

جامع المذاهب

في

شرح المختصر النافع

لسيدنا محمد بن أبي بكر

الحاج السيد محمد بن محمد الساري

قدس سره

مؤسسها ابيها عليا

الطباعه والنشر في قم

ایران قمر ۱۳۸۷

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY



32101 010315289

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

DUE JUN 15 1992

- * نام کتاب : جامع المدارك، فى شرح المختصر النافع
- * نویسنده : مرحوم آية الله العظمى حاج سيد احمد خوانسارى (قدس سره)
- * ناشر : مؤلف
- * تیراژ : ۳۰۰۰ دوره ، در ۶ مجلد
- * نوبت چاپ : دوم
- * تاریخ انتشار : ۱۳۶۴ هـ . ش - ۱۴۰۵ هـ . ق

جَامِعُ الْمَدَارِكِ

فِي

شَرْحِ الْمُخْتَصَرِ النَّافِعِ

مُؤَلَّفِ الْفَقِيهِ

سَيِّدِ الْحُجَّاتِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْحَكِيمِ السَّيِّدِ خَدَمِ الْخَوَاصِّ

«فَدَسْتَر»

عَلَوُ عَلِيٍّ عَلَى أَكْبَرِ الْعَفَّارِي

النَّاشِرُ

مَكْتَبَةُ بَيْتِ الْوَصِيَّةِ

طهران - بازار سرای اردیبهشت

جنب مسجد سلطانی تلفن ۵۳۶۵۱۳

۱۴۰۵ هـ ق

الطبعة الثانية

الجزء الثالث

ليتوگرافی، چاپ و صحافی: اسماعیلیان - قم

2271
3553
756
1983
ju23

كتاب التجارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

﴿ كتاب التجارة و فيه فصول : الفصل الأول فيما يكتسب به ، و المحرّم منه أنواع : الأول الأعيان النجسة والخمر والأنبذة والفقاع والميتة والدم والأرواث و الأبوال ممّا لا يؤكل لحمه ، و قيل بالمنع من الأبوّال إلا أبوّال الإبل و الخنزير والكلاب عدا كلب الصيد ، و في كلب الماشية والحائط والزّرع قولان ﴾ .

ادعى الاجماع على حرمة الاكساب بالمذكورات والظاهر أن مستند المجمعين ما ورد من النصّ وعدم المنفعة المحلّلة التي يكون توجه العقلاء إليها فإن المدار وجوه المنفعة التي يتوجه العقلاء إليها مع حليتها شرعاً ، فبعض المذكورات لامنفعة لها تكون متوجّهاً إليها ، وبعضها تكون فيها لكن لاحلية شرعاً لها ، فاذا فرض تحقق المنفعة المقصودة للعقلاء و لم تكن منهيّاً عنها أشكل الحكم بحرمة الاكساب فيه .

ومن هذا القبيل الدّم في هذه الأعصار حيث أنه يفيد فائدة عظيمة بإدخاله في بدن من يكون قليل الدّم بحيث يكون مشرفاً على الموت ، ولم يدل دليل على تحريم هذا العمل حيث أن ما دل على حرمة التقلب و التقلب منصرف عن مثله ، فإن النصّ في المقام مثل قول الصادق عليه السلام على المحكي في خبر تحف العقول « أو شيء من وجوه

النجس فهذا كله حرامٌ ومحرمٌ لأنَّ ذلك كله منهىٌ عن أكله وشربه ولبسه وملكه وإمساكه والتقلُّب فيه ^(١) « فمع الانصراف من جهة عدم معهودية مثل ما ذكر كيف يستدلُّ به للمنع في المقام ، ولعلَّ نظر من قال بالجواز في مثل كلب الحائط إلى هذا حيث أنَّ كلب الحائط له منفعة قابلة للتوجُّه و محللة شرعاً فليس مشمولاً للنصِّ إلاَّ أن يكون نصُّ بالخصوص دالُّ على عدم الحلِّيَّة ، ولا مانع من عدم حلِّيَّة الاكتساب بشيء من جهة عدم المنفعة المحللة القابلة للتوجُّه في عصر مع الحلِّيَّة في عصر آخر من جهة العثور بمنفعة محللة قابلة للتوجُّه فيه كما ترى بعض الأشياء كالماء لأماليَّة له في جنب الشطِّ وله ماليَّة في القفر .

نعم إذا منع الانصراف في التقلُّب توجُّه حرمه الاكتساب من جهة عدم الحلِّيَّة لكن المنع كما ترى ، ألا ترى أنَّ الخمر إذا صبَّت على التراب ليصير طيناً ليسدَّ خلل به هل يحتمل حرمه هذا الاستعمال ، ومن هذا ظهر الإشكال في الاستدلال بما ورد من «أنَّ الله تعالى إذا حرَّم شيئاً حرَّم ثمنه» ^(٢) فإنَّ الثمن إن كان باعتبار المنافع المحرَّمة حرم وإن لم يكن بهذا الاعتبار بل باعتبار المنفعة المحللة فلا دليل على حرمة ، و إلاَّ لزم عدم صحَّة بيع الجارية المغنَّية لبالنظر إلى هذا الوصف .

نعم في بعض الأعيان النجسة دلَّ الدليل على حرمة ثمنه مع وجود المنفعة المحللة كالميتة والعذرة ، ولا بدُّ من الالتزام به لخصوص النصِّ ، و مع ذلك لو كان جهة اختصاص بحيث لم يجوز تصرُّف الغير بدون رضا من له الاختصاص وقلنا بجواز مقابلة بالمال لم يبعد جواز الاكتساب به .

ويدلُّ على حرمة ثمن العذرة رواية يعقوب بن شعيب «ثمن العذرة من السحت» ^(٣)

وفي قبالتها رواية محمد بن المضارب «لابأس ببيع العذرة» ^(٤) .

(١) المصدر ص ٣٣٣ .

(٢) لم أجده بهذا اللفظ ، نعم روى أبو داود في سننه ج ٢ ص ٢٥٠ هكذا وإن الله

إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ١١٢ والاستبصار ج ٣ ص ٥٦ .

وقد جمع بينهما بحمل الأولى على عذرة الإنسان ، والثانية على عذرة البهائم وقرَّب هذا الجمع برواية سماعة قال : « سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر (عن بيع العذرة) فقال : إنِّي رجلٌ أبيع العذرة فما تقول ؟ قال : حرامٌ يبيعها وثمنها ، وقال لأبأس ببيع العذرة ^(١) ، فإنَّ الجمع بين الحكمين في كلام واحد لمخاطب واحد يدلُّ على أنَّ تعارض الأوَّلين ليس إلّا من حيث الدلالة فلا يرجع فيه إلى المرجّحات السنيّة أو الخارجيّة .

ويمكن أن يقال : يبعد هذا الجمع في هذه الرواية من جهة أنَّ الراوي إمّا أن يكون بايعاً للقسم النجس أو غيره أو القسمين ، وعلