وربما نقص؟ قلت: وربما نقص. قال: فإذا نقص ردوا عليكم؟ قلت: لا. قال: لا بأس». فيكون معنى الرواية: أنه إذا كان الذي يحسب لكم رائداً مرةً وناقصاً أخرى، فلا بأس بما يحسب وإن بلغ ما بلغ، وإن زاد دائماً، فلا يجوز إلا بهبة أو إبراء من الثمن أو مع التراضي، بناءً على عدم توقّف الشقّ الأول عليه، ووقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاع صاحب الزيت.

وكيف كان، فالذي يقوى في النظر، هو المشهور بين المتأخرين: من جواز إنذار ما يحتمل الزيادة والنقيصة، لأصالة عدم زيادة المبيع عليه وعدم استحقاق البائع أزيد ممّا يعطيه المشتري من الثمن. لكنّ العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حقّ أحدهما عند انكشاف الحال. وأمّا مع العلم بالزيادة أو النقيصة، فإن كان هنا عادة تقتضيه، كان العقد واقعاً عليها مع علم المتبايعين بها. ولعلّه مراد من لم يقيد بالعلم. ومع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلا مع التراضي لسقوط حقّ من له الحقّ، سواء توطئا على ذلك في متن العقد، بأن قال: «بعتك ما في هذه الظروف كلّ رطل بدرهم على أن يسقط لكلّ ظرف كذا» فهو هبة له، أو تراضيا عليه بعده بإسقاط من الذمة أو هبة للعين. هذا كلّ مع قطع النظر عن النصوص، وأمّا مع ملاحظتها فالمعول عليه رواية حنّان المتقدّمة الظاهرة في اعتبار الاعتياد، من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاصّ متعارفاً، واعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كلّ مظروف بحسب حاله. وكان الشیخ رحمته الله في النهاية فهم ذلك من الرواية فعبر بمضمونها كما هو دأبه في ذلك الكتاب.

وحيث إنّ ظاهر الرواية جواز الإنذار واقعاً، بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة والنقيصة، عملنا بها كذلك، فيكون مرجع النهي عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهي عن الشراء بالموازين الزائدة عما يتسامح به، فإنّ

ذلك يحتاج إلى هبة جديدة، ولا يكفي إقباضها من حيث كونها حقاً للمشتري. هذا كله مع تعارف إندار ذلك المقدار وعدم العلم بالزيادة. وأما مع عدم القيد، فمع الشك في الزيادة والنقيصة وعدم العادة يجوز الإندار، لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الأمرين. ومعها يجوز بناءً على انصراف العقد إليها. لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدّاً يكون كالشرط في ضمن العقد، لأنّ هذا ليس من أفراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفةً له.

ثمّ الظاهر أنّ الحكم المذكور [١] غير مختصّ بظروف السمن والزيت، بل يعمّ كلّ ظرف، كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدّم عن فخر الدين رحمته الله وعبارة النهاية والوسيلة والفاضلين والشهيد والمحقق الثاني (رحمهم الله). ويؤيده الرواية المتقدمة عن قرب الإسناد. لكن لا يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف ببيع الشيء فيه وعدم تفرغه منه كقوارير الجلاب والعطريات، لا مطلق اللغوي أعني: الوعاء. ويحتمل العموم، وهو ضعيف.

[١] وحاصله: أن الحكم بجواز الإندار لا يختص بظروف السمن والزيت، بل الظاهر عمومه لكل ظرف يجري البيع على مظروفه كما هو مقتضى رواية «قرب الإسناد»، ولكن لضعف سندها صالحة للتأييد فقط، ويحتمل قريباً أن لا يعم كل مظروف، بل يختص بالظروف التي يكون بيع المظروف في ظرفه، بمعنى عدم تفرغه منه عند بيعه متعارفاً، حيث لا يمكن التعدي عن ظروف السمن والزيت إلى أزيد من ذلك.

نعم، كما أنه قد يكون بيع الشيء حال كونه في الظرف متعارفاً كذلك يتعارف ببيع الشيء الموزون مع مصاحبه غير الموزون، وعلى ذلك فيحتاج في تعيين مقدار ثمن الموزون إلى الإندار من وزن المجموع وإندار مقدار لصاحبه الغير الموزون كالشمع

نعم، يقوى تعدية الحكم إلى كلِّ مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشمع في الحلبيّ المصوغة من الذهب والفضة، وكذا للمظروف الذي يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من الدبس في الزقاق. وأما تعدية الحكم إلى كلِّ ما ضمَّ إلى المبيع ممَّا لا يراد بيعه معه فممَّا لا ينبغي احتمالاه.

مسألة: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون [١] معه وإن لم يعلم إلا بوزن

المنسوب على الحلبي المصنوع من الذهب أو الفضة، فإن الحلبي موزون ومصاحبه غير موزون فيوزنان معاً ويندر للشمع مقدار. ونظيره ما إذا بيع الظرف والمظروف ولكن كان المقصود بالأصالة هو شراء الظرف وقصد بيع المظروف تبعاً، كما إذا أراد شراء زقاق ولا يجد إلا ما فيه دبس قليل يباع الظرف معه، فإن الدبس بما أنه موزون يوزن مع ظرفه ويندر للظرف مقدار لتعيين مقدار الدبس وتعيين ثمنه.

أقول: تعدية الحكم إلى كل ظرف يتعارف بيع مظروفه حال كونه في الظرف لا بأس به للسيرة المشار إليها وعدم احتمال خصوصية لظرف السمن والزيت من دون منع عن السيرة، بل مع كونها مؤيدة برواية «قرب الإسناد» وكذا فيما إذا كان شراء المظروف تبعاً لشراء ظرفه، وأما التعدي إلى المصاحب فإن أحرز ثبوت السيرة فيه أيضاً فهو، وإلا فمقتضى ما دل على اعتبار الوزن في بيع الموزون عدم الجواز، والله سبحانه هو العالم.

[١] يجوز بيع المظروف الذي يباع وزناً مع ظرفه بوزن المجموع وإجراء البيع عليهما بصفقة واحدة على المشهور، بل لم يعرف خلاف من الخاصة، إلا ما ذكر في «الروضة»^(١) من نسبة الخلاف إلى بعض من غير تعيينه، وعن «التذكرة» نسبة المنع إلى

(١) الروضة البهية ٣: ٢٨٤.

المجموع، على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة إلا ما أرسله في الروضة، ونسب في التذكرة إلى بعض العامة، استناداً إلى أن وزن ما يباع وزناً غير معلوم، والظرف لا يباع وزناً، بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد واختلاف قيمتهما، فالغرر الحاصل في بيع الجزاف حاصل هنا. والذي يقتضيه النظر: أما فيما نحن فيه - مما جَوَّزَ شرعاً بيئته منفرداً عن الظرف مع جهالة وزنه -

بعض العامة^(١). ويمكن الاستدلال على المنع بأن ما يباع وزناً وهو المظروف غير معلوم وزنه والظرف لا يباع وزناً، بل لو كان الظرف ممّا يباع وزناً أيضاً فلا يفيد العلم بوزن المجموع؛ لأن اختلاف المظروف مع الظرف في القيمة يوجب الغرر الموجود في بيع المظروف جزافاً.

وذكر المصنف رحمته في المقام تفصيلاً وهو: أنه إذا كان بيع المظروف في ظرفه بوزن المجموع متعارفاً كما تقدم في المسألة السابقة، فيكفي وزن المجموع في المقام؛ لأن الإندار في تلك المسألة كانت لتعيين مقدار الثمن وكان لا يعتبر في بيع مظروفه وزنه منفرداً، وعليه فلو كان الظرف داخلاً في البيع كما هو الفرض في المقام، فلا يحتاج إلى الإندار، ولم يحصل من ضم الظرف إلى مظروفه في البيع مانع آخر أو فقد شرط.

نعم، إذا لم يكن الضم من قبيل بيع المظروف مع ظرفه، بل من وزن الشئيين الموزونين معاً وبيعهما بصفقة واحدة، فإن لم يحصل من بيعها كذلك غرر كما إذا كان كل منهما مساوياً للآخر في القيمة السوقية، فلا إشكال في صحة البيع؛ لأن الدليل على المنع إما النهي عن بيع الغرر ولا غرر في البين على الفرض، وإما ما دلّ على اعتبار

فالقِطْعُ بِالْجِوَازِ مَنْضَمًا، إِذْ لَمْ يَحْصُلْ بِالِانْتِضَامِ مَانِعٌ، وَلَا ارْتَفَعَ شَرْطٌ. وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ مِنْ أَحَدِ الْمَنْضَمِينَ اللَّذِينَ لَا يَكْفِي فِي بَيْعِهِ مَنْفَرَدًا مَعْرِفَةُ وَزْنِ الْمَجْمُوعِ، فَالْقِطْعُ بِالْمَنْعِ مَعَ لُزُومِ الْغَرْرِ الشَّخْصِيِّ، كَمَا لَوْ بَاعَ سَبِيكَةً مِنْ ذَهَبٍ مَرْدَدٌ بَيْنَ مِائَةِ مِثْقَالٍ وَأَلْفٍ مَعَ وَصَلَةٍ مِنْ رِصَاصٍ قَدْ بَلَغَ وَزْنُهُمَا أَلْفِي مِثْقَالٍ، فَإِنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى هَذَا الْبَيْعِ إِقْدَامٌ عَلَى مَا فِيهِ خَطَرٌ يَسْتَحَقُّ لِأَجَلِهِ اللَّوْمَ مِنَ الْعُقَلَاءِ. وَأَمَّا مَعَ انْتِفَاءِ الْغَرْرِ الشَّخْصِيِّ وَانْحِصَارِ الْمَانِعِ فِي النَّصِّ الدَّالِّ عَلَى لُزُومِ الْاِعْتِبَارِ بِالْكَيْلِ وَالْوِزْنِ وَالْإِجْمَاعِ الْمَنْعُودِ عَلَى بَطْلَانِ الْبَيْعِ إِذَا كَانَ الْمُبِيعُ مَجْهُولَ الْمَقْدَارِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزَنِ، فَالْقِطْعُ بِالْجِوَازِ، لِأَنَّ النَّصَّ وَالْإِجْمَاعَ إِنَّمَا دَلَّا عَلَى لُزُومِ اِعْتِبَارِ الْمُبِيعِ، لَا كَلَّ جِزْءٍ مِنْهُ.

الوزن، وظاهره اعتبار وزن مجموع المبيع لا وزن كل واحد من أجزائه التي ينحل إليها البيع. ولو حصل من جمعهما في البيع غرر كما إذا ضم قطعة الذهب إلى قطعة الرصاص يبلغ وزن مجموعهما ألفاً بصفقة واحدة، مع جهالة وزن الذهب بأنه مئة أو مئتان، يحكم ببطلان البيع للغرر لا لاعتبار الوزن.

أقول: يحكم بصحة البيع في الفرض أيضاً على الأظهر؛ لأن الغرر في البيع مندفع بثبوت خيار الغبن، وقد تقدم سابقاً أن ما هو المعروف في الألسنة من أن الخيار حكم للبيع الصحيح يتم في الخيار الشرعي التأسيسي كخيارى المجلس والحيوان، لا الإيضائي كخيار الشرط، ويدخل فيه خيار الغبن على ما يأتي، بل قيل كما عن المحقق الأيرواني رحمته الله (١)، بصحة البيع حتى مع إسقاط خيار الغبن، فإن المقام لا يزيد على بيع مالك الذهب ذهبه بقيمة الرصاص. ولكنه ضعيف؛ لأن مع العلم بكون المبيع

(١) أنظر حاشية كتاب المكاسب للإيرواني رحمته الله ٢: ٦٣٠/١٣٨٠.

ولو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفرداً مع معرفة وزن المجموع دون الآخر، كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشى بالشمع وعدم جواز بيع الشمع كذلك، فإن فرضنا الشمع تابعاً لا يضر جهالته، وإلا فلا. ثم إن بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور [١]:

ذهباً والعلم بوزنه لا يكون بيعه بقيمة الرصاص غريباً لأخذ الجهالة في معنى الغرر، فلا يعمه النهي عن بيع الغرر كما لا يعمه ما دل على بطلان بيع الموزون بلا وزن، بخلاف مسألة ضم الذهب إلى الرصاص وبيعهما بصفقة واحدة، فإن الجهل بمقدار الذهب منفرداً يعمه النهي عن بيع الغرر.

وأيضاً ما يذكر المصنف رحمته الله من أن المصاحب غير الموزون مع الموزون وبيعهما بصفقة صحيح فيما إذا كان المصاحب تابعاً، لا يمكن المساعدة عليه؛ لأن وزن المجموع يكفي في موردين: أحدهما: فيما إذا كان كل من الشئيين موزوناً. والثاني: ما إذا كان المظروف الذي يتعارف تعيين وزنه عند بيعه بوزنه مع ظرفه، وأما في غير ذلك فلا موجب لرفع اليد عما دل على اعتبار الوزن في بيع شيء يكون تعيين ماليته بالوزن والمفروض أنه الفضة دون الشمع.

[١] صور بيع المظروف مع ظرفه أربع:

الأولى: ما إذا بيعا باعتبار أنهما متاعين قد بيعا بصفقة واحدة، نظير سائر الأمتعة المباعة بصفقة واحدة، بحيث لو انكشف بطلان البيع بالإضافة إلى أحدهما يسقط الثمن عليهما بتقويم كل واحد منهما منفرداً، ثم يؤخذ بنسبة قيمة أحدهما إلى المجموع. فإذا قيل بأن الظرف قيمته دينار والمظروف قيمته ديناران يؤخذ للظرف ثلث الثمن، كما تقدم في بيع ما يملك وما لا يملك بصفقة واحدة.

الثانية: ما إذا بيع المظروف والظرف بثمان على أن يكون بعضه بإزاء المظروف

إحداها: أن يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلاً، فيقسط الثمن على قيمتي كل من المظروف والظرف لو احتيج إلى التقسيط، فإذا قيل: قيمة الظرف درهم وقيمة المظروف تسعة، كان للظرف عُشر الثمن.

الثانية: أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أن كل رطل من المظروف بكذا، فيحتاج إلى إندار مقدار للظرف، ويكون قيمة الظرف ما بقي بعد ذلك. وهذا في معنى بيع كل منهما منفرداً.

الثالثة: أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف والمظروف. وطريقة التقسيط لو احتيج إليه - كما في المسالك -: أن يوزن الظرف

على وجه التسعير، بأن يكون كل رطل منه بدينار والباقي من الثمن بإزاء الظرف، ولو ظهر الظرف أو المظروف مستحقاً للغير يعين ثمنه بالإندار.

الثالثة: أن يباع الظرف والمظروف الموزونان معاً باعتبارهما شيئاً واحداً يباع على نحو التسعير، ولو كان وزن المجموع عشرة أرتال يباع كل رطل من المفروض شيئاً واحداً بدينار، بحيث لو كان وزن الظرف مفرداً رطلين يكون ثمنه دينارين.

والرابعة: أن لا يفرض المجموع شيئاً واحداً بحسب التقويم، بل يباع الرطل المركب من المظروف وظرفه بدينار، وعلى ذلك يكون تقسيط الثمن على تقدير الحاجة بحسب القيمة السوقية لكل منهما منفرداً، مثلاً لو كان وزن الظرف خمس وزن المجموع فلا يكون ثمنه خمس تمام الثمن كما في الفرض الثالث، بل يحسب قيمة الظرف منفرداً وقيمة المظروف منفرداً، فلو كان قيمة الظرف مساوية مع تمام قيمة المظروف يكون قيمة الرطل وهو الدينار أربعة أخماسه للظرف وربعه للمظروف. والمصنف رحمته قد ذكر هذه الصورة الثالثة بقوله: «لامن المركب من الظرف والمظروف؛ لأنه إذا باع... إلخ» فتدبر.

منفردا وينسب إلى الجملة ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة، وتبعه على هذا غير واحد. ومقتضاه: أنه لو كان الظرف رطلين والمجموع عشرة أخذ له خمس الثمن. والوجه في ذلك: ملاحظة الظرف والمظروف شيئا واحداً، حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسراً مشاعاً من المجموع ليساوي ثمنه ثمن المظروف. فالبيع كل رطل من هذا المجموع، لا من المركب من الظرف والمظروف، لأنه إذا باع كل رطل من الظرف والمظروف بدرهم مثلاً وزّع الدرهم على الرطل والمظروف بحسب قيمة مثلهما. فإذا كان قيمة خمس الرطل المذكور - الذي هو وزن الظرف الموجود فيه - مساوياً لقيمة أربعة الأخماس التي هي مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسّم الثمن عليه أخماساً؟

مسألة: المعروف بين الأصحاب - تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ «ينبغي» - : استحباب التفقه في مسائل الحلال والحرام المتعلقة بالتجارات، ليعرف صحيح العقد من فاسده ويسلم من الربا. وعن إيضاح النافع: أنه قد يجب. وهو ظاهر عبارة الحدائق أيضاً. وكلام المفيد رحمته في المقنعة أيضاً لا يأبى الوجوب، لأنه - بعد ذكر قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾، وقوله تعالى: ﴿أَنْفَقُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ - قال: فندب إلى الإنفاق من طيب الاكتساب، ونهى عن طلب الخبيث للمعيشة والإنفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب والحرام لم يكن مجتنباً للخبيث من الأعمال، ولا كان على ثقة في تفقه من طيب الاكتساب، وقال تعالى أيضاً: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا التَّيْبِعُ مِثْلُ الرَّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ النَّبِيْعَ وَحَرَّمَ الرَّبَا﴾، فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله وحرّم من المتاجر والاكتساب. وجاءت الرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول: «من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم». ثم قال: قال الصادق عليه السلام: «من أراد التجارة

فليتفقّه في دينه، ليعلم بذلك ما يحلّ له ممّا يحرم عليه، ومن لم يتفقّه في دينه ثم اتّجر تورّط في الشبهات»، انتهى.

أقول: ظاهر كلامه ﷺ الوجوب، إلا أن تعبيره بلفظ «ينبغي» ربما يدعى ظهوره في الاستحباب، إلا أن الإتيان أن ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدّمة، فإن معرفة الحلال والحرام واجبة على كلّ أحد بالنظر إلى ما يتلى به من الأمور. وليس معرفة جميعها ممّا يتعلّق بالإنسان وجوبها فوراً دفعةً، بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله، أو عند إرادة الإقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها، فإنه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلّم وإن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه، فإن التفاته السابق وعلمه بعدم خلوّ ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كافٍ في حسن العقاب، وإلا لم يعاقب أكثر الجهال على أكثر المحرّمات، لأنهم يفعلونها وهم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب. ولذا أجمعنا على أن الكفّار يعاقبون على الفروع. وقد ورد ذمّ الغافل المقصر في معصيته، في غير واحد من الأخبار.

ثمّ لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرّم الواقعي الذي يفعله من غير شعور كما هو ظاهر جماعة - تبعاً للأردبيليّ ﷺ -: من عدم العقاب على الحرام المجهول حرّمته عن تقصير، لقيح خطاب الغافل، فيقيح عقابه. لكن تحصيل العلم وإزالة الجهل واجب على هذا القول، كما اعترفوا به.

والحاصل: أن التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام، ولا على ترك التعلّم إلا إذا كان حين الفعل ملتفتاً إلى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت أدلّة التحريم، ووجوب طلب العلم على كلّ مسلم، وعدم تقيح عقاب من التفت إلى وجود الحرام في أفراد البيع التي يزاولها تدريجاً على ارتكاب الحرام في هذا الأثناء وإن لم يلتفت حين إرادة ذلك الحرام.

ثم إنَّ المقام يزيد على غيره بأنَّ الأصل في المعاملات الفساد، فالمكلّف إذا أراد التجارة وبنى على التصرّف فيما يحصل في يده من أموال الناس على وجه العوضيّة يحرم عليه ظاهراً الإقدام على كلّ تصرّف منها بمقتضى أصالة عدم انتقاله إليه إلّا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعاملة، ويمكن أن يكون في قوله عليه السلام: «التاجر فاجر، والفاجر في النار إلّا من أخذ الحقّ وأعطى الحقّ» إشارة إلى هذا المعنى، بناءً على أنّ الخارج من العموم ليس إلّا من علم بإعطاء الحقّ وأخذ الحقّ. فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة في هذا المقام شرعيّ، لنهي الشارع عن التصرّف في مال لم يعلم انتقاله إليه، بناءً على أصالة عدم انتقاله إليه. وفي غير هذا المقام عقليّ مقدميّ لثلاثي يقع في الحرام.

وكيف كان، فالحكم باستحباب التفقّه للتاجر محلّ نظر، بل الأولى وجوبه عليه عقلاً وشرعاً، وإن كان وجوب معرفة باقي المحرّمات من باب العقل فقط. ويمكن توجيه كلامهم بإرادة التفقّه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة والمعاملات الفاسدة كذلك، ويطّلع على موارد الشبهة والمعاملات الغير الواضحة الصحة فيجتنب عنها في العمل، فإنّ القدر الواجب هو معرفة المسائل العامّة البلوى، لا الفروع الفقهيّة المذكورة في المعاملات. ويشهد للغاية الأولى قوله عليه السلام في مقام تعليل وجوب التفقّه: «إنّ الربا أخفى من ديب النملة على الصفا»، وللغاية الثانية قول الصادق عليه السلام في الرواية المتقدمة: «من لم يتفقّه ثمّ أتجر تورّط في الشبهات»، لكن ظاهر صدره الوجوب، فلاحظ. وقد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد. ولا يخلو عن وجهٍ في مقام التوجيه. ثمّ إنّ التفقّه في مسائل التجارة لمّا كان مطلوباً للتخلّص عن المعاملات الفاسدة التي أهمّها الربا -الجامعة بين أكل المال بالباطل وارتكاب الموبقة الكذائيّة - لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد، بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا تعارض بين أدلة التفقّه هنا، وأدلة تحصيل المعاش. نعم،

ربما أورد في هذا المقام - وإن كان خارجاً عنه - التعارض بين أدلة طلب مطلق العلم، الشامل لمعرفة مسائل العبادات وأنواع المعاملات المتوقّف على الاجتهاد، وبين أدلة طلب الاكتساب والاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه، وترك إلقاء كلّه على الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فإنّ الأخبار من الطرفين كثيرة. يكفي في طلب الاكتساب ما ورد: من أنّه «أوحى الله تعالى إلى داود على نبينا وآله وعليه السلام: يا داود إنّك نعم العبد لولا أنك تأكل من بيت المال ولا تعمل بيدك شيئاً. فبكى ﷺ أربعين صباحاً ثمّ لأنّ الله تعالى له الحديد، وكان يعمل كلّ يوم درعاً ويبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة وستين درعاً فباعها واستغنى عن بيت المال... الحديث». وما أرسله في الفقيه عن الصادق ﷺ: «ليس منّا من ترك ديناه لآخرته، أو آخرته لديناه»، وأنّ «العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال». وأمّا الأخبار في طلب العلم وفضله فهي أكثر من أن تذكر، وأوضح من أن تحتاج إلى الذكر. وذكر في الحدائق: أنّ الجمع بينهما بأحد وجهين: أحدهما - وهو الأظهر بين علمائنا -: تخصيص أخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم، ويقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المشتغل بتحصيله واستفادته وتعليمه وإفادته. قال: وبهذا الوجه صرح الشهيد الثاني ﷺ في رسالته المسماة بـ«منية المرید في آداب المفید والمستفید» حيث قال في جملة شرائط العلم: وأن يتوكل على الله ويفوض أمره إليه، ولا يعتمد على الأسباب فيوكل إليها وتكون وبالاً عليه، ولا على أحد من خلق الله تعالى، بل يلقي مقاليد أمره إلى الله تعالى، يظهر له من نفحات قدسه ولحظات أنسه ما به يحصل مطلوبه ويصلح به مراده. وقد ورد في الحديث عن النبي ﷺ «أنّ الله تعالى قد تكفّل لطالب العلم برزقه عمّا ضمنه لغيره» بمعنى: أنّ غيره يحتاج إلى السعي على الرزق حتى يحصل له، وطالب العلم لا يُكلّف بذلك بل بالطلب، وكفاه مؤونة الرزق إن

أحسن النية، وأخلص القربة. وعندي في ذلك من الوقائع ما لو جمعته بلغ ما لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى وجميل معونته منذ ما اشتغلت بالعلم، وهو مبادئ عشر الثلاثين وتسعمائة إلى يومنا هذا، وهو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث وخمسين وتسعمائة.

وبالجملة، ليس الخبر كالعيان. وروى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكليني عليه السلام بإسناده إلى الحسين بن علوان، قال: كنا في مجلس نطلب فيه العلم، وقد نفدت نفقتي في بعض الأسفار، فقال لي بعض أصحابي: من تؤمل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلاناً، فقال: إذا والله لا تسعف بحاجتك ولا تبلغ أملك ولا تنجح طلبتك! قلت: وما علمك رحمك الله؟ قال: إن أبا عبد الله عليه السلام حدثني: أنه قرأ في بعض كتبه: «إن الله تبارك وتعالى يقول: وعزتي وجلالي ومجدي وارتفاعي على عرشى لأقطعن أمل كل مؤمل غيري باليأس، ولأكسوته ثوب المذلة عند الناس، ولأتحينه من قربي، ولأبعدنه من وصلي، أيؤمل غيري في الشدائد والشدائد بيدي؟! ويرجو غيري ويقرع باب غيري ويبيدي مفاتيح الأبواب وهي مغلقة، وبابي مفتوح لمن دعاني، فمن ذا الذي أمّلتني لنوابه فقطعته دونها؟ ومن ذا الذي رجاني لعظيمة فقطعت رجاءه مني؟ جعلت آمال عبادي عندي محفوظة، فلم يرضوا بحفظي، وملأت سماواتي ممن لا يمل من تسبيحي، وأمرتهم أن لا يغلقوا الأبواب بيني وبين عبادي، فلم يثقوا بقولي. ألم يعلم من طرّفته نائبة من نوابي أنه لا يملك كشفها أحد غيري إلا من بعد إذني، فما لي أراه لاهياً عني؟ أعطيته بجودي ما لم يسألني، ثم انتزعت عنه فلم يسألني رده وسأل غيري، أفتراني أبدأ بالعطايا قبل المسألة ثم أسأل فلا أجيب سألني؟ أبخيل أنا فيبخلني عبدي؟ أو ليس الجود والكرم لي؟ أو ليس العفو والرحمة بيدي؟ أو ليس أنا محل الآمال، فمن يقطعها دوني؟ أفلا يخشى المؤمنون أن يؤمّلوا غيري؟ فلو أن أهل سماواتي وأهل أرضي

أملوا جميعاً ثم أعطيت كل واحد منهم مثل ما أمل الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرة، وكيف ينقص مُلْكُ أنا قيمه؟ فيا بؤساً للقانطين من رحمتي! ويا بؤساً لمن عصاني ولم يراقبني! انتهى الحديث الشريف، وانتهى كلام شيخنا الشهيد عليه السلام. قال في الحدائق: ويدلّ على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في الكافي بإسناده إلى أبي إسحاق السبيعي عمّن حدّثه، قال: سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «أيها الناس، إنّ كمال الدين طلب العلم والعمل به، ألا وإنّ طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، إنّ المال مقسوم مضمون لكم قد قسّمه عادل بينكم وضمنه لكم، وسيفي لكم، والعلم مخزون عند أهله، وقد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه... الخبر». قال: ويؤكّده ما رواه في الكافي بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «يقول الله عزّ وجلّ: وعزّتي وجلالي وكبريائي ونوري، وعظمتي وعُلُوّي وارتفاع مكاني لا يؤثر عبد هواي على هواه إلا استحفظته ملائكتي، وكفّلت السماوات والأرضين رزقه، وكنت له من وراء تجارة كلّ تاجر، فتأتبه الدنيا وهي راغمة» انتهى كلامه.

وأنت خير بأنّ ما ذكره من كلام الشهيد عليه السلام وما ذكره من الحديث القدسي لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافي بين أدلة الطرفين، لأنّ ما ذكر من التوكّل على الله وعدم ربط القلب بغيره لا ينافي الاشتغال بالاكْتِسَاب، ولذا كان أمير المؤمنين - صلوات الله عليه وعلى أخيه وزوجته وولديه وذريته - جامعاً بين أعلى مراتب التوكّل وأشدّ مشاقّ الاكْتِسَاب، وهو الاستقاء لحائظ اليهودي، وليس الشهيد أيضاً في مقام أنّ طلب العلم أفضل من التكبّب وإن كان أفضل، بل في مقام أنّ طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الأسباب الظاهرة الموجودة غالباً لطلّاب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطين، والحاصلة من الموقوفات للمدارس وأهل العلم، والموجودة الحاصلة غالباً للعلماء والمشتغلين من معايشة

السلطان وأتباعه والمرادوة مع التجار والأغنياء والعلماء الذين لا ينتفع منهم إلا بما في أيديهم من وجوه الزكوات وردّ المظالم والأخماس وشبه ذلك، كما كان ذلك متعارفاً في ذلك الزمان، بل في كلّ زمان، فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشة من الجهات التي ذكرناها.

وبالجملة، فلا شهادة فيما ذكر من كلام الشهيد عليه السلام - من أوّله إلى آخره - وما أضاف إليه من الروايات في الجمع المذكور، أعني: تخصيص أدلة طلب الحلال بغير طالب العلم. ثمّ إنّ لا إشكال في أن كلاً من طلب العلم وطلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة أو الخمسة. ولا ريب أنّ المستحب من أحدهما لا يزاحم الواجب، ولا الواجب الكفائي الواجب العيني. ولا إشكال أيضاً في أنّ الأهمّ من الواجبين العيينين مقدّم على غيره، وكذا الحكم في الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به. وقد يكون كسب الكاسب مقدّمة لاشتغال غيره بالعلم، فيجب أو يستحب مقدّمة. بقي الكلام في المستحب من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما، ولا ريب في تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبة على الأمرين.

فربّ من لا يحصل له باشتغاله بالعلم إلا شيء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة، ويترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة، منها: تكفّل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصلة أو الصدقة الواجبة والمستحبة، فيحصل بذلك ثواب الصدقة و ثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم. وربّ من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يُحیی بها فنون علم الدين، فلا يحصل له من كسبه إلا قليل من الرزق، فإنّه لا إشكال في أنّ اشتغاله بالعلم والأكل من وجوه الصدقات أرجح. وما ذكر من حديث داود على نبينا وآله وعليه السلام فإنّما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف النبوة والرئاسة العلمية.

وبالجملة، فطلب كل من العلم والرزق إذا لوحظ المستحبّ منهما من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح، وإذا لوحظ من جهة النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل. فثبت من ذلك كله: أنّ تزامم هذين المستحبين كتزامم سائر المستحبات المتنافية، كالاشتغال بالاكْتِسَاب أو طلب العلم الغير الواجبين مع المسير إلى الحج أو إلى مشاهد الأئمة عليهم السلام، أو مع السعي في قضاء حوائج الإخوان الذي لا يجمع طلب العلم أو المال الحلال، إلى غير ذلك، ممّا لا يحصى.

مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقّي الركبان بالشروط الآتية، واختلفوا في حرمة وكراهته، فمن التقي والقاضي والحلي والعلامة في المنتهى: الحرمة، وهو المحكي عن ظاهر الدروس وحواشي المحقق الثاني.

وعن الشيخ وابن زهرة: لا يجوز. وأوّل في المختلف عبارة الشيخ بالكراهة. وهي - أي الكراهة - مذهب الأكثر، بل عن إيضاح النافع: أنّ الشيخ ادّعى الإجماع على عدم التحريم. وعن نهاية الأحكام: تلقّي الركبان مكروه عند أكثر علمائنا، وليس حراماً إجماعاً. ومستند التحريم ظواهر الأخبار:

منها: ما عن منهل القصاب، قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تلقّ، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن التلقّي. قلت: وما حدّ التلقّي؟ قال: ما دون غدوة أو روحة، قلت: وكم الغدوة والروحة؟ قال: أربعة فراسخ. قال ابن أبي عمير: وما فوق ذلك فليس بتلقّ».

وفي خبر عروة: «لا يتلقّى أحدكم تجارة خارجاً من مصر، ولا يبيع حاضر لباد، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض». وفي رواية أخرى: «لا تلقّ ولا تشتري ما يتلقّى ولا تأكل منه». وظاهر النهي عن الأكل كونه لفساد المعاملة، فيكون أكلاً بالباطل، ولم يقل به إلا الإسكافي. وعن ظاهر المنتهى: الاتّفاق على خلافه، فتكون

الرواية - مع ضعفها - مخالفة لعمل الأصحاب، فتقتصر عن إفادة الحرمة والفساد. نعم، لا بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل ممّا يُشترى من المتلقّي، ولا بأس به حسماً لمادّة التلقّي. ومما ذكرنا يعلم: أنّ النهي في سائر الأخبار أيضاً محمول على الكراهة، الموافقة للأصل مع ضعف الخبر ومخالفته للمشهور.

ثمّ إنّ حدّ التلقّي أربعة فراسخ، كما في كلام بعض. والظاهر أنّ مرادهم خروج الحد عن المحدود، لأنّ الظاهر زوال المرجوحية إذا كان أربعة فراسخ. وقد تبعوا بذلك مرسلّة الفقيه. وروي: «أنّ حدّ التلقّي روحة، فإذا بلغ إلى أربعة فراسخ فهو جلب»، فإنّ الجمع بين صدرها وذيلها لا يكون إلا بإرادة خروج الحد عن المحدود. كما أنّ ما في الرواية السابقة: أن حدّه «ما دون غدوة أو روحة» محمول على دخول الحد في المحدود. لكن قال في المنتهى: حدّ علماؤنا التلقّي بأربعة فراسخ، فكرهوا التلقّي إلى ذلك الحد، فإن زاد على ذلك كان تجارة وجلباً، وهو ظاهر، لأنّ بمضيه ورجوعه يكون مسافراً، ويجب عليه القصر فيكون سافراً حقيقياً - إلى أن قال: - ولا نعرف بين علمائنا خلافاً فيه. والتعليل بحصول السفر الحقيقي يدل على مسامحة في التعبير، ولعل الوجه في التحديد بالأربعة: أنّ الحصول على الأربعة بلا زيادة ونقص نادر، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهة، إذ لا يقال: إنّه وصل إلى الأربعة إلا إذا تجاوز عنها ولو يسيراً.

فالظاهر أنه لا إشكال في أصل الحكم وإن وقع اختلاف في التعبير في النصوص والفتاوى. ثمّ إنّه لا إشكال في اعتبار القصد، إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقّي، فلو تلقى الركب في طريقه ذاهباً أو جائياً لم يكره المعاملة معهم. وكذا في اعتبار قصد المعاملة من المتلقّي، فلا يكره لغرض آخر ولو اتفقت المعاملة. قيل: ظاهر التعليل في رواية عروة - المتقدّمة - اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

وفيه: أنه مبني على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير، فيحتمل أن تكون العلة في كراهة التلقّي مسامحة الركب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقّي، أو مظنة حبس المتلقّين ما اشتروه، أو ادّخاره عن أعين الناس وبيعته تدريجاً. بخلاف ما إذا أتى الركب وطرحوا أمتعتهم في الخانات والأسواق، فإنّ له أثراً بيّناً في امتلاء أعين الناس - خصوصاً الفقراء - وقت الغلاء إذا أتى بالطعام.

وكيف كان، فاشتراط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محلّ مناقشة. ثمّ إنه لا فرق بين أخذ المتلقّي بصيغة البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم، لا بأس باستيهاهم ولو بإهداء شيء إليهم.

ولو تلقّاهم لمعاملات آخر غير شراء متاعهم، فظاهر الروايات عدم المرجوحية. نعم، لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله بالتّلقّي: «المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» قوي سراية الحكم إلى بيع شيء منهم وإيجارهم المساكن والخانات. كما أنّه إذا جعلنا المناط في الكراهة كراهة غبن الجاهل، كما يدلّ عليه النبويّ العامي: «لا تلقّوا الجلب، فمن تلقّاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار» قوي سراية الحكم إلى كلّ معاملة توجب غبنهم، كالبيع والشراء منهم متلقياً، وشبه ذلك. لكن الأظهر هو الأوّل.

وكيف كان، فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. وقد يحكى عن الحلّي ثبوت الخيار وإن لم يكن غبن، ولعله لإطلاق النبويّ المتقدّم المحمول على صورة تبيّن الغبن بدخول السوق والاطّلاع على القيمة. واختلفوا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي على قولين، سيجيء ذكر الأقوى منهما في مسألة خيار الغبن إن شاء الله.

مسألة: يحرم النجش على المشهور، كما في الحدائق، بل عن المتهى وجامع المقاصد: أنّه محرّم إجماعاً. لرواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول

الله ﷺ: الواشمة والمؤتشفة والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد ﷺ». وفي النبوي المحكي عن معاني الأخبار: «لاتناجشوا ولاتدابروا»، قال: ومعناه: أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها، لسمع غيره فيزيد بزيادته، والناجش خائن، والتدابر: الهجران، انتهى كلام الصدوق.

والظاهر أن المراد بزيادة الناجش: مواطأة البائع المنجوش له.

مسألة: إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم، ولم يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال [١] من دون الدافع - ك: مال الإمام، أو رد المظالم المدفوع إلى الحاكم - فله صور:

[١] وتفصيل الكلام في المقام، هو أن المال المدفوع إلى الغير لصرفه على طائفة بحيث قد يكون للمدفع إليه ولاية ذلك المال من دون ولاية لدافعه كمال الإمام ﷺ أو المال المجهول مالكة المدفوع إلى الحاكم الشرعي، فيتصرف الحاكم في المال المزبور على ما يراه الوظيفة فيهما، ولكن ثبوت الولاية كذلك فيهما للحاكم الشرعي كلام، وذلك فإن نصف الخمس بمقتضى الآية المباركة بملاحظة الروايات ملك للإمام ﷺ ولو بعنوان الإمام للمسلمين. وله ﷺ ولاية صرف النصف الآخر على مواضعه بحيث لا يجوز لمن تعلق بماله الخمس المباشرة في وضعه في تلك المصارف كما هو ظاهر أمره ﷺ بإرسال الخمس إليه أو كون الخمس له، مثل قوله ﷺ: «خذ مال الناصب وادفع إلينا خمسه»^(١). وفي الصحيح عن علي بن محمد بن شجاع النيشابوري، فوقع ﷺ: «لي منه الخمس مما يفضل من مؤنثته»^(٢). وفي صحيحة

(١) وسائل الشيعة ٩: ٤٨٧-٤٨٨، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٦.

(٢) وسائل الشيعة ٩: ١٨٦-١٨٧، الباب ٥ من أبواب زكاة الغلات، الحديث ٢.

علي بن مهزيار: «من كان عنده شيء من ذلك فليوصله إلى وكيلي»^(١). وفي موثقة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت...»^(٢) إلى غير ذلك.

وعلى ذلك، فلو قيل بأن الولاية الثابتة للإمام عليه السلام تثبت للحاكم والفقير العادل في زمان الغيبة تثبت له أيضاً بالإضافة إلى سهم السادة، بحيث لا يجوز للمكلف صرفه على موارده بلا استيذان منه.

وأما بناءً على ما هو الأظهر من انحصار ولايته بموارد الأمور الحسبية على ما تقدم تفصيلها، فيجوز للمكلف الاستقلال في صرف ذلك السهم بدفعه إلى أربابها، حيث إن مقتضى أصالة البراءة عدم اشتراط الاستيذان في دفعه بعد كون مقتضى الآية والروايات ثبوت الخمس في المال. نعم، لو طلب الفقير المتصدي لتنظيم أمور المسلمين السهم المزبور للصرف على بعض مصارفه لضرورته وجبت الإجابة إطاعة أولى الأمر، ولكن هذا لا يفيد الاشتراط بحيث لو خالف المكلف ودفعه إلى أربابها لم يجز كما لا يخفى.

وأما بالإضافة إلى السهم المبارك فيما أن المال المزبور ملك الإمام عليه السلام ولا دليل على دخوله في ملك الغير في زمان الغيبة ابتداءً، حاكماً كان أو غيره ولكن يعلم برضاه عليه السلام بصرفه في مصالح ترويج الإسلام، نظير الحوزات العلمية والاحتفاظ بها ونشر الأحكام الشرعية أصولاً وفروعاً ودفع بعض ضرورات الضعفاء من المؤمنين، فيجوز للفقير صرفه على هذه المواضع مع ملاحظة الأهم والمهم. وإذا كان ملاك

(١) وسائل الشيعة ٩: ٥٠٢، الباب ٨ من أبواب الخمس، الحديث ٥.

(٢) المصدر السابق: ٥٠٦، الباب ١٠ من أبواب الخمس، الحديث ٢.

إحداها: أن تظهر قرينة على عدم جواز رضاه بالأخذ منه، كما إذا عيّن له منه مقداراً قبل الدفع أو بعده. ولا إشكال في عدم الجواز، لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه.

الثانية: أن تظهر قرينة حالية أو مقالية على جواز أخذه منه مقداراً مساوياً لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد. ولا إشكال في الجواز حينئذ.

تصرفه علمه برضاه عليه السلام، فإن رضا الدافع بصرف ذلك المال على البعض المعين من تلك المواضع، فلا بد للفقيه رعايتها لو احتمل دخلها في رضاه عليه السلام. نعم، على القول بثبوت الولاية للفقيه مطلقاً لا في خصوص الأمور الحسبية فلا حاجة إلى رعايتها.

وأما المال المجهول مالكة، فقد تعرضنا لحكمه في بحث المكاسب المحرمة وأنه يظهر من بعض الروايات ثبوت ولايته للإمام عليه السلام، ولو قيل بثبوت هذه الولاية للفقيه العادل فيعمل فيه بما وظيفته، وعلى ما ذكرنا من انحصار ولايته بموارد الأمور الحسبية ونظم أمور المسلمين فيعمل كل من وقع بيده المال المزبور التصديق به بعد يأسه عن الظفر بمالكة بعد الفحص عنه أو قبله. واحتمال اعتبار الاستيذان مدفوع بإطلاق الروايات في أن الوظيفة في المال المزبور هو التصديق فراجعها.

ثم إنه ذكر عليه السلام في المقام، أي فيما كان المدفوع إليه من طائفة يصرف المال عليهم ولم يكن له ولاية في ذلك المال صوراً ثلاثاً:

الأولى: ما إذا علم بقرينة حالية أو مقالية إخراج الدافع المدفوع إليه من ذلك القبيل وعدم رضاه بأخذه من المال، كما إذا عيّن له مقداراً قبل الدفع أو بعده، ففي هذه الصورة لا يجوز للمدفع إليه الأخذ منه؛ لأن المال المزبور ملك للدافع أو له ولاية في دفعه. وعلى كل تقدير، فلا يجوز أخذه بلا رضاه.

الثانية: ما إذا كان في البين قرينة على رضاه بأخذ الدافع لنفسه أيضاً فيجوز له

إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة، كأن عين للمجتهدين مقداراً، وللمشتغلين مقداراً، واعتقده الدافع بعنوان يخالف معتقد المدفوع إليه. والتحقيق هنا: مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية، كأن يقول: ادفع إلى كل مشتغل كذا وإلى كل مجتهد كذا، وخذ أنت ما يخصك. وإن كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعياً إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتبع اعتقاد الدافع، لأن الداعي إنما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع.

الأخذ، ولكن فيما إذا اختلف المقدار المعين للأصناف ولو من قبل الدافع فهل الميزان في أخذ المدفوع إليه اعتقاده أو اعتقاد الدافع؟ الأظهر التفصيل بين أن يكون تعيين الدافع على عنوان صنف على وجه الموضوعية فالمتبع إحراز المدفوع إليه واعتقاده، وبين كونه على وجه الداعوية فالمتبع اعتقاد الدافع وإحرازه.

ومراد الله من كون عنوان الصنف على وجه الموضوعية أن يكون التعيين للعنوان بنحو القضية الحقيقية فإنه يوكل فيها إحراز عنوان الموضوع في الخارج إلى المكلف، كما إذا قال: ادفع لكل مجتهد كذا ولكل مشتغل كذا وخذ أنت ما يخصك، ومن كونه على وجه الداعوية كون التعيين بنحو القضية الخارجية، حيث إن تطبيق العنوان على الخارج في التعيين بمفادها بعهدة الدافع. ولكن لا يخفى أنه كما يكون في المجعول بنحو القضية الحقيقية الميزان نظر المدفوع إليه بالإضافة إلى الأخذ نفسه، كذلك يكون هو المتبع بالإضافة إلى تعيين كون فرد من أي صنف، وكذا يكون المتبع في المجعول بنحو القضية الخارجية نظر الدافع بالإضافة إلى المدفوع إليه وغيره.

الثالثة: أن لا تقوم قرينة على أحد الأمرين، ويطلق المتكلم. وقد اختلف فيه كلماتهم بل كلمات واحد منهم، فالمحكي عن وكالة المبسوط وزكاة السرائر ومكاسب النافع وكشف الرموز والمختلف والتذكرة وجامع المقاصد: تحريم الأخذ مطلقاً.

وعن النهاية ومكاسب السرائر والشرائع والتحرير والإرشاد والمسالك والكفاية: أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زيادة على غيره. ونسبه في الدروس إلى الأكثر، وفي الحدائق إلى المشهور، وفي المسالك: هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ. وعن نهاية الأحكام والتنقيح والمهذب البارع والمقتصر: الاقتصار على نقل القولين. وعن المهذب البارع: حكاية التفصيل بالجواز إن كانت

الصورة الثالثة: ما إذا لم تقم قرينة على رضا الدافع بأخذ المدفوع إليه لنفسه ولا عدم رضاه فهل يجوز له الأخذ لنفسه؟ قيل: (١) لا مطلقاً، وقيل: (٢) يجوز لنفسه مثل ما يعطى لغيره، وقيل: (٣) يجوز لو قال: «ضع هذا المال في مواضعه» أو ما يفيد ذلك، ولا يجوز فيما لو قال: «ادفع المال أو أعطه». وقيل (٤) بالجواز لو قال: «ضع هذا المال» أو نحوه، وأما إذا قال: «ادفعه أو أعطه»، فإن كان الدافع عالمًا بكون المدفوع إليه من هذا القبيل فلا يجوز، وإن لم يعلم به فيجوز للمدفوع إليه الأخذ لنفسه. واستدل على المنع

(١) المبسوط ٢: ٤٠٣، والسرائر ١: ٤٦٣، والمختصر النافع: ١١٨، وكشف الرموز ١: ٤٤٣-٤٤٤، والمختلف ٥: ٢٤، والتذكرة ١: ٥٨٣، وجامع المقاصد ٤: ٤٣.

(٢) النهاية: ٣٦٦، والسرائر ٢: ٢٢٣، والشرائع ٢: ١٢، والتحرير ١: ١٦٢، وإرشاد الأذهان ١: ٣٥٨، والمسالك ٣: ١٣٨، والكفاية: ٨٨.

(٣) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١١٠، وراجع المهذب البارع ٢: ٣٥٣-٣٥٤.

(٤) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١١٠، وراجع التنقيح ٣: ٢١.

الصيغة بلفظ «ضعه فيهم» أو ما أدى معناه، والمنع إن كانت بلفظ «إدفعه». وعن التنقيح عن بعض الفضلاء: أنه إن قال: «هو للفقراء» جاز، وإن قال: «أعطه للفقراء»، فإن علم فقره لم يجز، إذ لو أراد له خصه، وإن لم يعلم جاز. احتج القائل بالتحريم مضافاً إلى ظهور اللفظ في مغايرة الأمور بالدفع للمدفع إليهم، المؤيد بما قالوه فيمن وكلته امرأة أن يزوجه من شخص فزوجها من نفسه، أو وكله في شراء شيء فأعطاه من عنده - بصحبة ابن الحجّاج المسندة في التحرير إلى مولانا الصادق عليه السلام وإن أضمرت في غيره، قال: «سألته عن رجل أعطاه رجلاً مالا يصرفه في محاييج أو في مساكين، وهو محتاج، أياخذ منه لنفسه ولا يعلمه هو؟ قال: لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه». واحتج المجوزون: بأن العنوان المدفوع إليه شامل له، والغرض الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية الغير، واللفظ وإن سلّم عدم شموله له لفةً، إلا أن المنساق عرفاً صرفه إلى كل من اتّصف بهذا العنوان، فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم، لو كان المدفوع

مطلقاً بظهور اللفظ في مغايرة الأمور بالدفع مع المعطى لهم، المؤيد بما ورد فيمن وكلته في تزويجها فأراد تزويجها لنفسه^(١)، وفيمن وكله الآخر في الشراء له فأعطى المتاع من عنده^(٢). وبصحبة عبدالرحمن بن الحجّاج على ما في «التحرير» قال: «سألته عن رجل أعطاه رجلاً مالا ليقسمه في محاييج أو في مساكين وهو محتاج، أياخذ منه لنفسه ولا يعلمه؟ قال: لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبه»^(٣).

أقول: دعوى ظهور كلام الدافع إلى مغايرة المعطى لهم مع المدفوع إليه ممنوع،

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٣٨٩، الباب ٥ من أبواب آداب التجارة، الحديث ١ و ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٧، الباب ٨٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

إليهم أشخاصاً خاصة، وكان الداعي على الدفع اتّصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور. والرواية معارضة بروايات أخر، مثل: ما عن الكافي - في الصحيح - عن سعيد بن يسار، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يعطي الزكاة يقسمها في أصحابه، يأخذ منها شيئاً؟ قال: نعم». وعن الحسين بن عثمان - في الصحيح أو الحسن بابن هاشم -: «في رجلٍ أعطي مالاً يفترقه في من يحلّ له، يأخذ منه شيئاً لنفسه وإن لم يسمّ له؟ قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطي غيره». وصحيحة ابن الحجاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطي الرجل الدراهم يقسمها ويضعها في مواضعها وهو ممّن تحلّ له الصدقة؟ قال: لا بأس أن يأخذ لنفسه كما

فيما إذا كان توكيله في تقسيم المال بنحو يفهم منه إيكال إحراز كون المعطى له من قبيل ما تقدم إلى المدفوع إليه، سواءً قال: «إدفع هذا المال لكل مجتهد من البلد»، أو قال: «بدفعه إليه». ومغايرة الموكل مع المعطى له كاف في صدق الدفع، وخصوصاً فيما إذا كان المال المزبور من قبيل الزكاة المعتبر فيها مغايرة المكلف بالأداء مع المعطى لهم، سواءً كان أداءه بالمباشرة أو بنحو التوكيل والتسبيب.

وأما تأييد المنع بما ذكروا في توكيل المرأة من عدم جواز تزويج الوكيل المرأة من نفسه فلا يمكن المساعدة عليه، فإن المنع في تلك المسألة مورد الخلاف، وقد ذكر جماعة جواز تزويج الوكيل المرأة من نفسها فيما كان توكيله بنحو العموم، بل مع الإطلاق أيضاً، وربما يستدل على المنع فيها بصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - أنه قال في امرأة ولّت أمرها رجلاً فقالت: «زوجني فلاناً، فقال: لا زوجتك حتى تشهدي أن أمرك بيدي، فأشهدت له، فقال عند التزويج للذي يخطبها: يا فلان، عليك كذا وكذا، قال: نعم، فقال هو للقوم: اشهدوا أن ذلك لها عندي وقد زوجتها من نفسي، فقالت المرأة: ما كنت أتزوجك ولا كرامة، ولا أمري إلا بيدي، ولا وليتك أمري

يعطي غيره، ولا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعها في مواضع مسماة إلا بإذنه». والذي ينبغي أن يقال: أما من حيث دلالة اللفظ الدال على الإذن في الدفع والصرف، فإن المتبع الظهور العرفي وإن كان ظاهراً بحسب الوضع اللغوي في غيره، كما أن الظهور الخارجي الذي يستفاد من القرائن الخارجية مقدّم على الظهور العرفي الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن. ثم إن التعبد في حكم هذه

إلا حياءً من الكلام. قال: تنزع منه ويوجع رأسه^(١). ولكن لا يخفى عدم دلالتها على ما ذكر، بل ظاهرها إنكار المرأة توكيلها إلا في تزويجها من شخص معين قد كان خطبها قبل التوكيل أو بعده، وأنها قد وكلته لاستحيائها المكاملة مع ذلك الشخص، فلا تدل على المنع فيما إذا اعترفت بأنها وكلته بنحو العموم أو الإطلاق بحيث يعم التوكيل الزواج من كل زوج، كما هو المفروض في المقام.

وإن استندوا في المنع في تلك المسألة بموثقة عمار الساباطي قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أيحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها؟ تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجي؟ قال: لا، قلت له: جعلت فداك، وإن كانت أيماً، قال: وإن كانت أيماً. قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها منه، قال: نعم^(٢). ولا يخفى أن مقتضاها عدم جواز توكيل المرأة رجلاً في تزويجها من نفسه ولو مع التصريح؛ ولذا ذكروا أن المنع باعتبار عدم جواز تولي شخص واحد طرفي العقد في نكاح المتعة كما هو ظاهر السؤال أو مطلقاً، وهذا ليس مورد الكلام في المقام. ويحتمل قريباً أن يكون المنع يختص بما إذا كان المتولي لطرفي العقد زوجاً ولا يعم توكيل الواحد من الزوجين في إجراء العقد، حيث يحتمل أن يكون ملاك

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١٦٧، الباب ٦ من كتاب الوكالة، الحديث الأول.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٨، الباب ١٠ من أبواب النكاح وأولياء العقد، الحديث ٤.

المسألة لا يخلو عن بُعد، فالأولى حمل الأخبار المجوزة على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، وحمل الصحيحة المانعة على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر المأمور فأمره بالدفع إلى مساكين على وجه تكون المسكنة داعياً إلى الدفع لاموضوعاً، ولما لم يعلم المسكنة في المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال إليه. ثم على تقدير المعارضة، فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ، لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي. ولو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذن من المالك أو الشارع.

المنع في تولي الزوج دفع التهمة الناشئة من عدم الشاهد للعقد. وأما التأييد بما ورد من أنه ليس للوكيل في الشراء إعطاء المتاع من عنده، فهو أيضاً مورد الخلاف؛ لمعارضة الأخبار الواردة فيه، وبقرينة التعليل الوارد في بعضها يكون مقتضى الجمع بينهما الحمل على الكراهة. نعم، في رواية علي بن سليمان قال: «قلت له: الرجل يأتيني فيقول: اشتر ثوباً بدينار أو أقل أو أكثر، وأشتري له بالثمن الذي يقول، ثم أقول له: هذا الثوب بكذا وكذا، بأكثر من الذي اشتريته، ولأعلمه أنني ربحت عليه، وقد شرطت على صاحبه أن ينقد بالذي أزيد ولأرد به عليه، فهل يجوز الشرط والربح أو يطيب لي شيء منه؟ وهل يطيب لي أن أربح إذا كنت استوجبته من صاحبه؟ فكتب: لا يطيب لك شيء من هذا فلا تفعله»^(١). ولكن مع ضعف سندها أن المنع فيها باعتبار الغش في البيع وإيهام أنه اشترى الثوب من صاحبه بنحو التوكيل بالثمن الأزيد كما لا يخفى.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٩٣-٩٤، الباب ٣٣ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

مسألة: احتكار الطعام وهو كما في الصّحاح [١] وعن المصباح: جمع الطعام

ويبقى في البين صحيحة عبدالرحمن الحجاج، ومقتضى الجمع بينها وبين الصحيحة الأخرى وسائر الروايات الظاهرة في الجواز هو حمل النهي فيها على الكراهة، وأما حمل الصحيحة المانعة عن الأخذ على صورة كون العنوان المفروض لصرف المال داعياً للدافع المال، بأن يكون دفعه المال بنحو القضية الخارجية المحضة، وحمل المجوز على صورة كون الدفع بنحو القضية الحقيقية، بأن يكون غرض الدافع صرف المال على كل معنون بذلك العنوان من غير خصوصية لفرد دون فرد، فليس من الجمع العرفي.

وقيل^(١) بحمل المانعة على ما إذا كان المال المدفوع ملكاً لشخص الدافع كما هو ظاهر لفظ صاحبه، والمجوزة على ما إذا كان المال المدفوع من الحقوق كالزكاة، ولكن هذا الحمل أيضاً غير صحيح؛ لورود صاحبه في الأخبار المجوزة أيضاً، والأظهر جواز الأخذ لنفسه إلا أن يعلم المدفوع إليه بعدم رضا الدافع بأخذه. وعلى تقدير جواز الأخذ لا يختص جواز الأخذ بالمقدار المساوي لما يعطى لغيره كما هو القول الثاني من الأقوال المتقدمة، فإن الظاهر ولأقل من الاحتمال أن يكون ما في قوله **لِلْغَلَاءِ**: «مثل ما يعطى لغيره» مصدرية فيكون مفاده أنه كما يجوز إعطاؤه للغير يجوز الأخذ لنفسه أيضاً، والله سبحانه هو العالم.

[١] يقع الكلام في الاحتكار، بمعنى جمع الطعام وحسه لتربص الغلاء، ويقع

في مقامين:

الأول: في حكم الاحتكار من حيث الجواز وعدمه.

والثاني: فيما للحاكم وولي المسلمين أن يفعله في معالجة الاحتكار ودفع

(١) مصباح الفقاهة ٣: ٨١٠-٨١١.

وحبسه يتربص به الغلاء - لا خلاف في مرجوحيته. وقد اختلف في حرمة، فعن المبسوط والمقنعة والحلي - كتاب المكاسب - والشرائع والمختلف: الكراهة. وعن كتب الصدوق والاستبصار والسرائر والقاضي والتذكرة والتحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والروضة: التحريم. وعن التنقيح والميسية: تقويته. وهو الأقوى بشرط عدم باذل الكفاية، لصحيفة سالم الحنّاط، قال: «قال لي أبو عبد الله عليه السلام: ما عملك؟ قلت: حنّاط، وربما قدمت على نفاق وربما قدمت على

اضطرار الناس.

وأما الأول، فعن الصدوق^(١) والشيخ في «الاستبصار»^(٢) وابن إدريس^(٣) والقاضي^(٤) والعلامة في بعض كتبه^(٥) عدم جواز الاحتكار، فعلى مالك الطعام جعله في معرض البيع مطلقاً. وعن الشيخ عليه السلام في «المبسوط»^(٦) و«المقنعة»^(٧) والحلي^(٨) والعلامة في بعض كتبه^(٩) جواز الاحتكار فيما كان في البين باذل يكفي بذله بحيث لا يقع مع حبسه الناس أو بعضهم في الحرج في تحصيل قوتهم، ومع عدم وجود الباذل كذلك فيحرم. وذكر المصنف عليه السلام كراهة الاحتكار مع وجود الباذل وادعى بأن الكراهة

(١) حكاه ذلك السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٠٧، وراجع المقنع: ٣٧٢، والفقيه ٤: ٢٦٥.

(٢) الاستبصار ٣: ١١٥، ذيل الحديث ٤٠٨.

(٣) السرائر ٢: ٢١٨.

(٤) المهذب ١: ٣٤٦.

(٥) التذكرة ١: ٥٨٥، والتحرير ١: ١٦٠.

(٦) المبسوط ٢: ١٩٥.

(٧) المقنعة: ٦١٦.

(٨) الكافي في الفقه: ٢٨٣.

(٩) المختلف ٥: ٣٨.

كساد فحبست. قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكر. قال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً. قال: لا بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرّ عليه النبي ﷺ فقال له: يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر، فإن الظاهر منه أن علة عدم البأس وجود الباذل، فلولا حرم.

وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الحكرة، فقال: إنما الحكرة أن تشتري طعاماً وليس في المصر غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعام غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل». وزاد في الصحيحة المحكية عن الكافي والتهذيب: قال: «وسألته عن الزيت، قال: إن كان عند غيرك فلا بأس بامساكه».

مسلمة عند القائلين بالجواز وتحرم مع عدم الباذل، واستدل على ذلك بصحيحة سالم الحنط قال: «قال لي أبو عبد الله عليه السلام: ما عملك؟ قلت: حنط، وربما قدمت على نفاق، وربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون محتكر، فقال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءاً، قال: لا بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرّ عليه النبي ﷺ فقال: يا حكيم بن حزام، إياك أن تحتكر»^(١).

وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن الحكرة، فقال: إنما الحكرة أن تشتري طعاماً وليس في المصر غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل»^(٢). وفي صحيحة حماد قال: «وسألته عن الزيت؟

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٤٢٨، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٢) المصدر السابق: ٤٢٧، الحديث الأول.

وعن أمير المؤمنين عليه السلام في نهج البلاغة في كتابه إلى مالك الأشتر: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع منه. وليكن البيع بيعاً سمحاً في موازين عدل لا يجحف بالفريقين: البائع والمبتاع. فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكّل به وعاقب في غير إسراف».

فقال: إذا كان عند غيرك فلا بأس بإمساكه»^(١). وفي كتابه عليه السلام إلى مالك الأشتر على ما في «نهج البلاغة»: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع منه»^(٢)، وظهرها الحكم الشرعي للاحتكار في نفسه لا الحكم ولاية كما هو مقتضى التعليل بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد منع منه، خصوصاً بملاحظة مثل صحيحة سالم الحنات المتقدمة.

وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام»^(٣). والمراد بالكراهة هو التحريم، حيث إن الكراهة بمعناها اللغوي تطلق على الكراهة الاصطلاحية وعلى التحريم، والقريئة على إرادة الحرمة في المقام أن الكراهة الاصطلاحية ثابتة في احتكار الطعام مع البازل بلاريب، فإنه موضع وفاق من القائلين بالجواز، فيكون مقتضى الشرطية الأولى انتفاء الجواز الكراهتي مع عدم سعة الطعام للناس وكأن الشرطية الثانية تصريح بالمفهوم من الشرطية الأولى. أضف إلى ذلك أنه لا يناسب الكراهة الاصطلاحية ترك الناس ولا طعام لهم كما لا يناسب شدة الكراهة.

(١) المصدر السابق: ٤٢٨، الحديث ٢.

(٢) نهج البلاغة: ٤٣٨، الكتاب ٥٣، وعنه في الوسائل ١٧: ٤٢٧، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ١٣.

(٣) وسائل الشريعة ١٧: ٤٢٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

وصحيحة الحلبي، قال: «سألته عليه السلام عن يحتكر الطعام ويتربص به، هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر ويترك الناس ليس لهم طعام». فإن الكراهة في كلامهم عليهم السلام وإن كان يستعمل في المكروه والحرام، إلا أن في تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دل على كراهة الاحتكار مطلقاً، قرينة على إرادة التحريم. وحمله على تأكيد الكراهة أيضاً مخالف لظاهر «يكره» كما لا يخفى.

أقول: ثبوت الكراهة مع الباذل وسعة الطعام للناس لم يظهر له وجه معتبر لتكون الشرطية الثانية دالة على ثبوت التحريم. نعم، عدم مناسبة التعليل مع الكراهة، بل مع الكراهة الشديدة صحيح. ثم أيديهم عليهم السلام التحريم مع عدم الباذل كفاية برواية المجالس بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيما رجل اشترى طعاماً فكسبه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع»^(١). ولكن لا يخفى ما في التأيد، حيث إنها ضعيفة سنداً ودلالة؛ أما من حيث السند فلوقوع علي بن محمد الزبير في سندها وكونه راوياً لكتب بني فضال لا يقتضي نقله هذه الرواية من كتبهم التي عرضوها للعسكري عليه السلام، ولا دلالة لقوله عليه السلام: «خذوا بما رووا وذرُوا ما رأوا»^(٢)، على اعتبار كل رواية وجدت في كتبهم حتى ما إذا كان اتصالها إلى المعصوم عليه السلام بسند ضعيف، بل مفاده أن فساد مذهبهم لا يوجب ترك رواياتهم، بل يعمل بها على طبق موازين العمل بالخبر الواحد؛ ولذا لم يعهد من أحد الالتزام عند تعارض الخبرين بتقديم ما يكون في سنده من بني الفضال. وبتعبير آخر:

(١) أمالي الطوسي: ٦٧٦، الحديث ١٤٢٧/٦، وعنه وسائل الشيعة ١٧: ٤٢٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ١٤٢، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٣.

وإن شئت قلت: إن المراد بـ«البأس» في الشرطية الأولى التحريم، لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضاً، فالشرطية الثانية كالمفهوم لها. ويؤيد التحريم ما عن المجالس بسنده عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيما رجل اشترى طعاماً فحبسه أربعين صباحاً يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه وتصدق بثمانه لم يكن كفارة لما صنع». وفي السند بعض بني فضال، والظاهر أن الرواية مأخوذة من كتبهم التي قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها: «خذوا بما رووا وذروا ما رأوا»، فيه دليل على اعتبار ما في كتبهم، فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم في السند، وقد ذكرنا: أن هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الإجماع الذي ادعاه الكشي على تصحيح ما يصح عن جماعة.

لا يزيد الكلام المزبور على ما ذكر الكشي في حق جماعة من الإجماع على تصحيح ما يصح عنهم، هذا مع أن في ثبوت القول المزبور عن العسكري عليه السلام تأملاً. وأما دلالة فلأن مقتضى معتبرة السكوني جواز الاحتكار إلى أربعين يوماً، كما أن مقتضى صحيحة الحلبي المتقدمة جوازه بأكثر منه ولو كان ذلك بالتماس الفضل والغلاء، وأيد التحريم أيضاً بما في كتاب ورام بن أبي فراس عن النبي صلى الله عليه وآله عن جبرئيل قال: «اطلعت في النار ورأيت وادياً في جهنم يغلى، فقلت: يا مالك، لمن هذا؟ قال: ثلاثة: المحتكرين والمدمنين الخمر والقوادين»^(١). وبما ورد في إجماع المحتكر على البيع، كما في موثقة غياث الآتية، فإن الإجماع على البيع مع عدم حرمة الاحتكار بعيد وينافي قاعدة تسلط الناس على أموالهم، بخلاف ما حرم الاحتكار فإن الإجماع على تركه من الوالي داخل في عنوان المنع عن المنكر.

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٢٤٦، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ١١.

ويؤيده أيضاً: ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورام: من أنه أرسل عن النبي ﷺ عن جبرئيل عليه السلام، قال: «أطلعت على النار فرأيت في جهنم وادياً فقلت: يا مالك لمن هذا؟ قال: لثلاثة: المحتكرين، والمدمنين للخمر، والقوادين».

ومما يؤيد التحريم: ما دلّ على وجوب البيع عليه، فإن إزماءه بذلك ظاهر في كون الحبس محرماً، إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر وخلاف قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم». ثم إن كشف الإبهام عن أطراف المسألة يتم ببيان أمور:

أقول: حرمة الاحتكار مع عدم باذل بقدر الكفاية مقتضى صحيحة سالم الحنات، فإن قوله ﷺ لحكيم بن حزام ظاهر في كونه تحذيراً أو نهياً شرعياً لا بعنوان إعمال ولايته ﷺ على الرعية لتنظيم اجتماعاتهم وأمورهم، فإن حمل الأمر أو النهي على ذلك يحتاج إلى قرينة، والأكان الظاهر كونه بعنوان أنه الشارع، خصوصاً بملاحظة مثل ما في موثقة إسماعيل بن زياد من قوله ﷺ: «لا يحتكر الطعام إلا خاطئ»^(١)، فإن النهي بالجملة الخبرية والتعبير عن المحتكر بالخاطئ الظاهر في العاصي كقوله سبحانه: ﴿لَا يَأْكُلُهُ إِلَّا الْخَاطِئُونَ﴾^(٢) يناسب التحريم. وكذلك معتبرة السكوني المتقدمة فإنه وإن ورد فيها التحديد بالأربعين وثلاثة أيام إلا أنه - كما يأتي - بملاحظة ضرورة الناس وعدمها في ذلك الزمان جمعاً بينها وبين غيرها، مما تدل على عدم البأس بالحكرة مع سعة الطعام للناس.

والحاصل: أنه لا دليل على كراهة الاحتكار في الخصب، بل ظاهر الروايات إباحته مع وجود البازل بقدر الكفاية، وعدم جوازه مع الشدة وعدم البازل ولولم

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٤٢٦، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٨.

(٢) سورة الحاقة: الآية ٣٧.

الأول: في مورد الاحتكار، فإنّ ظاهر التفسير المتقدّم عن أهل اللغة وبعض الأخبار المتقدّمة: اختصاصه بالطعام. وفي رواية غياث بن إبراهيم: «ليس الحكرة إلا في الحنطة، والشعير، والتمر، والزبيب». وعن الفقيه: زيادة: «الزيت»، وقد تقدّم في بعض الأخبار المتقدّمة دخول الزيت أيضاً. وفي المحكي عن قرب الإسناد

يحصل حاجة الناس إلى حد يوجب الاحتكار هلاك النفس منهم بالجوع ونحوه، وعلى ذلك فيكون التحريم كذلك خلاف الأصل. وبتعبير آخر: المراد بضرورة الناس إلى الطعام ليس الاضطرار الموجب لبذل الطعام إليهم لإنقاذ أنفسهم عن الهلاك، بل المراد حاجتهم إليه، بحيث يكون حبسه عنهم موجِباً لوقوعهم في الضيق والصعوبة كما هو ظاهر قوله عليه السلام: «وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام»^(١). وفي صحيحة حماد: «وسألته عن الزيت؟ فقال: إذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه»^(٢)، فإن تصوير الاضطرار الموجب للبذل مجاناً أو مع العوض في الزيت غير واقع أو نادر جداً.

وعلى ذلك، فيقع الكلام في موارد الاحتكار ولا خلاف في كون الغلات الأربع من موارده وكذا السمن، والمشهور على إضافة الزيت وعن بعض^(٣) إضافة الملح أيضاً، وفي موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام: «ليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت»^(٤)، ونحوها رواية السكوني^(٥)

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٤٢٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

(٢) المصدر السابق: ٤٢٨، الباب ٢٩ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

(٣) المبسوط ٢: ١٩٥، والوسيلة: ٢٦٠، والتذكرة ١: ٥٨٥، ونهاية الأحكام ٢: ٥١٤، والدروس ٣: ١٨٠، والمسالك ٣: ١٩٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٧: ٤٢٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٤.

(٥) وسائل الشيعة ١٧: ٤٢٦، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ١٠.

- برواية أبي البخترى- عن علي عليه السلام: «قال: ليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن». وعن الخصال في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحكرة في ستة أقسام الحنطة، والشعير، والتمر، والزيت، والزبيب، والسمن». ثم إن ثبوته في الغلات الأربع بزيادة «السمن» لاختلاف فيه ظاهراً، وعن كشف الرموز وظاهر السرائر: دعوى الاتفاق عليه، وعن مجمع الفائدة: نفي الخلاف فيه. وأما الزيت: فقد تقدّم في غير واحد من الأخبار، ولذا اختاره الصدوق والعلامة في التحرير - حيث ذكر أن به رواية حسنة - والشهيدان والمحقق الثاني، وعن إيضاح النافع: أن عليه الفتوى. وأما الملح: فقد ألحقه بها في المبسوط والوسيلة والتذكرة ونهاية الأحكام والدروس والمسالك، ولعلّه لفحوى التعليل الوارد في بعض الأخبار: من حاجة الناس .

وغيرها. وأما الملح فلم يرد في رواية واستفادته من فحوى التعليل الوارد في بعض الروايات - على ما ذكر المصنف رحمته الله - لا يمكن المساعدة عليها، فإن قوله عليه السلام في صحيحة الحلبي: «فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام»^(١)، لا يستفاد منه إلا عدم جواز حبس الطعام مع حاجة الناس إليه.

لا يقال: قد ورد المنع عن احتكار الطعام في الروايات المعتبرة، وتحديد موارد الاحتكار بالغلات الأربع لكونها الطعام الغالب في ذلك الزمان نظير تحديد الاحتكار في الخصب بأربعين يوماً والشدة بالثلاثة، وعلى ذلك فلو كان الطعام الغالب في زمان آخر في البلاد أو بعضها غير تلك الغلات أيضاً كالأرز بالإضافة إلى عصرنا الحاضر والذرة في بعض البلاد فلا يبعد الأخذ بما ورد في احتكار الطعام من المنع، والالتزام

(١) المصدر السابق: ٤٢٤، الحديث ٢.

الثاني: روى السكوني [١] عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن الحكرة في الخصب أربعون يوماً، وفي الغلاء والشدة ثلاثة أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب، فصاحبه ملعون، وما زاد في العسرة على ثلاثة أيام فصاحبه ملعون».

بعدم جواز احتكاره مع حاجة الناس إليه؛ ولذلك ذكر بعض الفقهاء^(١) بأنه لا يبعد تحقق الاحتكار المحرم في كل ما يحتاج إليه عامة أهالي البلد من الأطعمة كالأرز والذرة بالإضافة إلى بعض البلاد.

فإنه يقال: لم يظهر أن الطعام في تلك الروايات بمعنى ما يطعم به المعبر عنه بالغذاء، بل من المحتمل جداً أن يكون بمعنى الحنطة كما هو الشائع في استعماله، بحيث ذكر أنه أحد المعنيين له، بل يظهر كونه المراد من صحيحة سالم الحياط، وعلى تقدير كونه بمعنى ما يطعم به يكون ظاهر التحديد في مثل موثقة غياث بن إبراهيم حاكماً على الإطلاق وينحصر بالغللات. وكيف يمكن المساعدة على الدعوى المزبورة مع أن الأرز والذرة كانا في زمان الأمة من القوت الغالب كما يظهر ذلك بملاحظة بعض ما ورد في انحصار الزكاة الفريضة بالغللات، ومع ذلك ذكر عليه السلام بأنه «ليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت» ولا يقاس ذلك بتحديد الاحتكار في الخصب بأربعين يوماً، حيث إن الحمل المزبور فيه مقتضى الاستشهاد على الجواز وتعليل المنع في الروايات، فلاحظ.

[١] حاصله: أنه قد ورد في معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام جواز الاحتكار في أيام الخصب بأربعين يوماً وفي الشدة بثلاثة أيام، قال: «الحكرة في الخصب أربعون يوماً، وفي الشدة والبلاء ثلاثة أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب فصاحبه

(١) المقنعة: ٦١٦، وحكاة السيد العاملي عنها وعن غيرها في مفتاح الكرامة ٤: ١٠٩، وراجع المذهب ١:

ويؤيدها ظاهر رواية المجالس - المتقدمة - وحكي عن الشيخ ومحكي القاضي والوسيلة العمل بها، وعن الدروس: أن الأظهر تحريمه مع حاجة الناس. ومظنتها الزيادة على ثلاثة أيام في الغلاء وأربعين في الرخص، للرواية، انتهى. أما تحديده بـ «حاجة الناس» فهو حسن، كما عن المقنعة وغيرها، ويظهر من الأخبار المتقدمة. وأما ما ذكره من حمل رواية السكوني على بيان مظنة الحاجة، فهو جيد. ومنه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعديد بالعدد تبعاً.

ملعون، وما زاد على ثلاثة أيام في العسرة فصاحبه ملعون»^(١). ويؤيد تحديد الجواز بأربعين يوماً رواية أبي مريم المرورية في «مجالس الأخبار» عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيما رجل اشترى طعاماً فكبسه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين، ثم باعه فتصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع»^(٢). وحكي عن الشيخ^(٣) والقاضي^(٤) وابن حمزة تلميذ^(٥) العمل بمضمون معتبرة السكوني، وذكر الشهيد عليه السلام^(٦): أن الأظهر تحريم الاحتكار مع حاجة الناس ومظنة الحاجة مضي أربعين يوماً في الخصب وثلاثة أيام في الغلاء، وأعقب عليه السلام على ذلك بأن تحديد انتفاء الجواز عن الاحتكار بحاجة الناس - كما عن «المقنعة»^(٧) وغيرها^(٨) - حسن. وكذا حمل معتبرة

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٤٢٣، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث الأول.

(٢) أمالي الطوسي: ٦٧٦، الحديث ٦٧١٤٢٧، وعنه وسائل الشريعة ١٧: ٤٢٥، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٦.

(٣) راجع النهاية: ٣٧٤ و ٣٧٥.

(٤) حكاة عنه العلامة في المختلف ٥: ٤٠، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٠٩.

(٥) راجع الوسيلة: ٢٦٠.

(٦) الدروس ٣: ١٨٠.

(٧) المقنعة: ٦١٦، وحكاة السيد العاملي عنها وعن غيرها في مفتاح الكرامة ٤: ١٠٩.

(٨) راجع المهذب ١: ٣٤٦، ومجمع الفائدة ٨: ٢٥.

الثالث: مقتضى ظاهر صحيحة الحلبي [١] المتقدمة في بادئ النظر حصر

السكوني على حصول الحاجة في الخصب بالأربعين، وأن الأربعين كان مظنتها في الخصب والثلاثة في الشدة؛ ولذا لا يكون التحديد المزبور تحديداً شرعياً.

أقول: ما ذكر المصنف رحمته الله من تأييد تحديد الجواز بالأربعين يوماً في الخصب وفي الشدة بثلاثة برواية المجالس عجيب، فإن ظاهر المعتمدة جواز الاحتكار بأربعين يوماً وإنما يحرم بعد ذلك، وظاهر رواية المجالس أن حبس الطعام واحتكاره بأربعين يوماً حرام، من غير فرق بين أيام الخصب أو الشدة، وأنه لا بد قبل انتهاء الأربعين من جعل الطعام في معرض البيع، فكيف يكون الثاني مؤيداً للمستفاد من المعتمدة؟ ومن هنا يظهر أنه لا يمكن الأخذ بظاهر المعتمدة باعتبار معارضتها بصحيفة إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام، الظاهرة في عدم جواز الاحتكار بأربعين يوماً، بلافرق بين أيام الخصب والغلاء قال رسول الله ﷺ فيها في عداد المكاسب المكروهة: «وأما الحنات فإنه يحتكر الطعام على أمتي، ولئن يلقي الله العبد سارقاً أحب إلي من أن يلقاه قد احتكر الطعام أربعين يوماً»^(١)، فإن ظاهرها لزوم جعل الطعام في معرض البيع قبل انقضاء أربعين يوماً، بلافرق بين أيام الخصب والضيق. وظاهر المعتمدة عدم لزوم ذلك وإنما يلزم بعد انقضاء أربعين يوماً، هذا أولاً. وثانياً: قد تقدم أن التحديد المزبور لا يناسب الجواز الوارد في صحيحة سالم الحنات وغيرها.

[١] الظاهر من صحيحة الحلبي^(٢) في بدو النظر انحصار عدم جواز الاحتكار

بما إذا كان تملك الطعام ونحوه بالشرء، وأنه إذا كان حبس الطعام المشتري لغرض الاسترباح فلا بأس به مع عدم حاجة الناس وضرورتهم ولا يجوز ذلك الحبس مع

(١) وسائل الشيعة ١٧: ١٣٧، الباب ٢١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٤٢٧، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجارة، الحديث الأول.

الاحتكار في شراء الطعام، لكن الأقوى التعميم بقريئة تفرّيع قوله فإن كان في المصر طعام ويؤيد ذلك ما تقدّم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام وحسبه سواء كان بالاشتراء أو بالزرع والحصاد والإحراز إلا أن يراد جمعه في ملكه. ويؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار به أن يترك الناس ليس لهم طعام، وعليه فلا فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوباً له أو كان قد اشتراه لحاجة فانقضت الحاجة وبقي الطعام لا يحتاج إليه المالك فحسبه مترتباً للغلاء.

الحاجة والضرورة، وهذه الصحيحة ناطرة إلى تحديد الاحتكار المحرم فيرفع اليد بها عن إطلاق سائر الروايات، وعن بعض العامة والخاصة اختيار ذلك. ولكن ذكر المصنف عليه السلام أنه يرفع اليد عن خصوصية التملك بالشراء بقريئة التفرّيع على الحصر، يعني قوله عليه السلام: «فإن كان في المصر طعام يباع فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل»^(١) فإن مفهوم التفرّيع عدم جواز انتظار الفضل بالسلعة مع عدم وجود الطعام للناس، سواء كان تملك السلعة بالشراء أو بالزرع أو الإرث أو غير ذلك. ويؤيد عدم الانحصار تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة^(٢) بمطلق جمع الطعام وحسبه، سواء كان الجمع والحبس جمعاً خارجياً بالزرع أو بالشراء ونحوه. نعم، يحتمل أن يراد بالجمع في كلامهم الجمع في الملك، أي التملك بالشراء. ويؤيد أيضاً عدم الانحصار التعليل الوارد في الصحيحة الأخرى من قوله عليه السلام: «فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٤٢٧، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجارة الحديث الأول.

(٢) صحاح اللغة ٢: ٦٣٥، مادة «حكر»، وانظر النهاية لابن الأثير ١: ٤١٧، مادة «حكر»، والمصباح المنير:

الزَّابِج: أقسام حبس الطعام كثيرة [١] لأنَّ الشخص إمَّا أن يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر، أو حصل له من دون تحصيل له. و«الحبس»، إمَّا أن يراد منه نفس تقليل الطعام إضراراً بالناس في أنفسهم، أو يريد به الغلاء وهو إضرارهم من حيث المال، أو يريد به عدم الخسارة من رأس ماله وإن حصل ذلك غلاء عارضِي لا يتضرَّر به أهل البلد، كما قد يتفق ورود عسكر أو زوَّار في البلاد

طعام»^(١)، فإن مقتضاه عدم جواز الاحتكار مع حاجة الناس في جميع ما ذكر، وحتى فيما إذا اشترى الطعام لحاجة غير التجارة وزاد عن حاجته فحبسه لبيعه أيام الغلاء.

أقول: لعل التعبير بالتأييد في كلام أهل اللغة وفي التعليل باعتبار أنه لا اعتبار بهما مع تمام ظهور الصحيحة في الانحصار، حيث إنها للدلتها على تحديد الاحتكار المحرم تكون حاكمة على المطلقات فالعمدة التكلم في تمام ظهورها وعدمه، ولا يبعد كون ذكر الشراء للغلبة فإن تملك الطعام في الأمصار يكون به غالباً كما أن قيد المصر باعتبار أن أهل الأمصار في معرض الحاجة والاضطرار غالباً، فتدبر.

وأما دعوى كون التفرع قرينة على التعميم، فإنه لو كان الشراء دخيلاً في الاحتكار المحرم لذكر فيه، فإن كان في المصر طعام أو لم تشتريه فلا بأس أن تلتمس، فلا يمكن المساعدة فيه، فإن ذكر السلعة يمكن كونه قرينة على فرض الشراء مع أن التفرع بمعنى ذكر بعض المفهوم أمر متعارف.

[١] قد تقدم حرمة الاحتكار مع حاجة الناس، وذكر ﷺ في هذا الأمر تحقُّق الاحتكار بتملُّك الطعام وحبسه مع ضرورة الناس وحاجتهم إليه، وتملكه الاختياري لغرض حبسه تارة ولغرض آخر كالاتجار به أخرى، وإذا كان غير اختياري كالانتقال إليه بالإرث فلا مورد للغرض فيه، وحبس الطعام يكون الغرض منه تقليل الطعام

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٤٢٤، الباب ٢٧ من أبواب التجارة، الحديث ٢.

وتوقفهم يومين أو ثلاثة، فيحدث للطعام عزة لا يضر بأكثر أهل البلد، وقد يريد به «الحبس» لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر. هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه، وقد يحبس انتظاراً لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه، بل لقلة الطعام آخر السنة، أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام. ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء، قد يكون للبيع بأزيد من قيمة الحال، وقد يكون لحب إعانة المضطرين ولو بالبيع عليهم والإرفاق بهم. ثم حاجة الناس قد يكون لأكلهم، وقد يكون للبذر أو علف الدواب، أو الاسترباح بالثمن. وعليك باستخراج أحكام هذه الأقسام وتمييز المباح والمكروه والمستحب من الحرام.

إضراراً بالناس في أنفسهم تارة والإضرار في أموالهم المعبر عنه بحصول الغلاء تارة أخرى. ويكون الغرض من الحبس ثلاثة عدم الخسارة من رأس ماله من دون حصول الإضرار بالناس في أنفسهم وأموالهم، كما يتفق ذلك في الغلاء العارض الحاصل بورود عسكر أو زوار في البلد وتوقفهم فيه يومين أو ثلاثة، فيحدث في تلك الأيام عزة ولكن لا يضر بأهل البلد في أنفسهم وأموالهم.

هذا كله فيما إذا كان حبسه موجباً لحصول الغلاء، وأما إذا لم يوجب حبسه الغلاء كما إذا كان الغلاء لقلة الطعام في آخر السنة، سواء حبس هذا الشخص هذا الطعام أم لا، ويكون حبسه في هذه الصورة لتحصيل الربح بعد الغلاء أو لإعانة المضطرين في تلك الأيام وحاجة الناس إلى الطعام إما لقوتهم أو للبذر أو علف دابتهم أو للاسترباح، بأن يبيعوا بالثمن الزائد بعد شرائهم. وعلى الخبير البصير استخراج أحكام كل من الأقسام، وتمييز قسم المباح أو المستحب أو الواجب من الاحتكار الحرام.

أقول: حبس الطعام الموجب للغلاء المستلزم لحاجة الناس واضطرارهم إلى الطعام غير جائز، سواء أريد بالحبس الإضرار بهم في أنفسهم أو زيادة الربح أو عدم

الخسارة في رأس ماله أخذاً بقوله عليه السلام: «ويترك الناس ليس لهم طعام»^(١)، والمفهوم من قوله عليه السلام: «فإن كان في المصر طعام أو متاع غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل»^(٢). وقاعدة نفي الضرر^(٣) لا تنفي الحرمة فيما إذا كان في الاحتكار إضرار الناس، والخلاف في الامتنان لهم.

نعم، إذا كان الحبس المزبور لغرض إعانة الزوار أو العسكر مما يعد الفعل معه إحساناً إليهم فلا يبعد دعوى انصراف الأخبار المانعة عنه كأنصرافها عما إذا كان الحبس لقوت نفسه وعياله لو قيل بدخول ذلك في عنوان الاحتكار، وفي صحيحة معمر بن خلاد أنه سأل أبا الحسن عليه السلام «عن حبس الطعام سنة؟ فقال: أنا افعله - يعني بذلك: إحراز القوت -»^(٤) ونحوها غيرها. وأما إذا لم يكن حبسه موجباً للغلاء فإن كان الغلاء حاصلًا فعلاً بسبب آخر فلا يجوز الاحتكار أيضاً لما ذكر، إلا إذا كان حبسه وتأخيره في البيع مما يعد إحساناً على مثل الزوار والمضطرين، وأما إذا لم يكن بالفعل غلاء بل يحدث مستقبلاً فيجوز الاحتكار إلى ذلك الزمان كما هو ظاهر الأخبار المجوزة. والمراد بحاجتهم واضطرابهم هو الاضطراب إلى الطعام لزادهم، وأما اضطرابهم في البذر أو علف الدابة فوجوب البيع فيه دائر مدار توقف الزرع وتحصيل القوت للناس الواجب كفاية على المكلفين على البيع المزبور وعدمه، فلاحظ وتدبر والله سبحانه هو العالم.

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٤٢٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٤٢٧، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجارة، الحديث الأول.

(٣) وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

(٤) وسائل الشريعة ١٧: ٤٣٤، الباب ٣١ من أبواب آداب التجارة، الحديث الأول.

ثم لا يخفى أن ما ذكر من اختصاص حرمة الاحتكار بموارد خاصة، وأن مقتضى الحصر الوارد فيها جوازه في غيرها ولو مع حاجة الناس؛ لأنه لا يجب على المكلف قضاء حاجة الآخرين. نعم، قضاء حاجة المؤمنين وإعانتهم في أمر دينهم ودنياهم مرغوب إليه، قد ورد فيه روايات^(١) كثيرة جداً، متفرقة في أبواب مختلفة من أبواب فعل المعروف، وفي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أصبح لا يهتم بأمور المسلمين فليس بمسلم»^(٢)، ونحوها غيرها. وبما أن الإسلام قد حدد في الأدلة بالشهادتين، فيعلم أن المراد بها نفي كماله وأن الاهتمام بأمر المسلمين أمر مطلوب من المسلم.

هذا كله فيما إذا لم يوجب الاحتكار في سائر الأموال الاختلال والهدم في السياسة الشرعية لبلاد الإيमान، وإلا فكل فعل أوجب الاختلال والهدم المزبور وتهايات به البلاد لسيطرة الفساد والكفار عليها وعلى المؤمنين فلا يجوز، سواء كان بالاحتكار أو بالإضرابات أو بغيرها؛ لما تقدم في بحث ولاية الفقيه أن إقامة السياسة الشرعية والتصدي لتنظيم أمر بلاد المؤمنين من أول الأمور الحسبية وأهمها؛ ولذا يجب على السائرين إعانة المتصدي بما يتوقف عليه تلك الإقامة على تفصيل تقدم في بحث ولاية الفقيه. وعلى ذلك، فلو أحرز أن الفعل الفلاني هدم لتلك الإقامة أو مشاركة في الهدم فلا يجوز.

وأما الكلام في المقام الثاني، أي مقدار ولاية المتصدي لتنظيم أمور البلاد وإقامة

(١) وسائل الشيعة ١٦: ٣٥٧ و ٣٦٣ و ٣٦٥ و ٣٦٩ و ٣٨٥، الباب ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٣٧ من أبواب فعل المعروف.

(٢) وسائل الشيعة ١٦: ٣٣٦، الباب ١٨ من أبواب الأمر والنهي، الحديث ٢.

السياسة الشرعية فيها؛ فلا ريب في أن له إلزام المحتكر على بيع السلعة، سواء كانت مما يحرم الاحتكار فيها مع حاجة الناس وضرورتهم بعنوانه أو سائر الأموال، فيما كان احتكارها موجباً للاختلال في نظم البلاد أو انهزام السياسة الشرعية فيها، بحيث تكون البلاد عرضة للفساد الموجب لسيطرة الفساق أو الكفار عليها، حتى ولو لم يعتقد المحتكر كون احتكاره كذلك. والوجه في ذلك كون التحفظ على نظام البلاد وعدم تعرضها للفساد الموجب لما ذكر أهم من رعاية سلطنة المالك واختياره في بيع ماله أو حبسه، بل يمكن دعوى وجوب طاعة ذلك المتصدي في أمره ببيع السلعة وترك احتكارها؛ لما تقدم في بحث ولاية الفقيه من دخول الفقيه والمتصدي لما ذكر. وكذا الوكيل الأمين من قبله في عنوان أو لو الأمر في جهة تنظم سياسة البلاد فيجب إطاعة أمره في تلك الجهة.

والحاصل: أنه لو أمكن الإلزام القولي بالأمر والنهي فهو، وإلا فللمتصدي إلزام المحتكر بالبيع وترك الاحتكار بالمنع العملي؛ لأن المنع العملي عن المنكرات مشروع للمتصدي الشرعي لأمر البلاد، ويؤيد ذلك ما ورد في كتابه عليه السلام إلى مالك الأشر: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع منه - إلى أن قال: - فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل وعاقب من غير إسراف»^(١). والوجه في التعبير بالتأييد إمكان دعوى ظهور المنع في القولي بقريظة الاستشهاد بمنع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأن الشيخ وإن ذكر أن له إلى العهد سنداً صحيحاً، إلا أن تضمن ما وصل إلى الشيخ عليه السلام بتمام ما في «نهج البلاغة» قابل للمناقشة وإن لا يبعد ذلك، وإلا لتعرض الشيخ عليه السلام ولو في

(١) نهج البلاغة: ٤٣٨، الكتاب ٥٣، وعنه وسائل الشيعة ١٧: ٤٢٧، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجارة،

بعض كتبه للعهد وأن الواصل إليه هكذا. وأما إذا لم يكن الاحتكار في سائر الأموال موجباً لما ذكر من الاختلال أو الفساد فإقامة الدليل على وجوب اتباع الأمر والنهي عن الفقيه المتصدي فضلاً عن غيره من الفقيه العادل مشكل، فإنه لا بد من إثبات نفوذ الحكم الابتدائي أو إثبات وجوب طاعة المتصدي لنظام البلاد مطلقاً.

ثم إن جواز إجبار المحتكر على ترك الاحتكار وبيع السلعة في موارد حرمة الاحتكار مجمع عليه كما عن جماعة^(١)، حتى عند القائلين بكراهة الاحتكار في تلك الموارد، وهذا الإجماع عندنا داخل في عنوان المنع عن المنكر ولكن المشهور عدم جواز التسعير على المحتكر^(٢)، وعن «المقنعة» أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم^(٣)، ولا يبعد عدم الجواز لموثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام: أن رسول الله ﷺ «مر بالمحتكرين فأمر بحكرتهم أن تخرج إلى بطون الأسواق، إلى أن قال: فقبل لرسول الله ﷺ: لو قومت عليهم، فغضب رسول الله ﷺ حتى عرف الغضب في وجهه، فقال: أنا أقوم عليهم، إنما السعر إلى الله يرفعه إذا شاء ويخفضه إذا شاء»^(٤)، وظاهرها نفيه ﷺ ولاية التسعير عن نفسه من غير فرق بين الطعام وغيره. نعم، يجوز للحاكم الشرعي المتصدي للإجبار على تنزيل السعر، فيما إذا طالب المالك سعراً لا يتمكن المحتاجون على الشراء بذلك السعر، والله سبحانه هو العالم.

(١) راجع التفتيح الرائع ٢: ٤٢، ومفتاح الكرامة ٤: ١٠٩، والمهذب البارع ٢: ٣٧٠، والحدائق ١٨: ٦٤.

(٢) السرائر ٢: ٢٣٩، والمبسوط ٢: ١٩٥.

(٣) المقنعة: ٦١٦.

(٤) التوحيد: ٣٣/٣٣٨، وعنه وسائل الشيعة ١٧: ٤٣٠، الباب ٣٠ من أبواب التجارة، ذيل الحديث الأول.

الخامس: الظاهر عدم الخلاف - كما قيل - في إجبار المحتكر على البيع، حتى على القول بالكرهية، بل عن المهذب البارع: الإجماع، وعن التنقيح - كما عن الحدائق -: عدم الخلاف فيه، وهو الدليل المخرج عن قاعدة عدم الاجبار لغير الواجب، ولذا ذكرنا: أن ظاهر أدلة الإجماع تدل على التحريم، لأن إزام غير اللازم خلاف القاعدة. نعم، لا يسر عليه إجماعاً، كما عن السرائر، وزاد وجود الأخبار المتواترة، وعن المبسوط: عدم الخلاف فيه. لكن عن المقنعة: أنه يسر عليه بما يراه الحاكم. وعن جماعة - منهم العلامة وولده والشهيد -: أنه يسر عليه إن أجحف بالثمن، لنفي الضرر. وعن الميسي والشهيد الثاني: أنه يؤمر بالتزول من دون تسعير، جمعاً بين النهي عن التسعير، والجبر بنفي الإضرار.

خاتمة: ومن أهم آداب التجارة الإجمال في الطلب والاقتصاد فيه، ففي رسالة ابن فضال عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام: «ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيق ودون طلب الحريص الراضي بديناه المطمئن إليها، ولكن أنزل نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعفف، ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف وتكسب ما لا بد للمؤمن منه، إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا، لا مال لهم». وفي صحيحة الشمالي عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: ألا إن الروح الأمين نفث في روعي: أنه لن تموت نفس حتى تستكمل رزقها، فاتقوا الله وأجملوا في الطلب، ولا يحملنكم استبطاء شيء من الرزق أن تطلبوه بشيء من معصية الله، فإن الله تبارك وتعالى قسم الأرزاق في خلقه حلالاً ولم يقسمها حراماً، فمن اتقى الله وصبر آتاه الله برزقه من حله، ومن هتك حجاب السر وعجل فأخذه من غير حله قص به من رزقه الحلال وحوسب عليه يوم القيامة». وعن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيراً ما يقول: اعلموا علماً يقيناً أن الله عز وجل لم يجعل للعبد وإن اشتد جهده وعظمت حيلته وكثرت مكائده أن يسبق ما سمي له في

الذكر الحكيم، ولم يحل بين العبد في ضعفه وقلة حيلته أن يبلغ ما سمي له في الذكر الحكيم. أيها الناس، إنّه لن يزداد امرؤ نقيراً لحدقه، ولم ينقص امرؤ نقيراً لحمه، فالعالم بهذا العامل به أعظم الناس راحة في منفعته، والعالم بهذا التارك له أعظم الناس شغلاً في مضرتّه، وربّ منعم عليه مُستدرج بالإحسان إليه، وربّ مغرور في الناس مصنوع له، فأبق أيها الساعي من سعيك، وأقصر من عجلتك، واتبه من سنّة غفلتك، وتفكّر فيما جاء عن الله عز وجل على لسان نبيّه ﷺ.

وفي رواية عبدالله بن سليمان، قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: إنّ الله عز وجل وسّع في أرزاق الحمقى ليعتبر العقلاء، ويعلموا أنّ الدنيا ليس يُنال ما فيها بعمل ولا حيلة». وفي مرفوعة سهل بن زياد أنّه قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: كم من متعب نفسه مقترّ عليه، وكم من مقتصد في الطلب قد ساعدته المقادير». وفي رواية علي بن عبدالعزيز قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: ما فعل عمر بن مسلم؟ قلت: جعلت فداك! أقبل على العبادة وترك التجارة، فقال: ويحها! أما علم أنّ تارك الطلب لا تستجاب له دعوته؟ إنّ قوماً من أصحاب رسول الله ﷺ لما نزل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً * وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ﴾ أغلقوا الأبواب وأقبلوا على العبادة وقالوا: قد كُفينا! فبلغ ذلك النبي ﷺ فأرسل إليهم، فقال لهم: ما دعاكم إلى ما صنعتم؟ فقالوا: يا رسول الله تكفل الله تعالى لنا بأرزاقنا فأقبلنا على العبادة. فقال ﷺ: إنّ من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب».

وقد تقدّم رواية أنه: «ليس منّا من ترك آخرته لدنياه، ولا من ترك دنياه لآخرته». وتقدّم أيضاً حديث داود على نبيّنا وآله وعليه السلام وعلى جميع أنبيائه الصلاة والسلام، بعد الحمد لله الملك العلّام، على ما أنعم علينا بالنعم الجسام التي من أعظمها الاشتغال بمطالعة وكتابة كلمات أوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للخاصّ والعامّ.

القول في الخيار وأقسامه وأحكامه

مقدّمتان:

الأولى: الخيار لغةً: اسم مصدر من «الاختيار» [١] غُلِبَ في كلمات جماعة من المتأخّرين في «مِلْكِ فسخ العقد» على ما فسّره به في موضع من الإيضاح، فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة وفي عقد الفضولي، وملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث، وملك العمّة والخالة لفسخ العقد على بنت الأخ والاخت، وملك

[١] ذكر عليه السلام أن الخيار اسم مصدر من «الاختيار»، ولعلّ مراده أنه فيما لو لوحظ قيام السلطنة على فعل من فاعله فيطلق عليه الاختيار، وإن لوحظت تلك السلطنة بنفسها مع قطع النظر عن جهة قيامها من فاعلها فيقال لها الخيار.

ثم ذكر أنه يطلق في كلمات جماعة على «مِلْكِ فسخ العقد» على ما في الإيضاح^(١)، وهذا من التعريف بالأعم فإنّ السلطنة على الفسخ يدخل في العقود الجائزة، وجواز إبطال المالك العقد الفضولي الجاري على ماله، وملك الوارث فسخ العقد الذي اجراه المورث في الزائد على الثلث، بناءً على عدم نفوذ التنجيز في الوصية فيما زاد على الثلث. كما يدخل فيه ملك العمّة والخالة فسخ النكاح الجاري على بنت الأخ أو الأخت، مع أنه لا يطلق على شيء من ذلك بالخيار اصطلاحاً؛ لأن الخيار حق يترتب على العقد التام، وملك الفسخ في تلك الموارد ليس بحق، أو أن العقد فيها غير تام.

وأيضاً يدخل في التعريف ملك الأمة بعد عتقها فسخ نكاحها السابق من عبد، وكذلك ملك الزوجين فسخ النكاح لظهور العيوب.

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٨٢.

الأمة المزوَّجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت، وملك كلَّ من الزوجين للفسخ بالعيوب. ولعلَّ التعبير بـ«المَلِك» للتنبيه على أنَّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة والردَّ لعقد الفضولي والتسلُّط على فسخ العقود الجائزة، فإنَّ ذلك من الأحكام الشرعيَّة لا من الحقوق، ولذا لا تورَّث ولا تسقط بالإسقاط.

ولكن مع ذلك يمكن أن يقال: إنَّ التعبير عن الخيار بملك فسخ العقد لا بالقدرة على الفسخ ظاهر في كون جواز الفسخ في الخيار من قبيل الحق؛ ولذا يورث ويسقط بالإسقاط. فلا يعمُّ ما إذا كان الجواز من قبيل الحكم، كما في جواز الفسخ في العقود الجائزة بالذات والإجازة والرد في عقد الفضولي، فإنَّ هذا الجواز حكمي؛ ولذا لا يقبل الإسقاط أو الإرث.

ثم تعرَّض رحمته لما ذكر صاحب «الجواهر»^(١) رحمته من أنَّ الخيار: ملك إقرار العقد وإزالته.

وأورد عليه بأنه: إنَّ أريد من «إقرار العقد» ترك فسخه يكون ذكر الإقرار زائداً، لأنَّ السلطنة على فسخ العقد والتمكُّن عليه كالتمكُّن على سائر الأمور لا يتعلق بأحد الطرفين، وإلا كان اضطراراً.

وإنَّ أريد من إقراره جعله لازماً بحيث لا يفسخ فمعناه أنَّ الخيار ملك إسقاط الخيار وفسخ العقد، ومن الظاهر أنَّ إسقاط الخيار لا يدخل في معنى الخيار ولا يؤخذ في تعريفه؛ لأنَّه من أحكام الخيار وآثاره. هذا أولاً.

وثانياً: إقرار العقد ظاهره ما يقابل فسخ العقد بجعله لازماً مطلقاً وعليه فينتقض

بالخيار المشترك كخيار المجلس، فإن إسقاط الخيار من أحدهما يكون إلزاماً للعقد من طرفه لا مطلقاً.

أقول: لو صحَّ انتقاض التعريف بالخيار المشترك على ما ذكر، لصحَّ انتقاضه بالخيار المتعدد في العقد الواحد، حيث إن إسقاط أحد الخيارين لا يكون إلزاماً لذلك العقد مطلقاً، بل لا يكون إلزاماً له من ناحيته أيضاً، فإن مشتري الحيوان لو أسقط خيار مجلسه مع ثبوت خيار الحيوان له إلى ثلاثة أيام فلا يكون في إسقاط المزبور إلزام للعقد من ناحيته أيضاً. نعم، يكون إلزام من ناحية ذلك الخيار الساقط.

وذكر السيد اليزدي عليه السلام (١) أن الاختيار بمعناه اللغوي يتعلق بالفعل لا بالعين، وكذلك معناه الاسم المصدرى، وإذا قيل: «له اختيار الفعل الفلاني» فيراد منه اختيار التصرف، ولعل حذف المتعلق وإسناد الاختيار إلى العين باعتبار كون التصرفات أو معظمها في اختياره نظير إسناد التحريم إلى العين.

وحيث إن الفسخ أحد الأفعال فيكون تغليبه على خيار الفسخ من قبيل تغليب المطلق إلى بعض أفراده.

وناقش بعض الأجلة عليه السلام بأن إطلاق الخيار على خيار الفسخ لا يكون من باب تغليب المطلق في بعض أفراده، وذلك فإن الاختيار وإن تعلق بالفعل لا بالعين إلا أنه أمر تكويني من صفات النفس أو من أفعالها، حيث إن الفعل الاختياري له مباد من التصور والتصديق بالفائدة ثم الترجيح ثم الاصطفاء، أي الانتخاب، ثم الاشتياق في بعض الموارد ثم الإرادة وهي التصميم والعزم، ولعل الاشتياق مقدم على الاصطفاء.

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٢.

وكل من هذه المبادئ غير الآخر.

فما قيل من أن الإرادة هو الشوق المؤكد^(١) أو أن نسبة الإرادة إلى القدرة نسبة التمام والفعلية إلى النقص أو القوة^(٢) أو أن الاصطفاء هو الفعل خارجاً، لا يمكن المساعدة عليه؛ فإنه قد تحقق القدرة التامة ولا توجد الإرادة وقد لا توجد القدرة مع تحقق الإرادة، كما لو تخيل أنه متمكن على الفعل الفلاني فأراد.

والحاصل: أن الاصطفاء المعبر عنه بالاختيار صفة للنفس أو من أفعالها، فما يقال من أن الفعل الفلاني مراد ومقدور ومختار، كل ذلك لا يدل على وحدتها، بل يكون من قبيل انطباق المفاهيم المتعددة على الموجود الخارجي.

وبتعبير آخر: أن الاصطفاء يعني الاختيار غير الإرادة ومقدمة عليها وعلى الإيجاد، ولا دلالة في مثل قوله سبحانه: ﴿وَاخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا﴾^(٣) على أن الاختيار عين التعيين الخارجي، فإنه يصح أن يقال: إنه اختار التعيين واصطفاه، فيكون الاختيار غير التعيين.

ثم إنه لا يكون الاصطفاء والاختيار اعتبارياً أصلاً، بخلاف الخيار المراد في المعاملات فإنه سواء كان إمضائياً كخيار الشرط أو تأسيسياً كخيارى المجلس والحيوان أمر اعتباري.

لا يقال: كيف لا يكون الاختيار اعتبارياً، فإنه إذا جعل شخص حاكماً لبلد فيجعل له اختيار أي شيء في ذلك البلد؟

(١) مصباح الفقيه ٢: ٢٣٠.

(٢) حاشية المكاسب للشيخ الأصفهاني ٤: ١٠.

(٣) سورة الأعراف: الآية ١٥٥.

فإنه يقال: لا يكون الاختيار اعتبارياً، بل الاعتباري هو حق الاختيار والاصطفاء، وبعد ثبوت هذا الحق يكون الاختيار حقيقياً.

وعلى ذلك فاختيار الفسخ في موارد ثبوت الخيار الحقيقي، فاختياره متفرع على ثبوت الخيار فلا يكون الخيار في المعاملات من قبيل تغليب المطلق إلى بعض أفراده كما عن السيد اليزدي عليه السلام، بل الخيار فيها أمر مباين للمعنى اللغوي للاختيار، فإن الاختيار نفس الاصطفاء والخيار حق الاختيار.

وعلى ذلك فليس الخيار اختيار فسخ العقد وملكه بل هو حق اختيار فسخ العقد، فلا يرد على ما ذكرنا ما يورد على تفسير الفخر، حيث إن لازم التفسير المزبور أن لا يثبت الخيار في المعاملات على القصر، فإنه لا يتصور منهم اختيار فسخ العقد أو لا ينفذ منهم ذلك الاختيار. بخلاف ما إذا قلنا بأن الخيار حق الاختيار، فإن الحق المزبور يثبت للقصر أيضاً ويستوفيه أولياؤهم لقصورهم.

أقول: يقع الكلام في جهتين:

الأولى: في الاختيار الثابت للفاعل المختار.

الثانية: في أن الخيار في المعاملات مباين للاختيار فيها أو أن اختلافهما فيها

بالمعنى المصدرى والاسم المصدرى.

فنتقول في الجهة الأولى: إن الاختيار يطلق على إيجاد الفاعل وتعيين أحد طرفي

الشيء خارجاً بالتمكن عليه، نظير ما يقال: إنه اختار الكفر أي كفر أو العلم أي علم أو

قتل فلان أي قتل... إلى غير ذلك، ومن هذا القبيل قوله سبحانه: ﴿وَاخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ

سَبْعِينَ رَجُلًا^(١)، أي عَيْنَهُمْ.

(١) سورة الأعراف: الآية ١٥٥.

ويطلق على نفس التممكن على الشيء والقدرة عليه، فيقال: له اختيار شرب الخمر أو الأكل أو القتل ونحو ذلك، ومن هذا القبيل إطلاق المختار على المتمكن في مقابل إطلاق العاجز على غير المتمكن والفاعل بالاضطرار في مثل قوله: النار أحرقت. ثم إنه يكفي في تحقق الاختياري مقابل الاضطراري مجرد التممكن عليه، بمعنى عدم الحاجة إلى إرادة ذلك الفعل والقصد إلى إيجاده فلاحظ مثلاً لو هدم شخص بيتاً من غير التفات أن في البيت إنساناً يموت بهدمه، فإنه لو هدمه يستند قتل الإنسان المزبور إلى الهادم، فيقال: إنه قتله باختياره، باعتبار أنه كان متمكناً على عدم قتله ولو بعدم هدم البيت.

نعم، بما أن القتل تحقق في الخارج بلا قصده وإرادته يكون القتل خطأياً. والشاهد لكون القتل المزبور اختياريّاً تمكّن الفاعل على تركه وأنه يصحّ للشارع العقاب على ذلك القتل فيما إذا أوجب التحفظ عليه من الخطأ، كما إذا قال: وإن قتلت إنساناً أعاقبك على ذلك القتل، فمع وصول هذا الخطاب إليه لو نسي أن في البيت المزبور إنساناً فهدمه وقتل الإنسان فيصحّ أن يعاقبه على ذلك القتل؛ لكونه متمكناً على التحفظ بترك الهدم وعلى التحفظ بذكره بأن في البيت إنساناً، وهذا هو المراد في حكايته سبحانه عن نبيه ﷺ ليلة المعراج: «رَبَّنَا لَا تَوَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا»^(١).

ولكن لا يمكن للشارع أن يعاقب البالغ العاقل على تحيّزه المكان فيقول له: إنّي أعاقبك على كونك في مكان، والسّرّ في ذلك أن الإنسان بالإضافة إلى الكون في المكان فاعل بالاضطرار، فلا يصحّ العقاب على فعل لا يستند إلى اختيار الفاعل وتمكّنه.

فالمتحصّل أن المصحّح للفعل الاختياري تمكن الفاعل عليه، والإيجاد بالتمكن لا يتوقف على الإرادة والقصد فلا يكون لحاظ الفعل والتصديق بصلاحه وميل النفس والإرادة علة للفعل أو من مبادئ العلة أصلاً.

نعم الفعل العمدي يتوقف بعد التمكن على الإرادة، ويعبّر عنها بالقصد والعزم والجزم، والاختلاف في التعبير نظير اختلاف التعبير عن زيد بالإنسان والبشر. والحاصل: أن الفعل الاختياري العمدي يتوقف على القصد والإرادة الموقوفة على لحاظ ذلك الفعل.

وأما التصديق بصلاحه وميل النفس وشوقها إليه فقد لا يكون من مبادئ الإرادة والقصد، كما إذا كان الفعل من الفاعل حياءً أو تقيّةً أو نحو ذلك.

نعم الفاعل المختار الحكيم لا يفعل بلا إحراز صلاح ذلك وهذا أمر آخر. والتأمل في الأفعال الصادرة عنا والمراجعة إلى الوجدان عند الفعل وتمييز موارد إمكان ترتب العقاب عن غير موارد ما شاهد قطعي لما ذكرنا، فتدبّر. ثم إن الفسخ عبارة عن حلّ العقد والغائه، وهذا الحل والإلغاء أمر إنشائي اعتباري بلاريب ولم يختلف فيه اثنان، وإذا فرض الفسخ بعد البيع فإنشاؤه لا يختلف بين أن يكون له خيار الفسخ أو لم يكن.

والحاصل: أنّ التمكن الواقعي من إنشاء فسخ المعاملة والغائها حاصل كان له خيار أم لا، غاية الأمر أنّ الحل والإبطال المنشأ قد يكون مع التزام صاحبه به عند المعاملة وقد يكون مع عدم التزامه، وكذلك الشارع قد يمضي الحل والإلغاء منه وقد لا يمضيه.

وعليه فإن كان حلّه والغاؤه ممضى عند الشارع، يكون تمكنه على الفسخ شرعيّاً

أيضاً وإن لم يقبل الشرع ذلك الحل والإلغاء لم يتمكن من الفسخ الشرعي، أي لا يكون إلغاءه العقد مورد إمضاء الشارع.

فالمراد بالخيار في المقام هو التمكن على الفسخ الذي يقبله الشرع ويمضيه.

وكون الفسخ مورد قبول الشرع وإمضائه بأحد أمرين:

الأول: أن يلتزم في المعاملة طرفه الآخر بالفسخ إذا صدر عنه ويكون هذا الالتزام من الطرف مورد إمضاء الشرع، كما هو مفاد قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) أو قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، على ما يأتي.

الثاني: أن يعتبر في فسخ الشارع إمضائه ابتداءً، أي من غير التزام من الطرف الآخر في المعاملة، فيكون الخيار الثابت في حقه تأسيساً.

والحاصل: أن التمكن والاختيار لكل من المتعاملين بالنسبة إلى فعل نفسه - وهو إلغاء العقد - حقيقي، وإذا لم يكن الإلغاء مورد الإمضاء الشرعي بأحد النحويين لا يكون الاختيار والخيار فيه شرعيين، وأما إذا وقع مورداً للإمضاء كما هو المراد بالخيار في المقام، يكون التمكن المزبور من الفسخ شرعياً.

فالخيار الشرعي هو التمكن من الفسخ بإمضاء من الشارع.

ولو عبّر عن هذا التمكن بجواز الفسخ فليس المراد الجواز التكليفي فإنه لا يحتمل حرمة إنشاء الفسخ، بل المراد جوازه الوضعي، نظير ما يقال في حلية البيع المستفاد من قوله سبحانه: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣)، بمعنى: أنه إذا وقع بيع يكون ذلك

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

مورداً لامضاء الشارع.

فالجواز الوضعي الثابت لفسخ أحد المتعاملين أو كليهما يكون مطلقاً تارة، أي غير مقيد بعدم الالتزام في المعاملة أو بعدها بترك الفسخ وإبقاء العقد بحاله، فيكون جواز الفسخ حكماً ولا يطلق على التمكن منه الخيار في الاصطلاح. ويكون مقيداً أخرى بعدم حصول ذلك الالتزام فيكون الجواز حقياً، ويطلق على التمكن منه في الاصطلاح بالخيار.

وبتعبير آخر: كما يقال: له بيع ماله ويجوز له بيع ماله فيراد به الجواز الوضعي، كذلك يقال: له فسخ عقده أو التزامه بترك الفسخ وإبقاء عقده.

والفرق في المقام بين الحق والحكم أن كلاً منهما حكم شرعي وإنما الاختلاف بينهما بالاشتراط والإطلاق، حيث لا يقبل الحكم الإسقاط ويقبله الحق.

ولعل جواز الفسخ وضعياً، جواز حقي يناسب التعبير في مورده بملك الفسخ وجوازه لعدم التمكن على إسقاط هذا الجواز الوضعي فيناسبه التعبير بالحكم؛ ولذا ذكر المصنف رحمته الله: لعل التعبير بملك الفسخ يوجب خروج موارد ثبوت جواز الفسخ حكماً، حيث إن الملك في المال يطلق في موارد تمكن الشخص على قطع سلطنته عن ذلك المال، وقطع أحد المتعاقدين تمكنه على الفسخ ينحصر بموارد كون جواز الفسخ حقياً.

ولكن الأمر كما ذكر السيد اليزدي رحمته الله (١)، من أن ملك الشيء مطلق السلطنة والتمكن عليه، سواء كان جواز ذلك الشيء حقياً أو حكماً.

(١) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٢.

ودخل التمكّن على إزالة التمكّن عن نفسه في صدقه غير محرز، كما يظهر بأدنى تتبع في إطلاق الملك على السلطنة والتمكّن في موارد لا يمكن فيها دفع هذا التمكّن. فقد تحصل من جميع ما ذكرنا أنّ اختيار الفسخ، وخياره لا يكون أمراً اعتبارياً وإنما الاعتبار وصف المتعلق، أي الفسخ، حيث يعتبر جائزاً، - أي مضمي - تارةً ولا يعتبر أخرى. ومع عدم الاعتبار لا يطلق على تمكّن إنشاء الفسخ اختياراً ولا خياراً في الاصطلاح.

ثم إنه لم يظهر وجه صحيح في أنّ الخيار على تقدير كونه حق اختيار الفسخ أن يثبت في حق القاصر أيضاً ولا يثبت لهم على تقدير كونه بمعنى حق فسخ العقد، فإنه إذا لم يمكن تحقق الفسخ من القاصر فكيف يتحقق منه اختياره. وعلى تقدير ثبوته لهم بمعنى استيفاء وليهم فيمكن الاستيفاء على تقدير كونه بمعنى حق الفسخ أيضاً.

بقي الكلام فيما ذكره القداماء في تعريف الخيار من ملك فسخ العقد وإقراره، وما أورد عليه المصنف رحمته من أنه إن أريد من إقراره ترك فسخه فالقيد مستدرك، وإن أريد به جعل العقد غير قابل للفسخ فمرجعه إلى إسقاط الخيار، فلا يصح أخذ إسقاط الخيار في تعريف الخيار؛ لأن إسقاطه من حكم الخيار.

فنقول: قد تقدم أن الخيار الثابت في المعاملات هو التمكّن من الفسخ الذي يكون جوازه الوضعي حقيقياً، ومعنى كون جوازه حقيقياً التمكّن على إسقاط هذا الجواز، وإسقاطه - كما تقدم - يكون بالالتزام الإنشائي على ترك الفسخ عند المعاملة أو بعدها. فإن كان هذا الالتزام عند المعاملة فلا يتحقق معه التمكّن من الفسخ المحكوم بالجواز، وإذا كان الالتزام المزبور بعد المعاملة يرتفع الخيار من حين الالتزام، فيكون

المراد بإقرار العقد الالتزام الإنشائي بترك الفسخ عند المعاملة أو بعدها.

فالتمكن على هذا الالتزام مقوم لعنوان الخيار على ما تقدم من أنه يطلق في الاصطلاح على موارد كون جواز الفسخ فيها حقياً.

وعليه فلا يرد على هذا التعريف النقص بموارد ملك الفسخ بحيث يكون جوازه حكماً، بخلاف تعريف الفخر^(١) الذي رضي به المصنف رحمته الله.

وذكر النائي رحمته الله^(٢) في توجيه إضافة إقرار العقد على فسخه في تعريف الخيار وجهاً آخر، وأن الخيار بمعنى الملك والسلطنة يكون طرفاً متعلقه وجوديين، بخلاف تعريف الفخر رحمته الله حيث يكون أحد طرفي متعلقه وجودياً والآخر عدمياً.

ومهد على بيان ذلك الوجه مقدّمة وهي: أن العقود بحسب مقام الثبوت، أي بحسب حكمها الواقعي من حيث لزومها وجوازها، على ثلاثة أقسام:

منها: ما يقتضي اللزوم بنفسه، أي لا يكون لزومه باعتبار التزام خارجي منضم إلى مدلوله المطابقي، بل العقد بمدلوله المطابقي يقتضي لزومه بمعنى أن الشارع قد حكم عليه باللزوم مع قطع النظر عن التزام المتعاقدين بالوفاء به وإبقائه.

وقد ظهر من الأدلة أن النكاح وعقد الضمان كذلك، ولا ينافي ذلك ثبوت الخيار في النكاح لبعض العيوب أو ثبوت الخيار للضامن فيما إذا ظهر له فيما بعد إعسار المضمون له، لأن مثل هذا الخيار باعتبار قيام الدليل عليه يكون تخصيصاً بالإضافة إلى خطاب لزومهما.

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٨٢.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٦٣ و٦.

ومنها: ما يقتضي جوازه، أي يكون بمدلوله المطابقي موضوعاً للجواز، بمعنى أن الشارع قد حكم عليه بالجواز بمدلوله المطابقي.

وقد علم من الأدلة أن الهبة كذلك، ولا ينافي أيضاً حكم الشارع باللزوم في بعض مواردّها؛ لأن ذلك لقيام الدليل لا للالتزام من المتعاقدين.

فيكون اللزوم في القسم الأول والجواز في هذا القسم حكماً، والالتزام من المتعاقدين بإبقاء المدلول وعدم إلغائه يكون في الأول مؤكداً وفي الثاني مخالفاً لمقتضى العقد.

ومنها: ما لا يقتضي بمدلوله المطابقي اللزوم ولا الجواز، بل يكون لزومه بالالتزام الخارجي من المتعاقدين بإبقاء ذلك المدلول وعدم إلغائه كما في عقد البيع، حيث إن مدلوله المطابقي هي المعاوضة بين المالكين ويكون التزام من المتبايعين على إبقاء تلك المعاوضة وعدم إلغائها بقرينة العادة وبناء العرف على أن من أوجد المعاوضة فيلتزم بها وألا لم يكن يقدم أحد بالمعاوضة، خصوصاً في الأشياء الخطيرة.

ويعم قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) البيع بلحاظ المدلول الالتزامي الثابت له بقرينة العادة وبناء العرف، فيكون لزومه حقيقاً مالكيّاً لا حكماً.

فيدخل في هذا القسم الخيار بالاشتراط كما تدخل عليه الإقالة، حيث إن اشتراط الخيار فيه لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد فيعمه قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهمور، الحديث ٤.

ودخول الإقالة باعتبار أن لكل من المتعاملين ردّ التزام طرفه إليه، والمفروض أن حكم الشارع باللزوم تابع لالتزامهما وان البيع في نفسه لا اقتضاء فيه بالإضافة إلى اللزوم والجواز.

وبذلك يظهر ما ذكره من أن الخيار يدخل في كل معاملة تدخل فيها الإقالة ويترتب على ما ذكر من أن الخيار هو السلطنة على إلغاء المعاملة وإبرامها، حيث إن باشرط الخيار يملك أحد المتعاملين التزامه بالمعاملة والتزام طرفه بها ومع عدمه يملك التزام طرفه فقط، وبالإقالة يرد عليه ما خرج عن ملكه ويخرج عنه ما دخل في ملكه بالالتزام بالمعاملة.

أقول: إن كان الالتزام من المتبايعين بإبقاء البيع وعدم إلغائه دخیلاً في صدق عنوان العقد يكون الأمر كذلك في غيره أيضاً كالنكاح والضمان.

وعليه فكما يكون اللزوم في البيع باعتبار ذلك الالتزام يكون الأمر في النكاح والضمان أيضاً لذلك، لأنّ الموضوع لوجوب الوفاء فيها وضعاً وهو العقد كما هو مفاد قوله سبحانه: «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**»^(١)؛ فلا وجه لأخذ الالتزام في موضوع لزوم البيع ولا يؤخذ في موضوع لزوم النكاح ونحوه.

ومجرد عدم مشروعية شرط الخيار في النكاح لا يكون دليلاً على ذلك؛ لإمكان أن يقال: إن شرط الخيار في النكاح أيضاً على القاعدة والالتزام بعدم المشروعية لقيام دليل أوجب التخصيص في قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢). وبتعبير آخر: يكون عدم الالتزام بالوفاء بالنكاح - كما هو مقتضى اشتراط الخيار - ملغى عند الشارع،

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) مرّ آنفاً.

فيعامل معه معاملة الالتزام بالوفاء.

ويؤيد أخذ الالتزام في موضوع لزوم النكاح ما ذكره جماعة أنه يصح اشتراط وصف في الزوج أو الزوجة في عقد النكاح، ومع ظهور فقده يثبت الخيار للمشروط له.

وإن قلنا بعدم دخالة الالتزام بالوفاء في عنوان العقد وأن المعاملات بأنفسها عقود فلا وجه للقول بأخذ الالتزام بالوفاء في البيع في موضوع لزومه، بل الموضوع له نفس عنوان البيع والإجارة ونحوهما.

ومشروعية اشتراط الخيار ودخول الإقالة فيها لا يكشف عن ذلك، فإن الدليل على مشروعية اشتراط الخيار فيه يكون تخصيصاً في دليل لزومه كما التزم بذلك التخصيص في قيام الدليل على ثبوت الخيار ببعض العيوب في النكاح.

وكذا في الإقالة التي هي في حقيقتها الاجتماع على الفسخ، فإن جواز الإقالة على خلاف القاعدة حتى على القول بأن الالتزام بالوفاء بالبيع مأخوذ في لزومه، فإن المأخوذ في لزومه على تقديره هو الالتزام من المتبايعين عند البيع.

وبتعبير آخر: الالتزام منهما بحدوثه مأخوذ للزوم البيع، وبالإقالة بالمعنى الذي ذكره لا ينتفي ذلك الالتزام منهما كما لا يخفى.

ثم إن ما ذكره عليه السلام عند الاستشهاد - على أخذ الالتزام بالوفاء بالبيع في موضوع لزومه - بالمعاطة، حيث ذكر أن المعاطة باعتبار عدم الالتزام فيها بالوفاء - لعدم العادة، وبناء العرف فيها بالوفاء - بيع ولا تكون لازمة فيحكم بجوازها، لا يخفى ما فيه، فإنه إذا كانت المعاطة بيعاً لا عقداً، وحكم بجوازها، فأين ما ذكره أولاً من أن البيع بنفسه لا يكون مقتضياً للزوم ولا الجواز؟

وقد يعرف بأنه: ملك إقرار العقد وإزالته. ويمكن الخدشة فيه بأنه: إن أريد من «إقرار العقد» إبقاؤه على حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرَكٌ، لأنَّ القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، إذ القدرة لا تتعلق بأحد الطرفين. وإن أريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل لأن يفسخ، ففيه: أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار، مع أن ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، فينتقض بالخيار المشترك، فإنَّ لكلٍّ منهما إلزامه من طرفه لا مطلقاً. ثم إنَّ ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عند الإطلاق في كلمات المتأخرين، وإلا فإطلاقه في الأخبار وكلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة والردّ لعقد الفضولي وسلطنة الرجوع في الهبة وغيرهما من أفراد السلطنة شائع.

الثانية: ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه [١]: أن الأصل في البيع للزوم.

ودعوى كون الجواز على خلاف القاعدة ولقيام السيرة عليها لا يمكن المساعدة عليه، فإنه يمكن دعوى كون البيع بنفسه موضوعاً للزوم وخروج المعاطاة، والحكم بجوازها يكون بالسيرة المشار إليها.

مع أننا قد ذكرنا في محلّه أن المعاطاة كسائر البيوع محكومة بالزوم من الأول، لا تختلف في الحكم أصلاً.

وعلى الجملة، فالخيار هو التمكن من النسخ النافذ بنحو الحق.

[١] ذكر جماعة^(١) تبعاً للعلامة في كتبه^(٢): أن الأصل في البيع للزوم، وعلل في

«التذكرة» أصالة للزوم بأنه مقتضى استصحاب بقاء ملك الثمن للبايع والمثمن

(١) منهم الشهيد في القواعد والفوائد ٢: ٢٤٢، القاعدة ٢٤٣، والفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٤٤، والمحقق

السبزواري في الكفاية: ٩٢، وصاحب الجواهر ٢٣: ٣.

(٢) القواعد ٢: ٦٤، والتذكرة ١: ٥١٥.

قال في التذكرة: الأصل في البيع للزوم، لأنّ الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكّن كلّ من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإتّما يتمّ بالزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه، انتهى.

أقول: المستفاد من كلمات جماعة أنّ الأصل هنا قابل لإرادة معان:

الأول: الراجع، احتمله في جامع المقاصد مستنداً في تصحيحه إلى الغلبة. وفيه: أنّه إن أراد غلبة الأفراد، فغالبها يتعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، وإن أراد غلبة الأزمان، فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكة، مع أنّه لا يناسب ما في القواعد من قوله: وإتّما يخرج من الأصل لأمرين: ثبوت خيار أو ظهور عيب.

للمشتري بعد إنشاء أحدهما الفسخ، وبأن وضع البيع لنقل العوضين وقد قرره الشارع، والغرض من الملك الحاصل بالبيع تمكّن كل واحد منهما على التصرف فيما يملكه، ولو كان البيع محكوماً بالجواز لا يتمكن على ذلك؛ لعدم الأمان بالفسخ الموجب لنقض الغرض.

وذكر جماعة أنّه يحتمل أن يراد من الأصل أمور:

منها: ^(١) الراجع، كما يقال: الأصل في الأشياء الصحة وعدم العيب، ولا يخفى أن الرجحان يحصل بالغلبة. وإن أريد أن أكثر أفراد البيع لازم لا يقبل الفسخ فمن الظاهر أن هذا غير صحيح؛ لأن أكثر أفراده غير لازم بخيار المجلس أو الحيوان ونحوهما. وإن أريد أن كل فرد من أفراد البيع في غالب الأزمان لازم بحيث لا ينافي كون غالب أفراده في زمان قليل جائزاً فهذا صحيح، ولكن لا يفيد فيما إذا شك في فرد من

الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الأفراد أو بعض الأحوال، وهذا حسن، لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل.

الثالث: الاستصحاب، ومرجهه إلى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما. وهذا حسن.

أفراد البيع أنه يقبل الفسخ ولو في زمان قليل، أو أنه لا يجوز فيه الفسخ أصلاً، كما إذا شك في ثبوت خيار المجلس في بيع الدين على من هو عليه.

هذا، مع أن إرادة غلبة الأزمان لا يناسب قول العلامة في «القواعد»^(١) بأنه يخرج عن الأصل بثبوت الخيار أو ظهور العيب، فإن مفاده أن ثبوت الخيار أو ظهور العيب خلاف الأصل، وأنه إذا لم يعلم ثبوت الخيار والعيب يحكم بلزوم البيع وعدم جواز فسخه أصلاً، كما في المثال المزبور.

وبتعبير آخر: يكون ثبوت الخيار أو ظهور العيب محققاً للأصل، أي الغلبة، لأنهما ينافيانها.

ومنها:^(٢) أن يراد بالأصل القاعدة المستفادة من العمومات أو المطلقات الواردة في العقود والمعاملات الظاهرة في لزومها، المعبر عنها بالأصل اللفظي.

ومنها:^(٣) الاستصحاب، أي الأخذ بالملك الحاصل للطرفين بالبيع المزبور بعد إنشاء أحدهما الفسخ، حيث إن مقتضى الاستصحاب عدم زوال ذلك الملك بذلك الفسخ.

(١) القواعد ٢: ٦٤.

(٢) أشار إليه الشهيد الثاني في تمهيد القواعد: ٣٢، وصاحب الجواهر ٢٣: ٣.

(٣) التذكرة ١: ٥١٥.

الرابع: المعنى اللغوي، بمعنى أن وضع البيع وبناء عرفاً وشرعاً على اللزوم وصيرورة المالك الأول كالأجنبي، وإنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لأحدهما أو لهما، يسقط بالإسقاط وبغيره. وليس البيع كالهبة التي حَكَمَ الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكماً شرعياً له أصلاً وبالذات بحيث لا يقبل الإسقاط.

ومنها: ^(١) أن الحكم المجعول للبيوع ببناء العرف والشرع، مع قطع النظر عن جعل الخيار، هو اللزوم. والخيار حق خارجي يرفع اليد في موارد ثبوته عن الحكم الأول المتقضي لصيرورة المالك أجنبياً عن ماله السابق بالبيع، نظير ما يقال: الأصل في الأجسام الاستدارة وإنما يخرج عن الاستدارة بالقاصر الخارجي.

وقد ظهر مما ذكر في المعنى الرابع، أن ثبوت خيار المجلس في كل بيع لا يوجب خروجه عن كون الأصل فيه اللزوم؛ لأن خيار المجلس كسائر الخيار حق خارجي قد ثبت في كل بيع بالدليل، فما ذكره صاحب «الوافية» ^(٢) من كون الأصل في البيوع - بعد ثبوت خيار المجلس - الجواز غير تام، وإن أراد بالأصل استصحاب الجواز الثابت في كل البيوع بخيار المجلس فيأتي مافيه من عدم جريان الاستصحاب في بقاء الجواز بعد التفرق.

أقول: الأصل بمعنى مقتضى العموم أو الإطلاق فلا بأس به وسيأتي التعرض له، وكذا بمعنى الاستصحاب في وجهه؛ وأما بمعنى الرجح - يعني الغلبة - فلا يفيد شيئاً؛ لأنه لا اعتبار بالغلبة، سواء أريد غلبة الأفراد اللازمة أو غالب الأزمان.

وأما الأصل بالمعنى الرابع، فلا مورد له في المقام؛ لأن البيع أمر اعتباري وحكمه

(١) قال الشهيد رحمته الله حكى هنا الوجه عن السيّد الصدر، أنظر هداية الطالب: ٤٠٦، وراجع شرح الوافية (مخطوط): ٣٢٣.

(٢) الوافية: ١٩٨.

ومن هنا ظهر: أن ثبوت خيار المجلس في أول أزمة انعقاد البيع لا ينافي كونه في حد ذاته مبنياً على اللزوم، لأن الخيار حق خارجي قابل للانفكاك. نعم، لو كان في أول انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه، لاحقاً معمولاً قابلاً للسقوط، كان منافياً لبنائه على اللزوم. فالأصل هنا - كما قيل - نظير قولهم: إن الأصل في الجسم الاستدارة، فإنه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجي. ومما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافية، حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس إلا أن يريد أن الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، وسيأتي ما فيه.

أيضاً اعتباري والبناء العرفي أو الشرعي لا يزيد على الحكم واعتبار اللزوم، فلا يجري فيه أن أصل الشيء بمعنى تأثير العلة لولا القاصر الخارجي، أي المزاحم عن كمال تأثيره، كما هو لا يخفى.

ثم إن ما في «التذكرة»^(١) من تعليل الأصل في البيع اللزوم بأمرين: الاستصحاب وكون المراد بالبيع حصول الملك، والغرض من الملك التمكن من التصرف في المال وكون جواز البيع نقضاً لهذا الغرض؛ لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لو تم لكان مقتضاه كون الأصل في كل معاملة يحصل بها الملك هو اللزوم ولو كانت تلك المعاملة مثل الهبة. وأيضاً يمكن أن يقال: الغرض من الملك التصرف في المال مادام ملكاً وبالفسخ ينتهي الملك، ولا ينتقض التصرف الواقع في المال حال ملكه، بل يرجع الفاسخ إلى بدله من المثل أو القيمة على ما يأتي في أحكام الخيار.

بقي الكلام في معنى قول العلامة [١] في القواعد والتذكرة: إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب، فإن ظاهره أن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار، مع أنه من أسباب الخيار. وتوجيهه بعطف الخاص على العام - كما في جامع المقاصد - غير ظاهر، إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار، بل عطف على نفسه، وهو مبين له لا أعم. نعم، قد يساعد عليه ما في التذكرة من قوله: وإنما يخرج عن الأصل بأمرين: أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في أحد العوضين، بل للتروي خاصة. والثاني: ظهور عيب في أحد العوضين، انتهى.

[١] بقي الكلام فيما ذكر العلامة رحمته في «القواعد»^(١) بعد قوله: الأصل في البيع اللزوم، من أنه يخرج عن الأصل بثبوت الخيار أو ظهور العيب، فإن مقتضاه كون ظهور العيب موجباً لتزلزل البيع في مقابل تزلزله بالخيار.

وتوجيهه بأن ذكر ظهور العيب من قبيل عطف الخاص على العام، لا يمكن المساعدة عليه، فإن ظهور العيب لم يعطف على موجبات الخيار، بل على نفس الخيار المبين لظهور العيب.

نعم، يؤيد التوجيه المزبور عبارة «التذكرة»، حيث عطف فيها ظهور العيب على موجب الخيار والغرض منه، وقال: وإنما يخرج عن الأصل بأمرين: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في أحد العوضين، بل للتروي الخاصة - أي التفكير في الصلاح من فسخ البيع وإبقائه - والثاني: ظهور العيب في أحد العوضين^(٢).

(١) القواعد ٢: ٦٤.

(٢) التذكرة ١: ٥١٥.

وحاصل التوجيه - على هذا - : أن الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل العقد لأجل الخيار، والمراد بالخيار في المعطوف عليه ما كان ثابتاً بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين، لا لاقتضاء نقص في أحد العوضين، وبظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين. لكنه - مع عدم تمامه - تكلف في عبارة القواعد، مع أنه في التذكرة ذكر في الأمر الأول الذي هو الخيار فصلاً سبعة بعدد أسباب الخيار، وجعل السابع منها خيار العيب، وتكلم فيه كثيراً ومقتضى التوجيه: أن يتكلم في الأمر الأول فيما عدا خيار العيب.

ولكن ذكر^(١) بعد ذلك في ثبوت الخيار للتروي فصلاً سبعة وجعل سابعها خيار العيب، ومقتضى عطف ظهور العيب على سائر الموجب، أي التروي، أن يتكلم في خيار العيب في الأمر الثاني لا في الأمر الأول.

ووجه المصنف رحمته عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار بوجه آخر، وحاصله:

أن ظهور العيب يوجب في البيع الجاري على المعيب نحوين من التزلزل:

أحدهما: ثبوت الخيار لمن انتقل إليه المعيب، وهذا التزلزل داخل في الأمر

الأول؛ ولذا جعل الفصل السابع فيه خيار العيب.

الثاني: التزلزل في البيع بالإضافة إلى مجموع الثمن، بأن يسترد المشتري من

البائع بعض الثمن، وهذا التزلزل يخالف الخيار في السنخ المعبر عنه بحق الأرش.

ولكن قد ضعف رحمته هذا التوجيه بما حاصله: أن الأرش على ما هو المعروف

عندهم يجب دفعه إلى المشتري بمطالبته ولا يكون جزءاً من الثمن؛ ولذا يجوز لمالك

المبيع عدم دفعه من الثمن، بل من مال آخر. ولو كان ظهور العيب موجباً لتزلزل البيع

(١) أنظر التذكرة ١: ٥١٥ و ٥٢٤.

ويمكن توجيه ذلك: بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار، فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب وإن لم يثبت خيار الفسخ، موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لإبقائه في ملك البائع وإخراجه عنه، ويكفي في تزلزل العقد مِلْكُ إخراج جزء مِمَّا مَلَكَه البائع بالعقد عن مِلْكَه. وإن شئت قلت: إن مرجع ذلك إلى مِلْكِ فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، ونقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر.

لكنه مبني على كون الأرش جزءاً حقيقياً من الثمن - كما عن بعض العامة - ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده. وقد صرح العلامة في كتبه: بأنه لا يعتبر في الأرش كونه جزءاً من الثمن، بل له يداله، لأن الأرش غرامة وحيثئذ فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلاً في العقد.

بالإضافة إلى مجموع الثمن، بأن كان للمشتري التنقيص من ذلك المجموع، كان له إلزام البائع بدفعه من الثمن لا من مال آخر.

ووجه الثاني رحمته (١) عطف ظهور العيب على الخيار بعين ما ذكره المصنف رحمته ولكن تحلّص عن الإشكال الوارد على توجيه المصنف رحمته بتفسير التزلزل بكونه في ناحية المبيع لا في ناحية الثمن، وبأن للمشتري حق المطالبة من البائع بضم مقدار من جنس الثمن إلى المبيع المعيب ليساوي معه مجموع الثمن.

أقول: حق مطالبة الأرش لا يوجب التزلزل في البيع، ولذا يثبت بعد لزومه، ولا في المبيع، ولذا يجوز دفع الأرش من عين الثمن.

ثم إنَّ الأصل بالمعنى الرابع [١] إنّما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع، لأنَّ الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل. أمّا لو شكَّ في عقد آخر من حيث اللزوم والجواز فلا يقتضي ذلك الأصل لزومه، لأنَّ مرجع الشك حينئذٍ إلى الشك في الحكم الشرعي. وأمّا الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تمامه. وأمّا بمعنى الاستصحاب فيجري في البيع وغيره إذا شكَّ في لزومه وجوازه. وأمّا بمعنى القاعدة فيجري في البيع وغيره، لأنَّ أكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعمُّ غير البيع، وقد أشرنا في مسألة المعاطة إليها، ونذكرها هنا تسهيلاً على الطالب.

[١] وحاصله: أن الأصل بالمعنى الرابع يفيد فيما لو شك في ثبوت خيار في بيع، فإنَّ الخيار حق خارجي يحتاج إلى قيام الدليل عليه، ومع عدمه يؤخذ بالمقتضي العرفي والشرعي للبيع.

وأما لو شك في عقد آخر أنه لازم لا يفسخ أو جائز حكماً فلا يمكن الأخذ بالأصل بذلك المعنى؛ لأنه مع الشك المزبور لا يحرز مقتضاه ليؤخذ به.

أقول: الأصل بذلك المعنى لا ينفع حتى فيما إذا شك في بيع أنه يثبت فيه خيار أم لا، وذلك فإنه لو فرض تصريح الشارع في خطاب بأن البيع عنده أيضاً لازم ولولا الخيار لا يفسخ وشك بعد ذلك في بيع أن فيه خياراً أم لا، فلا يفيد التصريح المزبور ما لم يكن في البين عموم أو إطلاق أو أصل عملي ينفي الخيار، ومع وجوده يدخل الأصل في المعنى الثاني أو الثالث.

وبتعبير آخر: الأصل بالمعنى الرابع مبني على اعتبار قاعدة المقتضي والمانع التي قد ذكرنا في محله أنه لا اعتبار بها.

وأما الأصل بالمعنى الأول، أي الأخذ بالراجع، فقد تقدم الكلام فيه، وأمّا بمعنى

فمنها: قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دلّ على وجوب الوفاء بكلّ عقد. والمراد بالعقد: مطلق العهد - كما فسّر به في صحيحة ابن سنان المروية في تفسير علي بن إبراهيم - أو ما يسمّى عقداً لغة وعرفاً. والمراد بوجوب الوفاء: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالة اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دلّ العقد مثلاً على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه والتصرّف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام. فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد - ومنها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرّف من دون رضا صاحبه - كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد وعدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، وهو معنى الزوم.

الاستصحاب فهو مبني على اعتباره في الشبهات الحكمية، وقد منعنا عن ذلك في بحث الاستصحاب وذكرنا أن الموجب لعدم اعتباره ابتلاؤه بالمعارض فيها دائماً. والعمدة في المقام العمومات والإطلاقات المستفاد منهما قاعدة للزوم المشار إليها، منها: قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» المفسر بالعهود في صحيحة عبدالله بن سنان التي رواها علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبيه عن النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، قال: بالعهود^(١). وذكر الله في وجه دلالة على الزوم أنّ المستفاد منها ابتداء الحكم التكليفي وهو وجوب ترتيب ما هو عمل بمقتضى المعاملة. وإذا كان مفادها تمليك المال بعوض فيلزم العمل على مقتضى

(١) تفسير القمّي: ذيل الآية ١ من سورة المائدة.

ومما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل: من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

كون المال ملكاً للغير من لزوم دفعه إليه، وعدم جواز الإمساك به أو أخذه والتصرف فيه بلا رضاه حتى فيما إذا كان ذلك الأخذ والتصرف بعد إنشائه الفسخ، وإذا وجب العمل على طبق مدلول المعاملة كذلك ينتزع منه لزوم البيع وضعاً، فإن الحكم الوضعي في المقام كسائر الأحكام الوضعية منتزعة عن التكليف.

ومما ذكر يظهر فساد ما قيل: ^(١) من أنه لا يستفاد من الآية لزوم المعاملة، فإن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضى ذلك العقد من لزوم أو جواز، ووجه الظهور أن اللزوم كالجواز حكم شرعي يترتب على المعاملة وليس داخلياً في مدلولها، ومدلول البيع - مثلاً - جعل ملكية المال للغير بإزاء الثمن، وما يترتب على ملكية المال يجب ترتيبه وفاءً بالعقد حتى بعد إنشاء الفسخ الملازم للغوية الفسخ، فينتزع من هذا الوجوب لزومه وضعاً على ما تقدم.

وقد يقال: إنه لا يمكن التمسك بقوله سبحانه: ﴿أَوْقُوا بِالْعُقُودِ﴾ على لزوم المعاملة وعدم نفوذ فسخها، وذلك فإنه إذا فرض أن البائع باع المال بشرط أن يكون له خيار يوم الثامن وأقبض المبيع من المشتري وأخذ الثمن، ثم فسخها يوم الثامن وأخذ المبيع من يد المشتري واسترد الثمن لا يكون ذلك خلاف الوفاء بالعقد، بخلاف ما إذا أخذ المبيع من يد المشتري قبل يوم الثامن أو امتنع عن الإقباض.

والفرق بين يوم الثامن وقبله هو أن العقد يوم الثامن مفسوخ لا بقاء له ليلزم الوفاء به، بخلاف قبل ذلك اليوم.

(١) قاله العلامة رحمته في المختلف ٦: ٢٥٥.

وعليه فلو شك في بيع أن فيه خياراً لأحد المتبايعين أم لا، فبعد إنشائه الفسخ لا يمكن الحكم بعدم جواز أخذه المال من صاحبه أخذاً بعموم وجوب الوفاء بالعقود، حيث إن بقاء العقد بعد الفسخ المزبور غير محرز والتمسك في بقاءه باستصحابه وعدم انفساخه، خروج عن التمسك بالآية.

وأجاب عن الإشكال المحقق النائيني رحمته الله^(١): بأن هذا لو كان المراد بالعقد معناه الاسم المصدرى، فإنه على هذا التقدير لا يحرز بقاء الاسم المصدرى مع إنشاء الفسخ من أحدهما مع احتمال الخيار، بخلاف ما إذا كان المراد بالعقد معناه المصدرى فإن العهد بمعنى المصدرى يتحقق حال الإنشاء فالالتزام العقدي بحدوثه محكوم بلزوم الوفاء به إلى الأبد. ولا يكون التمسك بلزوم الوفاء به في الحكم ببطلان فسخه من التمسك بالعام في شبهته المصدقية، ولذا يكون مورد ثبوت الخيار تخصيصاً في العموم المزبور.

أقول: الظاهر عدم الفرق بين إرادة المعنى المصدرى والاسم المصدرى في أن التمسك بالآية عند الشك في لزوم عقد أو جوازه لا يكون من التمسك بالعام في شبهته المصدقية، فإن الاختلاف بين المعنيين بالاعتبار، فالعهد بملاحظة صدوره عن الفاعل معنى مصدرى وبملاحظته في نفسه معنى اسم مصدرى.

وعلى كلا التقديرين فالعهد بحدوثه محكوم بلزوم الوفاء به وانتهائه أو بوجوب ترتيب الآثار والعمل بمدلوله، نظير ما يقال من أن الشيء بحدوثه موضوع للحكم، أي لحدوثه وبقائه، كما في قوله سبحانه: «لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ»^(٢). وقد يكون موضوعاً

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٨.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٢٤.

للحكم بمعنى أنّ حدوده موضوع لحدوث الحكم وبقائه موضوع لبقائه، كما في قوله: «لا تصل خلف الفاسق».

وبما أن مناسبة الحكم والموضوع في المقام يقتضى كون وجوب الوفاء بالعهد من قبيل الأول فلا يكون التمسك بقوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ في موارد الشك في كون بيع أو غيره خيارياً أو جائزاً، من التمسك بالعام في شبهته المصادقية، هذا أولاً. وثانياً: قد تقدم أن المراد بالعقود: العهود، سواء كان العهد لله سبحانه كالعهد والنذر، أو للغير كما في المعاملات المالية كالبيع والإجارة، أو غير المالية كالنكاح كما يشهد لذلك.

مضافاً إلى عموم العهد إطلاق العقد على كل منها في مثل قوله سبحانه: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمْ مِنَ الْأَيْمَانِ﴾^(١) وقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانَكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصِيبتَهُمْ﴾^(٢) ﴿وَلَا تَغْزِمُوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ...﴾^(٣) إلى غير ذلك. ثم إن متعلق العهد يختلف، فتارة يكون فعلاً للغير فالوفاء به عبارة عن الإتيان بذلك الفعل، وأخرى يكون الأمر الوضعي، أي الاعتباري كالملكية مجاناً أو مع العوض، فالوفاء بالعهد فيه إنهاؤه وعدم إغاثة، أو ترتيب الأثر العملي على ذلك الأمر الاعتباري.

ووجوب الوفاء بالعهد في القسم الأول تكليفي، كما هو ظاهر الأمر بالفعل الخارجي، فالوفاء في ذلك القسم عبارة عن الإتيان بمتعلق العهد كما تقدم.

(١) سورة المائدة: الآية ٨٩.

(٢) سورة النساء: الآية ٣٣.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٣٥.

والأمر بالوفاء في القسم الثاني إما بمعنى عدم إلغاء العهد؛ لكونه من قبيل الأمر بالمعاملة، فيكون ظاهراً في الإرشاد إلى اللزوم المراد ترتيب الأثر على متعلق العهد والعمل بمدلوله في مقابل نقض العهد عملاً.

فالأمر بالوفاء باعتبار كونه أمراً بالأفعال الخارجية يكون ظاهراً في التكليف. ولكن لا أظن أن يلتزم المصنف رحمته أو غيره بأن إمساك البائع - مثلاً - للمبيع ابتداءً أو بعد إقباضه يوجب عقابين؛ أحدهما بعنوان ترك الوفاء بالمعاملة، والثاني أنه تصرف وإمساك بمال الغير بلا رضاه، كما هو مقتضى قوله: «لا يحل مال امرئ مسلم»^(١)، بل لا بد من الالتزام بأن الأمر بالوفاء ولو بمعنى ترتيب الآثار إرشاد إلى لزوم المعاملة، فلا يصح دعوى أن مدلول الأمر بالوفاء حكم تكليفي بحيث ينتزع منها الحكم الوضعي.

لا يقال: على ذلك يلزم استعمال الأمر بالوفاء في الإرشاد والتكليف، فالإرشاد بالإضافة إلى العهد في المعاملات والتكليف بالإضافة إلى العهد بالفعل الخارجي، كموارد النذر والحلف.

فإنه يقال: الأمر بالوفاء انحلائي فالأمر بالإضافة إلى بعض العهود يكون إرشاداً وبالإضافة إلى البعض الآخر تكليفاً، وقد تقدم سابقاً أنه ليس إرادة الإرشاد والتكليف معاً من قبيل استعمال اللفظ في أكثر من معنى؛ لأن المستعمل فيه لصيغة الأمر أو مادته في موردي الإرشاد والتكليف واحد. ويختلف الإرشاد عن التكليف بالغرض من البعث إلى الفعل، وتفصيل ذلك في بحث الأصول.

(١) وسائل الشريعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١.

ثم إن المصنف رحمه الله قد أجرى ما ذكره في آية: ﴿أَوْ فَوَابِئِ الْعُقُودِ﴾^(١) في قوله سبحانه: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) و﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣) بدعوى أن المراد بحلّية البيع جواز ترتيب الآثار بمدلول البيع، وإذا جاز ترتيب الاثر على مدلوله حتى فيما إذا فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه ينتزع عن الجواز المزبور اللزوم الوضعي، وكذلك الأمر في جواز ترتيب الآثار على مدلول التجارة عن تراضٍ، فإنه ينتزع من جواز الترتيب حتى بعد فسخ أحدهما اللزوم الوضعي للتجارة.

ولكن لا يخفى أن قوله سبحانه: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ مدلوله المطابقي كما هو مقتضى إضافة الحلية إلى المعاملة، ومنها البيع جوازها الوضعي أي إمضاؤها؛ ولذا لو كان بيع البائع بشرط الخيار له أو لصاحبه إلى مدة يحكم بصحة البيع المزبور وكونه خيارياً أخذاً بإطلاق الإمضاء المستفاد من الآية.

وبتعبير آخر: إمضاء البيع على طبق ما قرره المتبايعين في إنشائه، فإن كان بشرط الخيار فيحكم بإمضائه كذلك، وإن كان بدون شرطه يكون إمضاؤه مطلقاً.

وعلى ذلك فيمكن نفي احتمال الخيار الشرعي التأسيسي بناءً على ظهور الآية في إمضاء المعاملة بما له الحكم عند العقلاء، كما هو ظاهر الآية.

وأما إذا ادعى بأن مدلولها هو نفس إمضاء البيع بمدلوله من غير نظر إلى إمضاء حكمه عند العقلاء فلا يمكن التمسك به في مورد احتمال الخيار الشرعي التأسيسي

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

توضيح الضعف: أن اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للعقد، وليس من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم، هذا المعنى - أعني وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه - يصير بدلالة الآية حكماً شرعياً للعقد، مساوياً للزوم وأضعف من ذلك: ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم - مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور - وهو: أن المفهوم من الآية عرفاً حكمان: تكليفي ووضعي. وقد عرفت أن ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً. ومن ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ النَّبِيْعَ» على اللزوم، فإن حلية البيع التي لا يراد منها إلا حلية جميع التصرفات المترتبة عليه - التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الآخر - مستلزمة لعدم تأثير ذلك الفسخ وكونه لغواً غير مؤثر.

ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض فإنه يدل على أن التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر. فدلالة الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد، لكن يمكن أن يقال: إنه إذا كان [١] المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع

أيضاً، كما لا يبعد ذلك في قوله سبحانه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^(١) فإن مدلوله جواز تملك مال الغير بالتجارة.

وأما أن الأحكام المترتبة على التجارة ما هي وأن أحكامها العقلانية كلها ممضاة أم لا، كل ذلك خارج عن مدلول الاستثناء، فتدبر جيداً.

[١] مراده أن حلية التصرفات المترتبة على البيع بعد فسخه من أحدهما من غير

الآثار الثابتة باطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب ولا ينفع الاطلاق.

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [١] دلّ على حرمة الأكل بكل وجه يسمّى باطلاً عرفاً، وموارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فإن أكل المازة من ثمر الأشجار التي يمرّ بها باطل لولا إذن الشارع الكاشف عن عدم

رضا صاحبه لم تذكر في الآية بخصوصها وكذا حلية التصرفات المترتبة على التجارة، بل المدعى شمول الحلية لتلك التصرفات بالإطلاق في الآيتين.

وعليه فيمكن دعوى أن حلية التصرفات المترتبة على البيع والتجارة دائرة مدار بقاء البيع والتجارة، حيث إن ظاهر كل خطاب كون الحكم المذكور فيه حدوداً وبقاءً دائراً مدار حدوث الموضوع وبقائه، كما في خطاب: «لا تصل خلف الفاسق»^(١). وإنما خرجنا عن ذلك في آية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقلنا: إن تحقق عقد - أي عهد - في زمان موضوع لوجوب الوفاء حدوداً وبقاءً بمناسبة الحكم والموضوع المفقودة في الآيتين الأخيرتين.

[١] قد تقدم سابقاً أن المراد بالأكل في الآية، الاعتباري أي التملك ووضع اليد على مال الغير، كما هو مقتضى إضافة الأكل إلى المال، والمراد بالباطل: الباطل في اعتبار العرف وبنائهم، فيكون النهي عن أكل المال بالباطل من قبيل النهي عن المعاملة ظاهراً في الإرشاد إلى فساد ذلك الأكل.

ومن الواضح أن تملك أحد المتبايعين مال الآخر بالفسخ من غير رضا صاحبه تملك بالباطل.

(١) انظر وسائل الشريعة ٨: ٣١٣، الباب ١١ من أبواب صلاة الجماعة.

بطلانه، وكذلك الأخذ بالشفعة والخيار، فإن رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوي الخيار والشفعة، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن أخذ مال الغير وتملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفاً.

نعم، لو دل الشارع على جوازه - كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض - كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين.

نعم، إذا ثبت الخيار في البيع من الشارع ولو تأسيساً يخرج التملك المزبور عن الباطل شرعاً، وكذلك الأمر في الأكل الخارجي، فلو أذن الشارع في أكل المار من ثمرة طريقه فلا يكون ذلك من الأكل بالباطل.

وأما مع عدم ثبوت الخيار أو الإذن فيكون عموم النهي متبعاً ونتيجة ذلك لزوم المفروض.

ولا يخفى أنه إذا كان المراد بالأكل ما ذكر فيكفي في التمسك به انصاف المال بكونه مالاً لشخص، فإنه مع كونه مالاً له يكون تملكه ووضع اليد عليه بالوجه الباطل العرفي، - ومنه الفسخ في المعاملة باحتمال الخيار الشرعي - محكوماً بالبطلان شرعاً.

والحاصل: أنه لا يتوقف التمسك به على إحراز أن المال بعد الفسخ المحتمل جوازه ملك أيضاً لمالكه الأول؛ ليكون التمسك به من قبيل التمسك بالعام في شبهته المصدقية، اللهم إلا أن يقال: إن الفسخ لا يكون تملكاً للمال، بل هو حل العقد وبعد حله يكون التملك بالسبب الذي كان قبل العقد، ولكن لا يخفى أن التملك بالسبب السابق أيضاً بعد الفسخ المزبور تملك بالباطل، فلا بأس بالأخذ بالآية في الحكم بفساد الفسخ.

ومما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم [١] إلا عن طيب نفسه».

ومنها قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» [٢] فإن مقتضى السلطنة التي

[١] ولعل مراده أن المستفاد من الحديث^(١) ابتداءً الحكم التكليفي، أي حرمة التصرفات الخارجية المتعلقة بمال الغير، حتى التصرفات الواقعة بعد فسخ أحد المتعاملين، ويتنزع من حرمتها عدم نفوذ ذلك الفسخ.

وفيه: أن الموضوع لعدم جوازها مال الغير بلا رضاه وكون المال بعد فسخ أحد المتعاملين ولو بلا رضاه صاحبه مال الغير غير محرز، فيكون التمسك بعموم عدم الجواز في الفرض من التمسك بالعام في شبهته المصادقية.

ولو قيل: بأن عدم الحل يعم التصرفات الخارجية والتصرفات الاعتبارية - فيكون عدم الحل بالإضافة إلى التصرفات الاعتبارية حكماً وضعياً - بمعنى الفساد، فيشكل التمسك به في الحكم بفساد الفسخ أيضاً؛ لأن الفسخ كما ذكرنا ليس تصرفاً في مال الغير، بل هو تصرف في العقد، حيث إنه حلّه، ومدلول الرواية عدم جواز التصرف في مال الغير، لا عدم جواز التصرف في المعاملة التي صار بها المال للغير.

والحاصل: أن استفادة الحكم الوضعي، أي فساد الفسخ من حرمة التصرفات في المال تكليفاً أو وضعاً أيضاً تمسك بالعام في شبهته المصادقية، وأن فسخ العقد باعتبار عدم كونه تصرفاً في المال غير داخل في مدلول الرواية.

[٢] لو كان مراده ﷺ أن تصرف البائع - مثلاً - في المبيع بعد فسخه غير جائز، بل التصرف الحلال ينحصر بالمالك، لكان التمسك بالرواية^(٢) بعد فسخ أحد المتعاقدين

(١) وهو الحديث الذي في المتن، وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١.

(٢) وهي الرواية التي في المتن، عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث ١٩٨، و ٣: ٢٠٨.

أمضاها الشارع: أن لا يجوز أخذه من يده وتملكه عليه من دون رضاه، ولذا استدلَّ المحقِّق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه، بأنَّ فائدة الملك التسلُّط ونحوه العلامة في بعض كتبه.

والحاصل: أنَّ جواز العقد - الراجع إلى تسلُّط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه وصار مالاً لغيره وأخذه منه بغير رضاه - مناف لهذا العموم.

ومنها: قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» وقد استدلَّ به على اللزوم غير واحد منهم المحقِّق الأردبيلي رحمته الله بناءً على أنَّ الشرط مطلق الإلزام والالتزام، ولو ابتداءً من غير ربط بعقد آخر، فإنَّ العقد على هذا شرط، فيجب الوقوف عنده ويحرم التعدي عنه، فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في «أوفوا بالعقود» لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتَّى في مثل قوله عليه السلام في دعاء

من التمسك بالعام في شبهته المصادقية؛ لأنَّ مع احتمال نفوذ الفسخ لا يحرز أن التصرف في المال المزبور تصرف من غير المالك.

وأما بناءً على ما تقدم من سابقاً من أن مفادها ولاية المالك على التصرفات المشروعة في المال وليس راجعاً إلى تعيين التصرف المشروع، فلا يمكن التمسك به في المقام؛ لأنَّ الشك في كون الفسخ تصرفاً مشروعاً أم لا. هذا أولاً.

وثانياً: قد ذكرنا أن الفسخ لا يكون تصرفاً في المال، بل هو تصرف في العقد بحله والتصرف في المال بعد الفسخ المحتمل لم يحرز كونه تصرفاً من غير المالك؛ ليحكم بعدم جوازه كما لا يخفى.

التوبة: «ولك يا رب شرطي» [١] أن لا أعود في مكروهك، وعهدي أن أهجر جميع معاصيك»، وقوله ﷺ في أول دعاء الندبة: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا» كما لا يخفى على من تأملها مع أن كلام بعض أهل اللغة يساعد على ما ادّعينا من الاختصاص. ففي القاموس: الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه.

[١] كأن مراده ﷺ أن الالتزام بعدم العود إلى المعصية التزام في ضمن التوبة التي هي في حقيقتها الندم على ما فعل، وأن شرط الزهد على الأئمة ﷺ قد وقع في ضمن اختياره سبحانه إياهم للعناية الخاصة بجعلهم أولياء المجد والعزّ ومهبط الوحي وموارد الكرامة.

ولكن لا يخفى أن ملاحظة ما ذكر قبل كل منهما يشهد بأن المراد منه الإلزام أو الالتزام الابتدائي، فإنه سلام الله عليه ذكر على ما في الدعاء: «وقد قلت -يا إلهي- في محكم كتابك: إنك تقبل التوبة عن عبادك وتعفو عن السيئات وتحب التوابين»^(١)، فإن هذا بيان لالتزامه سبحانه بقبول التوبة من التائبين وحبهم، فيكون قول التائب: وأوجب لي محبتك كما شرطت استدعاءً للوفاء بالالتزام، كما أن توبة النادم من معصية قابلة للتكرار يلازم الالتزام بعدم العود إلى مثلها. ويكون هذا دخيلاً في تحقق التوبة وإلا فلا يكون ندمه إلا لفظياً لأنه التزام زائد على التوبة، فيكون قوله: «يا رب شرطي أن لا أعود»^(٢) بياناً للالتزام المحقق للتوبة.

ومن العجب عن بعض الأجلة^(٣)، حيث فرّق بين الشرط في قوله: أوجب لي

(١) الصحيفة السجادية: ١٦.

(٢) بحار الأنوار ٩٩: ١٠٤ في ضمن دعاء الندبة.

(٣) حاشية كتاب المكاسب للإيرواني ﷺ ٣: ٢٣.

محبتك كما شرطت، وجعل الشرط فيه بمعنى المعلق عليه لإيجاب المحبة، وبين الشرط في قوله: «لك يارب شرطي»، حيث ذكر أنه بمعنى الالتزام مع وضوح أنه في كلا الموردین بمعنى الالتزام.

وأما دعاء النذبة، فإن إعطاء الله سبحانه العز والمجد واختياره الأولياء ليس من قبيل المعاملة؛ ليكون شرط الزهد من قبيل الإلزام في المعاملة، بل الإلزام فيه بمعنى التكليف.

وبما أنه سبحانه قد علم بطاعتهم والوفاء بالتزامهم بالزهد وقد شملتهم العناية من الأول فأعطاهم ما اقتضى علمه وقضاه جل وعلا، ومثل ذلك من استعمال لفظ الشرط في الإلزام أو الالتزام الابتدائيين.

ولكن واستعماله فيه أو في مطلق الحكم تكليفاً كان أو وضعياً، كما في قوله: «شرط الله قبل شرطكم»^(١)، و«الشرط في الحيوان ثلاثة أيام»^(٢) وفي غيره «حتى يفترقا»^(٣)، لا يوجب ظهوره في مطلق الالتزام أو الإلزام ليحمل قوله ﷺ في صحيحة عبد الله بن سنان أو غيرها: «المسلمون عند شروطهم»^(٤) عليه ويتمسك به في موارد الشك في لزوم المعاملة وجوازها بالتقريب المتقدم في قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٥) بأن يقال: أصل المعاملة شرط فيجب الوفاء بها، فيتنزع من وجوبه لزومها.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٧ و ٢٩٦، الباب ٢٠ و ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ٦ و ١.

(٢) أنظر وسائل الشيعة ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار.

(٣) أنظر وسائل الشيعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ١٦ و ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

(٥) سورة المائدة: الآية ١.

ومنها الأخبار المستفظة في أن «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» وأنه «إذا افترقا وجب البيع»، وأنه «لا خيار لهما بعد الرضا». فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموماً أو خصوصاً. وقد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضاً. وربما يقال: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك [١] فإن

وقد يقال: إن الشرط بمعنى مجرد ربط الشيء بالشيء، وقد يكون الربط أمراً واقعياً خارجياً كالشرط الأصولي والنحوي، وقد يكون جعلياً كما في التزام الشخص بفعل، حيث يربط الشخص الفعل لنفسه وعهدته، أو معاملياً بأن يربط المعاملة بذلك، أي على الالتزام به لا على الملتزم به.

ولكن لا يخفى أن ذلك مع عدم تمامه في نفسه كما يأتي، لا يوجب ظهور اللفظ في الرواية في مطلق الربط الذي يجعله المسلم، سواء كان من قبيل الالتزام الابتدائي أو الالتزام في المعاملة، بل المتيقن منه هو الشرط في المعاملة لو لم نقل بظهوره فيه بخصوصه.

[١] وحاصل ما ذكره رحمته في الجواب عن استصحاب عدم انقطاع علاقة المالك الأول، هو أنه إن كان المراد بعلاقة المالك الأول الملك، فمن الظاهر أنه قد زال بالبيع، وكذا إن كان المراد بها متفرعات الملك، فإنه مع زوال الملك لا تبقى متفرعاته.

وإن أريد السلطنة على إعادة العين إلى ملكه فهذه السلطنة لم تكن في زمان الملك، ولا يمكن اجتماعها معه؛ إذ إعادة الملك فرض عدم الملك فعلاً.

والحاصل: أن هذه السلطنة تحدث بعد زوال الملك بثبوت الخيار في المعاملة. وإن أريد استصحاب هذه السلطنة بعد انقضاء خيار المجلس فلا مجال لهذا الاستصحاب، فإنه لا يجري في موارد عدم ثبوت خيار المجلس، بل مطلقاً؛ لأن خيار المجلس كما هو ظاهر الأخبار ينتهي بالتفرق.

الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع، وهذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم المقتضي للزوم. ورَدُّ بآئه: إن أُريد بقاء علاقة الملك أو علاقة تتفرَّع على الملك، فلا ريب في زوالها بزوال الملك. وإن أُريد بها سلطنة إعادة العين في ملكه، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك، وإنَّما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل، فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها. وإن أُريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع، فإنَّها تستصحب عند الشك، فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال: الأصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرّف، في مقابل من جعلها لازمة بالتصرّف، ففيه - مع عدم جريانه فيما

ومع الشك في لزوم المعاملة وجوازها يكون المورد من موارد الأخذ بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) ويكون استصحاب بقاء الملك بعد إنشاء الفسخ من أحدهما جارياً بلا معارض.

أقول: لا يخفى ما في كلامه عليه السلام من الضعف، فإنه إذا كان خيار المجلس موقتاً بالافتراق فلا مجال لاستصحاب هذا الخيار بعد هذا الخيار، ولو كان البيع بعد الافتراق خيارياً كما في شراء الحيوان، فالخيار الثابت خيار آخر، ومع عدم قيام الدليل عليه لا يصحّ استصحاب طبيعي الخيار، فإنه من استصحاب القسم الثالث من الكلّي. ولو قيل بأن المرجع في العام المخصّص في غير زمان التخصيص هو عموم العام، سواء كان عمومه من جهة الزمان أيضاً استغراقياً أو استمراريّاً كان المرجع في مفروض الكلام عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وإن لم نقل بالتمسك بالعام فيما إذا كان عمومه استمراريّاً، فيتعين الأخذ باستصحاب بقاء الأثر الحاصل بالعقد.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

لا خيار فيه في المجلس، بل مطلقاً بناءً على أن الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم: «أَوْفُوا» لا الاستصحاب -: أنه لا يجدي بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم، ثم إنه

فالجَمع بين التمسك بعموم العام والأخذ بهذا الاستصحاب - كما هو ظاهر كلامه - غير ممكن.

وأما ما ذكر من استصحاب عدم انقطاع سلطنة المالك عن المال وكون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الأثر، ففيه ما تقدم من أن الخيار لا يكون حقاً متعلقاً بالمال، بل هو - كما تقدم - ملك فسخ العقد، وهذا الملك غير ثابت قبل البيع للبايع ولا للمشتري حتى يستصحب.

ودعوى «أن الخيار مرتبة ضعيفة من ملك المال»، ولذا يقال: إن الحق مرتبة ضعيفة من الملك، وبتعبير آخر: السلطنة المتعلقة بالمال بمرتبها القوية تسمى ملكاً وإن تنزلت إلى مرتبتها الضعيفة تكون حقاً، وعلى ذلك فيكون استصحاب طبيعي السلطنة على المال من قبيل استصحاب طبيعي السواد للجسم بعد العلم بزواله بمرتبته الشديدة واحتمال بقائه بمرتبته الضعيفة» موهومة؛ لأن كلاً من ملك المال وخيار الفسخ في المعاملة أمر اعتباري يؤخذ من العرف. والخيار في المعاملة عندهم - كما مر - حق يتعلق بفسخ العقد ولا يكون حقاً في المال؛ ولذا يجوز لمن انتقل إليه المال في المعاملة التصرف فيه بما شاء ولو مع الخيار لصاحبه، إلا إذا اشترط صاحبه عليه إبقائه، كما في بيع الخيار ولا يكون الملك والخيار عندهم شيئاً واحداً يختلفان بالشدة والضعف.

وأما ثبوت حق آخر متعلق بالعين غير الخيار في العقد وغير الجواز الحكمي، فلا يحتمل في العقود.

يظهر من المختلف - في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة - : أن الأصل عدم اللزوم، ولم يردّه من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، ولم يعلم وجه صحيح لتقرير هذا الأصل، نعم هو حسن في خصوص عقد المسابقة [١] وشبهه مما لا يتضمّن تملكياً أو تسليطاً ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر وعدم زواله بدون رضا الطرفين.

[١] وحاصله: ^(١) أنه إذا تضمّن العقد التملك كالبيع والإجارة أو التسليط، كما في الوكالة، حيث إن المالك يسلّط الغير على التصرف في ماله ولم يتم دليل على جوازه أو لزومه، فيمكن الحكم بلزومه باستصحاب ذلك الملك أو التسليط بعد فسخ أحد المتعاقدين.

وأما إذا لم يتضمّن العقد التملك أو التسليط، أي التملك أو التسليط الفعلين وإن تضمّن ملكاً أو تسليطاً تعليقاً ومشروطاً كما في عقدي المسابقة والوصية، فمع عدم قيام الدليل على لزومه أو جوازه يكون مقتضى الأصل جوازه. حيث يستصحب فيه عدم الأثر، فيقال: إنه قبل أن تحقق فوز السابق لم يكن العوض المقرر ملكاً له، وبعد فوزه مع فسخ أحد المتعاقدين قبله يشك في استحقاقه وتملكه إيّاه فالأصل عدم انتقال ذلك العوض إليه، وكذا الحال في الوصية.

أقول: لو وصلت النوبة إلى الأصل العملي في مثل عقدي المسابقة والوصية لكان مقتضى استصحاب بقاء العقد بعد فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه لزومه؛ لأن عقد المسابقة ولو قيل بعدم تضمّنه الالتزام والتعهد بالسبق والنضال، بل مدلوله مجرد جعل ملك العوض لمن فاز في السبق بمفاد القضية الشرطية على ما قيل بأن مفادها

(١) أي حاصل ما ناقش رحمته ظاهر المختلف (وهو: أن الأصل عدم اللزوم) ٦: ٢٥٥، والذي لم يردّه صاحب جامع المقاصد ٣٢٦٨، ولا صاحب الجواهر ٢٨: ٢٢٣.

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم [١] إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، ويجري أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز، بناءً على أن المرجع في الفرد المرّد بين عنواني العام والمخصّص إلى العموم. وأمّا بناءً على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل، بمعنى استصحاب الأثر وعدم زواله بمجرد فسخ أحد

مفاد الجعالة، إلا أن هذا جعل بعنوان القضية الشرطية بقاؤه مشكوك بعد فسخ أحدهما بلارضاً صاحبه فيستصحب.

ويجري هذا في الوصية أيضاً، فإن جعل ملكية مال لشخص على تقدير وفاة الجاعل، كما هو مفاد الوصية التمليلية يستصحب، ويكون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب عدم الأثر قبل تحقق الشرط كالفوز في المسابقة وحياة الموصي، فإن جعل بمفاد القضية الشرطية مفاده فعلية الجزاء بفعلية الشرط، على ما هو المقرر في بحث عدم نسخ الأحكام.

ومما ذكر يظهر أنه لا تصل النوبة في الشك في العقود التي مفادها الملك أو التسليط الفعلي إلى استصحاب ذلك الملك أو التسليط، بل الاستصحاب في ناحية بقاء نفس العقد من البيع والإجارة أو الوكالة أو غيرها. بمعنى عدم إمضاء الشارع إلغائها بعد فسخ أحدهما يكون جارياً ويترتب عليه بقاء الملك أو التسليط وغيرها.

هذا كله مع القول باعتبار الاستصحاب في الشبهات الحكمية، كما هو المفروض في المقام.

[١] وحاصله: أنه إذا شك في لزوم عقد وجوازه بالشبهة الموضوعية بأن لم يعلم أن العقد الواقع خارجاً ما هو، وهل هو داخل في عنوان العقد الجائز أو اللازم، فإن قيل بجواز التمسك بالعام فيما إذا تردّد أمر الفرد بين بقائه تحت العام أو دخوله في عنوان

المتعاقدين، إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز، كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة، فإن الأصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة. لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع في إثبات صفة اللزوم وأما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه وفي الهبة فلا، بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك

الخاص الخارج، فيحكم بلزوم ذلك الفرد أخذاً بعموم مثل قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وإن منعنا عن ذلك تصل النوبة إلى استصحاب بقاء الأثر المتيقن الحاصل بالعقد على كل تقدير، ويكون نتيجة هذا الاستصحاب لزوم العقد.

والأخذ باستصحاب الأثر ينحصر بما إذا لم يكن في البين أصل موضوعي يعين أن الواقع خارجاً فرد جائز، كما إذا تردد تملك العين مجاناً بين كونها هبة أو صدقة فإنهما يشتركان في كونهما تملك المال مجاناً وافتراق الصدقة عن الهبة بكون التملك في الصدقة بقصد التقرب، واستصحاب عدم قصد التقرب في التملك مقتضاه كونها هبة يجوز لصاحب العين أن يرجع فيها ما دامت باقية.

ثم إن ما ذكر من الأخذ باستصحاب بقاء الأثر مع عدم الأصل الموضوعي المحرز لعنوان العقد الجائز، فيحكم باللزوم ليس معناه أنه باستصحاب بقاء الأثر يثبت عنوان العقد اللازم ويرتب سائر آثاره، كما إذا شك في أن تملك العين كان بعنوان الهبة؛ لجوز لصاحبها الرجوع فيها مادامت باقية، أو كان بيعاً فلا يجوز الرجوع فيها، فباستصحاب بقاء ملك العين لمن انتقلت إليه يحكم بلزوم التملك. وأما ثبوت عنوان البيع فلا لأن إثبات عنوان الموضوع باستصحاب حكمه أصل مثبت، بخلاف إثبات الحكم باستصحاب عنوان الموضوع بل يرجع بالإضافة إلى سائر آثار عنوان العقد

في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة، وإذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان، لعموم «على اليد» إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة، وإن كان المستند دخوله في «ضمان العين» أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقاً لها، كان الأصل البراءة أيضاً.

اللازم بالأصل الجاري فيها، ولو شك في ثبوت العوض بذمة من انتقل إليه العين فالأصل عدم اشتغال ذمته بالعوض.

هذا فيما إذا تردد الأمر بين الهبة الصحيحة والبيع الصحيح، وأما إذا تردد بين الهبة الفاسدة والبيع الفاسد وكانت العين تالفة في يد من انتقل إليه بالعقد الفاسد، فيحكم بضمانة تلك العين أخذاً بعموم «على اليد»^(١).

ولو قيل: بأن خروج المأخوذ بالهبة من عموم حديث «على اليد» مانع عن الأخذ به في الفرد المشكوك فيرجع في الضمان أيضاً إلى أصالة البراءة.

أقول: إن كان تملك المال مجاناً - مطلقاً أو من فقير - بداعٍ قريبٍ يطلق عليه الصدقة، وإن كان بداعٍ آخر يطلق عليه الهبة، والهبة يجوز الرجوع فيها مادامت العين باقية إلا في موارد خاصة كالهبة للأرحام أو مع التعويض، وفي صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله وعبدالله بن سليمان جميعاً قالوا: سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة، أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: «تجوز الهبة لذوي القرابة، والذي يثاب عن هبته ويرجع في غير ذلك إن شاء»^(٢)، والمراد بالجواز النفوذ واللزوم، وهذا بخلاف الصدقة فإنه لا يرجع في تملك يقصد به وجه الله. وفي صحيحة زرارة: «...»

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٧، الباب ٦ من كتاب الهبات، الحديث ١.

إِنَّمَا كَانَ النَّاسُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَنْحَلُونَ وَيَهْبُونَ، وَلَا يَنْبَغِي لِمَنْ أُعْطِيَ لِلَّهِ شَيْئًا أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، قَالَ: وَمَا لَمْ يَعْطِ لِلَّهِ وَفِي اللَّهِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِ نَحْلَةً كَانَتْ أَوْ هَبَةً...^(١)، والمراد به «لا ينبغي» عدم نفوذ الرجوع ولو بقرينة سائر الروايات.

وعلى ذلك، فإذا شك في كون العقد الواقع خارجاً هبة ليجوز الرجوع فيها أو أنها صدقة ليلزم، فأصالة عدم قصد التقرب فيه كما هو مفاد استصحاب السالبة بانتفاء الموضوع - المعبر عنه باستصحاب العدم الأزلي - محرزة لجوازه، فإنها تحرز دخول التملك المفروض في قوله: «وما لم يعط لله وفي الله». ولا نحتاج في إثبات الجواز إلى إثبات عنوان الهبة ليقال: إن عنوان الهبة لا يثبت بالأصل المزبور، ويجب: بأن الهبة هي التملك مجاناً، غاية الأمر حكم على بعض أفرادها المعبر عنه بالصدقة باللزوم، كما هو ظاهر الصحيحة.

ثم إن القبض معتبر في الهبة على المشهور، ويدل على ذلك الروايات منها الدالة على أن العين الموهوبة مع عدم القبض ترجع ميراثاً للواهب^(٢)، وكذا الصدقة لا تكون لازمة إلا بالقبض، فإنه وإن ورد في بعض الروايات ما ظاهره عدم اعتبار القبض في الصدقة كرواية أبي بصير، ولا يبعد اعتبارها سنداً «عن أبي عبد الله عليه السلام»، قال: الهبة لا تكون أبدأ هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه^(٣)، إلا أنها تحمل على استحباب القبض بقرينة بعض الروايات الدالة على اعتبار القبض في الصدقة كصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «إذا كان أب تصدق بها على ولد صغير فإنها

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣١، الباب ٣ من كتاب الهبات، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٢ و ٢٣٣، الباب ٤ من كتاب الهبات، الحديث ١ و ٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٤، الباب ٤ من كتاب الهبات، الحديث ٧.

جائزة؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً، وإن كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتى يقبض»^(١).

وأيضاً ما في بعض الروايات من إطلاق نفوذ الهبة على الأرحام يقيد بما بعد القبض بشهادة موثقة جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل وهب لابنه شيئاً، هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «نعم، إلا أن يكون صغيراً»^(٢). وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - قال: «الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها، إن شاء حيزت أو لم تُحز، إلا لذي رحم فإنه لا يرجع فيها»^(٣)، فإنه بناءً على ما تقدم يقيد عدم جواز الرجوع في الهبة لذي رحم بما إذا كان بعد القبض، أي الحيابة، بقريته موثقة جميل ونحوها.

وأما مسألة الاختلاف في كون العقد واقع هبة أو بيعاً، فإن كان الاختلاف في مجرد اشتغال ذمة من انتقل إليه العين بالعوض وعدمه كما إذا كان الاختلاف بعد تلف العين أو مع كون المنتقل إليه من الأرحام، فيجري استصحاب عدم البيع بلا معارض، فالقول قول منكر البيع فعليه الحلف على عدم البيع.

وإن كان الاختلاف في جواز الرجوع في العين وعدمه خاصة، كما إذا ادعى من انتقل إليه العين أنه اشتراها ودفع إلى صاحبها ثمنها، وقال المالك: قد وهبتها فله الرجوع فيها، فالقول قول مدعي البيع أخذاً بأصالة بقاء الملك لمن انتقلت إليه، فعليه الحلف على عدم وقوع الهبة.

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٦، الباب ٥ من كتاب الهبات، الحديث ٥.

(٢) المصدر: ٢٣٥، الحديث ١.

(٣) المصدر: ٢٣٧، الباب ٦، الحديث ٢.

وإن كان الاختلاف في كل من اشتغال الذمة بالعوض وجواز الرجوع، كما إذا ادعى المالك أنه قد باعها بكذا وادعى من انتقل إليه أنه وهبها، فربما يقال: إن المورد من موارد التحالف؛ لأن لكل من الهبة التي يدعيها من انتقل إليه العين والبيع الذي يدعي صاحبها أثراً خاصاً فيكون أصالة عدم وقوع البيع معارضة بأصالة عدم وقوع الهبة، وبالتحالف يحكم بانفساخ المعاملة ورجوع العين إلى صاحبها.

ولكن الصحيح أن المورد ليس من موارد التحالف، فإن التحالف ينحصر بموارد دعوى كل من المتخاصمين على الآخر شيئاً، وفي الفرض لا يدعي من انتقل إليه العين على الآخر شيئاً؛ ولذا يحلف على نفي البيع أو على عدم اشتغال ذمته بالعوض. ولكن يجوز لصاحب العين الرجوع فيها لاتفاقهما على ذلك، فإنه يعترف من انتقل إليه بذلك بمقتضى الهبة كما يدعيه صاحبها، باعتبار أنه مقتضى تخلف الآخر عن أداء الثمن، فإن التخلف المزبور أحد موجبات الخيار كما يأتي.

فما ذكره المصنف عليه السلام من الحكم في الفرض بلزوم الملك وعدم اشتغال ذمة من انتقل إليه بالعوض لا يمكن المساعدة عليه.

هذا كله مع دوران العقد بين الهبة والبيع في مقام المرافعة، وأما دورانه بينهما في غير مقام المرافعة كما إذا علم بأن العين قد تملكها من الآخر وشك في كونه بالهبة أو بالبيع وأن عهده مشغولة بالعوض، فإن كانت العين تالفة أو كان هو ذا رحم فيأخذ بأصالة براءة عهده عن الاشتغال بالعوض، وكذا إذا كانت العين موجودة مادام لم يرجع في الهبة المالك الأول. وأما رجوعه فيها فعلمه إجمالاً بوجود دفع العين إليه كما لو كانت هبة أو بدله كما إذا كانت بيعاً، يكون موجباً لوقوع التعارض بين أصالة عدم الهبة ولزوم الملك وبين أصالة عدم البيع وعدم اشتغال عهده بالبدل، فيلزم عليه

التصالح كما لا يخفى.

وأما مسألة ضمان المال فيما إذا تردد أمر العقد الفاسد بين كونه هبة فاسدة أو بيعاً فاسداً، فيحكم فيه بالضمان، سواء كان ذلك في مورد الترافع أو غيره، وذلك فإن الإقدام على الضمان لا يكون موضوعاً لضمان المال ولذا لو وضع أحد يده على مال الغير اعتقاداً بأنه ماله وتلف ذلك المال في يده يكون ضامناً مع عدم حصول الإقدام على الضمان. ولا فرق في الحكم به القول باعتبار حديث «على اليد»^(١) وأن الخارج منه موارد إلغاء المالك احترام ماله بدفعه إلى الغير مجاناً أو بالإذن له بالإتلاف والإيتمان المالكي أو أخذ المال إحساناً إلى مالكة، أم قلنا بعدم اعتباره لضعف سنده، فإنه إذا قيل باعتبار الحديث وخروج الموارد المشار إليها بالتخصيص فالأمر ظاهر؛ لأن مع وضع اليد على المال وأصالة عدم إسقاط المالك حرمة ذلك المال بدفعه إليه مجاناً يحرز بقاء ذلك المال تحت عموم «على اليد». وأما إذا قلنا بعدم اعتباره، فلا ينبغي الريب في أن وضع اليد على مال الغير فيما إذا لم يكن مع إلغاء المالك احترامه أو الإيتمان أو الإحسان إليه، موضوع للضمان في بناء العقلاء الممضى من الشارع، كما يكشف عنه عدم وصول الردع، بل وصول الإمضاء في بعض الموارد.

وعليه فإذا أحرز وضع اليد على مال الغير، كما هو الفرض في المقام، وجرى أصالة عدم إلغاء المالك احترام ماله بالهبة، يحكم بالضمان لتمام موضوعه بضم الوجدان إلى الأصل.

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

في أقسام الخيار

وهي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة، والمجتمع منها في كل كتاب سبعة، وقد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور في اللمعة مجتمعاً أربعة عشر مع عدم ذكره لبعضها، ونحن نقنفي أثر المقتصر على السبعة - كالمحقق والعلامة رحمهما - لأن ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً، إذ ليس له أحكام مغايرة لسائر أنواع الخيار، فنقول وبالله التوفيق:

الأول: في خيار المجلس

والمراد بـ«المجلس» مطلق مكان المتبايعين [١] حين البيع وإنما عبّر بفرد الغالب وإضافة الخيار إليه لاختصاصه به وارتفاعه بانقضائه الذي هو الإفراق. ولا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار والنصوص به مستفيضة، والموثق الحاكي لقول علي عليه السلام «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب» مطروح أو مؤول. ولا فرق بين أقسام البيع وأنواع المبيع. نعم، سيجيء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمنعق على المشتري. وتفتيح مباحث هذا الخيار ومسقطاته يحصل برسم مسائل:

[١] يعني ليس المراد بالمجلس في خيار المجلس خصوص المجلس لثلاث ثبوت الخيار فيما إذا تبايعا حال المشي، بل المراد ثبوت الخيار للمتبايعين حال العقد، وإن لم يكن مكانهما من قبيل المجلس فإنه في الفرض أيضاً ثبت الخيار لهما إلى افتراقهما، ولا خلاف في ثبوت خيار المجلس عندنا وإن خالف فيه بعض مخالفينا^(١).

وفي موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا»^(٢).

(١) اللباب ١: ٢٢٢، والمجموع ٩: ١٨٤، وفتح العزيز ٨: ٢٩٢.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٧، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

مسألة: لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين [١] ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة. وهل يثبت لهما مطلقاً؟ خلاف.

قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما وبالموكلين مع حضورهما في المجلس، وإلا فبالوكيلين، فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غائب انتقل الخيار إليه، لأن ملكه أقوى من ملك الوارث. وللشافعية قولان: أحدهما: أنه يتعلق بالموكل، والآخر: أنه يتعلق بالوكيل، انتهى.

وقيل: ^(١) إنها تحمل على ثبوت البيع وعدم اشتراط أمر آخر في تمامه، كما في بيع الصرف والسلم؛ لأن الوجوب في اللغة هو الثبوت.

ولكن لا يخفى أنه لا يعد ذلك جمعاً عرفياً بين الموثقة وبين مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعاً فَهَمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا، فَإِذَا افْتَرَقَا وَجِبَ الْبَيْعُ» ^(٢)، حيث إن حمل الوجوب في الأول على ثبوت البيع وفي الثاني على لزومه جمع تبرّعي.

وعليه فيتعين طرحها، لكونها معرضاً عنها عند الأصحاب وموافقة لبعض العامة، حيث أنكروا ^(٣) خيار المجلس كما مرّ.

[١] وحاصله: أنه إذا كان المباشر للبيع والشراء أصليين يثبت لهما خيار المجلس، وكذا فيما إذا كانا وكيلين فإن ثبوته لهما في الجملة أيضاً مقطوع، وإنما الكلام في ثبوته للوكيلين مطلقاً حتى فيما لو كانا وكيلين في مجرد إجراء صيغة عقد البيع.

وذكر العلامة في «التذكرة» ثبوته للوكيلين ولموكليهما أيضاً مع كونهما في

(١) القائل هو الإرواني رحمته الله في حاشية كتاب المكاسب ٣: ٢٧.

(٢) وسائل الشريعة ٦: ١٨، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٣) مرّ آنفاً.

أقول: والأولى أن يقال: إنَّ الوكيل إن كان وكيلاً في مجرد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقاً لجماعة - منهم المحقق والشهيد الثانيان - لأنَّ المتبادر من النص غيرهما وإن عممناه لبعض أفراد الوكيل ولم نقل بما قيل - تبعاً لجامع المقاصد - بانصرافه بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك، مضافاً إلى أنَّ مفاد أدلة الخيار إثبات حقَّ وسلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلُّطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلُّط لو لم يكن مفروغاً

مجلس العقد لامع عدم حضورهما، نعم إذا مات أحد الوكيلين قبل الانتقال ينتقل خياره إلى موكله الغائب؛ لأنه أحق بالخيار من وارث الوكيل^(١).

ثم ذكر أن للشافعية القائلين بخيار المجلس قولين: أحدهما ثبوت الخيار للموكل ابتداءً، والثاني أنه يثبت للوكيل.

وذكر المصنف رحمته أن الوكيل فيما كان وكيلاً في مجرد إجراء لصيغة العقد فلا يثبت له الخيار أصلاً، وذكر لذلك وجوهاً:

الأول: أن قوله رحمته: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٢) المتفاهم منه غير هذا الوكيل ولو بناءً على عموم المتبايعين وشموله للوكيلين أيضاً والإغماض عمّا ذكره في «جامع المقاصد»^(٣) من انصرافهما بملاحظة الغلبة إلى البائع والمشتري المالكين.

والثاني: أن مقتضى أدلة الخيار، ومنها خيار المجلس، تعلّق حق لكل من المتعاقدين على ما انتقل عنه بعد الفراغ عن كونه سلطاناً لما انتقل إليه، فلم يحرز في المقام سلطنته الوكيل العاقد لما انتقل إلى المالك الموكل، فيكون ما نحن فيه نظير ما إذا

(١) التذكرة ١: ٥١٨.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٢٨٦.

عنه في الخارج، ألا ترى: أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممن ينعقد عليه لقراءة أو يجب صرفه لنفقة أو إعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار، بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع وعدم وجوب عتقه. هذا مضافاً إلى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه وبين خيار الحيوان، الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغة، فإن المقام وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيّد، إلا أن سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين، مع أن ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور، مضافاً إلى أدلة سائر الخيارات، فإن القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه.

شك في ثبوت خيار المجلس في مورد كون ما انتقل إليه ممن ينعقد عليه، أو احتمال أن يكون ما انتقل إليه مما يجب صرفه في الإنفاق الواجب عليه أو وجوب إعتاقه بالنذر، فإنه لا يمكن الحكم بثبوت الخيار في هذه الموارد أخذاً بقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) وإثبات أن المبيع ليس ممن ينعقد عليه أو لا يجب عليه إعتاقه بالنذر أو لا يجب صرفه في إنفاقه.

الثالث: أنه لا ينبغي الريب في أن خيار الحيوان لا يثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغة شراء الحيوان، وقد ذكر مقارناً مع خيار المجلس في الأخبار كما في قوله عليه السلام: «الشرط في الحيوان إلى ثلاثة أيام وفي غيره حتى يفترقا»^(٢)، وخيار الحيوان مع خيار المجلس وإن كانا حكيمين يمكن أن يكون الموضوع لأحدهما العاقد المالك وللآخر مطلق العاقد، إلا أن وحدة السياق يشهد بأن من ثبت له الخيار في شراء الحيوان إلى ثلاثة أيام هو الذي يثبت له خيار في غيره حتى يفترقا.

(١) مرّ آنفاً.

(٢) راجع وسائل الشيعة ٥: ١٠، الباب ١ و٣ من أبواب الخيار.

الرابع: أن الحكمة في جعل الخيار ملاحظة المتبايعين صلاحهما في البيع الواقع، وهذا لا يجري في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغة البيع.

والخامس: أن سائر الخيارات - كالغبن والغيب وغيرهما - لا يثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء الصيغة ويكون خيار المجلس أيضاً كذلك.

ولا يبعد أن يكون مراد «التذكرة»^(١) من الوكيل غير هذا الوكيل، فالقول بثبوت الخيار لهذا الوكيل - كما عن صاحب «الحدائق»^(٢) - ضعيف.

وأضعف منه ثبوته في حقه حتى مع منع موكله عن فسخ البيع بدعوى أن الخيار حق للعاقدة فله أن يستوفيه بفسخ العقد، وليس منع المالك مبطلاً للحق المزبور.

أقول: ما ذكره رحمته - من انصراف أدلة الخيار عن الوكيل في مجرد إجراء الصيغة له - وجه، فإن البيع وإن كان منتسباً إلى كل من الوكيل والموكل فيصح للوكيل أن يقول: «بعت دار فلان من فلان»، كما إذا احتاج إليه في مقام الشهادة ونحوها، كما يصح للموكل أن يقول: «بعت داري من فلان»، لكن مناسبة الحكم والموضوع وملاحظة حكمة الخيار وهو التروّي في صلاح البيع مقتضاه ثبوت الخيار للموكل. كما قد يقتضي ملاحظة المناسبة بين الحكم وموضوعه ثبوت الحكم لمن ينتسب إليه الفعل بالتسبب، كقوله عليه السلام: «من بنى مسجداً بنى الله بيتاً له في الجنة»^(٣)، أو ثبوت الجزاء لمن ينتسب إليه الحلق كذلك في قوله: من حلق أو قصر قبل السعي فعليه كذا... إلى غير ذلك.

(١) مرّ آنفاً.

(٢) الحدائق ١٩: ٧.

(٣) وسائل الشيعة ٥: ٢٠٣، الباب ٨ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ١.

وأما الوجه الثاني، فلا يمكن المساعدة عليه، فإن الخيار - كما تقدم - ملك فسخ العقد فلا يكون لذي الخيار سلطنة على ما انتقل عنه وكذا كون الخيار فرع سلطنته إلى ما انتقل إليه، وإنما يرجع ما انتقل عنه إلى ملكه بالسبب السابق على البيع على تقدير الفسخ؛ ولذا لا يكون قوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١) نافياً للخيار في البيع. ودعوى: أن الخيار فرع الإقالة - بمعنى أن الخيار يثبت في حق من شرع في حقه الإقالة وأن الإقالة لا تثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغة البيع، بل تثبت في حق المكلف بالقبض والإقباض والوفاء بالبيع، - لا يمكن المساعدة عليها أيضاً، فإن عدم ثبوت الإقالة في حق الوكيل في مجرد إجراء الصيغة إنما هو بالوجه الأول، - أي دعوى الانصراف الجاري في خيار المجلس وغيره - . ومع قطع النظر عنه ليتمكن دعوى صحة الإقالة من الوكيل المزبور أيضاً، حيث إن الإقالة هو الاجتماع مع الطرف الآخر على فسخ البيع أو غيره كما لا يخفى.

وأما وحدة السياق فلا شهادة فيها، فإن ذكر خيار الحيوان مع خيار المجلس في خطاب والعلم بعدم ثبوته خيار الحيوان للوكيل غايته أن لا يكون ذلك الخطاب ظاهراً في ثبوت خيار المجلس للوكيل، وهذا لا ينافي الأخذ بخطاب آخر لم يذكر فيه خيار الحيوان، بل ذكر فيه خيار المجلس لعنوان عام يعم الوكيل أيضاً. وأيضاً بما أن الحكمة في الحكم ومنه حكمة الخيار غير العلة فلا يمكن الاستشهاد لعموم الحكم أو اختصاصه بعموم الحكمة وخصوصها.

وغاية ما يمكن أن يقال استظهار العلة من الروايات الواردة في خيارى المجلس

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

والحيوان وأنها بحسب المتفاهم العرفي هو التأمل في صلاح البيع وفساده، وهذا شأن المالك دون الوكيل في مجرد إجراء صيغة البيع أو غيره.

وقد يستدل على عدم ثبوت الخيار للوكيل بوجه آخر: وهو أن أدلة الخيارات تخصيص في عموم وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من مثل قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وبما أن وجوب الوفاء في الآية متوجه إلى المالكين لما تقدم من أن المراد بالوفاء بالعقد ترتيب الآثار عليه حتى بعد فسخ أحدهما، فيكون وجوبه وظيفة على المالكين ويتنزع منه الحكم الوضعي، أي لزوم العقد، فيكون أدلة الخيار تخصيصاً في التكليف بالوفاء بالعقد ويكون الخيار حكماً للمالكين لا محالة.

والجواب: أن توجه وجوب الوفاء إلى المالكين لا يلزم ثبوت الخيار لهما دون الوكيلين، حيث إن وجوب الوفاء إما إرشاد إلى لزوم العقد باعتبار أنه ليس في البين ملاك الحكم التكليفي في الوفاء بعقد البيع ونحوه من المعاوزات، فيكون ما دل على ثبوت الخيار موجباً لارتفاع ذلك الحكم الإرشادي مطلقاً فيما إذا كان الخيار ثابتاً للمالكين، وفي فرض فسخ ذي الخيار فيما إذا كان الخيار ثابتاً للوكيل أو الأجنبي. وإما تكليف نفسي على ما يظهر من المصنف رحمته الله وغيره، فيكون ثبوت الخيار موجباً لورود التخصيص عليه أيضاً كما ذكر. وعلى كل تقدير، فتوجه الوجوب الإرشادي أو التكليفي بالوفاء بالمعاملة لا تكون قرينة على انصراف أدلة الخيار إلى ثبوته لمن هو مكلف بالوفاء بالعقد، فإنه إذا جاز اشتراط الخيار للأجنبي والوكيل أمكن ثبوت الخيار التأسيسي لهما أيضاً، فلا بد في كونه حقاً للمالك أو غيره من الوكيل أو الأجنبي من

(١) سورة المائدة: الآية ١.

والظاهر عدم دخوله في إطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة، فإنّ الظاهر من قوله: «اشترى الوكيل أو باع» تصرف الوكيل بالبيع والشراء، لا مجرد إيقاع الصيغة. ومن جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوتة للوكيلين المذكورين، كما هو ظاهر الحدائق. وأضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ بزعم أنّ الخيار حقّ ثبت للعاقدة بمجرد إجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل.

وعلى المختار فهل يثبت للموكلين؟ فيه إشكال [١]:

ملاحظة أدلة الخيارات وسائر القرائن.

[١] قد ظهر مما ذكرنا ثبوت الخيار في الفرض للموكلين لاستناد البيع إليهما وإلى الوكيلين أيضاً، إلا أن ملاحظة مناسبة الموضوع والحكم ولو بملاحظة حكمة الخيار الظاهرة من الروايات تقتضى كون الخيار في الفرض حكماً لمن ينتسب إليه البيع بالتسبيب بالمعنى المتقدم، ولكن ثبوت الخيار للموكلين مختص بصورة حضورهما مكان العقد من حين العقد لاستفادة ذلك من الافتراق الوارد غاية للخيار المزبور، فإن الافتراق فرع فرض الاجتماع الحاصل حال العقد، فيكون العبرة بافتراق الموكلين ولا اعتبار بافتراق الوكيلين هذا.

ولكن قد ذكر بعض الأعاظم - دامت أيامه - أن الخيار كما لا يثبت في الفرض في حق الوكيل كذلك لا يثبت في حق الموكل؛ أما عدم ثبوتة في حق الوكيل فلانصراف خطاب الخيار عن الوكيل المزبور، فإن الوكالة في مجرد إجراء صيغة البيع أمر نادر ينصرف خطاب الخيار عنه. وأما عدم ثبوتة في حق الموكل في الفرض، بل في الفرضين الآتين أيضاً لعدم قيام مبدأ البيع به وعدم صدوره عنه، بل قيامه وصدوره عن الوكيل.

ودعوى: أن الوكيل كالآلة ولسان الموكل كل ذلك غير صحيح؛ لأن الفاعل

المختار لا يكون من آلة الفعل لينتسب الفعل إلى من يستعمل الآلة. والحاصل: أنّ قيام المبدأ بالوكيل وانتسابه إليه حقيقي وقيامه بالموكل وانتسابه إليه مجازي، والجمع بينهما بإرادة كل منهما يكون من قبيل استعمال اللفظ في أكثر من معنى، والاستعمال المزبور - على تقدير إمكانه - يحتاج إلى قرينة. واستعمال البائع أو البيع في الجامع بحيث يعمها غير موجود، لعدم الجامع بين الربطين اللذين كل منهما معنى حرفي غير موجود، وعلى تقدير إمكان الجامع يحتاج هذا النحو من الاستعمال أيضاً إلى القرينة.

أقول: لو فرض شخصان، أحدهما بنى مسجداً بالمباشرة وصرف مؤنته من ماله، والآخر بنى مسجداً آخر لا بالمباشرة، أو شخصان: أحدهما حلق رأسه بالمباشرة في إحرام عمرته المفردة قبل سعيه، والآخر حلق رأسه كذلك بالتسيب، فهل يعمهما قوله ﷺ: «من بنى مسجداً بنى الله بيتاً له في الجنة»^(١) وقوله: «من حلق أو قصر قبل سعيه فعليه كذا»، أو يختص بالمباشر للبناء أو الحلق فقط؟

لا أظن الالتزام منه - طال بقاءه - أو من غيره بالاختصاص، وإن قال بالعموم كما هو ظهورهما في ذلك عرفاً، فيقال نظيره في المقام بالإضافة إلى قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٢) وأنه يعم الموكل في الفرض والوكيل في الفرض الآتي، بل الوكيل والموكل في بعض الفروض على ما يأتي.

وكون هذا الاستعمال بنحو الحقيقة أو المجاز لا يهمنا بعد التسالم على الظهور، فإن العبرة به لا بكون الاستعمال بنحو الحقيقة أو المجاز كما لا يخفى.

(١) وسائل الشريعة ٥: ٢٠٣، الباب ٨ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

من أن الظاهر من البيّعين في النصّ المتعاقدان، فلا يعمّ الموكلين وذكروا أنّه لو حلف على عدم البيع لم يحثّ ببيع وكيله. ومن أن الوكيلين فيما نحن فيه كالألة للمالكين، ونسبة الفعل إليهما شائعة، ولذا لا يتبادر من قوله: «باع فلان ملكه الكذائي» كونه مباشراً للصيغة، وعدم الحثّ بمجرد التوكيل في إجراء الصيغة ممنوع. فالأقوى ثبوته لهما ولكن مع حضورهما في مجلس العقد، والمراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان وذاك في مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان ك: لساني الموكلين، والعبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين. هذا كلّ إن كان وكيلاً في مجرد إيقاع العقد.

وإن كان وكيلاً في التصرف المالي كأكثر الوكلاء [١] فإن كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها - نظير العامل في القراض وأولياء القاصرين - فالظاهر ثبوت الخيار له، لعموم النصّ.

[١] وحاصله: أن الوكيل في التصرف المالي - في مقابل الوكيل في إجراء صيغة البيع - فيما كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل، نظير العامل في مال المضاربة بحيث يكون وكيلاً في التصرف في المال المزبور بما يراه مصلحة من بيعه، وإقالة ذلك البيع أو فسخه باشتراط الخيار لنفسه وشراء مال آخر ببدله ونحو ذلك، فلا يبعد ثبوت خيار المجلس لهذا الوكيل. بخلاف ما إذا كان وكيلاً في التصرف الخاص في ذلك المال، كبيعه أو شراءه له ونحو ذلك، فإن هذا الوكيل لا يثبت في حقه خيار المجلس. وليس الوجه في ثبوت الخيار في الفرض الأول دون الثاني انصراف أخبار الباب

عن الثاني دون الأول؛ ليقال: إن إطلاق البائع والبيع على الوكيل في الفرضين لتعارفهما شائع، بل الوجه أن الخيار سلطنة على إعادة ما انتقل عنه بعد تمكنه على ردّ ما انتقل إليه، ويكون للوكيل هذه السلطنة في الفرض الأول دون الثاني؛ لأن المفروض في الفرض الأول أنه وكيل في التصرف في المال بما يراه من بيعه وإقالة ذلك البيع وفسخه بشرط الخيار وشراء شيء آخر بثمنه أو غير ذلك. بخلاف الفرض الثاني، فإنه ليس وكيلًا إلا في بيع المال، ولا سلطان له على إعادة الثمن وردّه على مالكة الأصلي بالإقالة أو غيرها؛ لأنه تنتهي وكالته بتمام البيع.

أقول: قد تقدم أن الخيار هي السلطنة على فسخ العقد لا على إعادة المال المنتقل عنه بعد الفراغ عن السلطنة عن ردّ المال المنتقل إليه.

وما ذكره المصنف رحمته الله في الاستشهاد لذلك من قوله: ألا ترى أنه لا يجوز الأخذ بعموم «البيعان بالخيار»^(١) والحكم بكون ما انتقل إليه ليس مما ينعتق عليه أو مما يجب صرفه في النفقة الواجبة عليه أو في الوفاء بالنذر، لا يخفى ما فيه، فإن مسألة ثبوت الخيار في مورد كون المبيع ممن ينعتق عليه يأتي الكلام فيها. وعلى تقدير القول بعدم ثبوت الخيار فيها، يكون ذلك تخصيصاً في دليل خيار المجلس ويؤخذ بالعموم المزبور في مورد الشك في كون المبيع منه، فيحكم بثبوت الخيار بعد جريان الاستصحاب في عدم كونه ممن ينعتق عليه.

وأما في مورد الشك في كون المبيع ممن يجب صرفه للمؤنة أو في الوفاء بالنذر، فيحكم بثبوت الخيار حتى مع العلم بوجود صرفه فيهما؛ لعدم التنافي بين الخيار

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٥ و ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١-٣.

وجواز الفسخ وضعاً وثبوت التكليف بالصرف في المؤنة أو الوفاء بالنذر، ولو فسخ البيع فلا تكون مبغوضيته موجباً لبطلانه؛ لعدم كون النهي عن معاملة ومنها الفسخ موجباً لفسادها.

وعلى تقدير كون المراد فرعية خيار ملك الفسخ على جواز الإقالة، فقد تقدم أن الخيار والإقالة في مرتبة واحدة وليس أحدهما فرعاً للآخر، وعلى ذلك فلا بأس بالالتزام بثبوت خيار المجلس للوكيل في الصورة الثانية أيضاً كأولى، مع عدم جواز الإقالة منه لانتهاه وكالته بالبيع؛ لأن الفسخ بخيار المجلس حكم وضعي للبائع الصادق على الوكيل، ولو مع انتهاء سلطنته على التصرف فيما انتقل إلى موكله.

أضف إلى ذلك أن الوكيل لا يقل عن نفس المالك فيما إذا باع المال وأخذ الثمن وتلف الثمن بيده قبل حصول الافتراق، فإن مع تلف الثمن لا يكون له سلطنة على ما انتقل إليه التالف، مع بقاء خياره حتى يفترقا كما لا يخفى.

وأما ثبوت الخيار للموكلين فثبوته في الصورة الأولى مشكل جداً، من حيث إن المالك فيها وإن كان صاحب المبيع أو الثمن إلا أن الخيار في الأدلة لم يترتب على مالهما، بل على المتبايعين؛ ولذا لا يصدق عنوان البائع أو المشتري إلا على الولي أو العامل في المضاربة. ويصح سلبهما عن المولى عليه أو مالك رأس المال، مع كونهما مالكين؛ لأن البائع ما يصدر عنه البيع بالباشرة أو بالاستنابة، وشيء من ذلك لم يتحقق بالإضافة إلى المالك في هذه الصورة، لأن مع تفويض أمر التصرف في المال إلى الآخر بحيث كان له التصرف فيه بالبيع أو المصالحة أو الإجارة أو الهبة المعوضة وغير ذلك، يكون البيع باختيار الوكيل، فلا يستند إلى المالك، بل لو استند لكان الاستناد ضعيفاً؛ ولذا لا يصدق على مالك رأس المال في المضاربة أنه تاجر يبيع ويشترى بقصد الربح.

ودعوى تبادل المالين ممنوعة، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبة، فإنَّ معاملة الوكلاء والأولياء لا تحصى. وهل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما كما تقدّم عن التذكرة؟ إشكال، من تبادل المتعاقدين من النص، وقد تقدّم عدم حث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله، ومن أنّ الاستفادة من أدلة سائر الخيارات وخيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص، كون الخيار حقاً لصاحب المال، سُرع إرفاقاً له، وأنَّ ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، إلا أن يدعى مدخلةً المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر. ولكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة. وحيثُ فقد يتحقّق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين، فكلٌّ من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ وسقط خيار الباقيين بلزوم العقد أوبانفساخه، وليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز.

ثمّ على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة [١] فيه بتفرّقهما عن مجلسهما

لا يقال: على ذلك يلزم أن لا يكون حث لو حلف المالك على ترك بيع المال وباعه وكيله المزبور.

فإنه يقال: الحث تابع القصد، فإن أراد عدم إخراج المال عن ملكه ولو ببيع وكيله حصل الحث، وإلا فلا.

وأما ثبوته للموكل في الصورة الثانية التي يعيّن فيها المالك على الوكيل خصوص البيع والشراء لاستناد البيع إليه، كاستناده إليه في صورة التوكيل في مجرد إجراء الصيغة، فيثبت له الخيار مع اجتماعه مع الطرف الآخر في مجلس العقد.

[١] وعن النائيين رحمهم الله (١) ثبوت الخيار للوكيل في صورة كونه مستقلاً في التصرف

في المال، دون ما إذا كان وكيلاً في مجرد إجراء الصيغة أو التصرف الخاص. وثبوتة للوكيل في الأول لكونه هو البائع حقيقة، كما إذا كان الأمر عليه فيما كان المالك هو العاقد، وعدم ثبوتة للوكيل في مجرد إجراء الصيغة أو التصرف الخاص فلعدم تمكنه على الإقالة باعتبار انتهاء وكالته بالبيع، فلا يثبت في حقه الخيار. أما الموكل فيثبت له الخيار مع حضوره مجلس العقد، إلا في صورة التوكيل المستقل، فإنه يثبت فيه الخيار للموكل ولو مع عدم حضوره مجلس العقد؛ لأن حضور الوكيل مجلس العقد واجتماعه مع الطرف الآخر يحسب حضوراً واجتماعاً للموكل أيضاً.

وعن بعض تلامذته أنه لا يثبت الخيار للوكيل في شيء من الصور، بل يثبت الخيار للمالك ويكون للوكيل الفسخ عنه فيما إذا كان وكيلاً في جميع شؤون المعاملة كما في الوكيل المستقل، ولكن لا يعتبر في ثبوت الخيار للمالك حضور مجلس العقد، بل العبرة في ثبوت الخيار اجتماع المباشرة للعقد وافتراقه في جميع الصور.

أقول: إذا لم يكن المالك حاضراً مكان العقد فكيف يثبت في حقه الخيار، خصوصاً مع انتهاء وكالة الوكيل بإجراء صيغة البيع وتمام الشراء، سواء كانا وكيلين في مجرد إجراء الصيغة أو في البيع والشراء، فلا يكون بقاؤهما في مجلس العقد محسوباً لوجود الموكلين في ذلك المجلس ببدنهما التنزيهيين، بل يجري ذلك فيما إذا كان الوكيل مستقلاً بحيث يكون له الوكالة في المال المنتقل إلى موكله؛ لأن الاجتماع والافتراق من الوكيلين كالقيام والقعود منهما لا ينتسب إلى موكلهما.

وليست دعوى كون جلوسهما فيه جلوساً للموكل إلا كدعوى أن أكلهما فيه

طعاماً أكلاً من موكلهما.

والحاصل: أن ظاهر أخبار خيار المجلس فرض الاجتماع في مكان العقد في البيعين المحكوم لكل منهما بالخيار إلى افتراقهما، وإذا لم يكن الموكل حاضراً مكان العقد حينه فلا يدخل في الموضوع للخيار، بل يفرق بين الصور الثلاث المتقدمة.

وعلى تقدير حضوره وثبوت الخيار له ولو كي له، فهل الثابت لهما خيار واحد بنحو سبق إلى أعماله كل منهما بالإسقاط أو الفسخ نفذ أو بنحو لا ينفذ إلا مع اجتماعهما على الفسخ، وأن لكل منهما خياراً مستقلاً؟ الظاهر من الروايات أن الثابت لكل من البائع والمشتري في معاملة واحدة خيار واحد، وحيث إن ثبوته لأحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح؛ لاشتراكهما في الدخول في الموضوع للخيار فيكون مشتركاً بينهما. نظير ما يأتي من ثبوت خيار واحد للورثة فلا ينفذ الفسخ منهم إلا مع اجتماعهم عليه ولو افترق واحد من الوكيل أو الموكل مجلس العقد سقط ذلك الخيار لحصول الافتراق بين البيعين اللذين كان لهما الخيار.

والقول بكفاية بقاء واحد من الوكيل أو الموكل مع واحد من الطرف الآخر بدعوى أن الخيار ثابت لعنوان البائع الصادق مع بقاء واحد من الوكيل أو الموكل، لا يمكن المساعدة عليه؛ لأن مدلول قوله عَلَيْهِ: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»^(١) ثبوت الخيار للأشخاص لا لعنوان البائع، نظير ما ذكر بعض الفحول في الواجب الكفائي من توجه التكليف بالفعل إلى طبيعي المكلف لا إلى أشخاصه، فإن هذا خلاف ظاهر الروايات. اللهم إلا أن يقال: هذا لا ينافي استقلال كل منهما في استعمال الخيار، بمعنى أن كلاً منها سبق إلى استعماله نفذ، كما هو ظاهر إسناد جواز الأمر الواحد إلى كل من

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الكل، فيكفي بقاء أصيل مع وكيل الآخر في مجلس العقد؟ وجوه، أقواها الأخير. وإن لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل قبل العقد وبعده، بل كان وكيلاً في التصرف على وجه المعاوضة - كما إذا قال له: اشتر لي عبداً - فالظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل، لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأول: من أن إطلاق أدلة الخيار مسوق لإفادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه، فلا تنهض لإثبات هذا التمكن عند الشك فيه، ولا لتخصيص ما دلّ على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصلي. وفي ثبوته للموكلين ما تقدّم، والأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه. ثم هل للموكل - بناءً على ثبوت الخيار له - تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خياريّ؟ [١] الأقوى العدم، لأنّ

الوكيل والموكل.

لا يقال: لم لا يكون لكلّ من الوكيل أو موكله خيار مستقل كما هو مقتضى انحلال خطاب: البيعان بالخيار ما لم يفترقا؟

فإنه يقال: الخطاب المزبور انحلالي بالإضافة إلى أفراد البيع المنشأة ابتداءً، ولكن لا انحلال فيه بالإضافة إلى كل من صدق عليه عنوان البائع أو المشتري في بيع واحد. ولذا لا يثبت لكل من الوراث خيار مستقل بالإضافة إلى حصته. وكذا لو اشترى حيوانين بصفقة واحدة وأراد فسخ البيع بالإضافة إلى أحدهما دون الآخر، فلا ينفذ ذلك؛ لأن البيع المنشأ التام واحد، وظاهر الأدلة ثبوت الخيار فيه لا في البيوع التي ينحل إليها ذلك البيع الواحد.

[١] ظاهر الأدلة ثبوت الخيار للبائع والمشتري ويستفاد مما دل على جواز

إسقاط الخيار أنه من الحقوق، أي قابل للإسقاط، وأما جواز نقله إلى الغير فلم يدل عليه دليل، كما أنه لم يقدّم دليل على أن كل حق يقبل النقل إلى الغير ليؤخذ به في المقام. وعلى ذلك فليس للموكل فيما ثبت له الخيار تفويضه إلى وكيله أو الأجنبي. نعم، حيث إن للموكل الفسخ والإمضاء وكل منهما من الأفعال القابلة للنيابة فيمكن أن يوكل الغير في الفسخ أو الإمضاء، بحيث يكون فسخه أو إمضاؤه إعمالاً لخيار الموكل، وهذا ليس من التفويض، فإن معنى التفويض نقل الخيار من نفسه إلى الغير بحيث لا يكون للموكل خيار بعد النقل، والتوكيل في الفسخ أو الإمضاء ليس من هذا القبيل، بل للموكل بعده إعمال خياره بنفسه بالإمضاء أو الفسخ ويكون ذلك فسخاً عملياً للوكالة.

لا يقال: بناءً على إرث الخيار كما عليه المشهور، يكون ذلك دليلاً على جواز النقل أيضاً، فإنه إذا لم يقبل النقل فكيف يرث؟ أضف إلى ذلك عموم قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) فإن تفويض الخيار إلى الغير بالعوض أو مجاناً عقد يجب الوفاء به. فإنه يقال: عموم وجوب الوفاء بالعقود منصرف إلى العقود المتعارفة بين الناس - ولو في كل عصر، لا خصوص العقود المتعارفة في زمان صدور الآية - وتفويض الخيار الشرعي بمعنى نقله إلى الغير مجاناً أو بالعوض غير متعارف، والمتعارف هو التوكيل في الفسخ والإمضاء كما تقدم.

وأما إرث الخيار فهو على تقدير الالتزام به - كما يأتي - لا يقتضي جواز كل نقل، ولذا لا أظن الالتزام بجواز تفويض مثل حق القصاص إلى الغير مجاناً أو مع العوض

(١) سورة المائدة: الآية ١.

المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقدين في صورة القول به عند العقد لالحوقه له بعده. نعم، يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً. ومما ذكرنا أتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين [١] وإن جعلنا الإجازة كاشفة، لا لعدم صدق «المتبايعين»، لأن البيع النقل، ولا نقل هنا - كما قيل - لاندفاعه بأن البيع النقل العرفي، وهو موجود هنا. نعم، ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، وهذا المعنى منتف في الفضولي قبل الإجازة. ويندفع أيضاً: بأن مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف والسلم قبل القبض، مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار.

لا بمعنى توكيل الغير في استيفائه، مع أن الحق المزبور موروث بلا شبهة. وعلى الجملة ثبوت النقل القهري لا يقتضي جواز النقل الاختياري.

[١] الأظهر عدم ثبوت خيار المجلس للفضوليين، باعتبار أن البيع مع عدم إجازة المالكين وإن استند إلى الفضوليين إلا أن عدم ثبوت الخيار لهما باعتبار أن خيار المجلس كسائر الخيارات الشرعية التأسيسية حكم شرعي للبيع التام المترتب عليه الانتقال الشرعي كما هو ظاهر الروايات، فمع إجازة المالكين يستند إليهما البيع. وعلى تقدير اجتماعهما في مجلس الإجازة يثبت لهما خيار المجلس.

واحتتمال اعتبار مجلس العقد لا مجال له إلا بناءً على الكشف الحقيقي، حيث إن الإجازة بناءً عليه تكشف عن تمام البيع وترتب الحكم عليه من حين صدوره، ولكن المبنى المزبور - كما تقدم في محله - ضعيف.

والحاصل: أن المعتبر الاجتماع في مجلس الإجازة، سواء قلنا بالنقل أو بالكشف الحكمي.

ومما ذكرنا يظهر أن ثبوت خيار المجلس في بيع الصرف والسلم بعد حصول

فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدّم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلين. نعم، في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما في مجلس العقد وجه. واعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل، له وجه. خصوصاً على القول بأن الإجازة عقد مستأنف، على ما تقدّم توضيحه في مسألة عقد الفضولي، ويكفي حينئذ الإنشاء أصالة من أحدهما والإجازة من الآخر [١] إذا جمعهما مجلس عرفاً. نعم، يحتمل في أصل المسألة أن تكون الإجازة من المجيز التزاماً بالعقد، فلا خيار بعدها خصوصاً إذا كانت بلفظ التزمت، فتأمل.

التقابض والقبض، وليس في ذلك محذور أصلاً.

واحتمال أن يكون إجازة المالكين إسقاطاً لخيار المجلس كما عن المصنف رحمته، لا يمكن المساعدة عليه، فإن الخيار حكم شرعي يترتب على العقد بعد الإجازة إلا مع اشتراط سقوطه، وإجازة العقد بمجردها لا ظهور لها في اشتراط السقوط.

ولا فرق في عدم ثبوت الخيار للفضوليين بين كونهما غاصبين أم لا، وحيث إنه ليس لهما خيار المجلس، فلو تفاسخا قبل الإجازة لغى الفسخ ويبقى البيع بحاله.

نعم، لو ألغى أحد الغاصبين إيجابه قبل قبول الآخر لا يكون ذلك البيع قابلاً للإجازة لاختلال صورة العقد بالإلغاء المزبور بناءً على ما تقدم عن المصنف رحمته من أن الردّ المزبور تسقط الموالة المعتبرة بين إيجاب العقد وقبوله على كلام تقدم في محلّه، في أنّ الموالة بين العقد وإجازته غير معتبرة.

[١] يعني يكفي في ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان أحد المتعاقدين أصيلاً والآخر فضولياً فرض مكان قد جمع ذلك المكان الأصيل والمجيز، بأن حصل الإنشاء من الأصيل والإجازة من المجيز في ذلك المكان.

ولافرق في الفضوليتين بين الغاصب وغيره، فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يُزَلَّ العقد عن قابلية لحوق الإجازة، بخلاف ما لو ردَّ الموجب منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورة المعاقدة، والله العالم.

مسألة: لو كان العاقد واحداً [١] لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولايةً أو وكالةً على وجه يثبت له الخيار مع التعدد، -بأن كان ولياً أو وكيلًا مستقلاً في التصرف - فالمحكي عن ظاهر الخلاف والقاضي والمحقق والعلامة والشهيد

[١] وحاصله: أنه لو كان العاقد في البيع واحداً كما إذا باع ماله من غيره فيما كان وكيلًا أو ولياً على ذلك الغير في الشراء له، أو باع مال الغير من نفسه فيما كان ولياً على ذلك الغير أو وكيلًا عنه في البيع يثبت له خيار البائع والمشتري؛ لأن مقتضى قوله عَلَيْهِ: «البيعان بالخيار»^(١) ثبوت الخيار لكل من صدق عليه عنوان البائع ومن صدق عليه المشتري، والمفروض أن العاقد المزبور يصدق عليه كل من العنوانين.

ويتعبير آخر: صيغة التثنية هنا لا باعتبار تعدد الوجود من طبيعة كما في مثل الرجلين والمرأتين ونظائرهما، بل باعتبار الطبيعتين وتعدد العنوانين، أي البائع والمشتري، نظير قوله: (القتيلان في النار)، حيث يعم ما إذا كان شخص قاتلاً ومقتولاً في واقعة.

ودعوى ظهور التثنية في المقام فيما إذا كان كل من عنوان البائع والمشتري منطبقاً على من انفرد بالإنشاء فلا يتحقق الخيار فيما إذا لم يكن في البين انفراد بإنشاء البيع والشراء، كما إذا كان العاقد واحداً، لا يمكن المساعدة عليها. فإنه لا وجه للدعوى المزبورة بعد ظهور الخطاب في كون الخيار حكماً لمن ينطبق عليه عنوان البائع أو المشتري.

(١) وسائل الشريعة ١: ٦٨، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣.

والمحقق الثاني والمحقق الميسري والصيمري وغيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين، لأنه بائع ومشتري، فله ما لكل منهما كسائر أحكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين. واحتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين بشخص واحد، مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين، وجعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبني على الغالب.

ويكفي في الجزم بطلانها ملاحظة سائر الأحكام الثابتة لعنوان البائع أو المشتري كثبوت خيار الحيوان، فإنه لا ينبغي الشبهة في ثبوته للولي فيما إذا باع الحيوان المملوك له من المولى عليه.

نعم، المذكور في الروايات غاية لخيار المجلس افتراق المتبايعين، والافتراق لا يتحقق إلا مع تعددهما، فيكون ذكر الغاية قرينة على اختصاص خيار المجلس بصورة تعدد البائع والمشتري خارجاً.

وقد يقال في الجواب عن ذلك: بأن «حتى» من أداة الغاية وتدخّل على الممكن والممتنع، كقوله سبحانه: ﴿حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ﴾^(١) فيكون مقتضى دخول حتى في الروايات على الافتراق ثبوت خيار المجلس أمكن الافتراق أم لا.

ولكن لا يخفى أن دخوله في بعض الموارد على الممتنع لا ينافي ظهور مدخوله فيما إذا كان قيداً للحكم في فرض الاجتماع لموضوع ذلك الحكم، فلا يكون للخيار موضوع فيما لم يكن اجتماع لبيعين، سواء كان عدم الاجتماع بالافتراق حال العقد كعدم حضور الموكل مجلس العقد، أو بعدم تعددهما في مفروض الكلام.

وذكر المصنف رحمته الله في الجواب عن ذلك، بأن الافتراق المزبور وإن كان ظاهراً في

(١) سورة الأعراف: الآية ٤٠.

خلافاً للمحكى في التحرير من القول بالعدم، واستقر به فخر الدين رحمته، ومال إليه المحقق الأردبيلي والفاضل الخراساني والمحدث البحراني، واستظهره بعض الأفاضل ممن عاصرناهم. ولا يخلو عن قوة بالنظر إلى ظاهر النص، لأن الموضوع فيه صورة التعدد، والغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد، ولولاها لأمكن استظهار كون التعدد في الموضوع لبيان حكم كل من البائع والمشتري كسائر أحكامهما، إذ لا يفرق العرف بين قوله: «المتبايعان كذا» وقوله: «لكل من البائع والمشتري»، إلا أن التقييد بقوله: «حتى يفترقا» ظاهر في اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغاية، ولا يمكن فرض التفرق في غير المتعدد.

ومنه يظهر سقوط القول بأن كلمة «حتى» تدخل على الممكن والمستحيل، إلا أن يدعى أن التفرق غاية مختصة بصورة التعدد، لامخصصة للحكم بها. وبالجملة، فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكل. نعم، لا يبعد بعد تنقيح المناط، لكن الإشكال فيه. والأولى التوقف، تبعاً للتحرير وجامع المقاصد. ثم لو قلنا بالخيار، فالظاهر بقاؤه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق. مسألة: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار:

فرض الاجتماع المختص بصورة تعدد العاقد، إلا أن جعله غاية مبنية على الغالب من تعدد العاقد وكون البائع غير المشتري خارجاً، فلا يوجب ذلك اختصاص خيار المجلس بصورة التعدد.

أقول: لا يخفى أن الحمل في قيد على الغالبي إنما ينفع فيما إذا كان في البين خطاب يثبت الخيار للبائع والمشتري من غير ذكر الغاية فيه؛ ليمكن الأخذ بالإطلاق ولا يرفع اليد عنه بالقيود الغالبي، ولكن ليس في المقام مثل ذلك الخطاب المطلق.

منها: من ينعق على أحد المتبايعين، والمشهور - كما قيل - : عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق. واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للبائع. والكلام فيه مبني على قول المشهور: من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا إشكال في ثبوت الخيار. والظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين، لأن مقتضى الأدلة الانعقاد بمجرد الملك، والفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، ولا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها إلا على احتمال - ضَعَفَه في التحرير فيما لو ظهر من ينعق عليه معيياً - مبني على تزلزل العتق. وأمّا الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمة، فقد يقال: إنه مقتضى الجمع بين أدلة الخيار ودليل عدم عود الحر إلى الرقية، فيفرض المنعق كالتالف، فلمن انتقل إليه أن يدفع القيمة ويسترد الثمن. وما في التذكرة: من أنه وطن نفسه على الغبن المالي، والمقصود من الخيار أن ينظر ويتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع، لأن التوطين على شرائه عالمياً بانعاقه عليه ليس توطيئاً على الغبن من حيث المعاملة، وكذا لمن انتقل عنه أن يدفع الثمن ويأخذ القيمة. وما في التذكرة: من تغليب جانب العتق إنما يجدي مانعاً عن دفع العين.

لكن الإنصاف أنه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه، لأنّ شراؤه إتلاف له في الحقيقة وإخراج له عن المالية، وسيجيء سقوط الخيار بالإتلاف بل بأدنى تصرف، فعدم ثبوته به أولى. ومنه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، لأنّ بيعه ممنوع ينعق عليه، إقدام على إتلافه وإخراجه عن المالية.

والحاصل: أنا إذا قلنا: إنّ الملك في من ينعق عليه تقديري لا تحقيقي، فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطأة على إخراجه عن المالية، وسلوكه في سلك ما لا يتممّل. لكنه حسن مع علمهما، فتأمل.

وقد يقال: «إنّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبني على أن الخيار والانعقاد هل

يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنأما، أو الأوّل بالأوّل والثاني بالثاني، أو العكس؟ فعلى الأوّلين والأخير يقوى القول بالعدم، لأنصية أخبار العتق وكون القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل، ولسبق تعلّقه على الأخير. ويحتمل قريباً الثبوت، جمعاً بين الحقين ودفعاً للمنافاة من البين، وعملاً بالنصين وبالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين، وتنزيلاً للفسخ منزلة الأرش مع ظهور عيب في أحدهما، وللعق منزلة تلف العين، ولأنهم حكموا بجواز الفسخ والرجوع إلى القيمة فيما إذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعتق على المشتري، أو تعيب بما يوجب ذلك. والظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام.

وعلى الثالث يتّجه الثاني، لما مرّ، ولسبق تعلّق حق الخيار وعروض العتق». ثم قال: «وحيث كان المختار في الخيار: أنّه بمجرد العقد، وفي العتق: أنّه بعد الملك، ودلّ ظاهر الأخبار وكلام الأصحاب على أنّ أحكام العقود والإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع، من غير فرق بين الخيار وغيره، بل قد صرّحوا بأنّ الخيار يثبت بعد العقد وأنّه علة، والمعلول لا يتخلّف عن علته، كما أنّ الانعتاق لا يتخلّف عن الملك، فالأقرب هو الأخير، كما هو ظاهر المختلف والتحرير ومال إليه الشهيد إن لم يثبت الإجماع على خلافه، ويؤيده إطلاق الأكثر ودعوى ابن زهرة الإجماع على ثبوت خيار المجلس في جميع ضروب البيع من غير استثناء». انتهى كلامه، رفع مقامه.

أقول: إن قلنا: إنّهُ يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقاييل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه - نظراً إلى أنّ خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه ولو تقديراً - لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد والانعقاد عقيب الملك آنأما، إذ برفع العقد لا يقبل المنعتق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع ولو تقديراً، إذ

ملكيّة المشتري لمن ينعق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعقاد، ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعقاد خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثم انعقاده مضموناً على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البائع.

والحاصل: أنّ الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه، وهذا غير حاصل فيما نحن فيه. وإن قلنا: إنّ الفسخ لا يقتضي أزيد من ردّ العين إن كان موجوداً وبدله إن كان تالفاً أو كالتالف، ولا يعتبر في صورة التلف إمكان تقدير تلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه وتملكه منه، بل يكفي أن تكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف - كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ والرجوع إلى القيمة فيما تقدّم من مسألة البيع بشرط العتق ثمّ ظهور المبيع منعقاً على المشتري، وحكمهم برجوع الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ - كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا والرجوع إلى القيمة، إلا مع إقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعق عليه، فالأقوى العدم، لأنهما قد تواطأ على إخراجه عن المايّة الذي هو بمنزلة إتلافه.

وبالجملة، فإنّ الخيار حق في العين، وإنما يتعلّق بالبدل بعد تعذّره لا ابتداءً، فإذا كان نقل العين إبطالاً لماليّته وتفويتاً لمحلّ الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشتراك سقوطه، فلم يحدث حق في العين حتّى يتعلّق ببده.

وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع، ونقله إلى من ينعق عليه كالإتلاف له من حيث المايّة، فدفع الخيار به أولى وأهون من رفعه، فتأمل. ومنها: العبد المسلم المشتري من الكافر بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم

اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما. أما بالنسبة إلى العين فلترض عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتمليكه إياه، وأما بالنسبة إلى القيمة فلما تقدم: من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكة الأصلي ولو تقديراً لتكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه، ورجوع المسلم إلى الكافر غير جائز، وهذا هو المحكي عن حواشي الشهيد رحمته الله حيث قال: إنه يباع ولا يثبت له خيار المجلس ولا الشرط. ويمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط وإن ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين رحمته الله في الإيضاح: من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استتفاً، وبالنسبة إلى المشتري كالبيع، بناءً منه على عدم تملك السيد الكافر له، لأن الملك سبيل، وإنما له حق استيفاء ثمنه منه.

لكن الإنصاف: أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً، لأن الظاهر من قوله: «البيعان بالخيار» اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين، مع أنه لا معنى لتحقيق العقد البيعي من طرف واحد، فإن شروط البيع إن كانت موجودة تحقق من الطرفين وإلا لم يتحقق أصلاً، كما اعترف به بعضهم في مسألة بيع الكافر الحربي من ينعق عليه. والأقوى في المسألة - وفقاً لظاهر الأكثر وصريح كثير - ثبوت الخيار في المقام، وإن تردّد في القواعد بين استرداد العين والقيمة، وما ذكرنا من أن الرجوع بالقيمة مبني على إمكان تقدير الملك في ملك المالك الأصلي، لو أغمضنا عن منعه - كما تقدم في المسألة السابقة - غير قاذح هنا، لأن تقدير المسلم في ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلاً للكافر على المسلم، ولذا جوّزنا له شراء من ينعق عليه. وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في شروط المتعاقدين.

ومنها: شراء العبد نفسه - بناءً على جوازه - فإن الظاهر عدم الخيار فيه ولو

بالنسبة إلى القيمة، لعدم شمول أدلة الخيار له، واختاره في التذكرة. وفيها أيضاً: أنه لو اشترى جَمَداً [١] في شدة الحرّ ففي الخيار إشكال، ولعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلّق بها الخيار فلا يندفع الإشكال بما في جامع المقاصد من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف لأنه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل.

[١] وهل يثبت خيار المجلس فيما إذا لم يكن العين قابلاً للبقاء بعد العقد لحصول التلف كلياً أو بعضاً قبل الافتراق، كالجمد في الصيف.

ذكر في «التذكرة»^(١) أن في ثبوت الخيار إشكالاً، ووجهه - على ما ذكر المصنف رحمته الله - اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد والجمد في الغرض لا يكون كذلك. وفي «جامع المقاصد»^(٢) أن خيار المجلس لا يسقط بالتلف فكيف يكون عدم قابلية الجمد موجباً لانتفاء الخيار؟

وأجاب المصنف رحمته الله، بأن التلف لا يكون مسقطاً فيما إذا ثبت خيار المجلس قبله بالعقد، وفي المقام أصل ثبوت الخيار بالعقد غير معلوم.

أقول: إطلاق أدلة الخيار - فيما إذا لم يكن سقوطه شرطاً في البيع ولو بنحو الشرط الارتكازي - يقتضى عدم الفرق بين المقام وسائر المقامات.

وهل يثبت فيما إذا كان المبيع ديناً لبائعه على المشتري؟ فقد يقال بعدم الثبوت باعتبار أن الدين يبيعه من المديون يسقط واشتغال الذمة بإعادة الدين إليها غير معهود.

وعن السيد اليزدي رحمته الله أنه يمكن القول بثبوت خيار المجلس مع كون سقوط الدين عن العهدة من قبيل تلف المبيع، وبفسخ ذي الخيار يرجع إلى بدله.

(١) التذكرة: ١: ٥١٦.

(٢) جامع المقاصد: ٤: ٢٨٧.

مسألة: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود [١] سوى البيع عند علمائنا، كما في التذكرة، وعن تعليق الإرشاد وغيرهما. وعن الغنية: الإجماع عليه. وصرح الشيخ في غير موضع من المبسوط بذلك أيضاً، بل عن الخلاف: الإجماع على عدم دخوله في الوكالة والعارية والقراض والحوالة والوديعة. إلا أنه في المبسوط - بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار والتي لا يدخلها - قال: وأما الوكالة والوديعة والعارية والقراض والجمالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، انتهى.

أقول: وتظهر الثمرة فيما إذا كان الدين من القيميات كما إذا باع حيواناً موصوفاً بنحو السلم، ثم باع المشتري الحيوان المزبور من بائعه، فإن قيل بثبوت خيار المجلس في البيع الثاني وكون سقوط الدين عن العهدة من التلف فيرجع بعد الفسخ إلى قيمة ذلك الحيوان على ما هو المستفاد من العرف والأدلة أن الحيوان وغيره من القيميات يضمن بالقيمة، وإن لم نقل بأن سقوط الدين عن العهدة من التلف، وأن عود العهدة مع قيام الدليل عليه ممكن كما هو الصحيح، فيلتزم بالعود في المقام كما هو مقتضى الخيار الثابت باطلاق مثل قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «البَّيْعَانُ بِالْخِيَارِ... الخ»^(١).

[١] قد ذكر عَلَيْهِ السَّلَامُ اختصاص خيار المجلس بالبيع، فلا يثبت في سائر العقود اللازمة، سواء كانت مالية كالإجارة أم غيرها كالنكاح، فإن هذا الخيار تأسيس من الشرع وما ورد فيه لا يعم غير البيع.

وقد نقل الإجماع على اختصاصه بالبيع في كلمات الأصحاب كالشيخ في «الخلاف»^(٢)، فإنه ذكر الإجماع على عدم دخوله في الوكالة والوديعة والغارية

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣.

(٢) الخلاف ٣: ١٣ - ١٤، المسألة ١٢ من البيوع، وفيه بدل «الحوالة»: الجمالة.

ومرادُه خيار المجلس والشرط. وحكي نحوه عن القاضي. ولم يُعلم معنى الخيار في هذه العقود، بل جزم في التذكرة: بأنه لا معنى للخيار فيها، لأن الخيار فيها أبداً. واحتمل في الدروس: أن يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار. ولعل مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل في هذه العقود، لا الموجب، إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار، ولأن أثر هذه العقود تمكّن غير المالك من التصرف، فهو الذي يمكن توقّفه على انقضاء الخيار الذي جعل الشيخ رحمته أثر البيع متوقفاً عليه.

والمضاربة والحوالة. وفي غير موضع من «المبسوط»^(١) أنه صرح باختصاص خيار المجلس بالبيع، ولكن مع ذلك ذكر أيضاً في «المبسوط»^(٢) لا مانع من ثبوت خيار المجلس والشرط في الوكالة والوديعة والعارية والمضاربة والجعالة. وقد حمل في «الدروس»^(٣) هذا الكلام على أنه لا يجوز التصرف في العقود المزبورة إلا بعد انقضاء المجلس والشرط.

وحيث إن تصرف المالك في ماله لا يصح أن يتوقف على مضي زمان. ذكر المصنف رحمته: أن مراد الشهيد عدم جواز تصرف الطرف الآخر، أي غير المالك إلا بعد ذلك الزمان المزبور؛ لأن ثمرة هذه العقود تصرف غير المالك في المال، وهذا كالتزامه رحمته في البيع بأنه لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع والبايع في الثمن إلا بعد مضي زمان الخيار.

ولم يقبل المصنف رحمته هذا الحمل لتصريح الشيخ رحمته في غير موضع من

(١) المبسوط ٢: ٨٠-٨٢.

(٢) المبسوط ٢: ٨٢.

(٣) الدروس ٣: ٢٦٨.

لكن الإنصاف: أن تتبّع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى، فإنه صرّح في مواضع قبل هذا الكلام وبعده باختصاص خيار المجلس بالبيع.

والذي يخطر بالبال: أن مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع، فتفسخ بفسخه في المجلس، وهذا المعنى وإن كان بعيداً في نفسه، إلا أن ملاحظة كلام الشيخ في المقام يقربه إلى الذهن، وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن والضمان.

«المبسوط»^(١) باختصاص خيار المجلس بالبيع، فكيف يلتزم مع ذلك بجريانه وجريان خيار الشرط في تلك العقود الجائزة.

وقال: الأولى حمل كلامه على ما إذا كانت تلك العقود الجائزة منشأة في ضمن البيع بنحو شرط النتيجة فإنها مع الشرط كذلك تكون خيارية بخيارية البيع ولازمة بلزوم البيع.

وذكر في «السرائر»^(٢) دخول خيار المجلس والشرط في العقود، وعلّل دخولهما فيها بحصول المقصود من الخيارين وهو جواز فسخها.

واحتمل المصنف رحمته أن يكون مراد الشيخ رحمته أيضاً من دخولهما ثبوت نتيجهما في تلك العقود بجواز فسخها.

لا يقال: كيف يكون مثل الوكالة شرطاً في ضمن العقود اللازمة فتكون لازمة بلزومها مع أن العقود الإذنية تكون قوامها بالإذن، وإذا رجع الموكل عن إذنه للغير في الفعل فلا يبقى الإذن المقوم لها ولو مع اشتراطها في ضمن العقد اللازم.

(١) المبسوط ٢: ٨٠-٨٢.

(٢) السرائر ٢: ٢٤٦.

وكيف كان، فلا إشكال في أصل هذه المسألة.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد [١] لأن ظاهر النص كون البيع علة تامة، ومقتضاه - كظاهر الفتاوى - شمول الحكم للصرف والسلم قبل القبض. ولا إشكال فيه لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس في الصرف والسلم وجوباً تكليفاً،

فإنه يقال: حدوث تلك العقود يكون بالإذن بنحو خاص وينتزع منه أمر يعبر عنه بالاسم المصدرى، فيكون المعنى الاسم المصدرى باقياً مع عدم قيام الدليل على جواز العقد بالرجوع في الإذن ونحوه.

ويكشف عن ذلك ما ورد في ثبوت الوكالة وعدم بطلانها بعزل الموكل فيما إذا لم يوصل عزله إلى الوكيل. وإذا أمكن ثبوت الوكالة مع رجوع الموكل عن إذنه السابق فيؤخذ به فيما إذا كانت شرطاً في ضمن العقد اللازم بنحو شرط النتيجة، حيث إن مقتضى لزوم البيع - مثلاً - نفوذ تلك الوكالة وعدم انفساخها ولو برجوع الموكل وإظهاره عدم ماذونية الطرف في مورد الوكالة كما لا يخفى.

[١] تعرض ﷺ لمبدأ خيار المجلس وأنه من حين تحقق العقد أو من حين ترتب الأثر، أي انتقال المالكين، وحيث إن الانتقال الشرعي يتوقف في بيع السلم والصرف على القبض والتقابض، يقع الكلام في أن الخيار فيهما من حين تحقق العقد أو من حين القبض أو التقابض.

وحاصل ما ذكرناه إن قلنا بوجوب القبض أو التقابض يثبت فيهما الخيار كسائر البيوع من حين تحقق العقد، ويكون فائدة الخيار فيها فسخ العقد والعاوذه لئلا يحصل بترك القبض أو التقابض عصيان.

ولو لم نقل بوجوب القبض والإقباض ففي ثبوت الفائدة للخيار قبلهما تأمل، إلا أن يدعى أن فائدته إخراج العقد عن قابلية الصحة بلحوق القبض والإقباض.

إمّا للزوم الربا - كما صرّح به في صرف التذكرة - وإمّا لوجوب الوفاء بالعقد وإن لم يكن بنفسه مملّكاً، لأنّ ثمرة الخيار حينئذٍ جواز الفسخ، فلا يجب التقابض. أمّا لو قلنا بعدم وجوب التقابض وجواز تركه إلى التفرّق المبطل للعقد، ففي أثر الخيار خفاء، لأنّ المفروض بقاء سلطنة كلّ من المتعاقدين على ملكه وعدم حقّ لأحدهما في مال الآخر. ويمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذي الخيار عن قابلية لحق القبض المملّك، فلو فرض اشتراط سقوط الخيار في العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير.

والوجه في وجوب القبض أو التقابض بتحقيق العقد أحد الأمرين: إمّا ثبوت الربا، كما إذا كان العوضان في الصرف من جنس واحد - فإنه على تقدير تحقق القبض من أحدهما دون الآخر يلزم أن يكون في أحد العوضين زيادة حكمية؛ لأنّ للأجل قسطاً من الثمن. وإمّا أن مقتضى قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) وجوب العمل على مقتضى العقد والوفاء به قبل القبض أو الإقباض، يتحقق بالقبض والإقباض.

ونقل في المقام كلام العلامة في «التذكرة»^(٢)، حيث يظهر منه ثبوت خيار المجلس في الصرف من حين تحقق العقد، حيث ذكر أنه إذا حصل التقابض في بيع الصرف وأجاز المتبايعان البيع - أي أسقطا خيارهما - لزم العقد، وكذا إذا أجازا العقد قبل التقابض فإنه يلزم معها التقابض.

ولو تركا التقابض بعد ذلك إلى افتراقهما بطل البيع لعدم حصول الشرط، ولكن لو كان تفرقهما بدون التقابض برضاها فلاعصيان؛ لأن رضاهما إقالة للبيع، وإن كان تفرقهما بمفارقة الواحد منهما عصى ذلك المنفرد.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) التذكرة: ١: ٥١٨ - ٥١٩.

قال في التذكرة: لو تقابضا في عقد الصرف ثم أجازا في المجلس لزم العقد، وإن أجازا قبل التقابض فكذلك، وعليهما التقابض، فإن تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم إن تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصى، انتهى.

وكذا كلام «الدروس»^(١)، حيث صرح بثبوت خيار المجلس في الصرف تقابضاً لا، فإن أسقطا خيارهما وجب التقابض، فلو هرب أحدهما بعد الإسقاط عصى، ولكن ينفسخ البيع، ولو هرب أحدهما قبل إسقاط خياره فلا عصيان.

ويحتمل قوياً عدم العصيان مطلقاً لعدم لزوم العقد مادام لم يحصل التقابض، كما عن الشيخ رحمته في «المبسوط»^(٢)، حيث صرح بعدم وجوب التقابض في الصرف، ولم يقيده بصورة التزامهما به بإسقاط خيارهما.

أقول: إن أراد العلامة رحمته استفادة اشتراط القبض والتقابض في السلم والصرف من دليل حرمة الربا وبطلان المعاوضة الربوية فلا يمكن المساعدة عليه.

أولاً، لأن الدليل المزبور لا يجري في بيع السلم مطلقاً، وفي بيع الصرف فيما إذا كان العوضان من غير جنس واحد، كبيع الدراهم بالدنانير.

وثانياً، لأن حرمة الربا وبطلان المعاوضة الربوية تكون مع اشتراط التأخير في ناحية أحد العوضين المتجانسين المتساويين وزناً، لا بمجرد تأخير أحد العوضين بعد انقضاء مجلس العقد مع عدم ثبوت حق التأخير، وعلى ذلك فإثبات اشتراط وجوب التقابض في المجلس بلزوم الربا غير ممكن.

وإن أراد إثبات وجوب التقابض تكليفاً، فمن الظاهر أن مع عدم وجوبه لا يلزم الربا، حيث إنه بدون حصول التقابض لا نقل لتكون المعاوضة ربوية، ومع التقابض

(١) الدروس ٣: ٢٦٧.

(٢) المبسوط ٢: ٧٩، وفيه: «وأما الصرف فيدخله خيار المجلس».

وفي الدروس: يثبت - يعني خيار المجلس - في الصرف، تقابضاً أو لا، فإن التزماً به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب أحدهما عصى وانفسخ العقد، ولو هرب قبل الالتزام فلا معصية. ويحتمل قوياً عدم المعصيان مطلقاً، لأنَّ للقبض مدخلاً في اللزوم فله تركه، انتهى.

وصرح الشيخ أيضاً في المبسوط بثبوت التخاير في الصرف قبل التقابض.

يصح، ولا موضوع للربا.

وأما قضية وجوب التقابض أخذاً بعموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) فهو أيضاً غير ممكن؛ لما تقدم من أن وجوب الوفاء بالعقود بالإضافة إلى المعاوضات المالية ومنها البيع، حكم إرشادي إلى التخلص من محذور التصرف في مال الغير من غير رضا صاحبه أو عدم انحلاله بعد حدوثه، وإذا قام الدليل على عدم حصول النقل في بيع السلم والصرف قبل القبض والإقباض فينتفي ذلك الحكم الإرشادي؛ لأن المال قبل القبض ليس من مال الغير، ولم تتم المعاملة ليحكم بلزومها وعدم انحلالها.

وأيضاً ما دل على اشتراط السلم أو الصرف بالقبض والتقابض، كما يكون مقيداً لقوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(٢) وأن إمضاء البيع في الصرف والسلم بعد القبض والتقابض، كذلك يكون حاكماً على قوله: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا»^(٣)؛ لأن ظاهر الخطاب ثبوت الخيار للبائع والمشتري في البيع المُمَضَى شرعاً. وظاهر دليل الاشتراط عدم إمضاء البيع قبل القبض والتقابض، وهذا هو المراد من حكومته على قوله: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا»^(٤).

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

(٤) المصدر: الحديث ٣.

ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين - على القول بثبوت الخيار لهما - من زمان إجازتهما على القول بالنقل، وكذا على الكشف، مع احتمال كونه من زمان العقد.

ولكن عن بعض الأجلة (دامت أيامه) أن الموضوع لخيار المجلس في الروايات البائع والمشتري، ومقتضى ذلك ثبوت الخيار لكل منهما من حين تلبسه بالمبدأ. فعلى تقدير تحقق البيع من البائع بتمام الإيجاب يثبت الخيار له من ذلك الحين، وعلى تقدير القول بأن تلبس كل منهما يكون بتمام القبول يثبت لكل منهما الخيار من ذلك الحين، فإن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار إلى أن يفترقا» بمنزلة القول بأن لكل من البائع والمشتري خياراً من حين التلبس بالمبدأ إلى حصول الافتراق، من غير فرق في ذلك بين بيع الصرف والسلم وغيرهما؛ لأن ثبوت الخيار في بيع قبل حصول النقل الشرعي أمر ممكن، وإنما لا يمكن ثبوت الخيار في بيع لا يلحقه الصحة لا في بيع يمكن عرضها له.

ثم على تقدير القول بعدم ثبوت الخيار في بيع الصرف والسلم قبل القبض، يشكل إثبات حدوثة لكل من البائع والمشتري بعد القبض؛ لأن الدليل قد دل على ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري من حين التلبس بالمبدأ وبقائه إلى حصول الافتراق، وإذا خرج بيع الصرف والسلم عن الحكم بعدم حدوث الخيار بالتلبس فيشكل إثباته حدوثة لكل منهما بالقبض إلى حين الافتراق.

ولكن الإشكال يمكن دفعه بأن المقام من صغريات ما إذا خرج فرد عن العام أو المطلق في زمان ثم بعد ذلك الزمان يتمسك بالعام أو المطلق لإثبات حكمهما للفرد المزبور، فإن ما دل على اشتراط القبض أو التقابض في السلم أو الصرف تخصيص أو تقييد في الحكم المستفاد من قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) ولو كان هذا

في مسقطات الخيار

وهي أربعة - على ما ذكرها في التذكرة - : اشتراط سقوطه في ضمن العقد، وإسقاطه بعد العقد، والتفرّق، والتصرف. فيقع الكلام في مسائل:

مسألة: لا خلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه [١] في ضمن العقد، وعن الغنية: الإجماع عليه. ويدلّ عليه قبل ذلك عموم المستفيض:

التخصيص أو التقييد بلسان الحكومة، أي بنفي البيع قبل القبض؛ لأن القبض ليس شرطاً عرفياً فيهما ليكون خروج بيع الصرف أو السلم قبل القبض لا بنحو التخصيص أو التقييد. انتهى.

أقول: قد تقدم أن الموضوع لخيار المجلس أو غيره من الخيارات الشرعية ليس مجرد البيع العرفي، بل البيع الممضى لظهور أدلتها عرفاً في أن الخيار حكم للبيع الممضى، نظير ما دل على مشروعية الإقالة في كل بيع.

ولسنا ندعي ظهور البيع في الممضى في كل خطاب حتى في مثل قوله سبحانه: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ التَّيْبِعَ﴾^(١)، بل المدعى في المقام الظهور الناشئ عن مناسبة الحكم والموضوع.

وعلى ذلك فما دلّ على اعتبار القبض في السلم أو التقابض في الصرف يوجب دخول البيع فيهما في خطاب الخيار من حين القبض والتقابض، من غير أن يكون تخصيص أو تقييد في البين.

[١] مسقطات خيار المجلس اشتراط سقوطه في البيع وإسقاطه بعد البيع

والتفرّق والتصرف.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

«المؤمنون - أو المسلمون - عند شروطهم». وقد يتخيل معارضته بعموم أدلة الخيار، ويرجح على تلك الأدلة بالمرجح وهو ضعيف، لأن الترجيح من حيث الدلالة والسند مفقود، وموافقة عمل الأصحاب لا يصير مرجحاً بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط، كما يظهر من كتبهم. ونحوه في الضعف، التمسك بعموم «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ» بناءً على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزم من العقد الذي يجب الوفاء به، إذ فيه: أن أدلة الخيار أخص، فيخصص بها العموم.

والكلام في المقام في سقوطه بالاشتراط في البيع، وكأن سقوطه بالاشتراط في البيع متسالم عليه بينهم، ويقتضيه قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١)، حيث إن الشرط يعم سقوط خيار المجلس.

وقد يقال: إن العموم المزبور معارض بقوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٢)، حيث إن مقتضاه ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري اشتراطاً سقوطه في البيع أم لا، ولكن يقدم خطاب لزوم الوفاء بالشرط باعتبار المرجح وهو التسالم على سقوط الخيار بالشرط.

وأورد عليه المصنف ﷺ بأن تقديم خطاب لزوم الوفاء بالشرط بالترجيح في مقام المعارضة غير صحيح، لفقد المرجح والتسالم المزبور مدركي، حيث يظهر أن وجه التسالم الأخذ بخطاب لزوم الوفاء بالشرط، وإذا فرض معارضته يلزم الإغماض عن التسالم المزبور، كما في سائر الإجماعات المدركية.

وأيضاً قد يقال: إن لزوم البيع بشرط سقوط الخيار مقتضى لزوم الوفاء بالعقد

(١) وسائل الشريعة ١٦: ١٨، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

(٢) وسائل الشريعة ٦: ١٨، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

بل الوجه - مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط - عدم نهوض أدلة الخيار للمعارضة، لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع، فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي وهو الشرط، لوجوب العمل به شرعاً. بل التأمل في دليل الشرط يقضي بأن المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصلية الثابتة للمشروطات

المستفاد من قوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) بملاحظة أن شرط سقوط الخيار يحسب من العقد الذي يجب الوفاء به.

وفيه: أن قوله **بِالْعُقُودِ**: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»^(٢) أخصّ مطلقاً بالإضافة إلى العموم المزبور، فيرفع اليد عن ذلك العموم، بل الوجه في عدم الخيار مع اشتراط سقوطه في البيع أن خطاب الخيار متضمن لبيان الحكم، أي الخيار للبيع بعنوانه الأولي، وخطاب وجوب الوفاء بالشرط حكم للبيع بعنوان ثانٍ، فيجري فيهما ما يجري في سائر الخطابات الدالة على ثبوت حكم ترخيصي لفعل بعنوانه الأولي، وخطاب آخر دال على حكم آخر له بعنوانه الثانوي في أن المتفاهم العرفي مع ملاحظة الخطابين هو أن الحكم الأول ثابت للفعل لولا العنوان الثانوي.

فلاحظ ما ورد في استحباب غسل الجمعة أو الوضوء بعد الحدث مع ما دل على وجوب الوفاء بالنذر أو العهد، وأن الجمع العرفي فيهما إذا تعلق النذر بالغسل أو الوضوء هو أن الغسل أو الوضوء يجب مع النذر.

ويكشف عن هذا الجمع، أي تقديم خطاب الوفاء بالشرط على خطاب حكم البيع أو غيره، صحيحة مالك بن عطية عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله **عليه السلام** قال: سألت عن رجل كان له أب مملوك وكانت لأبيه امرأة مكاتبه قد أدت بعض ما عليها،

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخمار، الحديث ١ و ٢.

قبل وقوعها في حيز الاشتراط، فلا تعارضه أدلة تلك الأحكام، فحالها حال أدلة وجوب الوفاء بالنذر والعهد في عدم مزاحمتها بأدلة أحكام الأفعال المنذورة لولا النذر. ويشهد لما ذكرنا - من حكومة أدلة الشرط وعدم معارضتها للأحكام الأصلية حتى يحتاج إلى المرجح - استشهاد الإمام في كثير من الأخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الأحكام الأصلية.

فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم»^(١)، وحيث إن الشرط الابتدائي غير نافذ فاللازم حملها على اشتراط سقوط الخيار في ضمن عقد أو حملها على المصالحة في السقوط.

والحاصل: أن ما دل على خيار زوجة العبد بعد صيرورتها حرة في فسخ نكاحها نظير ما دل على ثبوت خيار المجلس للبائع والمشتري في أن مقتضى الجمع بينهما وبين ما دل على نفوذ الشرط حمل ثبوت الخيار على الحكم الاقتضائي، بمعنى ثبوته لولا شرط سقوطه في ضمن عقد لازم.

أقول: يأتي عن المصنف عليه السلام إبطال هذا الوجه، فإن الخيار الثابت لو كان من قبيل الحكم للبيع بعنوانه الأولي لكان شرط عدم ذلك الحكم، بل ثبوت خلافه محكوماً بالبطلان؛ لأنه يعتبر في صحة الشرط في المعاملة أن لا يكون على خلاف الحكم المستفاد من الكتاب أو السنة. كما إذا تزوج المرأة على أن لا يكون لزوجها اختيار طلاقها، فإنه يحكم ببطلان الشرط المزبور؛ لكون المشروط خلاف السنة الدالة على أن الطلاق بيد الزوج، وكذا إذا باع المال بشرط أن لا يكون للمشتري اختيار الرجوع في

(١) وسائل الشريعة ٢٣: ١٥٥، الباب ١١ من أبواب المكاتب، الحديث ١.

منها: صحيحة مالك بن عطية، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له أب مملوك وكان تحت أبيه جارية مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك. قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم». والرواية محمولة - بقرينة الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية - على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم، أو المصالحة على إسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

هبته السابقة، فإن شرط عدم الاختيار في الرجوع خلاف السنة الدالة على أن للواهب الرجوع في الهبة مادامت العين باقية.

والحاصل: أنه لا يكون تقديم خطاب لزوم الشرط على قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»^(١) لمجرد أن الخيار حكم للبيع بعنوانه الأولي، وسقوط الخيار حكم له بعنوان الشرط فيه، بل الصحيح في الجواب ما يأتي من أن الخيار من الحقوق لا من قبيل الحكم، ومقتضى كونه حقاً سقوطه بكل مسقط من فعل أو قول، فيكون شرط سقوطه في البيع مسقطاً أخذاً بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) ولا ينافيه قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار»^(٣)، فإن مقتضى كون الخيار حقاً ثبوته في البيع لولا إسقاطه ولو من حين ثبوته كما لا يخفى.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا موجب لحمل صحيحة سليمان بن خالد على اشتراط

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

(٢) وسائل الشريعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٣) مرّ آنفاً.

وكيف كان، فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها، لامعارضتها المحوجة إلى التماس المرجح. نعم، قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه: [١]

سقوط خيار الأمانة في ضمن عقد لازم، فإن الهبة إذا كانت مشروطة بشرط من قبيل النتيجة، كما إذا وهب المال بشرط أن يكون وكيلاً في بيع داره فبمجرد قبول الهبة يصير لازمة لحصول التعويض، أي الوكالة في بيع الدار، فلا يجوز للواهب الرجوع في هبته كما لا يجوز للمتهب الرجوع في شرط الوكالة أخذاً بقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(١).

ومن هذا القبيل هبة المال للجارية بشرط أن لا يكون لها خيار في فسخ نكاح الأب، فتدبر جيداً.

[١] قد أورد على اشتراط سقوط الخيار في البيع بأمر عمدها ما أشرنا إليه، من كون هذا الشرط مخالفاً للسنة الدالة على ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري قبل الافتراق.

وأجبتنا عن ذلك، بأنه إنما يتحقق المخالفة للسنة لو كان الخيار قبل الافتراق من قبيل الحكم؛ ليكون نظير شرط عدم جواز الطلاق للزوج في عقد النكاح. وأما إذا كان من قبيل الحقوق، أي القابلة للإسقاط، فلا يكون في شرط سقوطه مخالفة لها.

وأما الأمور الثلاثة التي ذكرها المصنف ﷺ، من لزوم الدور من شرط سقوط الخيار أو كون شرط سقوطه مخالفاً لمقتضى العقد أو كون شرط سقوطه في البيع إسقاطاً لما لا يجب، فلا مورد لشيء منها.

(١) مرّ آنفاً.

الأول: أنّ الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً، لأنّ الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقّف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور. الثاني: أنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: «البيعان بالخيار» فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد. الثالث: ما استدللّ به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط: من أنّ إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط لمالم يجب، لأنّ الخيار لا يحدث إلا بعد البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله. هذا، ولكن شئ من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

أما لزوم الدور فقد يقال في تقريبه: إنّه يتوقّف نفوذ الشرط ولزومه على لزوم العقد، فإن الشرط في ضمن عقد جائز لا يزيد على أصل العقد في الجواز وإذا فرض توقف لزوم العقد أيضاً على لزوم الشرط كما في فرض شرط سقوط الخيار، لزم الدور. والجواب: أنّ الشرط ينفذ فيما إذا كان العقد محكوماً باللزوم ولو بواسطة ذلك الشرط ولا يتوقف على لزومه مع قطع النظر عن الشرط، فإنّ الموجب لاشتراط لزوم العقد عدم إمكان لزوم الشرط مع عدم لزوم العقد وبقائه على جوازه، وإذا فرض خروج العقد عن الجواز بالاشتراط المزبور صحّ الشرط ولزم بلزوم العقد. أضف إلى ذلك ما يأتي من عدم توقف لزوم الشرط على لزوم العقد، وصحة الشرط في العقود الجائزة.

وأما كون شرط سقوط الخيار منافياً لمقتضى البيع، فيأتي أن المراد من كون الشرط منافياً لمقتضى العقد عدم إمكان اجتماع ذلك الشرط مع تحقق العقد كما في قوله: «بعتك المال على أن لا يكون المبيع ملكاً لك»، ونحو ذلك.

أما الأول: فلأنَّ الخارج من عموم الشرط: الشروط الابتدائية، لأنَّها كالوعد، والواقعة في ضمن العقود الجائزة بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز، لأنَّ الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به ممَّا لا يجتمعان، لأنَّ الشرط تابع وكالتقييد للعقد المشروط به. أما إذا كان نفس مؤدَّى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به - كما فيما نحن فيه - لا التزاماً آخر مغايراً لالتزام أصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيك بين التابع والمتبوع في اللزوم والجواز.

وأما الشرط الذي يمكن اجتماعه مع تحقق العقد بمدلوله فلا بأس به، فيما إذا لم يخالف الكتاب والسنة.

والوجه في عدم البأس، أن ما يقتضيه العقد إذا كان لا بشرط لا يكون منافياً لمقتضاه إذا كان بشرط، بمعنى أن ما يترتب على العقد إذا كان من قبيل الحقوق يكون العقد موضوعاً لثبوته بشرط عدم اشتراط سقوطه، بأن يكون العقد مطلقاً كما لا يخفى. وأما الثالث: وهو أنَّ إسقاط الخيار بشرط سقوطه في العقد - كإسقاطه قبل العقد - إسقاط لما لا يجب، فالجواب أن إسقاط الشيء فيما كان أمراً اعتبارياً قبل تحقق موضوعه لا بأس به؛ لأنَّ موضوعه مقيد بعدم الإسقاط، كما هو مقتضى كونه حقاً. وقد استفيد من صحيحة سليمان بن خالد جواز إسقاط الخيار في فسخ النكاح قبل تحقق موضوعه، وهو صيرورة الأمة المزوجة حرّة.

والحاصل: أنَّ مقتضى كون الخيار حقاً تقيّد موضوعه بعدم إسقاط ذلك الخيار. نعم، الإسقاط قبل تحقق موضوعه كما هو ظاهر صحيحة سليمان بن خالد، يحتاج إلى دليل، ومع عدمه فالبطلان لعدم الدليل لا لعدم الإمكان.

وأما إسقاطه بشرط في البيع كإسقاطه فيما بعد، فجوازه مقتضى كون الخيار حقاً

وأما الثاني، فلأنَّ الخيار حقٌّ للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلِّي ونفسه، فلا ينافي سقوطه بالشرط.

وبعبارة أخرى: المقتضي للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعة العقد من حيث هي حتَّى لا يوجد بدونه. وقوله: «البيعان بالخيار» وإن كان له ظهور في العلية التامة، إلا أنَّ المتبادر من إطلاقه صورة الخلوِّ عن شرط السقوط، مع أنَّ مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضياً، لا تمام العلة ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً. نعم، يبقى الكلام في دفع توهم: أنه لو بُني على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة لم يبقَ شرط مخالف للكتاب والسنة، بل ولا لمقتضى العقد. ومحلُّ ذلك وإن كان في باب الشروط، إلا أنَّ مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه: أنا حيث علمنا بالنص والإجماع أنَّ الخيار حقٌّ ماليٌّ قابلٌ للإسقاط والإرث، لم يكن سقوطه منافياً للمشروع، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي، كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر.

وعن الثالث بما عرفت: من أنَّ المتبادر من النصِّ المثبت للخيار صورة الخلوِّ عن الاشتراط وإقدام المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط إبطال المقتضي لإثبات المانع. ويمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث ومن سابقه بصحيفة مالك بن عطية المتقدمة.

وموضوعه البيع، فيعمّه: «المسلمون عند شروطهم»^(١)، لتتمام البيع والشرط معاً كما لا يخفى.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

ثم إن هذا الشرط يتصوّر على وجوه [١]:

[١] ذكره رحمته الله في هذا الاشتراط أنه على وجوه:

الأول: أن يشترط عدم الخيار في البيع، بأن يكون شرط عدمه بنحو شرط النتيجة مسقطاً، على ما تقدم من أن عدم الخيار يحصل بكل مسقط، وشرط عدمه أيضاً من مسقطاته كما هو مقتضى قوله رحمته الله: «المسلمون عند شروطهم»^(١)، وأن ذلك لا ينافي السنة الدالة على أن: «البيعان بالخيار حتى يفترقا»^(٢)؛ لأن كون الخيار حقاً قرينة على أن الموضوع له البيعان مع عدم شرط السقوط.

الثاني: أن يشترط ترك الفسخ، ولا شبهة في جواز هذا الشرط وكونه من شرط الفعل، ولو خالف المشروط عليه فهل ينفذ فسخه وإن فعل محرماً بمخالفته الشرط أو لا ينفذ فسخه أيضاً؟.

اختار رحمته الله عدم نفوذه؛ لأن شرط ترك الفسخ يوجب أن يكون تركه حقاً للمشروط له، ولذا يجبر عليه المشروط عليه ولو كان في تركه مجرد التكليف لما يجبر عليه إلا بنحو الأمر بالمعروف من كل أحد.

وعلى ذلك، فلا يكون المشروط عليه مستقلاً في اختياره الفسخ، بأن يكون سلطاناً على الفعل والترك لينفذ فسخه، نظير ما إذا نذر التصدق بمال ثم باع ذلك المال، فإنه قد ذكر غير واحد من الأصحاب بطلان البيع المزبور.

أقول: اشتراط ترك الفسخ لا يوجب حقاً للمشروط له إلا في الترك، بأن يطالبه من المشروط عليه ويجبره عليه، وأما الفسخ فلا حق له فيه، بل الفسخ مجرد تفويت لحق المشروط عليه فيكون محرماً، ولكن النهي عن معاملة ومنها الفسخ لا يوجب فسادها.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

وبتعبير آخر: اشتراط ترك الفسخ على ذي الخيار لا ينافي بقاء الخيار؛ لأن الخيار التمكّن على الفسخ الممضى شرعاً، وإذا لم يكن بينهما تناف فاللازم نفوذ الفسخ ولو مع كونه محرماً، بل لو لم يكن فسخه نافذاً فلا يتصور أن يطالبه المشروط له بترك الفسخ، وكيف يعقل إجباره عليه.

وذكر عليه السلام في ذيل كلامه وجهاً آخر لبطلان الفسخ، وهو أن وجوب الوفاء بالشرط نظير وجوب الوفاء بالعقد أمر بترتيب الآثار على الشرط، وإن كان الشرط عدم الفسخ فاللازم ترتيب آثاره حتى بعد إنشاء المشروط عليه الفسخ، ولو جاز للمشتري الإمساك بالمبيع - مثلاً - ولو بعد فسخ البائع المشروط عليه فينتزع منه بطلان الفسخ. ولكن لا يخفى ما فيه، فإن الشرط بمعنى المشروط إذا كان فعلاً أو تركاً فالوفاء به كالوفاء بالنذر عبارة عن الإتيان بذلك المشروط، أي الفعل أو الترك لا ترتيب الآثار، والمفروض في المقام كون الشرط ترك الفسخ لا عدم الانفساخ وبقاء العقد.

وذكر النائيني عليه السلام ^(١) أن النهي عن الفسخ في المقام يوجب فساده، فإن النهي عن معاملة بمعناها المسببي موجب لفسادها، بخلاف النهي عنها بمعناها السببي أو التّسببي، وذلك لأن مع مبغوضية المسبب بأي سبب حصل، كما في حصول ملكية السلاح لأعداء الدين في قتالهم المسلمين، كان حصوله بالبيع أو غيره، لا يمكن إمضاء ذلك المسبب. بخلاف ما إذا كان النهي عن المعاملة باعتبار مبغوضية السبب أو التسبب فإنها لا تنافي إمضاء المسبب.

وفي المقام مبغوضية الفسخ باعتبار المسبب، حيث إنها في رجوع ما انتقل عن

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٤٧.

ملكه إلى ملكه ثانياً.

وفيه: أن النهي والمبغوضية في المقام في المعاملة بمعناها السببي لا المسببي، فإن عود الملك إلى مالكة الأصلي بغير الفسخ أمر جائز تكليفاً ووضعاً، كما إذا اشترى البائع المبيع من المشتري ثانياً.

والحاصل: لا أرى وجهاً صحيحاً لبطلان الفسخ وعدم نفوذه.

. نعم قد يقال - كما عن المحقق الإيرواني رحمته الله (١) -: بأن بيع المال بشرط أن لا يفسخ في المجلس بناءً على نفوذ الفسخ لا يخلو عن الإشكال، فإن الشرط إنما يلزم الوفاء به إذا كان العقد ولو بالشرط المزبور لازماً، والمفروض أن البيع المزبور لا يكون لازماً حتى بالشرط المزبور، حيث إن الفسخ ولو يكون محرماً إلا أنه نافذ على الفرض.

والجواب: أن المراد بعدم لزوم الشرط مع جواز العقد أن يثبت وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً ولا يثبت وجوب الوفاء كذلك بالعقد ولو بعد ذلك الشرط.

وأما إذا ثبت وجوب الوفاء بالعقد أيضاً كما في المقام، حيث إن وجوب ترك الفسخ مساوق لوجوب الوفاء بالعقد تكليفاً فلا بأس بالاشتراط المزبور، وكذا لا يكون صحة الشرط فيما إذا كان المشروط أمراً وضعياً منحصراً بصورة لزوم العقد، بل يصح مع جوازه أيضاً، كما إذا أعار المال بشرط ضمان ذلك المال، فإن العارية مع الضمان المزبور جائزة تكليفاً وصحیحتان وضعاً.

وأما دعوى أنه مع اشتراط ترك الفسخ يكون خطاب وجوب الوفاء بالشرط وارداً على دليل خيار المجلس؛ لأن الخيار هو التمكن على الفسخ الممضى ومع تحريم

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٥٠.

الفسخ لا يكون تمكن على الفسخ، فلا يمكن المساعدة عليها، فإنه إن أريد من التمكن جواز الفسخ وتركه تكليفاً زائداً على نفوذه فليس في البين ما يدل على اعتباره في الخيار، وإن أريد مجرد النفوذ فهو حاصل في المقام كما هو الفرض.

وأما مسألة بيع المال فيما إذا نذر التصدق به، فالأظهر فيها أن تعلق النذر لا يخرج المال عن الملك ولا يوجب تعلق حق به، وذلك فإن قول الناذر: لله علي أن أتصدق بهذا المال، ليس إلا التعهد لله بالتصدق بالمال المزبور، نظير التعهد للغير في مورد شرط الفعل في بيع ونحوه، كما إذا باع المال من زيد على أن يخيط له ثوباً.

ومن الظاهر أنه لا يكون في مورد شرط الخياطة تملك للخياطة من زيد؛ ولذا لا يكون لزيد المطالبة بعوض تلك الخياطة، بل له على تقدير تخلف الشرط فسخ البيع. ويشهد على عدم ظهور صيغة النذر في تملك التصدق بالمال من الله سبحانه، نظير مورد تملك الفعل من الغير في مورد الإجارة أنه لا يكون قوله: «جعلت خياطة ثوب زيد ملكاً لله سبحانه»، مرادفاً لقوله: «لله علي أن أخيط ثوب زيد»، بخلاف قوله: «تعهدت لله أن أخيط ثوب زيد»، فإنه مرادف لصيغة النذر.

وعلى ذلك فلو خالف وترك الخياطة تحقق الحنث، وكذا فيما إذا خالف في نذر التصدق وباع المال، ولكن يحكم بصحة البيع؛ لأن البيع ضد خاص للمأمور به والأمر بشيء لا يقتضي النهي عن ضده الخاص، وعلى تقديره النهي عن معاملة لا يقتضي فسادها.

ثم لو سلم صيرورة التصدق بالمال ملكاً لله سبحانه بالنذر فهذا لا يوجب بطلان البيع، فإنه بعد كون المال ملكاً للناذر يكون بيعه إتلافاً لملك الله سبحانه فيكون محرماً. وقد تقدم أن ما يذكر في شرائط البيع من كون المبيع ملكاً طلقاً ليس شرطاً

أحدها: أن يشترط عدم الخيار - وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط - فيقول: «بعت بشرط أن لا يثبت بيننا خيار المجلس» كما مثّل به في الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ فيقول: بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس فيرجع إلى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط وفسخ فيحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ، لأنّ وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه وعدم سلطته على تركه، كما لو باع منذور التصدّق به - على ما ذهب إليه غير واحد - فمخالفة الشرط وهو الفسخ غير نافذة في حقه. ويحتمل النفوذ، لعموم دليل الخيار، والالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم: من أن بيع منذور التصدّق حث موجب للكفارة، لا فاسد. وحيث أن فلافائدة في هذا غير الإثم على مخالفته، إذ ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام - من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط - غير مترتب هنا. والاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، وهو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ، فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً، كما تقدّم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالمقد على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً لا يرفع وجوب الوفاء.

الثالث: أن يشترط إسقاط الخيار [١] ومقتضى ظاهره: وجوب الإسقاط بعد

مستقلاً، بل هو أمر انتزاعي عن الموارد التي تعلق فيها النهي الظاهر في الفساد بالبيع، وليس في المقام نظير النهي المزبور.

[١] لو كان المراد اشتراط إسقاط الخيار من الابتداء فيكون الشرط المزبور بنفسه إسقاطاً له لا أمراً آخر في مقابل شرط سقوطه، وإن كان المراد اشتراط إسقاط الخيار بعد

البيع يكون هذا من شرط الفعل.

وعليه فإن لم يسقط المشروط عليه خياره بل فسخ البيع يجري في الفسخ المزبور ما تقدم من أن شرط إسقاط الخيار - كما قيل - يوجب تعلق حق للمشروط له بخيار ذي الخيار، فلا ينفذ فسخه. وأن وجوب العمل بالشرط ولو بعد الفسخ يوجب بطلان فسخ ذي الخيار، أو أن النهي عن خلاف العمل بالشرط وهو الفسخ يوجب بطلانه.

ولكن ذكرنا عدم تمام شيء من ذلك، وأن الفسخ وإن كان محرماً ولكنه نافذ؛ لأن النهي عن معاملة لا يوجب فساده.

ولا يخفى أنه مع اشتراط عدم الفسخ أو إسقاط الخيار وتخلف المشروط عليه بالفسخ لا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط؛ لعدم بقاء البيع مع نفوذ الفسخ ليكون للمشروط له خيار فيه.

نعم مع تخلف المشروط عليه في الفرض الثالث بعدم إسقاط خياره بعد البيع يقع الكلام في ثبوت الخيار للمشروط له.

وذكر المصنف رحمته الله أنه: إن قيل بعدم نفوذ فسخ المشروط عليه على تقدير فسخه، فلا يثبت للمشروط له خيار؛ لأن مع عدم نفوذ فسخ المشروط عليه لا يكون في البين تخلف الشرط، حيث إن عدم نفوذ فسخه مساوق لسقوط خياره. وإن قيل بنفوذه يثبت للمشروط الخيار؛ لأنه قد يكون للمشروط له غرض في إسقاط المشروط عليه بخياره غير بقاء العقد وعدم فسخه كعدم انتقال خياره إلى وارثه على تقدير اتفاق موته، بأن يخرج عن حال التردد فعلاً.

وذكر بعض الأجلة (دامت أيامه) أن شرط ترك الفسخ أو إسقاط الخيار لا يوجب

تعلق الوجوب بترك الفسخ أو إسقاط الخيار ليقضي وجوبهما النهي عن ضدهما العام أو الخاص، أي الفسخ.

وذلك فإن تعلق الوجوب بالوفاء بالشرط لا يسري إلى عنوان آخر مما يتحد مع عنوان الوفاء بالشرط خارجاً، وترك الفسخ أو ترك الخيار متحد مع عنوان الوفاء بالشرط بحسب الخارج. وكذا وجوب الوفاء بالنذر، فإنه إذا نذر الإتيان بصلاة الظهر في وقتها صح، ووجب الوفاء بالنذر، ولا يوجب ذلك تعلق الوجوب بنفس صلاة الظهر، فإن تعلق وجوب الوفاء بالنذر سرايته إلى عنوان آخر غير معقول. ولو كان ذلك العنوان متحداً مع العنوان الأول في الخارج فإن الخارج ظرف لسقوط التكليف لا ظرف لثبوته.

ثم ذكر (طال بقاه) أن أوفوا بالشرط أو النذور لا يكون مشيراً إلى وجوب العناوين التي يتعلق بالإتيان بها الشرط أو النذر، فإن العنوان لا يكون مشيراً إلى عنوان آخر، بل ما ذكر من قبيل الجمع الإجمالي في الخطاب في مقام تعلق الحكم بذلك الجمع الإجمالي.

والحاصل: أن صلاة الظهر - مثلاً - لا يتعلق بها وجوب الوفاء بالنذر، بل الوجوب يتعلق بالوفاء بالنذر أو الشرط.

وكيف يتعلق الوجوب بصلاة الظهر مع أنه يوجب تعلق تكليفيين وإرادتين بتلك الصلاة، والالتزام بالتأكد بالوجوبين أمر غير معقول، فإن التأكد فيما إذا كان الأمر الثاني بالفعل وبملاك الأمر الأول به.

مع أنه لو سلم كون وجوب الوفاء بالشرط إيجاباً لترك الفسخ، فلانسلم أن إيجاب شيء نهى عن ضده العام أو الخاص؛ لأن النهي عن الشيء يتوقف على المفسدة

في متعلّقه، وليس في الضد العام أو الخاص مفسدة وإلا لكان في البين تكليفان، فيستحق المكلف عقابين؛ أحدهما على مخالفة الأمر، والثاني على مخالفة النهي. والنهي عن الشيء باعتبار المصلحة الموجودة في الآخر إرشاد إلى موافقة ذلك الأمر المتعلّق بذلك الآخر، أو تأكيد لأمره، فلا يكون في البين نهى تكليفي عن فعل الفسخ ليقال: إن النهي عن معاملة لا يوجب فسادها.

أقول: ما ذكر من أن الأمر بشيء لا يقتضي النهي عن ضده العام أو الخاص صحيح، كما بيّناه في بحث الأصول، وأن تعلق الوجوب بعنوان لا يسري إلى عنوان آخر فهو أيضاً صحيح، ولكن هذا فيما إذا كان كل من العنوانين تقيدياً، كما إذا كان أحد العنوانين منطبقاً على تحقق وينطبق العنوان الآخر على تحقق آخر، ويكون المجمع في هذه الموارد من قبيل الانضمامين، على ما تقرر في بحث جواز الاجتماع من بحث الأصول. وكذا فيما إذا كان أحد العنوانين تقيدياً والآخر انتزاعياً، ويكون منشأ انتزاعه غير ما انطبق عليه العنوان التقيدي، أو كان كل منهما عنواناً انتزاعياً، ولكن منشأ انتزاع أحدهما غير الفعل الذي ينتزع عنه العنوان الآخر، فإن العنوانين في جميع ذلك يكون تقيديين. بخلاف ما إذا كان كل منهما انتزاعياً ويكون منشأ انتزاعهما فعل واحد خارجاً أو كان أحدهما تقيدياً ويتنزّع العنوان الآخر عن ذلك الفعل، فإن العنوانين في ذلك وإن يكونان في عالم المفهوم متعدّداً إلا أنّهما بحسب الخارج متحدان؛ ولذا يكون التركيب بينهما في الخارج اتحادياً ويمتنع فيهما اجتماع الأمر والنهي، حيث إن الطلب يتعلق بما فيه الملاك والصالح والفساد وهو الخارج لا المفهوم.

لا يقال: التحقّق الخارجيّ، أي ما هو بالحمل الشائع، فعل مسقط للطلب وكيف يتعلّق به الطلب، سواء كان الطلب من قبيل الأمر أو النهي.

العقد، فلو أُخْلَ به وفسخ العقد ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان والأقوى عدم التأثير. وهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم إسقاط المشروط الخيار بعد العقد وإن لم يفسخ؟ وجهان: من عدم حصول الشرط ومن أن المقصود منه إبقاء العقد فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ، والأولى بناءً على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد ويكون بقاء المشروط على سلطنة الفسخ مخالفاً لمصلحة المشروط له. وقد يموت ذو الخيار وينتقل إلى وارثه.

بقي الكلام في أن المشهور: أن تأثير الشرط [١] إنما هو مع ذكره في متن

فإنه يقال: الحكم طلباً كان أو غيره، لا يكون بالإضافة إلى متعلقه عَرَضاً له ليلزم في تحقق الطلب فعلية ذلك المتعلق، بل الحكم من فعل الحاكم وعرض له ويكون الوجود الخارجي بعنوانه طرفاً، لإضافته، حيث إن المولى يضيف طلبه إلى ذلك المتأخر بصورته فيكون تلك الصورة مرآة إلى ذلك المتأخر، على ما أوضحنا في بحث اجتماع الأمر والنهي من بحث الأصول، وعليه فيحصل التأكد بطرو العنوان الثاني على الفعل لا محالة.

[١] وحاصله: أن نفوذ شرط سقوط الخيار بأحد أتحانه الثلاثة كسائر الشروط فيما إذا ذكر في متن العقد، ولو ذكر سقوطه قبل العقد مع خلوه إيجاب العقد وقبوله عن ذكره فلا يكون للمذكور قبل البيع حكم، بل يثبت خيار المجلس، فإن ذكره قبل العقد لا يكون شرطاً ليعمّه قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١)، فإن الشرط كما عن القاموس هو: الإلزام أو الالتزام في بيع ونحوه^(٢).

(١) وسائل الشريعة ١٦: ١٨، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

(٢) القاموس: مادة «الشرط».

العقد، فلو ذكره قبله لم ينفذ، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به. وصدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت، لأن المتبادر عرفاً هو الإلزام والالتزام المرتبط بمطلب آخر، وقد تقدّم عن القاموس: أنه الإلزام والالتزام في البيع ونحوه. وعن الشيخ والقاضي تأثير الشرط المتقدم. قال في محكي الخلاف: لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صحّ الشرط ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول. ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي، ثم قال: دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط والأصل جوازه وعموم الأخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضع، انتهى. ونحوه المحكي عن جواهر القاضي. وقال في المختلف - على ما حكى عنه - بعد ذلك: وعندي في ذلك نظر، فإن الشرط إنما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد وتبايعاً على ذلك الشرط صحّ ما شرطاه، انتهى.

ولكن عن الشيخ^(١) والقاضي^(٢) ترتب الأثر على شرط سقوط الخيار فيما إذا ذكر قبل العقد؛ لعموم قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»، خلافاً لبعض الشافعية، حيث إنهم لا يرون لشرط سقوطه قبل البيع حكم.

وأورد في «المختلف»^(٣) أنه إنما يعتبر الشرط فيما إذا ذكر في متن العقد. نعم إذا ذكره قبل العقد ثم تبايعاً عليه فيثبت له حكم الشرط أيضاً.

وذكر المصنف رحمه الله في المناقشة في الإيراد المزبور، أنه إن كان المراد من ذكر الشرط قبل العقد ثم البيع مع البناء على ذلك المذكور الإشارة في البيع إلى المذكور قبله، فيدخل هذا في ذكر الشرط في متن العقد.

(١) الخلاف ٣: ٢١، المسألة ٢٨ من كتاب البيوع.

(٢) جواهر الفقه: ٥٤، المسألة ١٩٥.

(٣) المختلف ٥: ٦٣.

أقول: التبایع على ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه في العقد بأن يقول مثلاً: «بعت على ما ذكر» فهو من المذكور في متن العقد، وإن كان بالقصد إليه والبناء عليه عند الإشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشيخ.

نعم، یحتمل أن یرید الصورة الاولى، وهذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط. ويؤيدُه أيضاً، بل يعينه: أن بعض أصحاب الشافعي إنما يخالف في صحة هذا الاشتراط في متن العقد، وقد صرح في التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعية في اشتراط عدم الخيار في متن العقد، واستدلّ عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد، فلا يصح إسقاطه قبل تمامه.

والحاصل: أن ملاحظة عنوان المسألة في الخلاف والتذكرة واستدلال الشيخ على الجواز واستدلال بعض الشافعية على المنع يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ صورة ترك الشرط في متن العقد.

وإن كان مجرد قصد ذلك المذكور قبل العقد من غير ذكر شيء في البيع. فهذا مراد الشيخ والقاضي أيضاً فلا يكون ما ذكره في «المختلف» مغايراً لما ذكره الشيخ والقاضي.

ثم قال: والصحيح أنه لا يفيد في سقوط الخيار ذكره قبل البيع، ثم البيع مع قصده؛ لأن المذكور قبل العقد لا يصدق عليه الشرط؛ لما تقدم من أنه إلزام أو التزام في البيع، بل هو إما وعد بالتزام أو الالتزام تبرّعي، أي ابتدائي.

لا يقال: كيف لا يكفي القصد مع ذكره قبل البيع، وقد تقدم سابقاً أنه لو عين كل من المثلث والثلث خارجاً ثم قال البائع: «بعت» والمشتري: «قبلت» لثم ولا يحتاج إلى إعادة ذكر العوضين.

فإنه يقال: القصد والنية يكفي في متعلقات البيع، حيث إنه لا يكون بيع بدون

وكيف كان، فالأقوى أنّ الشرط الغير المذكور في متن العقد غير مؤثّر، لأنّه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق، لأنّ المتحقّق في السابق إمّا وعد بالتزام، أو التزام تبرّعيّ لا يجب الوفاء به، والعقد اللاحق وإن وقع مبنياً عليه لا يلزمه، لأنّ الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا بجعل المتكلّم، وإلا فهو بنفسه ليس من متعلّقات الكلام العقدي مثل العوضين وقيودهما حتّى يقدر منوياً، فيكون كالمحذوف النحويّ بعد نصب القرينة، فإنّ من باع داره في حال بنائه - في الواقع - على عدم الخيار له لم يحصل له في ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار ولم يقيّد إنشاءه بشيء. بخلاف قوله: «بعتك على أن لا خيار لي» الذي مؤداه بعتك ملتزماً على نفسي وبانياً على أن لا خيار لي، فإنّ إنشاءه للبيع قد اعتبر مقيّداً بإنشائه التزام عدم الخيار.

المثمن والتمن، وأما غير متعلّقات البيع مما هو خارج عن حقيقته كالشرط، فلا يكون له حكم إلا بذكره في البيع ونحوه؛ ليعمّه قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١). ولعل الشيخ والقاضي لا يخالفان ذلك، فإنه يحتمل أن يكون ما ذكره في مقابل بعض الشافعية^(٢)، حيث منعوا عن شرط سقوط الخيار في ضمن عقد البيع بدعوى أن الخيار يثبت بعد تمام البيع فلا يجوز شرطه قبل تمام إيجاب البيع وقبوله، فمرادهم من ذكره قبل العقد ذكره قبل تمام العقد بأن يذكر في الإيجاب والقبول.

ثم إنه ربما يذكر في المقام أنّه كيف يصحّ اشتراط أوصاف المبيع كالسلامة، وكذا اشتراط القبض والإقباض ويثبت بتخلّفهما خيار الفسخ، مع أن شيئاً منهما لم يذكر في عقد البيع؟

(١) مرآناً.

(٢) المجموع ٩: ١٧٨ - ١٧٩، والوجيز ١: ١٣٩.

فحاصل الشرط: إلزامٌ في التزامٍ مع اعتبار تقييد الثاني بالأول، وتام الكلام في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

وأجاب النائيني رحمته الله عن ذلك، بأن الشروط الارتكازية العرفية لا تقاس بغيرها، فإن إنشاء البيع في مورد الشرط الارتكازي دالٌّ على ذلك الاشتراط بالدلالة الالتزامية وكأنه مذكور في البيع، بخلاف الشرط الذي لا يكون من هذا القبيل، فإن إنشاء البيع لا يكون دالاً على ذلك الالتزام.

والحاصل: إنما يحتاج إلى ذكر الشرط ولو بنحو الإشارة فيما إذا لم يكن البيع دالاً عليه بالدلالة الالتزامية؛ لأن مع عدم دلالة عليه لا يكون المذكور قبله إلا التزاماً تبرعياً أو وعداً به.

أقول: قد ذكرنا في مباحث البيع عدم صدق البيع أو غيره من عناوين المعاملات على مجرد الالتزام بكون الشيء ملكاً للغير بعوض من دون إنشاء، ولكن تعلق الالتزام الإنشائي بكل من العين والعوض لا يحتاج إلا إلى العلم بالعوضين حال البيع، ذكرافي عقد البيع أم لا؛ لأن تعلق التمليك بالعوضين ليس أمراً إنشائياً والأمر الإنشائي هو نفس التمليك.

وأما الشرط في المعاملات فيما إذا كان ارتكازياً فلا يحتاج إلى الذكر، حيث إن إنشاء تلك المعاملة وإطلاقها كافية في الدلالة على كونها مشروطة بالشرط المزبور، بخلاف ما إذا لم يكن ارتكازياً فإنه يحتاج إلى الذكر ليفهم أن المعاملة مبنية عليه. ولكن لا يعتبر ذكر ذلك في متن عقد البيع، بل لو ذكرا هذا الالتزام قبل البيع وبيّنوا على أن البيع المنشأ بعد ذلك مبني على الالتزام المزبور كفى، كما لو قال: «لو بعثك المال فعليك خياطة ثوبي هذا»، ورضي بذلك الطرف الآخر، ثم قال البائع: «بعثت المال متصلاً أو منفصلاً»، وقال الآخر: «قبلت».

فري: ذكر العلامة في التذكرة مورداً [١] لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال: «لله عليّ أن أعتقك إذا بعته» قال: لو باعه بشرط نفي الخيار لم يصحّ البيع لصحة النذر، فيجب الوفاء به ولا يتم برفع الخيار. وعلى قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط ويصحّ البيع ويعتق، انتهى.

وأما إذا لم يذكر هذا الارتباط قبل البيع بل اعتقد صاحب المبيع أن الطرف الآخر بعد المعاملة على ما كان يلتزم به قبل البيع، فهذا لا يكون شرطاً، بل يكون ذلك من تخلف الداعي.

[١] ذكر العلامة في التذكرة^(١) أنه لا يجوز شرط سقوط خيار المجلس ولا سائر الخيارات في البيع فيما إذا نذر المولى عتق عبده إذا باعه فإن شرط سقوط الخيار مناف للوفاء بالنذر حيث لا يتم الوفاء به برفع الخيار - أي - باشتراط سقوطه، وإذا خالف واشترط سقوطه فيحكم ببطلان البيع المزبور وعلى قول آخر من عدم سراية بطلان الشرط إلى نفس المعاملة يحكم بصحة البيع وكونه خيارياً.

وذكر المصنّف ﷺ أن تعلق النذر بعق العين كاشتراط عدم فسخ البيع يوجب بطلان التصرف المنافي للنذر أو الشرط.

أقول: لا وجه لتقييد النذر بما إذا تعلق بعق العبد إذا باعه بل لو نذر عتقه يكون الأمر كما ذكر فان التصرف المنافي للنذر هو اشتراط سقوط الخيار لا نفس بيع العبد، وقد تقدّم ان النذر أو الشرط لا يوجب بطلان التصرف المنافي حيث إنّ النهي عن المعاملة لا يوجب فسادها فضلاً عما إذا لم يتعلّق به النهي وإنما يكون منافياً للإتيان بالواجب فتدبر.

أقول: هذا مبنيٌّ على أَنَّ النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلُّط الناذر على التصرفات المنافية له. وقد مرَّ أَنَّ الأقوى في الشرط أيضاً كونه كذلك.

مسألة: ومن المسقطات: إسقاط هذا الخيار بعد العقد، بل هذا هو المسقط الحقيقي [١]. ولا خلاف ظاهراً في سقوطه بالإسقاط، ويدل عليه -بعد الإجماع- فحوى ما سيجيء من النصِّ الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللاً بأنَّه رضاً بالبيع، مضافاً إلى القاعدة المسلمة، من أنَّ لكلِّ ذي حقِّ إسقاط حقّه، ولعلّه لفحوى تسلُّط الناس على أموالهم، فهم أولى بالتسلُّط على حقوقهم المتعلقة بالأموال،

[١] والوجه في ذلك أنَّه مع شرط سقوط الخيار أو الافتراق ينتفي الخيار بانتفاء موضوعه، ويشهد لسقوط الخيار بالإسقاط فحوى ما دلَّ على سقوطه بالتصرف الدال على التزام المتصرف ببقاء البيع فإنه إذا كان الفعل الدال على الإسقاط مسقطاً بإنشاء إسقاطه باللفظ أولى بالإسقاط.

مع أنَّ الإسقاط مقتضى القاعدة المسلمة عندهم بأن لكلِّ ذي حقِّ إسقاط حقّه، واستفيدت هذه القاعدة من فحوى ما دلَّ على سلطنة الناس على أموالهم^(١) فإنه إذا كان الإنسان سلطاناً على التصرف في ماله، يكون سلطاناً على التصرف في حقّه الذي دون المال، وسلطنة التصرف في الحق فيما إذا لم يكن قابلاً للنقل، يعمُّ الإسقاط بل يمكن الاستدلال على جواز الإسقاط بما دلَّ على نفوذ الشرط لو قيل بان الشرط يعمُّ الالتزام الابتدائي حيث إن الإسقاط التزام بعدم الخيار ابتداءً أي من غير أن يكون في ضمن المعاملة.

(١) والحديث هو: «الناس مسلطون على أموالهم»، عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، والحديث ٩٩ و ٤٥٧، الحديث

ولا معنى لتسلّطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل، إلا نفوذ تصرّفهم فيها بما يشمل الإسقاط. ويمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي. ثم إنّ الظاهر سقوط الخيار بكلّ لفظ يدل عليه بإحدى الدلالات العرفيّة، للفحوى المتقدّمة، وفحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولي، وصدق «الإسقاط» النافذ بمقتضى ما تقدّم من التسلّط على إسقاط الحقوق، وعلى هذا فلو قال أحدهما: «أسقطت الخيار من الطرفين» فرضي الآخر سقط خيار الراضي أيضاً، لكون رضاه بإسقاط الآخر إسقاطاً أيضاً.

مسألة: لو قال أحدهما لصاحبه: «اختر» [١] فإن اختار المأمور الفسخ،

أقول: لعلّ تقييد الحق بما إذا لم يقبل النقل، للاحتراز عن مثل حَقِّي التحجير والسبق، حيث يمكن القول بعدم سقوطهما بمجرد الإسقاط، حيث يكون بقاء التحجير والسبق بعد الإسقاط موجِباً للحق وانّ الحق في مثل ذلك نحو أولوية، بالإضافة إلى العين لا يسقط إلا بالنقل أو رفع التحجير وترك السبق، بخلاف ما إذا لم يكن قابلاً للنقل، فإن الفرق بين ذلك الحق والحكم، جواز إسقاط الأول دون الثاني.

وعلى ذلك فالعمدة إثبات كون الخيار حقاً لا حكماً كما يدل عليه ما ورد في كون التصرف مسقطاً معللاً بأنه التزام ببقاء البيع.

وأما كون الحق قابلاً للإسقاط كما يستظهر من فحوى حديث^(١) سلطنة الناس

على أموالهم، أو دلالة ما ورد في وجوب الوفاء بالشرط فغير مهم.

[١] لو كان لكل من المتبايعين خياراً لما في مورد خيار المجلس وقال أحدهما

للآخر: «إختر»، فإن اختار الآخر الفسخ يفسخ فان ذلك مقتضى ثبوت الخيار لذلك الآخر.

فلا إشكال في انفساخ العقد. وإن اختار الإمضاء، ففي سقوط خيار الأمر أيضاً مطلقاً - كما عن ظاهر الأكثر، بل عن الخلاف الإجماع عليه - أو بشرط إرادته تمليك الخيار لصاحبه، وإلا فهو باق مطلقاً كما هو ظاهر التذكرة أو مع قيد إرادة الاستكشاف دون التفويض، ويكون حكم التفويض كالتمليك، أقوال. ولو سكت، فخيار الساكت باق إجماعاً، ووجهه واضح. وأمّا خيار الأمر، ففي بقائه مطلقاً، أو بشرط عدم إرادته تمليك الخيار كما هو ظاهر التذكرة، أو سقوط خياره مطلقاً كما عن الشيخ أقوال. والأولى أن يقال: إن كلمة «اختر» بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ والإمضاء، وليس فيه دلالة على ما ذكره: من تمليك الخيار أو تفويض الأمر أو استكشاف الحال. نعم، الظاهر عرفاً من حال الأمر أن داعيه استكشاف حال المخاطب، وكأنه في العرف السابق كان ظاهراً في تمليك المخاطب أمر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق، فإن تمّ دلالة حينئذٍ على إسقاط الأمر خياره بذلك، وإلا فلا مزيل لخياره. وعليه يحمل - على تقدير الصحة - ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس: «أنهما بالخيار ما لم يفتقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر». ثمّ إنه لا إشكال في أن إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر. ومنه يظهر: أنه لو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد،

وأما إذا اختار إمضاء العقد وإقراره فهل يسقط خيار الأمر أيضاً، بحيث يكون البيع لازماً من الطرفين أو أنه لا يسقط خيار الأمر إلا مع إرادته بقوله: «اختر» نقل خياره إلى صاحبه المُعْتَبَر عن ذلك بتمليك الخيار ومع عدم إرادة التمليك يبقى خياره مطلقاً أو فيما كان الغرض من قوله: «اختر» استكشاف حال صاحبه من أنه يريد فسخ البيع أو إبقائه. وأمّا إذا كان الغرض تفويض أمر البيع إليه فيسقط خياره بالأمر بالاختيار.

لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد إجازة أحدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما. وهذا ليس تعارضاً بين الإجازة والفسخ وترجيحاً له عليها. نعم، لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين - كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدّد (كالأصيل والوكيل) فأجاز أحدهما وفسخ الآخر دفعة واحدة، أو تصرف ذو الخيار في العوضين دفعة واحدة (كما لو باع عبداً بجارية، ثم أعتقهما جميعاً، حيث إن إعتاق العبد فسخ، وإعتاق الجارية إجازة) أو اختلف الورثة في الفسخ والإجازة - تحقّق التعارض. وظاهر العلامة في جميع هذه الصور تقديم الفسخ ولم يظهر له وجه تام، وسيجيء الإشارة إلى ذلك في موضعه.

أقول: أما مسألة تملك خياره للآخر فلا دليل على نفوذ التملك فانه لم يثبت أن الخيار يقبل النقل الاختياري.

وما عن النائيني رحمته (١) - من أن الخيار إنما لا يقبل النقل إلى الأجنبي، وأما نقله إلى صاحبه في البيع فلا بأس به - ضعيف، فإن عدم النقل باعتبار عدم الدليل على نفوذ النقل، وهذا مشترك بين الطرف الآخر والأجنبي.

وأما التفويض فإن كان المراد توكيل الآخر في الاقرار والفسخ، فلا ينبغي الريب في أن مع اختيار صاحبه الفسخ أو الإمضاء لا يبقى خياراً للأمر حيث إنه استعمل خياره بوكيله في الفسخ أو الإمضاء.

وإن كان المراد بالتفويض أمرٌ آخر غير التوكيل وغير إسقاط الخيار ليكون الآخر مستقلاً في فسخ البيع وإمضائه فلم يتّضح لنا ذلك الأمر.

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٥١.

والإنصاف أنه لا دلالة لقوله «إختر» على التوكيل أو الاستكشاف، فلا بد في تعيين أحدهما من قرينة.

ويستفاد مما ورد^(١) في قول الزوج لزوجته: «اختاري» أن قول الزوج فيما إذا اختارت نفسها بأن يفترق عن زوجها يكون طلاقاً، وقد أنكر ذلك في بعض الأخبار الأخر^(٢)، وأنه لا يتم الفراق إلا بالطلاق ولو بالتوكيل.

ورود في المقام أيضاً سقوط خيار المجلس بقوله لصاحبه: «إختر»، وفي النبوي المروي في المستدرك من: «أنهما بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه إختر»^(٣)، وكان قوله لصاحبه: «إختر» مسقط لخيار الأمر.

وعلى كل فمع ضعف سند النبوي وعدم إحراز ظهور الأمر بالاختيار في إسقاط الخيار أو التوكيل يكون المرجع التمسك بما دلّ على ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري إلى حصول الافتراق، بعد إحراز عدم الإسقاط ولو بالأصل.

ثم إنه إذا كان لكل من المتبايعين خيار الفسخ واختلفا في الفسخ والإمضاء ففسخ أحدهما وأمضاه الآخر يفسخ البيع: سواء كان فسخ أحدهما قبل إمضاء الآخر أو كان بعده، لأن إمضاء أحدهما لا يوجب سقوط خيار صاحبه، ولا يكون ذلك من باب تعارض الفسخ والإمضاء.

وإنما يقع التعارض بينهما في موردين:

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٩٢ و ٩٣ و ٩٦، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ٦-١ و ١٣.

(٢) وسائل الشريعة ٢٢: ٩٤ و ٩٥-٩٧، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ٧-١٢ و ١٤-١٧.

(٣) مستدرك الوسائل ١٣: ٢٩٩، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين، ولا اشكال في سقوط الخيار به [١] ولا في عدم اعتبار ظهوره في رضاهما بالبيع، وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك، مثل قوله عليه السلام: «فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا». ومعنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد: افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافي - ولو بمسماه - ارتفع الخيار، فلا يعتبر الخطوة، ولذا حكى عن جماعة التعبير بأدنى الانتقال.

أحدهما: ما إذا ثبت الخيار للمتعدد من طرف واحد أو لكل من الطرفين، كما إذا قلنا بثبوت خيار المجلس للموكل ووكيله فاختلفا في الفسخ والإمضاء.

وثانيهما: ما إذا صدر عن ذي الخيار أمران يقتضي أحدهما إقرار العقد والآخر فسخه كما إذا باع العبد بجارية، ثم أعتقهما فإن العتق بالإضافة إلى بيع العبد فسخ وبالإضافة إلى الجارية أقرّاه فيقع التعارض.

وقيل: ^(١) أنه في مورد التعارض يقدم الفسخ فيما إذا وقعا دفعة ويؤخذ بمقتضى السابق مع وقوعهما تدريجاً، ولكن في كلا الأمرين تأمل بل منع؛ لأنّ الثابت للمتعدد في فرض التعارض خيار واحد، ومقتضاه إتفاق المتعدد على الفسخ أو الإمضاء أو رعاية السابق في بعض الموارد، والإفمخ الاختلاف يبقى البيع على حاله.

وإذا أعتق العبد والجارية لا يبعد الحكم بانعتاق الجارية دون العبد؛ لأنّ عتق العبد يتوقف على إرجاعه إلى ملكه بقصد فسخ العقد ولم يحصل هذا القصد كما هو مقتضى عتق الجارية فتدبر جيداً.

[١] ذكروا ^(٢) من مسقطات خيار المجلس افتراق المتعاقدين، وعدّه مسقطاً

(١) أنظر التذكرة ١: ٥١٨.

(٢) أنظر مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٢-٥٤٣.

والظاهر: أن ذكره في بعض العبارات لبيان أقل الأفراد، خصوصاً مثل قول الشيخ في الخلاف: «أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة»، مبني على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق، فلو تبايعا في سفتيتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما. ويظهر من بعض، اعتبار الخطوة، اغتراراً بتمثيل كثير من الأصحاب. وعن صريح آخر: التأمل في كفاية الخطوة، لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها، فيستصحب الخيار. ويؤيده قوله عليه السلام في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطى ليجب البيع حين افترقنا»، وفيه: منع الانصراف ودلالة الرواية. ثم اعلم أن الافتراق - على ما عرفت من معناه - يحصل بحركة أحدهما وبقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما، فالحركة من أحدهما لا يسمّى افتراقاً حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر، فذات الافتراق الخارجي من المتحرك، وانصافها بكونها افتراقاً من الساكن. ولو تحرك كل منهما كان حركة كل منهما افتراقاً بملاحظة عدم مصاحبة الآخر.

لا يخلو عن مسامحة لأن الموضوع لخيار المتبايعين ما دام مجتمعين وبالافتراق ينتهي الاجتماع على ما تقدم.

هذا بناءً على ما هو المتسالم عليه عندهم كما صرح بذلك بعضهم من انتهاء الخيار بنفس الافتراق، كما هو ظاهر غير واحد من الروايات أيضاً فإنه قد ورد^(١) فيها أن المتبايعين بالخيار حتى يفترقا.

لا يقال: الافتراق الظاهر في الرضا ببقاء البيع هو المسقط كما يشهد عليه صحیحة الفضيل عن أبي عبدالله - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان قال:

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢.

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا منهما»^(١).
ولذا ذكر المصنف رحمته ظهور الصحيحة في كون الافتراق الظاهر في الرضا ببقاء
البيع مسقطاً ولكن قد أغمض عن هذا الظهور بالالتزام بكون نفس الافتراق مسقطاً،
ولعل الموجب لالتزامه بذلك التسالم على الحكم.

فإنه يقال: ظاهر الصحيحة كون الرضا بالبيع، أي الرضا المعاملي الحاصل من
حين البيع المكشوف بقاءه بترك الفسخ إلى حين الافتراق وأن الافتراق مع هذا الرضا
غاية للخيار، فلا يكون فيه احتراز إلا عن صورة الفسخ قبل الافتراق لأنه يعتبر أن
يكون في الافتراق ظهور في التزامه ببقاء البيع وعدم رفع يده عنه ليكون الافتراق
مسقطاً فعلياً في مقابل المسقط القولي.

كيف والخيار ملك فسخ العقد، وثبوته لا ينافي الرضا ببقاء البيع، ولذا يصح أن
يصرح قبل الافتراق أنه راض فعلاً ببقاء البيع مع بقاء حقه في الفسخ لو بدا ذلك والتفت
إلى عدم صلاحه.

وبتعبير آخر: الرضا ببقاء البيع عند الافتراق لا يكون مسقطاً بإسقاط ذي الحق،
بل المسقط إظهار الرضا بحيث يرفع يده عن حقه فلا بد من الالتزام بأن الافتراق مع
الرضا المعاملي ببقاء البيع كما ذكر غاية للخيار.

وأما احتمال كون المراد بالرضا في الصحيحة، الرضا بالافتراق زائداً على
رضاهما بالبيع بأن لا يكون عبرة بالافتراق فيما إذا حصل بغير رضاهما مع عدم ظهور

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٦٠، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

الصحيحة في ذلك خلاف ظاهر صحيحة^(١) الحلبي وغيرها^(٢) مما يكون ظاهراً في سقوط خيارهما بالافتراق ولو لم يكن صاحبه راضياً بذلك الافتراق. وحمله على صورة رضا صاحبه بالافتراق ليس أولى من حمل الصحيحة على رضاها بالبيع بالمعنى المتقدم مع ما عرفت من أنه ليس من قبيل الحمل بل الأخذ بالظهور.

وقد ظهر مما ذكرنا من أن الافتراق ليس بمسقط بل ينتهي معه موضوع الخيار أنه لا دلالة في الصحيحة على ما تقدم من كون الخيار حقاً قابلاً للاسقاط.

ثم إن المراد بالافتراق ليس تفرق المتعاقدين عن مجلس كانا فيه حال البيع، لأنه يمكن حصول البيع حال مشيهما أو ركوبهما، ولذا ذكر المصنف رحمته أن المراد به زوال تلك الهيئة الاجتماعية التي كانت حال البيع ولا عبارة بالجلوس في مكان واحد أو كونهما فيه ويحصل هذا الزوال بأدنى انتقال يزول معه تلك الهيئة كما إذا كان البائع والمشتري في سفينتين متلاصقتين فإنه إذا تحرك رأس السفينة عن الأخرى حصل الافتراق، ولا يعتبر في تحققه المشي من أحدهما ولو خطوة، وإن ذكر الخطوة في بعض الكلمات ولكنه تمثيل وبيان لبعض أفراد الافتراق ولو لم يكن المشي ولو خطوة كما في مثال السفينتين كفى في سقوط الخيار.

وناقش بعضهم^(٣) في كفاية الخطوة بدعوى انصراف الافتراق إلى غيره ومقتضى الاستصحاب بقاء الخيار إلى حين إحراز حصوله، ويؤيد عدم الكفاية

(١) المصدر: الحديث ٤.

(٢) أنظر المصدر: الباب ١ من أبواب الخيار.

(٣) وهو السيد الطباطبائي في رياض المسائل ٨: ١٨٠، وعنه في الجواهر ٢٣: ١٣.

قوله عليه السلام في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطاً ثم رجعت فأردت أن يجب البيع»^(١) و«بايعت رجلاً فلماً بايعته قمت فمشيت خُطاً ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا»^(٢) فإنه لو كان المشي خطوة مسقطاً للخيار لاكتفى عليه السلام بذكرها لا بذكر الخطى.

أقول: الظاهر من الافتراق بقريته ثبوت الخيار مع عدم اعتبار المجلس حال البيع زوال المصاحبة التي كانت حال البيع وزوال المصاحبة لا يكون بالخطوة أو بتحريك رأس السفينة عرفاً بل بحيث لا يكون معه المكاملة المتعارفة.

نعم لو شك في مورد في صدق الافتراق بحيث تكون الشبهة مفهومية لكان المورد من موارد التمسك بالعموم أي «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٣) لا استصحاب بقاء الخيار خصوصاً مع ما ذكرنا من عدم اعتبار الاستصحاب في الشبهات الحكمية.

وذكر عليه السلام أن الافتراق كما ذكر عبارة عن زوال الهيئة الاجتماعية أو المصاحبية الحاصلة للمتبايعين حال البيع وزوالها لا يتوقف على الحركة من كل منهما إلى جهة غير جهة حركة الآخر، بل يحصل بحركة أحدهما والسكون من الآخر.

ويتعبير آخر: تحقق ذات الافتراق تكون من أحدهما، واتصافها بالافتراق بترك الآخر المصاحبة ولو تحرك كل منهما إلى جهة غير جهة الآخر يكون كل من الحركتين افتراقاً بملاحظة عدم مصاحبة الآخر معه.

ويشهد لحصول الافتراق بحركة أحدهما - كما ذكر - ما ورد في الروايات الجاكية

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٨، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) المصدر: الحديث ٣.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

وكيف كان، فلا يعتبر في الافتراق المسقط حركة كل منهما إلى غير جانب الآخر، كما تدلّ عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام عليه السلام أرضاً وأنه عليه السلام قال: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطَى ليجب البيع حين افتراقنا»، فأثبت افتراق الطرفين بمشيه عليه السلام فقط.

مسألة: المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه [١] إذا منع من التخاير أيضاً، سواء بلغ حدّ سلب الاختيار أم لا، لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار، مضافاً إلى حديث «رُفِعَ ما استكروها عليه»، وقد تقدّم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف، فلا يختصّ برفع التكليف.

لشرائه عليه السلام قال «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطاً ثم رجعت فأردت أن يجب البيع»^(١) و«بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خُطاً ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افتراقنا»^(٢)، فأثبت عليه السلام افتراقهما بمشيه فقط.

أقول: ما ذكر من حصول الافتراق بفعل أحدهما كما هو ظاهر حكاية شراء الامام عليه السلام قرينة ظاهرة على أن الافتراق لا يكون من قبيل إسقاط الخيار بالفعل فإنه لا معنى لأن يسقط أحد المتبايعين خيار الآخر فإنه من إسقاط غير ذي الحق حق الغير. [١] المشهور على أنه لا عبرة في انتهاء الخيار بالافتراق عن إكراه فيما إذا منع عن التخاير أيضاً كما إذا منعها المكروه بالكسر عن فسخ البيع أيضاً وكأنه يبقى الخيار في هذا الفرض إلى أن يسقط بمسقط آخر ويستدل على ذلك تارة بأن الافتراق الوارد في الروايات غاية للخيار منصرف إلى ما كان بالاختيار لا بالإكراه، سواء كان الإكراه بنحو يدخل الفعل معه في الاضطرار بمعنى سلب الإرادة والقصد أم لا.

وأخرى بأن الافتراق في الروايات وإن يعم زوال الهيئة الاجتماعية مطلقاً إلا أن مقتضى حديث^(١) رفع الإكراه عدم العبرة بالافتراق عن إكراهه، فإن المقرر في محله عدم اختصاص الحديث برفع خصوص الحكم التكليفي، بل يرفع الحكم الوضعي أيضاً ومنه كون الافتراق غاية للخيار.

وناقش المصنف رحمته في كلا الوجهين:

أما الأول: فلأن غاية ما يمكن دعوى انصراف الأفعال إلى الاختياري منها في مقابل الاضطراري، أي الصادر من غير إرادة وقصد، فإن الإسناد في مورد الاضطرار يكون ضعيفاً بحيث يكون قيام المبدأ بجسم المضطر صورياً بخلاف مورد الإكراه، حيث يكون الشخص فاعلاً بالإرادة والقصد، ولو كانت إرادته للتحرز عن الضرر المتوعد به.

وإذا دخل الفعل الإكراهي في الغاية دخل الاضطراري أيضاً، لعدم القول بالفصل، ولذا ذكروا أن الافتراق عن اضطرار أيضاً موجب لسقوط الخيار فيما إذا كان متمكناً على التخايير. قال في المبسوط^(٢) في تعليل الحكم: انه إذا كان متمكناً على الامضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلاً على الرضا والامضاء.

وأما الثاني: فإنه لو عمّ حديث^(٣) الرفع المقام لما كان فرق بين التمكن على التخايير وعدمه مع انهم قيدوا سقوط الخيار بصورة عدم التمكن على التخايير. والصحيح في الاستدلال على المشهور مع ملاحظة الشهرة المحققة، وإمكان

(١) وسائل الشريعة ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢.

(٢) المبسوط ٢: ٨٤.

(٣) مرآة.

دعوى انصراف الروايات إلى ما كان الافتراق عن رضا بالعقد أي ببقائه، صحيحة الفضيل^(١) حيث إن ظاهرها اعتبار بقاء الرضا بالبيع إلى تحقق الافتراق حصل الافتراق بالكراه أم بغيره أو كون الافتراق بحيث يكون كاشفاً عن كون المتبايعين راضياً ببقاء العقد والاعراض عن فسخه، وهذا الكشف النوعي لا يكون مع الإكراه على التفرق والمنع عن التخاير.

أقول: قد ذكرنا أن الافتراق لا دلالة له على إمضاء العقد حتى ما لو كان الافتراق بلا إكراه بل الكاشف عن الرضا المعاملي ترك الفسخ مع التمكن عن التخاير وفسخ البيع.

وذكر النائيني رحمته^(٢) منع انصراف الأفعال إلى الاختياري بمعنى عدم الإكراه حيث إن الاختيار بمعنى عدم الإكراه غير داخل في مادة الأفعال ولا في هيئاتها. والتمسك بحديث رفع الإكراه في المقام غير صحيح، لأن المرفوع به الفعل الذي يتعلق به التكليف ولا يعم الفعل الذي يكون موضوعاً للحكم والتكليف كالسفر والإقامة والتفرق، لأنه لا جامع بين متعلق التكليف وموضوعه، وذكر الوسوسة والحسد والطيرة قرينة على اختصاص الرفع بمتعلق التكليف لأن تلك الأفعال لو لم تكن مرفوعة لكانت متعلقات التحريم، ويشهد للاختصاص أنه لو سافر أو أقام في بلد إكراهاً عليهما يجب القصر في الأول والتمام في الثاني.

وعلى ذلك فلا يكون رفع الإكراه مقتضياً لنفي الغائيّة للخيار عن الافتراق عن إكراه لأن الغاية قيد لموضوع الحكم أي الخيار.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٥٢.

هذا مع أنّ نفي الافتراق عن إكراه لا يفيد فإنه لا يثبت موضوع الخيار أي بقاء الهيئة المصاحبية التي يكون المتبايعين معها موضوعاً للخيار.

أقول: عنوان ما استكرهوا عليه كعنوان ما اضطرروا عليه، يعم الفعل الذي يتعلق به التكليف وما يكون موضوعاً للحكم والمراد من رفعه مقابل وضعه ولو كان الفعل المتعلق به التكليف موضوعاً مع الإكراه أو الاضطرار إليه لكان متعلقاً معهما أيضاً، كما أنّ الفعل الموضوع للحكم لو كان موضوعاً مع الإكراه عليه أو الاضطرار إليه لكان موضوعاً له معهما أيضاً والأمر في الوسوسة والحسد والطيرة أيضاً كذلك.

وأما قضية الإكراه على السفر والاضطرار عليه فعدم كون الإكراه أو الاضطرار رافعاً لوجوب القصر فلأن حديث الرفع لا يرفع التكليف والحكم فيما إذا لم يكن في نفيه امتنان، كما أنه لا يرفع وجوب التمام في الإكراه أو الاضطرار إلى الإقامة وذلك لأن الموضوع لوجوب التمام العلم والاطمينان بإقامة عشرة أيام، والإكراه أو الاضطرار لا يطرأ على العلم والاطمينان نظير ما ذكرناه في عدم إمكان رفع قضاء الصلاة أو الصوم بحديث الرفع لأن الموضوع لوجوب القضاء فوت الفريضة لا الترك.

وعلى ذلك فلا حكومة لحديث الرفع في الافتراق إلا مع الإكراه على ترك الفسخ أيضاً لأن الغاية للخيار هو الافتراق مع الرضا المعاملي ببقاء العقد لانفس الافتراق، ومع المنع عن التخاير لا يحصل الرضا المعاملي إلا بنحو الإكراه حيث إنه عبارة أخرى عن ترك الفسخ مع التمكن عليه.

وعن السيد اليزدي عليه السلام (١) عدم ثبوت الخيار في الفرض بل ينتهي خيارهما

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٢٢.

هذا، ولكن يمكن منع التبادر، فإن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري الذي لم يعدّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر، لافي مقابل المكروه الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه، فإن التبادر ممنوع، فإذا دخل الاختياري المكروه عليه دخل الاضطراري لعدم القول بالفصل، مع أنّ المعروف بين الأصحاب: أنّ الافتراق ولو اضطراراً مسقط للخيار إذا كان الشخص متمكناً من الفسخ والإمضاء، مستدلين عليه بحصول التفرّق المسقط للخيار.

بالافتراق ولو من غير قصد وشعور فضلاً عن الاكراه عليهما بالافتراق ومنعهما عن التخاير، حيث إن الاجماع على الخيار في الفرض غير ثابت كما يظهر ذلك لمن تتبع كلمات الاصحاب.

والاختيار سواء كان في مقابل الاضطرار أو الاكراه غير داخل في مدلول الافعال وحديث رفع الاكراه يجري في الافعال الاعتبارية التي يكون قوامها بالقصد، ولا يعم سائر الافعال، ولذا لا حكومة له في اتلاف مال الغير وأسباب الوضوء.

مع أنّ الافتراق في الروايات لا يكون إلا غاية لموضوع الخيار بمعنى أنه يستهي موضوع الخيار معه لا قيد للخيار وموضوع له، فإن المتبادر من قولهم بِالْبَيْعَانِ: «البيعان بالخيار مالم يفترقا»^(١) أن الخيار يثبت للمتبايعين مادام مجتمعين وبالافتراق لا يكون اجتماع نظير قوله: «أكرم زيدا مادام في المسجد»، فإنه إذا خرج من المسجد بأي وجه ولو من غير القصد والشعور ينتهي موضوع وجوب إكراهه.

(١) وسائل الشريعة ٦: ١٨، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور: لأنه إذا كان متمكناً من الإمضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفريق، كان ذلك دليلاً على الرضا والإمضاء، انتهى. وفي جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله: لتحقق الافتراق مع التمكّن من الاختيار، انتهى.

ومنه يظهر: أنه لا وجه للاستدلال بحديث «رُفِعَ الحكم عن المكروه»، للاعتراف بدخول المكروه والمضطرّ إذا تمكّن من التخاير.

لا يقال: صحيحة الفضيل^(١) قد دلت على اعتبار الرضا في كون الافتراق غاية، فإنه يقال: المراد بالرضا منهما الرضا بأصل المعاملة والرضا بها قد حصل بإقدامهما على البيع من غير إكراه وليس قيداً زائداً.

أقول: قد تقدم أن عدم أخذ الاختيار في مادة الأفعال وهيئاتها أمر صحيح، وأما حكومة حديث الرفع فاخصاصه بالأفعال الإنشائية لا يمكن المساعدة عليه، ولذا لا يكون إتلاف مال الغير مع الإكراه عليه محرماً، والضمان باعتبار أن نفيه خلاف الامتنان.

وأما عدم الحكومة بالاضافة إلى موجبات الوضوء فلان الموجب له ليس هو الفعل ليكون رفع الإكراه والاضطرار نافياً له بل خروج البول وغيره كما هو مفاد قولهم عليه السلام: «لا ينقض الوضوء الا ما يخرج عن طرفيك اللذين أنعم بهما الله عليك»^(٢). فيكون نظير ما تقدم في وجوب قضاء الصلاة وغيرها.

وأما ان رفع الافتراق بالحديث غير ممكن لانه لا يثبت موضوع الخيار وهو اجتماع المتبايعين فهو أمر صحيح لان مدلول الحديث هو النفي لإثبات الضد، إلا أن

(١) مرّت أنفاً.

(٢) وسائل الشيعة ١: ٢٤٩ و ٢٥١، الباب ٢ من أبواب نواقص الوضوء، الحديث ٤ و ٩.

والحاصل: أن فتوى الأصحاب هي: أن التفرق عن إكراه عليه وعلى ترك التخيير غير مسقط للخيار، وأنه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره، وهذه لا يصح الاستدلال عليها باختصاص الأدلة بالتفرق الاختياري، ولا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرق المكروه عليه كلا تفرق، لأن المفروض أن التفرق الاضطراري أيضاً مسقط مع وقوعه في حال التمكن من التخيير. فالأولى الاستدلال عليه - مضافاً إلى الشهرة المحققة الجارية للإجماع المحكي، وإلى أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً - بقوله ﷺ في صحيحة الفضيل: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، دل على أن الشرط في السقوط الافتراق والرضا منهما، ولا ريب أن الرضا المعتبر ليس إلا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه، إذ لا يعتبر الرضا في زمان آخر إجماعاً. أو يقال: إن قوله: «بعد الرضا» إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطاً؛ لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد وإعراضهما عن الفسخ. وعلى كل تقدير، فبدل على أن المتفرقين - ولو اضطراراً - إذا كانا متمكنين من الفسخ ولم يفسخا كشف ذلك نوعاً عن رضاهما بالعقد فسقط خيارهما. وهذا هو الذي استفاده الشيخ ﷺ كما صرح به في عبارة المبسوط المتقدمة.

العمدة في ثبوت الخيار في فرض الإكراه على الافتراق والمنع عن التخيير صحيحة الفضيل^(١) الظاهرة في انتفاء الخيار مع الافتراق فيما إذا كان رضا معاملي ببقاء البيع لا الرضا بأصل المعاملة وأن الخيار يبقى مع عدم ذلك الرضا ولو مع حصول الافتراق ومقتضى حديث الرفع عدم حصول ذلك الرضا مع المنع عن التخيير.

مسألة: لو أُكْرِه أحدهما على التفريق ومُنِع عن التخيير [١] وبقي الآخر في المجلس، فإن منع من المصاحبة والتخيير لم يسقط خياراً أحدهما، لأنهما مكرهان على الافتراق وترك التخيير، فدخل في المسألة السابقة. وإن لم يمنع من المصاحبة، ففيه أقوال.

وعلى ذلك فالظاهر بقاء الخيار مع الإكراه على الافتراق والمنع عن التخيير إلى أن يتحقق مسقط آخر.

[١] يفرض الكلام تارة في إكراه أحدهما على الخروج مع منعه عن التخيير وبقاء الآخر في المجلس مختاراً في المتابعة والتخيير، وأخرى فيما إذا خرج أحدهما مختاراً في خروجه وتخييره وبقاء الآخر في المجلس مع الإكراه والمنع عن التخيير. والكلام فعلاً في الفرض الأول حيث يعلم به الحكم في الفرض الثاني أيضاً. والأقوال أربعة: سقوط خيارهما بذلك، وبقاء خيارهما، وبقاء خيار المكره وسقوط خيار المختار، والتفصيل بين بقاء المختار في المجلس فيبقى خيارهما وبين خروجه فيسقط خيارهما.

ومبنى الأقوال: هو أن الافتراق المعجول غاية هل يحصل باختيارهما أو يحصل باختيار أحدهما، ومع اعتبار اختيارهما، فهل يكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره أو ان مجموع اختيارهما مسقط لكلا الخيارين.

فانه إذا قلنا بكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره يسقط خيار المختار، وعلى القول باعتبار مجموع اختيارهما يبقى الخياران.

وإذا قلنا بكفاية اختيار أحدهما في سقوط الخيارين، فهل يعتبر الفعل من المختار أو يكفي كونه تركاً كالبقاء في المجلس، فعلى الأول، أي اعتبار الفعل يفصل بين بقاء المختار في المجلس فيبقى الخياران وبين خروجه فيسقط كلا الخيارين،

وعلى تقدير الثاني أي كفاية الترك يسقط الخياران.

ونقل المصنف رحمته الله عن العلامة في القواعد^(١) وولده في الايضاح^(٢) ان سقوط خيار المختار ملازم لسقوط خيار الآخر ايضاً، وانه لا تفكيك بين الخيارين في السقوط والثبوت كما استظهر مما ذكره في الايضاح من المبني للسقوط والثبوت ان محل الخلاف ما إذا كان المختار ما كئاً في المجلس. واما مع خروجه وذهابه فلا خلاف في سقوط الخيارين، حيث قال في الايضاح^(٣): إن الخلاف في المقام مبني على ان بقاء المختار متجدد أو غير متجدد وعلى تقدير عدم تجده فهل يحتاج في استمراره إلى العلة ام لا، وان الافتراق المجعول غاية للخيارين أمر وجودي أو عدمي، وهل هذا عدم أي عدم تلك الهيئة المصاحبية مستند إلى العلة أم لا، فانه على تقدير بقاء الاكوان وعدم حاجته إلى المؤثر أو كون الافتراق عدمياً وعدم استناده إلى العلة لم يسقط خيار المختار ويبقى خيار الآخر ايضاً بخلاف ما إذا قيل ببقاء الاكوان وعدم حاجة الباقي إلى المؤثر، أو كون الافتراق عدمياً لا يستند إلى العلة فانه يبقى الخياران.

ثم إنه وجّه سقوط خيار المختار بأنه فعل المفارقة فيسقط به الخياران، وهذا الكلام وإن كان مورد المنع لعدم ابتناء الاحكام على مثل هذه التدقيقات العقلية، بل هي تابعة لحصول موضوعاتها سواء كان لذلك الحصول واقعية عينية عقلاً أم لا. إلا أنه ظاهر في أن المختار لو خرج عن مجلس العقد اختياراً فلا خلاف في سقوط الخيارين، وسقوط خيار المختار يلازم سقوط خيار الآخر كما هو ظاهر كلام والده ايضاً.

(١) و(٢) القواعد ٢: ٦٥، والإيضاح ١: ٤٨٣، وانظر مفتاح الكرامة ٤: ٥٥١، وحكاه عنهما المحقق التنسري

في المقابس: ٢٤٢، وصاحب المصابيح (مخطوط): ١٢٢.

(٣) الإيضاح ١: ٤٨٢-٤٨٣.

مع ان ظاهر الشيخ في الخلاف^(١) والقاضي^(٢) اختصاص سقوط الخيار بالمختار، ولعل مراد الشيخ والقاضي ان سقوط الخيار يستند إلى المختار أولاً، فلا ينافي سقوط خيار المكره أيضاً بالتبع باعتبار الملازمة في سقوط الخيارين وثبوتهما بحصول الغاية وعدم حصولها.

وذكر المصنف عليه السلام ان مقتضى الأصل في الفرض بقاء الخيارين كما ان ظاهر الروايات بقائهما حيث إن المتبادر منها ما إذا كان الافتراق برضا المتبايعين لبقاء البيع. وهذا أوضح في صحيحة الفضيل^(٣) حيث ان ما ذكر سلام الله عليه فيها ظاهر في أنه مع الافتراق الظاهر في رضاهما ببقاء البيع لا خيار لهما.

ولكن ناقش في ذلك ثانياً انه لا مورد للأصل في المقام لانه يستفاد من الروايات كون الافتراق ولو برضا أحدهما مسقطاً للخيارين؛ وصحيحة الفضيل وإن كانت ظاهرة في اعتبار رضاهما إلا أنه تعارضها ما ورد في شراء الإمام عليه السلام وقوله: «فمشيت خطأ ثم رجعت فأردت أن يجب البيع»^(٤) و«بايعت رجلاً فلما بايعته فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا»^(٥)، فإن ظاهره كفاية الافتراق برضا احدهما في سقوط الخيارين.

(١) الخلاف ٣: ٢٦، المسألة ٣٥ من كتاب البيوع.

(٢) جواهر الفقه: ٥٥، المسألة ١٩٧. وحكاه عن ظاهره وظاهر قبله السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٥١،

والتستري في المقابس: ٢٤٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٦٠، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٤) المصدر: ٨، الباب ٢، الحديث ٢.

(٥) المصدر: الحديث ٣.

والصحيحة وإن كانت أخص من الروايات الواردة في شرائه عليه السلام حيث إنه عليه السلام لم يتعرض فيها لحال المتبايع الآخر، فيمكن دعوى تقييدها بصورة التفات الآخر إلى خروج الإمام عليه السلام وعدم متابعتها إلا أن الإطلاق مؤيد بموارد تسالموا فيها على سقوط الخيارين من غير أن يكون في البين رضاهما ببقاء البيع، كما إذا مات أحد المتبايعين في المجلس وخرج الآخر فإنه قد صرح بعضهم بسقوط الخيارين^(١) وكما يظهر عن الإيضاح^(٢) في ذكر مبنى السقوط والثبوت حيث إن ظاهره كون خروج المختار عن مجلس العقد موجباً لسقوط الخيارين بلا خلاف.

أقول: قد ذكرنا أن ظاهر الروايات هو أن الافتراق غاية للخيار فيثبت الخيار للمتبايعين مادام متصاحبين، وحيث إن الافتراق إن حصل يحصل بالإضافة إلى كلا المتبايعين ولا يمكن حصوله لأحدهما دون الآخر - ويشهد لذلك أيضاً ما ورد في شرائه عليه السلام - فلا بد من الالتزام بسقوط كلا الخيارين في هذا الفرض والفرض الآخر أي بقاء أحدهما في المجلس مكرهاً ممنوعاً عن التخيير وخروج الآخر اختياراً.

ولكن في صحيحة الفضيل دلالة على أن للرضا من المتبايعين ببقاء البيع إلى حصول الافتراق دخلاً في سقوط الخيارين بالافتراق، والمراد الرضا المعاملي أي ترك الفسخ مع التمكن عليه.

وعلى ذلك فإن كان المتبايعان متمكّنين من الفسخ قبل الافتراق، ومع ذلك لم يفسخا إلى أن حصل الافتراق فلا خيار لهما بعد ذلك، وإن كان أحدهما فقط متمكناً على الفسخ وقد تركه إلى أن حصل الافتراق فلا خيار له ويبقى الخيار للآخر وحال

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٨٨.

(٢) الإيضاح ١: ٤٨٢-٤٨٣.

المكره بالفتح في الفرض حال غير المتمكن بمقتضى حديث الرفع^(١) الجاري في حقه.

لا يقال: إذا لم يسقط خيار المكره لا يحصل الغاية لخيار الآخر أيضاً لأن الغاية غاية لكلا الخيارين، ولذلك التزم النائيبي عليه السلام^(٢) في الفرض ببقاء الخيارين بدعوى أنه لا شهادة في الأخبار الواردة في شرائه عليه السلام على خلاف ذلك، لأنها حكاية قضية، ولعل الآخر كان راضياً بالبيع عند خروجه عليه السلام عن مجلس العقد، ودعوى التسالم على السقوط في بعض الموارد، كما ذكر المصنف عليه السلام غير ثابت وعلى تقديره يلتزم بالسقوط في تلك الموارد.

فانه يقال: لا استفاد من صحیحة الفضیل إلا دخالة رضاهما ببقاء البيع إلى حصول الافتراق بأن يكون الافتراق مع كل من الرضاءین مسقطاً لخيار الراضي كما هو مقتضى مقابلة الجمع بالجمع، أي سقوط الخيارين بالرضاءین واعتبار مجموع الرضاءین في سقوط الخيارين، بحيث لو حصل سقط الخياران، وإلا بقيا فلا استفاد منها.

وعلى ذلك فالرضا المعاملي ببقاء البيع مع الإكراه عليه كترك الفسخ مع عدم التمكن عليه في أنه لا يكون دخيلاً في سقوط الخيار، بمعنى أن الافتراق معه لا يكون غاية بالاضافة إلى خيار المكره، فيبقى خياره دون خيار الطرف الآخر الراضي.

ولا ينافي ذلك ما ورد في شرائه عليه السلام فان مدلوله حصول الافتراق المسقط بفعله عليه السلام، واما أنه لا دخل لرضا الآخر فلا استفاد منه الا بدعوى الاطلاق أي ترك التعرض، وعلى تقديره فيرفع اليد عنه بصحیحة الفضیل.

(١) وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٥٤ - ٥٦.

وتوضيح ذلك: أن افتراقهما المستند إلى اختيارهما - كما عرفت - يحصل بحركة أحدهما اختياراً وعدم مصاحبة الآخر له كذلك، وأن الإكراه على التفريق لا يسقط حكمه ما لم ينضمّ معه الإكراه على ترك التخاير. فحينئذ نقول: تحقق الإكراه المسقط في أحدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه أحدهما على التفريق وترك التخاير وبقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبة أو التخاير. وأخرى بالعكس بإبقاء أحدهما في المجلس كرهاً مع المنع عن التخاير وذهاب الآخر اختياراً.

ثم إنه كما ذكر في محله إنما يرفع الإكراه الحكم فيما إذا كان اختيار الفعل بداعيّة الإكراه، فلو كان مكرهاً على بيع ماله، ولكن بحيث لو لم يكن إكراه لباع ذلك المال أيضاً، فلا يكون البيع المزبور مشمولاً لحديث نفي الإكراه، لأنه لا امتنان في نفي معاملة يريدها صاحبها.

وعليه فالمنع عن التخاير لا يوجب بقاء الخيار الا فيما كان تركه فسخ البيع بداعيّة المنع المزبور لا فيما ترك الفسخ لا من جهة المنع عن التخاير، فانه حينئذ لو حصل الافتراق ولو بالإكراه سقط خياره أيضاً، لأن نفي هذا الرضا المعاملي لا يوجب امتناناً بل لا يبعد القول بسقوط الخيارين فيما إذا تمكنا من الفسخ فيما بين البيع إلى حصول الافتراق، ولو في زمانٍ لصدق ما في صحيحة الفضيل من قوله عليه السلام: «فلا خيار بعد الرضا منهما»^(١) ولا يعتبر استمرار ذلك التمكن.

وعلى ذلك فلو وقع الإكراه على الافتراق والمنع عن التخاير في قسم من ذلك الزمان فلا يدخل في حديث الرفع^(٢) لأن الداخل فيه ما يكون دخيلاً لولا الإكراه فتدبر جيداً.

(١) مرّ آنفاً.

(٢) مرّ آنفاً.

ومحلّ الكلام هو الأوّل، وسيُتضح به حكم الثاني. والأقوال فيه أربعة: سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقّق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد وشيخنا الشهيد قدس الله أسرارهم. وثبوته لهما، كما عن ظاهر المبسوط والمحقّق والشهيد الثانيين ومحتمل الإرشاد. وسقوطه في حقّ المختار خاصّة. وفصل في التحرير بين بقاء المختار في المجلس فالثبوت لهما، وبين مفارقتة فالسقوط عنهما. ومبنى الأقوال على أن افتراقهما المعمول غاية لخيارهما هل يتوقّف على حصوله عن اختيارهما، أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما؟ وعلى الأوّل، هل يكون اختيار كلّ منهما مسقطاً لخياره، أو يتوقّف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما؟

فعلى الأوّل: يسقط خيار المختار خاصّة، كما عن الخلاف وجواهر القاضي، وعلى الثاني يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط والمحقّق والشهيد الثانيين. وعلى الثاني: فهل يعتبر في المسقط لخيارهما كونه فعلاً وجودياً وحركة صادرةً باختيار أحدهما، أو يكفي كونه تركاً اختيارياً، كالبقاء في مجلس العقد مختاراً؟

فعلى الأوّل: يتوجّه التفصيل المصرّح به في التحرير بين بقاء الآخر في مجلس العقد وذهابه.

وعلى الثاني: يسقط الخياران، كما عن ظاهر المحقّق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد وشيخنا الشهيد. واعلم أنّ ظاهر الإيضاح: أنّ قول التحرير ليس قولاً مغايراً للثبوت لهما، وأنّ محلّ الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً، وإلا سقط خيارهما اتفاقاً، حيث قال في شرح قول والده رحمته: «لو حمل أحدهما ومنع من التخاير لم يسقط خياره على إشكال. وأمّا الثابت، فإن منع من المصاحبة والتخاير لم يسقط خياره، وإلا فالأقرب سقوطه، فيسقط خيار الأوّل» انتهى، قال: إنّ هذا

مبني على بقاء الأكوان وعدمه، وافتقار الباقي إلى المؤثر وعدمه وأن الافتراق ثبوتيّ أو عدميّ، فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط، لأنّه فعَل المفارقة، وعلى القول ببقائها واستغناء الباقي عن المؤثر وثبوتية الافتراق لم يسقط خياره، لأنّه لم يفعل شيئاً. وإن قلنا بعدمية الافتراق والعدم ليس بمعلّل فكذا. وإن قلنا: إنه معلّل سقط أيضاً. والأقرب عندي السقوط، لأنّه مختار في المفارقة، انتهى. وهذا الكلام وإن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات، إلاّ أنّه على كلّ حال صريح في أنّ الباقي لو ذهب اختياراً فلا خلاف في سقوط خياره، وظاهره -كظاهر عبارة القواعد -: أنّ سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر، فينتفي القول المحكيّ عن الخلاف والجواهر. لكن العبارة المحكيّة عن الخلاف ظاهرة في هذا القول، قال: «لو أكرها أو أحدهما على التفرّق بالأبدان على وجه يتمكّنان من الفسخ والتخاير فلم يفعا بطل خيارهما أو خيار من تمكّن من ذلك ونحوه المحكيّ عن القاضي، فإنّه لولا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: «بطل خيارهما» فتأمل. بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها، وفيه تأمل.

وكيف كان: فالأظهر في بادئ النظر ثبوت الخيارين، للأصل وما تقدّم: من تبادل تفرّقهما عن رضا منهما، فإنّ التفرّق وإن لم يعتبر كونه اختيارياً من الطرفين ولا من أحدهما، إلاّ أنّ المتبادر رضاها بالبيع حين التفرّق، فرضا أحدهما في المقام -وهو الماكث - لا دليل على كفايته في سقوط خيارهما، ولا في سقوط خيار خصوص الراضي، إذ الغاية غاية للخيارين، فإن تحققت سقطا وإلّا ثبتا. ويدلّ عليه ما تقدّم من صحیحة الفضيل المصرّحة بإناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفيّ بانتفاء رضا أحدهما. ولكن يمكن التفصي عن الأصل بصدق تفرّقهما، وتبادر تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقّن اعتبار رضا أحدهما. وظاهر

الصحيحة وإن كان اعتبار ذلك، إلا أنه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الإمام عليه السلام وأنه قال: «فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا»، جعل مجرد مشيه عليه السلام سبباً لصدق الافتراق المجمول غاية للخيار، وجعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشي الإمام عليه السلام. ودعوى: انصرافه إلى صورة شعور الآخر وتركه المصاحبة اختياراً، ممنوعة.

وظاهر الصحيحة وإن كان أخص، إلا أن ظهور الرواية في عدم مدخلية شيء آخر زائداً على مفارقة أحدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات، مثل ما إذا مات أحدهما وفارق الآخر اختياراً، فإن الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين، وقد قطع به في جامع المقاصد مستدلاً بأنه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران مع أن المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه. وكذا لو فارق أحدهما في حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين، وظاهر المبني المتقدم عن الإيضاح - أيضاً -: عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين، وإنما الخلاف في أن البقاء اختياراً مفارقة اختيارية أم لا. بل ظاهر القواعد - أيضاً -: أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث، من غير إشارة إلى وجود خلاف في هذا التفرع، وهو الذي ينبغي، لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران، وإلا بقيا، فتأمل.

وعبارة الخلاف المتقدمة وإن كانت ظاهرة في التفكيك بين المتبايعين في الخيار، إلا أنها ليست بتلك الظهور، لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكن من التخير من حيث تمكّنه مع قطع النظر عن حال الآخر، فلا ينافي سقوط خيار الآخر، لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما في الغاية، مع أن شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن مما لا بد منه، كما لا يخفى على المتأمل. وحملها على ما ذكرنا: من إرادة المتمكن لا بشرط، لإرادة

خصوصه فقط، أولى من تخصيصها ببعض الصور. ولعلّ نظر الشيخ والقاضي إلى أنّ الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما، فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصّة. وهو استنباط حسن، لكن لا يساعد عليه ظاهر النصّ. ثمّ إنّ يظهر ممّا ذكرنا حكم عكس المسألة - وهي ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعاً من التخايير وفارق الآخر اختياراً - فإنّ مقتضى ما تقدّم من الإيضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف في سقوط الخيارين هنا، ومقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال جريان الخلاف هنا أيضاً.

وكيف كان، فالحكم بسقوط الخيار، عليهما هنا أقوى كما لا يخفى.

مسألة: لو زال الإكراه [١] فالمحكي عن الشيخ وجماعة: امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال. ولعلّه لأنّ الافتراق الحاصل بينهما في حال الإكراه كالمعدوم، فكأنّهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باقٍ.

[١] المحكي عن الشيخ وجماعة: امتداد خيار المجلس بامتداد مجلس زوال الإكراه^(١)، والمراد بمجلس الزوال الهيئة التي كان المتبايعان عليها من القرب والبعد حين زوال الإكراه، ولو فرض أنّ البائع كان في ذلك الحين في مكان والمشتري في مكان آخر فيحصل افتراقهما بانتقالهما أو انتقال أحدهما من ذلك المكان اختياراً. واستشكل على ذلك المصنف رحمته الله: بأنّ الهيئة الاجتماعية التي كانت حال البيع زائلة فالافتراق حاصل وغاية دليل رفع الإكراه عدم ارتفاع حكم تلك الهيئة الاجتماعية أي الخيار.

وأما كون الهيئة الحاصلة بعده - ومنها الهيئة حال زوال الإكراه - بمنزلة الهيئة

(١) المبسوط ٢: ٨٤، وتسبه المحقق التستري إلى ظاهر ابن زهرة والفاضلين في الشرائع والإرشاد وفتوى في التحرير والشهيد الثاني في الروضة، أنظر المقابيس: ٢٤٣.

وفيه: أَنَّ الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حساً، غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها - وهو الخيار - بسبب الإكراه، ولم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد.

والحاصل: أَنَّ الباقي بحكم الشرع هو الخيار، لا مجلس العقد، فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار، فلا بدّ إمّا من القول بالفور كما عن التذكرة - ولعلّه لأنّه المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حقّ المتبايعين - وإمّا من القول بالتراخي إلى أن يحصل المسقطات، لاستصحاب الخيار. والوجهان جاريان في كلّ خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

الاجتماعية حال العقد، فليس دليل على هذا التنزيل ليترتب عليه ما تقدم فيدخل المقام في المسألة الآتية وهي أنه إذا ثبت في مورد خيار وتردد أمره بين أن يثبت في خصوص أول زمان التمكّن على الفسخ أو بنحو التراخي فهل يؤخذ باستصحاب الخيار، أو يرجع بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) والحكم عليه بالفور.

أقول: قد تقدم أنه لو كنا والروايات^(٢) الدالة على المتبايعين بالخيار حتى يفترقا لم يكن حديث الرفع^(٣) شاملاً للمورد؛ لأن الموضوع للخيار في تلك الروايات هو المتبايعان مادام متصاحبين وبالافتراق ينتفي الموضوع، ومن الظاهر أن رفع الإكراه يرفع الحكم في مورد تعلق الإكراه بموضوع الحكم بأن يوجد أو متعلق التكليف بان يتركه، والإكراه على الافتراق إكراه على إعدام الموضوع لا على إيجاده على ما تقدم في كلام السيد اليزدي رحمته الله^(٤).

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) و(٣) مرّ آنفاً.

(٤) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٢٢.

مسألة: ومن مسقطات هذا الخيار. التصرف - على وجه يأتي في خيار حيوان والشرط - ذكره الشيخ في المبسوط في خيار المجلس وفي الصرف، والعلامة رحمته في التذكرة، ونُسب إلى جميع من تأخر عنه، بل ربما يُدعى إطباقهم عليه، وحكي عن الخلاف والجواهر والكافي والسرائر. ولعلّه لدلالة التعليل في بعض أخبار خيار الحيوان. وهو الوجه أيضاً في اتفاقهم على سقوط خيار الشرط، وإلا فلم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس تلك الرواية المعلّلة، حيث قال: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضاً منه، فلا شرط»، فإن المنفي يشمل شرط المجلس والحيوان، فتأمل.

ولكن العمدة في المقام كانت صحيحة فضيل المتقدمة فانها قد دلت على انتهاء الخيار بعد الافتراق لكن لا مطلقاً بل فيما إذا كان مع الافتراق رضا ببقاء البيع، وحديث رفع الإكراه اقتضى أن لا يعتبر ذلك الرضا المعاملي الإكراهي بل يعتبر الافتراق مع الرضا المعاملي الغير الإكراهي.

نعم سبق الرضا على الافتراق لا يستفاد من الصحيحة فإن قوله بعد الرضا متعلق بنفي الخيار لا لفعل الافتراق، فيكون حاصل الصحيحة إن الافتراق بمجردّه لا يكون غاية بل يعتبر في الغاية حصول الرضا ببقاء البيع، ففي أي زمان تمّ الافتراق والرضا ببقائه ينتهي الخيار، ونتيجة ذلك كون الخيار بعد زوال الإكراه على الفور.

وبتعبير آخر: كلمة «بعد» في قوله عليه «فلا خيار بعد الرضا منهما» نظير الزكاة بعد النصاب مدلوله اعتبار مدخوله في الحكم لا حدوث ذلك الحكم بحدوثه، بأن يكون الرضا أو النصاب تمام الموضوع.

هذا إذا لم يجعل الافتراق بنفسه كإحداث الحدث في الحيوان المشتري رضياً

وتفصيل التصرف المُسقط سيجيء إن شاء الله تعالى.

الثاني: خيار الحيوان

لا خلاف بين الامامية [١] في ثبوت الخيار في الحيوان المشتري وظاهر النص

تعدياً بالبيع وألا تكون مفاد الصحيحة مفاد الروايات المتقدمة في عدم جريان رفع الإكراه في المقام ويتعين الحكم بانتفاء الخيار بالافتراق كيفما اتفق.

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما قيل^(١) ان المقام لا يرجع فيه لا إلى استصحاب بقاء الخيار ولا إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٢)، بل يحكم ببقاء الخيار بعد زوال الإكراه إلى أن يسقط بمسقط آخر فإن ما دلّ على أن لكل من البائع والمشتري خيار إلى حصول الافتراق المسبوق بالرضا بالعقد مقتضاه بقاء ذلك الخيار إلى حصول الغاية المزبورة أمكن حصولها أو لم يمكن، كما في المقام حيث إن مع الإكراه على الافتراق والمنع عن التخيار لا يحصل الافتراق الحدوثي المسبوق بالرضا ببقاء العقد أو المقارن بذلك الافتراق.

ووجه الضعف ما تقدم من عدم ظهور الصحيحة في سبق الرضا ببقاء البيع على الافتراق أو ظهورها في تعلق الرضا منهما بنفس الافتراق.

[١] لاخلاف بين علماء الإمامية في ثبوت الخيار في بيع الحيوان للمشتري وظاهر الروايات^(٣) كالفتاوى ثبوته في بيع كل حيوان أي كل ذي حياة كبيرة أو صغيرة حتى العلق ودود القز.

وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام

(١) مصباح الفقاهة ٤: ١٩٣.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) راجع الوسائل ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار.

والفتوى: العموم لكل ذي حياة، فيشمل مثل الجرادِ والزَّنْبورِ والسَّمكِ والعَلَقِ ودود القَرْزِ، ولا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته في الجملة، فمثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرّز في الإناء - وشبه ذلك - خارج، لأنّه لا يباع من حيث إنّه حيوان، بل من حيث إنّه لحم مثلاً، ويشكل فيما صار كذلك لعارض،

للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط^(١)، وفي صحيحة الفضيل عنه عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٢)، وفي معتبرة ابن اسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا...»^(٣) الحديث، إلى غير ذلك. وظاهرها يعم ما إذا كان المقصود حياة الحيوان إلى آخر عمره، كما في الحيوان المقصود به ركب ظهره أو برهه من الزمان كالحيوان المقصود ذبحه أو نحره للأكل بعد زمان كالبقرة والغنم.

ولا يبعد دعوى انصرافها عما لم يكن المقصود منه عادة حياته كما في السمك المخرج من الماء والجراد المحرّز في الاناء وغيره، لأن كل ذلك يباع بما هو لحم في العادة بل يشكل ثبوت الخيار فيما إذا صار الحيوان كذلك بالعرض كالصيد المشرف على الهلاك بأصابة السهم أو بجرح الكلب المعلّم.

أقول: لعل الاشكال فيما إذا اعتبر في حل الحيوان ذبحه لاعتبار دركه حياً، وأما إذا لم يعتبر كما إذا لم يسع الوقت لذلك فلا فرق بينه وبين السمك المخرج.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١١ و ٦، الباب ٣ و ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ و ذيل الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

كالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم. وعلى كل حال، فلا يُعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض، أو في زمان الخيار. وفي منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثة وجوه. ثمّ إنّه هل يختصّ هذا الخيار بالبيع المعين - كما هو المنساق في النظر من الإطلاقات، ومع الاستدلال له في بعض

وعلى تقدير ثبوت الخيار ففي امتداده إلى ثلاثة أيام مطلقاً أو مع بقاء حياته في ثلاثة أيام ومع عدم بقائه إلى حين موته أو على الفور وجوه.

ولكن لا يكون زهوق روحه ولو قبل الثلاثة تلفاً للحيوان ليكون ضمانه على بايعه سواء كان قبل القبض أو في مدة الخيار وليكن المراد زهوق الروح في صورة عدم اعتبار الذبح أو إزهاقه فيما اعتبر.

وأما إذا اعتبر كما إذا أدرك زكاته وتركه بايعه فيما كان الذبح عليه فيبطل البيع فيما كان قبل القبض أو بعده، لأن الترك يعدّ تلفاً بخلاف ما إذا كان على المشتري فان إتلاف المشتري البيع في زمان الخيار موجب لسقوط خياره.

ولكن دعوى انصراف الروايات عن المشرف للهلاك قريبة جداً، فان تحديد الخيار بثلاثة أيام، وما يظهر من الروايات عرفاً من أن الحكمة في ثبوت الخيار ملاحظة حال الحيوان في تلك المدة قرينة على الانصراف، وان التحديد المزبور خصوصاً بملاحظة حكمة جعل الخيار مقتضاه ثبوته في خصوص موارد يقصد من شراء الحيوان فيها عادةً حياته ولو في الجملة.

وذكر المصنف رحمته الله أنه هل يختص خيار الحيوان بما كان المبيع معيناً أم يعم الكلبي على العهدة، لم أجد من صرح بالاختصاص أو بالعموم.

نعم يظهر من بعض المعاصرين اختصاصه بالمعين كما هو مقتضى مناسبة الحكمة التي دعت الشرع إلى جعل الخيار للمشتري وهي ملاحظة حال الحيوان

معاهد الإجماع كما في التذكرة بالحكمة الغير الجارية في الكلي الثابت في الذمة - أو يعم الكلي كما هو المتراءى من النص والفتوى؟ لم أجد مصرحاً بأحد الأمرين. نعم، يظهر من بعض المعاصرين رحمهم الله الأول، ولعله الأقوى.

والاطلاع على خصوصياته، وهذا هو الأقوى.

واضاف النايني^(١) في وجه الاختصاص بالمعين وجهاً آخر وهو انه لا يمكن الالتزام بثبوت الخيار في شراء الحيوان سلماً قبل استحقاق المشتري المطالبة بالمبيع وثبوت الخيار بعد قبض الحيوان إلى ثلاثة أيام خارج عن مدلول اخبار الباب وإذا لم يثبت الخيار في بيع الكلي سلماً لا يثبت في بيعه حالاً ايضاً لعدم احتمال الفرق بينهما في جريان الخيار وعدمه.

أقول: لم يعلم أن حكمة الخيار يقتضي اختصاصه بالمعين فانه يمكن تعميم الخيار وكون حكمته ملاحظة القيود المعتبرة في المبيع وما لا يعتبر، فانه ربما يلتفت المشتري إلى عدم الصلاح في شراء الحيوان المزبور.

وبذلك يظهر أنه مع ثبوت الخيار في بيع السلم يكون مبدؤه تمام البيع ولو لم يستحق المشتري المطالبة بالمبيع، ويظهر ثبوت الخيار في الكلي على العهدة فضلاً عن الكلي في المعين، مثل صحيحة فضيل المتقدمة التي قسم فيها المبيع بين الحيوان وغيره وحكم على الأول بالخيار إلى ثلاثة أيام وعلى الثاني إلى أن يفترقا، ومن الظاهر أن الكلي على العهدة أو في المعين داخل في الأول.

ولكن ذكر بعض الأجلة (دامت أيامه) عدم ثبوت خيار الحيوان فيما إذا كان المبيع السهام في الحيوان كما إذا باع الشريكان كل منهما النصف المشاع من الحيوان من واحد سواء كان البيع بصفقة أو صفقتين. وإن كان الامر فيما إذا باع كل منهما نصفه

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٥٧.

وكيف كان، فالكلام في مَنْ له هذا الخيار، وفي مدّته من حيث المبدأ والمنتهى، ومسقطاته يتمّ برسم مسائل:

مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري [١] حكى عن الشيخين

أوضح لأن نصف الحيوان لا يكون حيواناً، وكذلك لا يثبت الخيار في الكلي على العهدة فان الكلي على العهدة حيوان بعنوانه وبالحمل الأولي لا بالحمل الشائع، وهكذا الحال في الكلي في المعين.

أضف إلى ذلك انصراف أخبار الباب إلى شراء الحيوان بنحو الغالب وهو وقوع البيع على شخص الحيوان ولا يقع البيع على الكلي الا نادراً. نعم إذا كان الكلي في المعين منحصراً بواحد صحّ ثبوت الخيار.

أقول: أما دعوى انصراف الاخبار فيدفعها ملاحظة الاخبار الكثيرة الواردة في شراء الحيوان بنحو السلم فانه يظهر منها ان هذا النحو من الشراء كان متعارفاً. وأما عدم كون الكلي على العهدة حيواناً الا بالحمل الاولي فقد تقدم أن البيع في موارد الكلي الحيوان الخارجي لا مفهومه وعنوانه، غاية الامر ان الوجود الخارجي غير متعيّن الا بالعنوان نظير موارد الطلب على ما تقدم.

[١] المشهور قديماً وحديثاً ثبوت الخيار في شراء الحيوان للمشتري خاصة لمدة ثلاثة أيام، ويستدل عليه بأنه مقتضى الأخذ بالاطلاق في بعض الروايات الدالة على أن «البيّعين بالخيار ما لم يفترقا»^(١) و«إذا افترقا وجب البيع»^(٢) حيث يرفع اليد عن لزوم البيع بعد الافتراق بالاضافة إلى المشتري خاصة ويؤخذ به بالاضافة إلى البائع بل يمكن الأخذ بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٣) فيما إذا لم يكن في البيع خيار المجلس بالأصل

(١) و(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٥٠ و٦٠، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١-٤ وغيرها.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

والصدوقين والإسكافي وابن حمزة والشاميين والخمسة والحليين الستة ومعظم المتأخرين، وعن الغنية وظاهر الدروس: الإجماع عليه، لعموم قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» خرج المشتري وبقي البائع، بل لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، ويثبت الباقي بعدم القول بالفصل. ويدل عليه أيضاً ظاهر غير واحد من الأخبار:

أو بالعارض كاشتراط سقوطه، وإذا ثبت لزوم البيع بالاضافة إلى البائع في هذه الصورة يثبت لزومه بالاضافة إليه فيما كان في البين خيار المجلس لعدم احتمال الفرق بين صورتين في ثبوت الخيار لبائع الحيوان وعدم ثبوته.

أضف إلى ذلك ظاهر الروايات الواردة في شراء الحيوان حيث صرح فيها بثبوت خيار الحيوان للمشتري ولو كان خيار الحيوان كخيار المجلس في ثبوته للمتابعين لم يكن وجه لذكر المشتري وترك البائع.

وفي صحيحة الحلبي وغيرها عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط»^(١).

وفي صحيحة الفضيل: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري. وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٢)، بل ظاهر قوله في بيع غير الحيوان «وإذا افترقا وجب البيع» يعم ما إذا كان الثمن في بيع غير الحيوان حيواناً.

وأوضح من ذلك كله الصحيحة المحكية عن قرب الاسناد عن أحمد وعبدالله ابني محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن علي بن رثاب، قال: «سألت

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٠ و ١١، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٨: ١١ و ٦، الباب ٣ و ١ من أبواب الخيار، صدر الحديث ٥ و ذيل الحديث ٣.

منها: صحيحة الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيّام للمشتري. قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، وظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري وإطلاق نفي الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيواناً. ويتلوها في الظهور رواية علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري» فإن ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جليّة.

أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء^(١). ولكن مع ذلك قد ذهب السيد المرتضى^(٢) وابن طاووس^(٣) إلى ثبوت الخيار في شراء الحيوان للمتبايعين، ويشهد له صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(٤).

وذكر المصنف عليه السلام أن هذه الصحيحة تعارضها صحيحة علي بن رثاب، وتقدم على تلك الصحيحة ترجيحاً في مقام المعارضة، فإنهم قد صرحوا بترجيح رواية مثل زارة ومحمد بن مسلم من الفقهاء الثقات على رواية غيرهم ممن يكون دونهم في الثقة والفقاهة، مع أن صحيحة محمد بن مسلم مروية في الكتب الأربعة بخلاف

(١) المصدر: ١٢، الحديث ٩.

(٢) الانتصار: ٤٣٣، المسألة ٢٤٥، وحكاها عنه الشهيد في غاية المراد ٩٧: ٢.

(٣) حكاها عنه الشهيد في غاية المراد ٩٧: ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

ونحوها صحيحة الحلبي في الفقيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري»، وصحيحة ابن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري»، وأظهر من الكلّ صحيحة ابن رثاب المحكيّة عن قرب الإسناد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما؟ قال: الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» وعن سيدنا المرتضى رحمته الله وابن طاووس:

صحيحة علي بن رثاب، فان اعتبار كتاب قرب الاسناد أو غيره لا تصل مرتبة اعتبار الكتب الأربعة، فان كثيراً من أصحابنا لا يلتفتون إلى حديث لا يوجد في تلك الكتب مع التفاتهم إلى وجود أحاديث في غيرها.

وأما سائر الروايات، فتقدم صحيحة محمد بن مسلم عليها للجمع الدلالي بينها وبين تلك الروايات، فان دلالة تلك الروايات على نفي الخيار عن بائع الحيوان بالمفهوم، أي الاقتصار بذكر المشتري وعدم التعرض للبائع.

ويمكن أن يقال: إن عدم التعرض فيها للبائع ليس لنفي الخيار عنه، بل لأن الغالب في شراء الحيوان وقوع الفسخ من المشتري حيث إنه يطّلع في تلك المدة على خفايا الحيوان وخصوصياته، ولذا اقتصر بذكره.

ومن الظاهر أنّ مع وجود الجمع الدلالي لا تصل النوبة إلى إعمال مرجّحات المعارضة ككون إحدى الروايتين أشهر ليقال: إنّ الشهرة في الروايات النافية للخيار عن البائع.

ويبقى في البين الشهرة من حيث الفتوى ولكن لا اعتبار بالاجماع فيما إذا أحرز مدركه فضلاً عن الشهرة.

ثمّ قد قرب رحمته الله اختصاص خيار الحيوان بالمشتري بدعوى أن الطائفة الأولى

ثبوته للبائع أيضاً وحكي عن الانتصار: دعوى الإجماع عليه، لأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، ولصحيحة محمد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»، وبها تخصص عمومات اللزوم مطلقاً أو بعد الافتراق، وهي أرجح بحسب السند من صحيحة ابن رثاب المحكيّة عن قرب الإسناد. وقد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم وزرارة وأضرابهما على غيرهم من الثقات، مضافاً إلى ورودها في الكتب الأربعة المرجّحة على مثل قرب الإسناد من الكتب التي لم يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بُعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها.

لا يقصر ظهورها في اختصاص خيار الحيوان بالمشتري عن الخبر الدال على ثبوته للمتبايعين.

ويظهر ذلك بملاحظة مثل صحيحة زرارة حيث إنه لو كان خيار الحيوان كخيار المجلس في ثبوته للمتبايعين، لما كان للعدول عن التعبير بالبيعين إلى صاحب الحيوان وجه.

وتلك الطائفة مشهورة بين أصحاب الحديث، حتى عند محمد بن مسلم الراوي للخبر المزبور حيث إنه روى أيضاً الرواية الدالة على أن خيار الحيوان حق لصاحب الحيوان أي من يملكه بالبيع المفروض فيكون الترجيح لها.

وعلى تقدير تعارضهما وتساقطهما يرجع إلى عموم قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١)، وإذا افترقا وجب البيع»^(٢)، حيث إن المتيقن من تقييد وجوب البيع بعد الافتراق ثبوت الخيار للمشتري في شراء الحيوان إلى ثلاثة أيام فيؤخذ بالوجوب

(١) و(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

وأما الصحاح الأخر المكافئة سنداً لصحيحة ابن مسلم، فالإتصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبة منطوق الصحيحة، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، لأنَّ الغالب في المعاملة، خصوصاً معاملة الحيوان، كون إرادة الفسخ في طرف المشتري لأطلاع على خفايا الحيوان، ولا ريب أن الأظهرية في الدلالة مقدّمة في باب الترجيح على الأكثرية. وأما ما ذكر في تأويل صحيحة ابن مسلم: من أن خيار الحيوان للمشتري على البائع فكان بين المجموع، ففي غاية

بالإضافة إلى البائع، فالقول بثبوت الخيار للمتبايعين ضعيف.

نعم هنا قول ثالث أقوى من القول المزبور: وهو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان سواء كان مشترياً أو بايعاً ومع كون العوضين حيواناً يثبت الخيار لكل منهما إلى ثلاثة أيام، ويقضيه صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعت يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^(١) لا يقال: قد قيد صاحب الحيوان بالمشتري في موثقة حسن بن علي بن فضال قال: «سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام»^(٢).

فانه يقال: تفسير صاحب الحيوان بالمشتري باعتبار الغالب، والغرض من التفسير دفع احتمال ثبوت هذا الخيار للمالك الأصلي للحيوان حيث إن الغالب في البيوع كون الحيوان مبيعاً لا ثمناً، فلا تنافي الأخذ باطلاق الصحيحة الدالة على ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان بائعاً كان أو مشترياً، لان غلبة القيد توجب ان لا يرفع اليد به عن اطلاق المطلق ولكن لا توجب صرف الاطلاق إليه.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١١، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

(٢) المصدر: ١٠، الحديث ٢.

السقوط. وأما الشهرة المحققة، فلا تصير حجة على السيد، بل مطلقاً، بعد العلم بمستند المشهور وعدم احتمال وجود مرجح لم يذكره. وإجماع الغنية لو سلم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري - لا مجرد ثبوته له - معارض بإجماع الانتصار الصريح في ثبوته للبائع، ولعلّه لذا قوى في المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهرة، بل الاتفاق على خلافه. وتبعه على ذلك في المفاتيح وتوقف في غاية المراد وحواشي القواعد وتبعه في المقتصر.

لا يقال: كيف الجمع بين الصحيحة الدالة على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان والصحيحة الدالة على ثبوته للمتبايعين.

فانه يقال: تحمل الصحيحة الثانية على صورة كون العوضين حيواناً.

وذكر عليه السلام في آخر كلامه أنه لا يبعد انصراف صاحب الحيوان في الصحيحة الأولى إلى المشتري فعليه لا موجب لرفع اليد عن أصالة اللزوم بالإضافة إلى البائع كان الثمن حيواناً أم لا.

أقول: أمّا صحيحة زرارة الدالة على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان فلا يعارضهما شيء، فإن موثقة حسن بن فضال المفسر فيها صاحب الحيوان بالمشتري لدفع احتمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه الأصلي أي البائع.

ويحصل هذا الدفع أيضاً بكون المشتري بصيغة المفعول صفة للحيوان.

والروايات الدالة على ثبوت الخيار لمشتري الحيوان لا دلالة لها على عدم ثبوته للبائع فيما إذا كان الحيوان ثمناً في البيع، بل مقتضى التفصيل في مثل صحيحة زرارة بين خيار المجلس وخيار الحيوان في التعبير عدم ثبوت خيار الحيوان كخيار المجلس للمتبايعين.

والحاصل يؤخذ بإطلاق صاحب الحيوان في صحيحة زرارة ويحكم بثبوت

هذا ولكن الإتيان: أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهاها بين الرواة حتى محمد بن مسلم الراوي للصحيحة، مع أن المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق والتميقن خروج المشتري، فلا ريب في ضعف هذا القول. نعم، هنا قول ثالث لعله أقوى منه، وهو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنياً، نسب إلى جماعة من المتأخرين، منهم الشهيد في المسالك، لعموم صحيحة ابن مسلم «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» ولا ينافيه تقييد الحيوان بـ«المشتري» في موثقة ابن فضال، لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب، لأن الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً. ولا ينافي هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحة محمد ابن مسلم، لأن الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، ولا توجب تنزيل الإطلاق. ولا ينافيها أيضاً ما دلّ على اختصاص الخيار بالمشتري، لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان. ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين، لإمكان تقييدها - وإن بعد - بما إذا كان العوضان حيوانين. لكن الإشكال في إطلاق الصحيحة الأولى من جهة قوة انصرافه إلى المشتري، فلا مخصص يعتد به، لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس، فلا محيص عن المشهور.

خيار الحيوان بانعاً كان أو مشترياً ولا موجب لانصرافه إلى خصوص المشتري فان المطلق يعم فرده الغالب وغيره، وانما لا يصلح خطاب المقيد فيما كان القيد غالباً لتقييد خطاب المطلق.

ويبقى في البين معارضة هذه الأخبار مع صحيحة مسلم الدالة على أن «المتبايعين بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(١) ولو

مسألة: لافرق بين الأمة وغيرها في مدة الخيار [١]، وفي الغنية - كما عن الحلبي -: «أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها، بل عن الأول دعوى الإجماع، عليه وربما ينسب هذا الى المقنعة والنهية والمراسم من جهة حكمهم بضمنان البائع لها مدة الاستبراء ولم أقف لهم على دليل.

أمكن، حمل هذه على ما إذا كان كل من العوضين حيواناً كما استظهر ذلك من التعبير بالمبتاعين فان ظاهر باب التفاعل قيام المبدأ بكل من الطرفين.

وبتعبير آخر: المفروض في الصحيحة اتحاد العوضين في العنوانين، فيكون الخيار لكل من المبتاعين ثلاثة أيام؛ وفي غير ذلك حتى يفترقا.

ولو لم يمكن الحمل باعتبار أن البيع يتحقق بفعل الطرفين لا بواحد منهما وظهور باب التفاعل في قيام المبدأ بكل منهما إنما هو فيما إذا لم يتوقف تحقق ذلك المبدأ بفعلهما فيقع التعارض بين الطائفتين ويقدم الطائفة الأولى لموافقتها للعموم في قوله سبحانه «أَوْ قُوا بِالْعُقُودِ»^(١) كما لا يخفى.

[١] لا فرق بين الأمة وغيرها في كون الخيار فيهما إلى ثلاثة أيام. وفي صحيحة علي بن رثاب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء»^(٢).

ولكن عن الغنية^(٣) والحلبي^(٤): «أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها أي الحيضة أو خمسة وأربعون يوماً، وادعى في الغنية الاجماع على ذلك.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

(٣) الغنية: ٢١٩.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٥٣.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد [١]، فلو لم يفتقرا ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان وبقي خيار المجلس، لظاهر قوله ﷺ: «إِنَّ الشَّرْطَ فِي الْحَيَوَانِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَفِي غَيْرِهِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا». خلافاً للمحكّي عن ابن زهرة فجعله من حين التفرّق، وكذا الشيخ والحلي في خيار الشرط المتّحد مع هذا الخيار في هذا الحكم من جهة الدليل الذي ذكره. قال في المبسوط: الأولى أن يقال: إنّه - يعني خيار الشرط - يثبت من حين التفرّق، لأنّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرّق، انتهى. ونحوه المحكّي عن السرائر.

وربما ينسب هذا القول إلى غيرهما كالمراسم^(١) والمقتنة^(٢) والنهائية^(٣) لحكمهم بضمان البائع الأمة مدة استبرائها؛ ومن الظاهر أن ضمانه حكم لخيار المشتري وعلى كل فلا يعرف لهذا القول وجه.

[١] مبدأ خيار الحيوان تمام العقد، ولو لم يفتقرا إلى أن انقضى ثلاثة أيام ينتهي خيار الحيوان ويبقى خيار المجلس.

والوجه في ذلك قوله ﷺ: «الشَّرْطُ فِي الْحَيَوَانِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَفِي غَيْرِهَا إِلَى أَنْ يَفْتَرَقَا»^(٤) فان ظاهره كون المبدأ للخيارين واحداً.

وعن ابن زهرة^(٥) جعل مبدأ انقضاء خيار المجلس، وكذا مقتضى استدلال

(١) المراسم: ١٧٥.

(٢) المقتنة: ٥٩٢-٥٩٣.

(٣) العبارة ساقطة من النهاية المتداولة لدينا. نعم، هي موجودة في النهاية المطبوعة مع نكت النهاية ٢: ١٤٤ -

١٤٥، والمطبوعة ضمن الجوامع الفقهيّة: ٣٣٦، ونقلها العلامة بلفظها في المختلف ٥: ٢٢٣.

(٤) وسائل الشريعة ٦: ١٨، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٥، و ١١، الباب ٣، الحديث ٥.

(٥) الغنية: ٢٢٠.

الشيخ^(١) وابن ادريس^(٢) ذلك حيث ذكر أن مبدأ خيار الشرط حين التفرق لأن الخيار يثبت فيما إذا ثبت العقد، والعقد لا يثبت قبل التفرق. وهذا الدليل كما ترى يجري في خيار الحيوان أيضاً.

ولكنه ضعيف فانه إن أريد من ثبوت العقد تمامه فالأمر ظاهر لأن تمام العقد بتمام البيع لا بانقضاء زمان خيار المجلس وإن أريد من ثبوته لزومه فالأمر كذلك أيضاً فان الخيار حكم للعقد اللازم لولا الخيار لا حكم للعقد اللازم لولا هذا الخيار كما لا يخفى.

ويستدل على القول المزبور بوجوه أخرى.

منها: استصحاب الخيار بعد ثلاثة أيام من حين العقد بل باستصحاب عدم حدوثه قبل التفرق.

وفيه: أنه لا تصل النوبة إلى الأصل العملي مع وجود الدليل الاجتهادي وهو الظهور المتقدم، وأيضاً فالاستصحاب على التقريب الثاني مثبت لأن عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرق لا يثبت حدوثه حين التفرق.

ومنها: ما ورد في أن التلف في زمان خيار الحيوان على البائع حيث إنه ممتن لا خيار له، ولو كان مبدأ خيار الحيوان من حين التفرق يصح كون التلف عليه لأنه لا خيار له، ولا يصح فيما إذا جعل مبدأه من حين العقد، فانه لا موجب لحساب التلف على البائع فيما إذا تحقق التلف قبل التفرق، حيث إنه تلف في زمان الخيار المشترك.

(١) المبسوط ٢: ٨٥.

(٢) السرائر ٢: ٢٤٧.

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بأن ما ورد في كون التلف في زمان خيار الحيوان يحسب على البائع بانحلال البيع مبني على الغالب من وقوع التلف بعد التفرق وانقضاء خيار المجلس.

أقول: الصحيح عدم الفرق بين صورتين فانه يحسب التلف على البائع فان ثبوت خيار المجلس لا يكون موضوعاً لانحلال البيع بالتلف ولا ينافي ذلك انحلاله بالتلف مع غيره.

ومنها: أنه إذا كان في البين خيار الحيوان قبل التفرق للزم اجتماع السببين على المسبب الواحد.

وأجاب رحمه الله: بأن خيار الحيوان لو كان مختلفاً مع خيار المجلس في المهية والنوع فلا اجتماع على مسبب واحد، وإن اتحدا نوعاً فكذلك لأن الأسباب الشرعية معرفات وعلامات متعددة، بل لو كانت مؤثرات فتأثير كل واحد مستقلاً يتوقف على عدم انفراده وفي صورة اجتماعهما يؤثران معاً.

أقول: الصحيح في الجواب أن الخيارين متحدان في الحقيقة حيث إن الخيار ملك فسخ العقد وإنما يختلفان بحسب الاحكام، وكل من شراء الحيوان واجتماع المتبايعين حال العقد موضوع لهما فليس في البين تأثير ولا معرف بمعنى العلامة، فالخيار في المقام متعدد، لأن كلاً منهما حكم لموضوع قد تحقق كما لا يخفى.

وذكر في التذكرة^(١) - في الجواب عما قيل من أن ثبوت الخيارين معاً في عقد واحد يوجب اجتماع المثليين - ان الخيار واحد والجهة متعددة، وهو كما ترى فانه كما

ذكرنا الخيار متعدد، ولذا يبقى الخيار مع اسقاط أحدهما وقد تقدم أيضاً أن الخيار الشرعي حكم شرعي للبيع كما هو ظاهر الخطاب فيكون تعلقه بالبيع بعد تمامه. ولو كان البيع مشروطاً بالقبض كما في السلم أو التقابض، كما في الصرف فلا يثبت الخيار فيهما إلا بعد القبض أو التقابض.

وعن السيد اليزدي رحمته الله (١) أنه يمكن أن يقال بعدم ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان أصلاً، فإن ذلك مقتضى المقابلة بين بيع الحيوان وغيره في الأخبار، وإن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غيره إلى أن يفترقا، وتبعه على ذلك بعض الاجلاء (٢) (دامت أيامه) حيث ذكر ظهور الروايات في عدم ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان وشرائه.

أقول: المطلقات الدالة على ثبوت خيار المجلس في كل بيع ومنه بيع الحيوان موجودة نظير صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعاً فَهِيَ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا» (٣) وصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا، وَصَاحِبُ الْحَيْوَانِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ» (٤)، ونحوها صحيحة زرارة عنه عليه السلام (٥) ومقتضاها ثبوت الخيارين لمشتري الحيوان وصاحبه أحدهما إلى أن يفترقا والآخر إلى ثلاثة أيام.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٤٠ و ٤٤١.

(٢) مصباح الفقاهة ٤: ٢٠٦-٢٠٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٦ و ٩، الباب ١ و ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٥) المصدر: ١١، الباب ٣، الحديث ٦.

وانما الكلام في المقيد الموجود في البين الموجب لرفع اليد عن المطلقات المتقدمة، فيقال: إن المقيد هي المقابلة بين الحيوان وغيره في معتبرة علي ابن اسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، قال: «سمعتة يقول: الخيار ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان إلى أن يفترقا»^(١) ولو كان خيار الحيوان مجتمعاً مع خيار المجلس لزم التعبير بأن الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي كل البيوع إلى أن يفترقا.

ونظيرها صحيحة الفضيل، حيث سأل الإمام عليه السلام بقوله: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري قلت: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٢).

ولكن يمكن الجواب عن الاخير بأن قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» مطلق يعم بيع الحيوان وغيره والسؤال عن الخيار في بيع غير الحيوان لا يكون مقيداً للإطلاق الوارد في الجواب.

وبتعبير آخر: كون «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» يثبت لكل بيع كان المبيع فيه حيواناً أو غيره، بخلاف «ثلاثة أيام» فانه حكم لخصوص شراء الحيوان وعدم عطف «ما لم يفترقا» على «ثلاثة أيام» باعتبار عدم كون الخيار إلى الافتراق حكماً لبيع الحيوان وشراؤه.

واما معتبرة علي ابن اسباط، فقوله عليه السلام: «وفي غير الحيوان أن يفترقا» بعد قوله: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري» ناظراً إلى فرض الغالب وهو أن المقيد

(١) المصدر: ٦، الباب ١، الحديث ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١١ و ٦، الباب ٣ و ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥ و ٣.

وهذه الدعوى لم نعرفها. نعم، ربما يستدلّ عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد، بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس، وبلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد، وما دلّ على أنّ تلف الحيوان في الثلاثة من البائع مع أنّ التلف في الخيار المشترك من المشتري. ويردّ الأصل بظاهر الدليل، مع أنّه بالتقرير الثاني، مثبت. وأدلة «التلف من البائع» محمول على الغالب من كونه بعد المجلس. ويردّ التداخل بأنّ الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدّد. وإن اتّحدا فكذلك، إمّا لأنّ الأسباب معرّفات، وإمّا لأنّها علل ومؤثرات يتوقّف استقلال كل واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه، فهي علل تامّة إلا من هذه الجهة، وهو المراد ممّا في التذكرة - في الجواب عن أنّ الخيارين مثلان فلا يجتمعان -: من أنّ الخيار واحد والجهة متعدّدة.

ثم إنّ المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة - كمقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقلة - أو زمان الملك، عبّر بذلك للغلبة؟ الظاهر هو الثاني، كما استظهره بعض المعاصرين، قال: فعلى هذا لو أسلم حيواناً في طعام وقلنا بثبوت

لمشتري الحيوان بحسب الغالب خيار الحيوان، حيث إن معه لا يحتاج إلى اعمال خيار المجلس فالتقييد باعتبار عدم الفائدة في خيار المجلس لمشتري الحيوان غالباً فلا يوجب رفع اليد عن المطلقات المتقدمة.

وهكذا الكلام في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(١) مع انه قد تقدم الإشكال في الأخذ بظهور هذه الصحيحة، والله سبحانه هو العالم.

الخيار لصاحب الحيوان وإن كان بائعاً، كان مبدؤه بعد القبض. وتمثيله بما ذكر مبني على اختصاص الخيار بالحيوان المعين، وقد تقدّم التردّد في ذلك. ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف ولو قبل القبض يدلّ على أنّه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لا بدّ له من أثر. وقد تقدّم الإشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض.

مسألة: لإشكال في دخول الليلتين المتوسطتين [١] في الثلاثة أيام، لالدخول الليل في مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج، ولا في دخول الليالي الثلاث عند التلقيق مع الانكسار. ولو عقد في الليل، فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث، ويحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليلة العقد. لكن فيه: أنّه يصدق حينئذٍ الأقلّ من ثلاثة أيام، والإطلاق على المقدار المساوي للنهار ولو من الليل خلاف الظاهر.

[١] لا ينبغي الريب في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام لأن الليلتين داخلتان في معنى اليومين، فان اليوم يقابل الليل وظاهره بياض النهار، بل دخول الليلتين باعتبار كون المستفاد من الروايات ثبوت خيار واحد مستمر من حين تمام الشراء إلى انقضاء ثلاثة أيام.

نعم مقتضى الظهور العرفي لثلاثة أيام يعم كونها بنحو التلقيق بمعنى أنه لو وقع البيع عند زوال الشمس من اليوم الأول فينتهي الخيار عند الزوال من اليوم الرابع وتدخل الليالي الثلاث في ثلاثة أيام لدلالة قرينة استمرار الخيار الواحد على ذلك لا لدخول الليالي في المستعمل فيه للأيام.

وهذا يجري في كل مورد يحدد فيه موضوع الحكم أو متعلقه أو نفس الحكم بالأيام فيكون ظاهر الخطاب اليوم مقابل الليل، وأنّ الأيام لوحظت بنحو الاتصال وأنها تعم

قيل: والمراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين أصالة، فتدخل الثالثة، وبإلا لاختلفت مفردات الجمع في استعمال واحد، انتهى.

فإن أراد الليلة السابقة على الأيام فهو حسن، إلا أنه لا يعلى بما ذكر. وإن أراد الليلة الأخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد، إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين في اليوم والليلة واستعمال اليوم الثالث في خصوص النهار، بل نقول: إن اليوم مستعمل في خصوص النهار أو مقداره من نهارين، لا في مجموع النهار والليل أو مقدارهما، ولا في مقدار النهار ولو ملفقاً من الليل. والمراد من «الثلاثة أيام» هي لياليها أي ليالي مجموعها، لا كل واحد منها، فالليالي لم تُرد من نفس اللفظ، وإنما أُريدت من جهة الإجماع وظهور اللفظ الحاكمين في المقام باستمرار الخيار، فكأنه قال: الخيار يستمر إلى أن يمضي ست وثلاثون ساعة من النهار.

بنحو التلفيق من بياض النهار من يومين.

نعم، ربما لا يكون فهم عرفي بالإضافة إلى كفاية التلفيق كما إذا كان متعلق الحكم أو التكليف من العبادة كالاكتكاف المحدد بثلاثة أيام، فإن في مثله لا بد من رعاية اليوم التام. ومما ذكر يظهر أن التلفيق من بياض النهار في موارد مساعدة الفهم العرفي لا باس به، وأما التلفيق من الليل بمقدار اليوم فلا يكفي لعدم صدق اليوم على الليل.

وقد يقال: بثبوت الخيار بثلاثة أيام مع لياليها لأن دخول الليلتين فقط يوجب اختلاف مفردات الجمع في الاستعمال.

والجواب: أنه إن أُريد دخول الليلة الأولى فيما إذا وقع البيع في الليل فهو حسن، ولكن لا للوجه الذي ذكره، بل لأن ذلك مقتضى كون مبدأ خيار الحيوان تمام البيع، وإن أُريد الليلة الأخيرة فيما إذا وقع البيع أول اليوم ليكمل ثلاثة أيام وثلاث ليال فهو غير

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور:

أحدها: إشتراط سقوطه في العقد [١]. ولو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض بالصحة، ولا بأس به.

صحيح ولا يلزم من خروجها اختلاف المفردات في المستعمل فيه للفظ يوم، فانه بياض النهار ودخول الليلتين المتوسطتين باعتبار دلالة الدال الآخر، وهو ثبوت الخيار من حين تمام العقد مستمراً إلى ثلاثة أيام.

وفي صحيحة علي بن رثاب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ قال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء»^(١)، فإن ظاهرها عدم لزوم العقد قبل مضي ثلاثة أيام لأن العقد في الليالي محكومة باللزوم، وفي النهار من تلك الليالي بالجواز كما لا يخفى.

[١] يسقط خيار الحيوان بأمور:

منها: اشتراط سقوطه في العقد حيث تقدم في بحث خيار المجلس أن الخيار من الحقوق وأن اشتراط سقوطه في العقد يكون إسقاطاً قولياً، ولذلك لا فرق بين اشتراط سقوطه رأساً أو سقوطه في بعض الأيام مع تعدد الخيار فيها، وإلا ففي نفوذه إشكال، حيث إن الخيار الثابت لصاحب الحيوان أو مشتريه واحد لا تعدد فيه حتى بالإضافة إلى الأيام.

ومنها: إسقاطه بعد العقد قولاً وقد تقدم أيضاً أن ذلك مقتضى كون الخيار حقاً.
ومنها: التصرف فان كون التصرف في الحيوان المشتري مسقطاً للخيار في

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

الجملة مما لا خلاف فيه، ويشهد له صحيحه علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط. قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١).

وصحيحه محمد بن الحسن الصفار قال: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثة الأيام التي فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى»^(٢).

وفي صحيحه علي بن رثاب المروية في قرب الإسناد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى - إلى أن قال - قلت له: أرايت إن قبلها المشتري أو لامس؟ فقال: إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزم البيع»^(٣).

واستدل في التذكرة^(٤) على كون التصرف مسقطاً للخيار بأنه دليل الرضا - أي كاشف عنه - والمراد بالرضا: الرضا بلزوم العقد^(٥) وسقوط خياره، وذكر في موضع

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) المصدر: الحديث ٢.

(٣) المصدر: الحديث ٣.

(٤) التذكرة ١: ٥١٩.

(٥) التذكرة ١: ٩٢٨.

آخر - نظير ما في الغنية^(١) - بأن التصرف إجازة للبيع المزبور^(٢).

ولكن لا يخفى أنه إن كان المراد من الحدث المسقط التصرف المحرم على غير المالك والمحلل له أو المأذون منه، كما يشير إلى كونه محرماً إلى غير المالك قوله **عَلَيْهِ**: «أو نظر إلى ما يحرم النظر إليه قبل الشراء»، أي قبل كونه مالكاً، فلازمه الإلتزام بسقوط الخيار بمطلق استخدام المملوك والتصرف في الحيوان، لأن مطلق التصرف فيه غير جائز على غير المالك وعلى غير المأذون من قبله، وقد صرح بسقوط خيار العيب بمطلق التصرف في المعيب فلا يجوز معه ردّه على بايعه سواء كان التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده.

وعلى ذلك يكون جعل الخيار ثلاثة أيام للمشتري مع كون مطلق التصرف مسقطاً كاللغو فإن الحكمة في جعل الخيار على ما ذكره الاطلاع على خفايا الحيوان التي توجب كراهة المشتري وإعراضه عن الإمساك به، ولو كان مطلق التصرف في الحيوان مسقطاً للخيار لما كان لهذه الحكمة مورد.

والإلتزام بأن مطلق التصرف لا يكون مسقطاً بل المسقط التصرف الدال على الرضا ببقاء العقد، لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لا يناسب الأمثلة التي ذكرها لكون التصرف مسقطاً.

ودعوى أن تلك التصرفات كلها من قبيل الإسقاط الفعلي أي من قبيل الدال على الرضا ببقاء العقد ولو بظهور نوعي كما ترى.

(١) الغنية: ٢١٩.

(٢) التذكرة ١: ٥٣٨.

أقول: كون التصرف في خيار العيب مسقطاً له بحيث لا يجوز فسخ البيع بعده بل يتعين جواز أخذ الأرش غير مسألة كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان فلا بد من ملاحظة الروايات في كل من المسألتين ولو تمّ دلالتها على كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان فلا بأس بالالتزام به، غاية الأمر لا يكون التصرف الذي يتعارف اختبار الحيوان به مسقطاً لانصراف الروايات وعدم ظهورها، خصوصاً بملاحظة أن المتفاهم من جعل الخيار للمشتري ثلاثة أيام لحاظ خصوصياته في تلك المدة.

ولا ينافي ذلك جعل الشارع بعض الأفعال حدثاً ورضاءً بالبيع تعديلاً كما يأتي ذلك في النظر إلى ما يحرم من الأمة أو تقبيلها ولمسها.

وعلى ذلك فالمراد بالرضا بالبيع الالتزام بعدم فسخه، فإن الرضا بأصل البيع مفروض قبل التصرف، ويدل على ذلك رواية عبد الله بن الحسن، ولكن باعتبار ضعف سندها تصلح للتأييد، ورواها عن أبيه عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو بريء من الضمان»^(١).

والحاجة إلى الاستحلاف مع عدم كون بايعه مدعياً، فإن الدعوى لا تسمع إلا مع الجرم مبني على سماع الدعوى بنحو التهمة أو يحمل على صورة جرم البائع بإسقاط خياره بالالتزام بالبائع المزبور.

وذكر عليه السلام: «أن قوله ﷺ: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة أيام فذلك رضئ منه ولا شرط له»، يحتمل وجوهاً:

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

الأول: أن يكون فذلك رضاءً منه جزءاً للشروط بأن يكون إحداث الحدث في الحيوان رضاءً بالبيع والتزاماً به بحيث لا يفسخ بعد ذلك، وحيث إن الحدث لا يكون إسقاطاً للخيار والتزاماً بالبيع مطلقاً بنحو الإسقاط الإنشائي فيكون الرضا والإسقاط بنحو التعبد والحكم الشرعي.

والوجه الثاني: أن الجزء قوله **عَلَيْهِ** «ولا شرط له» وقوله «فذلك رضاءً منه» تمهيد للجزء المزبور ببيان الحكمة له بمعنى أن الحدث في الحيوان لدلالته غالباً على التزام المشتري بشرائه وعدم رفع يده عنه فاعتبره الشارع ملاكاً في حكمه بسقوط الخيار بالحدث مطلقاً، نظير ما تقدم في سقوط خيار المجلس بالافتراق من أن حصول الافتراق غالباً بداعي الرضا والالتزام بالبيع صار موجباً لاعتبار الشارع الافتراق في جميع موارد مسقطاً.

وأورد على هذين الاحتمالين أن لازمهما الالتزام بسقوط خيار الحيوان بكل تصرف حتى فيما إذا وقع التصرف لاختبار الحيوان والاطلاع على خفاياه، ومع الالتزام بذلك يكون ثبوت خيار الحيوان للمشتري كاللغو.

أضف إلى ذلك مخالفته لما عليه إجماع الأصحاب من اعتبار دلالة التصرف على الرضا في سقوط الخيار. نعم كون تلك الدلالة بنحو دلالة الألفاظ ظهوراً نوعياً، أو يعتبر الظهور في كل مورد يأتي في الوجهين الأخيرين.

أقول: كون الجزء للشروط قوله «ولا شرط له» غير محتمل، لأن الواو العاطفة لا تدخل على الجزء ويتعين كون الجزء نفس قوله «فذلك رضاءً منه».

ومن الظاهر أن الحدث في الحيوان لا يكون في جميع موارد رضاءً بالبيع بالرضا الإنشائي من ذي الخيار فيكون كذلك بنحو التعبد والحكم الشرعي نظير ما

تقدم في كون الافتراق رضاءً بالبيع.

ولا بعد أيضاً في الالتزام بأن الحدث في الحيوان - أي التصرف المغيّر كأخذ الحافر - مسقط للخيار، فانه لا يدخل في الحدث التصرف غير المغيّر كركوب الحيوان، فان تلك التصرفات إذا كان بداعي الالتزام بالبيع وإظهار إبقائه فتدخل في الإسقاط الفعلي وألا فلا يسقط الخيار بها مثل أمر الأمة بغلق الباب أو سقيه ماءً خصوصاً فيما إذا وقعت بغرض الاختبار والإطلاع على خفايا الحيوان وخصوصيات الأمة.

ويلتزم بأن مثل لمس الأمة وتقبيلها والنظر إلى ما يحرم قبل شرائها مسقط للخيار، وأن ما ذكر من قبيل الحدث ولو بنحو التعبد والتنزيل.

الوجه الثالث: أن يكون الجزاء قوله **لِلْأُمَّةِ** «ولا شرط له» وقوله «فذلك رضاءً منه» بياناً لعلّة الجزاء، والمراد بالرضا الدلالة عليه نوعاً، نظير دلالة الألفاظ على كون مراد المتكلم معانيها الحقيقية، وحيث إن الحكم يدور مدار العلة فيكون سقوط الخيار بالتصرف دائراً مدار دلالة التصرف، فيكون الخيار ساقطاً فيما للفعل ظهور نوعي على إلتزام المشتري بالبيع، ولو لم يكن ذلك من قبيل التصرف في الحيوان كما في عرض الحيوان المشتري للبيع. وظاهر الأصحاب أيضاً أن التصرف مسقط للخيار بهذا الوجه، فإنهم ذكروا أن كل تصرف يكون إجازة من المشتري، يكون فسحاً فيما إذا وقع من البائع، ولو كان التصرف مطلقاً مسقطاً تعدياً لما كان وجه للتعدّي إلى تصرف البائع. وما يذكر^(١) من كون التصرف مطلقاً مسقطاً للخيار لأن الأصحاب ذكروه في

(١) راجع الجواهر ٢٣: ٦٦.

مقابل الإجازة وإسقاط الخيار غير صحيح.

والوجه الرابع: هو أن يكون قوله عَلَيْهِ: «ولا شرط له» هو الجزاء وقوله «فذلك رضاً منه» بيان العلة له، ولكن المراد بالرضا الرضا الشخصي لا النوعي، بأن يكون للتصرف المزبور دلالة فعلية على رضا المتصرف على التزامه بالبيع وإسقاطه الخيار كما يؤيد ذلك ظاهر رواية عبدالله بن الحسن المتقدمة.

وكون التصرف مسقطاً للخيار كذلك، وأن كان أظهر الاحتمالات، ولكن اعتبار الدلالة بهذا النحو خلاف المتسالم عليه بين الأصحاب فيتعين الثالث.

أقول: قد تقدم أن الحدث في الحيوان مسقط، ولكن التصرف الذي لا يدخل في الحدث إنما يسقط الخيار به إذا كان ظاهراً في الالتزام بالبيع والإغماض عن حق فسخه، وتقدم أن بعض التصرفات إنما حكم بكونها حدثاً بنحو التعبد والتنزيل نظير لمس الجارية وتقبيلها والنظر إلى ما كان النظر إليه محرماً قبل شرائها، والله سبحانه هو العالم.

ثم إن المصنف رحمته قد ذكر في المقام إشكالين:

أحدهما: ظهور بعض الكلمات في كون مطلق التصرف في الحيوان مسقطاً للخيار حتى مثل ركوب الدابة في طريق ردها على بايعها مع أن ظاهر النصوص والفتاوى أن كون التصرف مسقطاً إنما هو لدلالته على الالتزام بالبيع وإرادة عدم فسخه. وثانيهما: أنه إذا كان غالب التصرفات في الحيوان في ثلاثة أيام يقع مع التردد في فسح البيع أو مع الجزم بالفسخ. كما في ركوب الدابة في طريق الرد، فكيف يعلل كون التصرف مسقطاً بكونه رضاً بالبيع، فإنه لا يصح هذا التعليل إلا إذا كان غالب التصرفات دالاً على ذلك الرضا. ومما ذكر يظهر عدم كون التصرف مسقطاً، بل العبرة

في السقوط الرضا بالبيع كما في رواية عبد الله بن الحسن حيث لم يتعرّض فيها للتصرف في ثلاثة أيام وعدمه مع وقوع بعض التصرف فيها عادةً؛ وإنما تعرّض لإسقاط الخيار بالرضا بالبيع وعدمه.

وأوضح منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى شاةً فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها، فقال: «إن كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء»^(١).

فإن شرب لبنها مع توقفه على التصرف في الحيوان بالحلب لم يحكم بكونه مسقطاً للخيار، والظاهر أن الرد فرض قبل تمام الثلاثة، والحكم برد ثلاثة أمداد، وإن كان على خلاف القاعدة، وظاهر بعض الروايات الدالة على أن المنافع مدة الخيار للمشتري، ولذا يحمل على الاستحباب، إلا أن صدرها ظاهرة في عدم كون التصرف مسقطاً للخيار.

ومما يدلّ على كون المنافع زمان الخيار لمن انتقل إليه العين موثقة اسحاق بن عمار الآتية.

بقي في المقام أمر: وهو أن هل يثبت في بيع الحيوان مع غيره بصفقة واحدة خيار الحيوان بالإضافة إلى بيعه ولو مع الالتزام بعدم ثبوت الخيار في كلّ واحد من البيوع الانحلالية؟

الظاهر ذلك، غاية الأمر على تقدير فسخ بيعه، يثبت للبائع خيار تبعض الصفقة بالإضافة إلى بيع غيره.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٦، الباب ١٣ من أبواب الخيار، الحديث ١.

والثاني: إسقاطه بعد العقد، وقد تقدّم الأمران.

والثالث: التصرف ولا خلاف في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار. ويدلّ عليه

قبل الإجماع النصوص:

ففي صحيحة ابن رثاب: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام، فذلك رضئ منه ولا شرط له، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان محرماً عليه قبل الشراء». وصحيحة الصفار: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى دابةً من رجل فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة أيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي ركبها فراسخ؟ فوق عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى». وفي ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الإسناد: «قلت له: أرايت إن قبّلها المشتري أو لامس؟ فقال: إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزم البيع». واستدلّ عليه في التذكرة - بعد الإجماع -: بأنّ التصرف دليل الرضا. وفي موضع آخر منها: أنّه دليل الرضا بلزوم العقد. وفي موضع آخر منها - كما في الغنية -: أنّ التصرف إجازة. أقول: المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك إلّا

والوجه في الظهور: أن عدم ثبوت الخيار في كل واحد من البيوع الإنحلالية، إنّما هو باعتبار أن ظاهر الأدلة ثبوت خيار واحد لمشتري الحيوان، ولو ثبت ذلك الخيار في كل واحد من البيوع الانحلالية - ولو فيما إذا باع العشرة بصفقة - لتعدّد الخيار. وهذا لا يجري فيما إذا كان أحد العوضين حيواناً قد بيع منضمّاً إلى غيره بصفقة. ومن هنا يظهر الحال فيما إذا باع حيوانين بصفقة واحدة، وظهر واحد منهما ملك الغير فإنه يثبت الخيار بالإضافة إلى بيع المملوك.

برضاه كما يشير إليه قوله ﷺ: «أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»، فلازمه كون مطلق استخدام المملوك، بل مطلق التصرف فيه مسقطاً، كما صرح به في التذكرة- في بيان التصرف المسقط للردّ بالعيب -: من أنه لو استخدمه بشيءٍ خفيف، مثل «اسقني» أو «ناولني الثوب» أو «اغلق الباب»، سقط الردّ. ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط، - معللاً بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك -: بأن المسقط مطلق التصرف. وقال أيضاً: لو كان له على الدابة سرج أو ركاب فتركهما عليها بطل الردّ، لأنه استعمالٌ وانتفاعٌ، انتهى.

وقال في موضع من التذكرة: عندنا أن الاستخدام بل كل تصرفٍ يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الردّ، انتهى.

وهو في غاية الإشكال، لعدم تبادل ما يعم ذلك من لفظ الحدث وعدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد، مع أن من المعلوم عدم انفكك المملوك المشتري عن ذلك في أثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو، مع أنهم ذكروا أن الحكمة في هذا الخيار الإطلاع على أمورٍ خفيةٍ في الحيوان توجب زهادة المشتري، وكيف يطلع الإنسان على ذلك بدون النظر إلى الجارية ولمسها وأمرها بغلق الباب والسقي وشبه ذلك؟

وإن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالة على الرضا بلزوم العقد - كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحة ابن رناب، ويظهر من استدلال العلامة وغيره على المسألة، بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد - فهو لا يناسب إطلاقهم الحكم بإسقاط التصرفات التي ذكروها.

ودعوى: أن جميعها مما يدلّ - لو خلى وطبعه - على الالتزام بالعقد، فيكون إجازة فعلية، كما ترى! ثم إن قوله ﷺ في الصحيحة: «فذلك رضى منه» يراد منه الرضا بالعقد في مقابلة كراهة ضده أعني الفسخ، وإلا فالرضا بأصل الملك مستمرٌّ

من زمان العقد إلى حين الفسخ. يشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن محمد عليه السلام عن أبيه عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في رجل اشترى عبداً بشرط إلى ثلاثة أيام، فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو برىء من الضمان». فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد، والاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورة حصول القطع للبائع بذلك. إذا عرفت هذا فقوله عليه السلام: «فذلك رضى منه ولا شرط له» يحتمل وجوهاً:

أحدها: أن تكون الجملة جواباً للشرط، فيكون حكماً شرعياً بأن التصرف التزاماً بالعقد وإن لم يكن التزاماً عرفياً.

الثاني: أن تكون توطئة للجواب، وهو قوله: «ولا شرط له» لكنه توطئة لحكمة الحكم وتمهيداً لها لآلة حقيقة فيكون إشارة إلى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالة غالباً على الرضا، نظير كون الرضا حكماً في سقوط خيار المجلس بالفرق في قوله عليه السلام: «فإذا افرقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرضا. وعلى هذين المعنيين، فكل تصرف مسقط، وإن علم عدم دلالة على الرضا.

الثالث: أن تكون الجملة إخباراً عن الواقع، نظراً إلى الغالب وملاحظة نوع التصرف لو خلّى وطبعه، ويكون علة للجواب، فيكون نفي الخيار معللاً بكون التصرف غالباً دالاً على الرضا بلزوم العقد، وبعد ملاحظة وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدى علة - كما في قوله: «لا تأكل الرمان لأنه حامض» - دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذي يكون كذلك، أي دالاً بالنوع غالباً على التزام العقد وإن لم يدل في شخص المقام، فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعي في الرضا، نظير ظهور الألفاظ في معانيها مقيداً بعدم قرينة توجب صرفه عن

الدلالة، كما إذا دلّ الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتباهاً بعينٍ أخرى مملوكة له، ويدخل فيه كل ما يدلّ نوعاً على الرضا وإن لم يعد تصرفاً عرفاً، كالتعريض للبيع والإذن للبائع في التصرف فيه.

الرابع: أن تكون إخباراً عن الواقع ويكون العلة هي نفس الرضا الفعلي الشخصي، ويكون إطلاق الحكم مقيداً بتلك العلة، فيكون موضوع الحكم في الحقيقة هو نفس الرضا الفعلي، فلو لم يثبت الرضا الفعلي لم يسقط الخيار. ثم إن الاحتمالين الأولين وإن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار وإطلاقات بعض كلماتهم - مثل ما تقدّم من التذكرة: من أنّ مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقطاً، وكذا غيره كالمحقق والشهيد الثانيين - بل لإطلاق بعض معاهد الإجماع، إلا أنّها بعيدان عن ظاهر الخبر، مع مخالفتها لأكثر كلماتهم، فإنّ الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ، بل ظاهرها اعتبار الدلالة في الجملة على الرضا، كما سيجيء ويؤيده حكم بعضهم بكفاية الدالّ على الرضا وإن لم يعد تصرفاً، كتقبيل الجارية للمشتري، على ما صرح به في التحرير والدروس. فعلم أنّ العبرة بالرضا، وإنّما اعتبر التصرف للدلالة، وورود النصّ أيضاً بأنّ العرض على البيع إجازة، مع أنّه ليس حدثاً عرفاً. ومما يؤيد عدم إرادة الأصحاب كون التصرف مسقطاً إلا من جهة دلالة على الرضا، حكمهم بأنّ كلّ تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من البائع، فلو كان التصرف مسقطاً تعدياً عندهم من جهة النصّ لم يكن وجهاً للتعدي عن كونه إجازة إلى كونه فسخاً. وقد صرح في التذكرة: بأنّ الفسخ كالإجازة يكون بالقول وبالفعل، وذكر التصرف مثلاً للفسخ والإجازة الفعليتين. فاندفع ما يقال في تقريب كون التصرف مسقطاً للدلالة على الرضا: بأنّ الأصحاب يعدّونه في مقابل الإجازة. وأمّا المعنى الرابع: فهو وإن كان أظهر الاحتمالات من حيث اللفظ، بل جزم به في الدروس، ويؤيده ما تقدّم من رواية

عبدالله بن الحسن بن زيد، الحاكية للنبويّ الدالّ - كما في الدروس أيضاً - على الاعتبار بنفس الرضا.

وظاهرُ بعض كلماتهم الآتية: إلا أنّ الاستفادة من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الفعلي بلزوم المقدم، مع أنّ أظهريته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة. فتعين إرادة المعنى الثالث، ومحصله: دلالة التصرف لو خُلّي وطبعه على الالتزام وإن لم يفد في خصوص المقام، فيكون التصرف إجازة فعلية في مقابل الإجازة القولية، وهذا هو الذي ينبغي أن يعتمد عليه. قال في المقنعة: إنّ هلاك الحيوان في الثلاثة من البائع، إلا أن يحدث فيه المبتاع حدثاً يدلّ على الرضا بالابتياح، انتهى. ومثّل للتصرف في مقام آخر بأن ينظر من الأمة إلى ما يحرم لغير المالك.

وقال في المبسوط في أحكام العيوب: إذا كان المبيع بهيمةً وأصاب بها عيباً فله ردّها. وإذا كان في طريق الردّ جاز له ركوبها وسقيها وعلفها وحلبها وأخذ لبنها، وإن نتجت كان له نتائجها. ثمّ قال: ولا يسقط الردّ؛ لأنّه إنّما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الردّ بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيبٌ عنده، وليس هنا شيءٌ من ذلك، انتهى.

وفي الغنية: لو هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال بائعه، إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا، انتهى.

وقال الحلبيّ رحمته - في الكافي في خيار الحيوان - : فإن هلك في مدة الخيار فهو من مال البائع، إلا أن يحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا، انتهى.

وفي السرائر - بعد حكمه بالخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام - قال: هذا إذا لم يُحدث في هذه المدة حدثاً يدلّ على الرضا أو يتصرف فيه تصرفاً ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف أجره، بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل

الجارية أو يلامسها أو يدبرها تدبيراً ليس له الرجوع فيه كالمندور، انتهى. وقال في موضع آخر: إذا لم يتصرّف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا في العادة. وأما العلامة، فقد عرفت أنه استدلل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا بالزوم. وقال في موضع آخر: لو ركب الدابة ليردها - سواء قصرت المسافة أو طالت - لم يكن ذلك رضاً بها. ثم قال: ولو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردّها لم يكن ذلك رضاً منه بإمساكه، ولو حلبها في طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا.

وفي التحرير - في مسألة سقوط ردّ المعيب بالتصرف - قال: وكذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا. وقال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة والطحن عليها وحلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر، وليس بيعيد.

وقال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنّها جاريتها المختصة فتبيّنت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراة ففي الحكم تردّد، ينشأ: من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف، ومن أنه غير قاصد إلى لزوم البيع، إذ لو علم لم يفعل، والتصرف إنّما عدّ مسقطاً لدلالته على الرضا بالزوم.

وقال في موضع آخر: ولا يعدّ ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفاً. ثم قال: وهل يعدّ حملها للاستخبار تصرفاً؟ ليس بيعيد أن لا يعدّ. وكذا لو أراد ردها وحلبها لأخذ اللبن، على إشكال ينشأ من أنه ملكه، فله استخلاصه، انتهى. وحكي عنه في موضع آخر أنه قال: والمراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك، لا الاختبار ولا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقي، انتهى.

ومراده من التملك: البقاء عليه والالتزام به، ويحتمل أن يراد به الاستعمال

للاتنفاع بالملك، لالاختبار أو الحفظ.

هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام، الظاهرة في المعنى الثالث، وحاصله: التصرف على وجه يدل عرفاً لو خُلِّي وطبعه على الالتزام بالعقد، ليكون إسقاطاً فعلياً للخيار، فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لاعتن الالتزام. لكن يبقى الإشكال المتقدم سابقاً: من أن أكثر أمثلة التصرف المذكورة في النصوص والفتاوى ليست كذلك، بل هي واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً، أو إذا أطلع على ما يوجب زهده فيه، فهي غير دالة في نفسها عرفاً على الرضا.

ومنه يظهر وجه النظر في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقاً - من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثة، فيكون مورد الخيار في غاية الندرة - بأن الغالب في التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم، فلا يسقط بها الخيار، إذ فيه: أن هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضاً، لأن المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضاً هو ظهوره فيه عرفاً من أجل الغلبة، فإذا فرض أن الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لاعتن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة غير الموجودة إلا في قليل من أفراده مستهجنًا.

وأما الاستشهاد لذلك بما سيجيء من أن تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقاً، وليس ذلك إلا من جهة صدوره لاعتن التزام بالعقد، بل مع العزم على الفسخ بردً مثل الثمن، ففيه: ما سيجيء. ومما ذكرنا - من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لاعتن التزام - يظهر فساد الجمع بهذا الوجه، يعني حمل الأخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد، جمعاً بينها وبين ما دلّ من الأخبار على عدم سقوطه

بمجرد التصرف، مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار وعدمه، وإنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلي، ومثل الخبر المصحح: في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها؟ قال: «إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها يرد معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» ونحوه الآخر.

وما فيهما من رد ثلاثة أمداد لعله محمول على الاستحباب، مع أن ترك العمل به لا يوجب رد الرواية، فتأمل.

وقد أفتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة وحلبها أياماً ثم وجد المشتري بها عيباً. ثم قال: وقيل: ليس له ردها، لأنه تصرف بالحلب.

وبالجملة، فالجمع بين النص والفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطاً لدلالته على الرضا بلزوم العقد، وبين ما تقدم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى - خصوصاً ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الرد، أو التردد فيه وفي التصرف للإستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد - في غاية الإشكال، والله العالم بحقيقة الحال.

الفهرس

- ٢٧..... بين الرهن
- ٤٨..... اعتبار التمکن من تسليم المبيع
- ٨٥..... اعتبار العلم بمقدار الثمن
- ٨٩..... اعتبار العلم بمقدار المثلن
- ٩٨..... الحكم في بيع المعدود
- ٩٩..... التقدير بغير ما يتعارف التقدير به
- ١٠٥..... كفاية الكيل أو الوزن في المعدود إذا كان طريقاً إليه
- ١٠٦..... تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً
- ١١٨..... إخبار البائع بمقدار المبيع
- ١٢٣..... بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء
- ١٢٤..... القسمة وأنها ليست بيعاً
- ١٢٨..... بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء
- ١٣٥..... بيع الفرد المنتشر
- ١٣٨..... بيع الكلّي في المعين
- ١٤٦..... تلف بعض الجملة

- ١٥٢ أقسام بيع الصبرة.
- ١٥٥ بيع العين بالرؤية السابقة.
- ١٥٩ الاختلاف في تغير العين المرئية سابقاً.
- ١٧١ الاختلاف في تقدّم التغير.
- ١٧٢ الاختلاف في تقدّم التلف على البيع وتأخره عنه.
- ١٨٤ بيع المجهول مع الضميمة.
- ١٩٧ فيما كان المجهول تابعاً.
- ٢٠٧ الاندثار للظروف.
- ٢٢٣ بيع المظروف مع ظرفه.
- ٢٣٨ دفع المال إلى الغير لصرفه على طائفة.
- ٢٤٧ الاحتكار.
- ٢٦٨ القول في الخيار وأقسامه وأحكامه، وفيه مقدّمتان:
- ٢٦٨ الأولى: الخيار لغةً واصطلاحاً.
- ٢٧٠ الفرق بين الخيار والاختيار.
- ٢٧٥ في معنى الخيار في المعاملات.
- ٢٧٨ توجيه ما ذكر في تعريف الخيار.
- ٢٨١ الخيار هو التمكن على فسخ النافذ بنحو الحق.
- ٢٨٢ الثانية: الأصل في البيع اللزوم.
- ٢٨٢ المعاني المحتملة في الأصل.
- ٢٨٧ ما ذكره العلامة في اصالة اللزوم.

- توجيه ما ذكره العلامة ٢٨٩
- رجوع إلى معاني الأصل ٢٩٠
- التمسك بالعموم والإطلاق عند الشك في لزوم العقد ٢٩١
- الاستدلال بآية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ١٩١
- الاستدلال بآية «أَخْلَ اللَّهُ النَّبِيْعَ» وآية «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ٢٩٦
- الاستدلال بآيات الثلاث ٢٩٧
- الاستدلال بآية «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» ٢٩٨
- الاستدلال برواية «لا يحل مال امرئ مسلم» ٣٠٠
- الاستدلال برواية «الناس مسلطون على أموالهم» ٣٠٠
- التمسك على لزوم العقد بما دل على لزوم الشرط ٣٠٢
- مقتضى الاستصحاب أيضاً للزوم ٣٠٤
- تقريب اصالة الجواز وما ذكر في الجواب ٣٠٥
- ظاهر المختلف: أن الأصل عدم اللزوم، والمناقشة فيه ٣٠٧
- دوران العقد بين اللازم والجائز ٣٠٨

في أقسام الخيار:

- الأول: في خيار المجلس ٣١٥
- المراد بـ«المجلس» والدليل على ثبوت هذا الخيار ٣١٥
- في خيار المجلس وثبوته للوكيل ٣١٦
- عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء العقد ٣١٩
- ثبوت خيار المجلس للموكل ٣٢٢

- ٣٢٤ ثبوت الخيار للوكيل المستقل في التصرف المالي
- ٣٢٧ ما هو المراد من التصرف في حالة ثبوت الخيار للموكليين
- ٣٣٠ عدم جواز التفويض إلى الغير
- ٣٣٢ عدم ثبوت الخيار للفضوليين
- ٣٣٣ ثبوت الخيار فيما إذا كان أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً
- ٣٣٤ هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟
- ٣٤١ هل يثبت الخيار إن لم تكن العين قابلة للبقاء؟
- ٣٤٢ اختصاص خيار المجلس بالبيع
- ٣٤٥ في مبدأ خيار المجلس
- ٣٤٧ مبدأ خيار المجلس في بيع الصرف والسلم

في مسقطات خيار المجلس:

- ٣٥٠ المسقط الأول: اشتراط السقوط في ضمن العقد
- ٣٥٥ المناقشة في شرط سقوط الخيار في عقد البيع
- ٣٥٩ صور اشتراط سقوط خيار المجلس
- ٣٦٣ اشتراط إسقاط الخيار
- ٣٦٧ اعتبار ذكر شرط سقوط الخيار في العقد
- ٣٧٢ إذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه
- ٣٧٣ المسقط الثاني: الإسقاط بعد العقد
- ٣٧٤ لو قال أحدهما: اختر، فاختر الآخر الفسخ انفسخ
- ٣٧٨ المسقط الثالث: افتراق المتبايعين

- ٣٨١بماذا يحصل الافتراق من المتبايعين.
- ٣٨٣لا اعتبار بالافتراق عن إكراه.
- ٣٨٥الاستدلال على كون المسقط هو الافتراق عن رضا.
- ٣٩٠في افتراق المكره والمختار.
- ٣٩٩لو زال الإكراه.

الثاني: خيار الحيوان

- ٤٠٢خيار الحيوان وعمومه لكل ذي حياة.
- ٤٠٤هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو يعم الكلّي أيضاً؟
- ٤٠٧اختصاص خيار الحيوان بالمشتري.
- ٤٠٩عن السيد المرتضى وابن طاووس ثبوته للبائع أيضاً.
- ٤١١القول بثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مثنياً.
- ٤١٤عدم الفرق بين الأمة وغيرها في مدة الخيار.
- ٤١٥مبدأ خيار الحيوان تمام العقد.
- ٤٢١دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام.
- ٤٢٣في مسقطات خيار الحيوان.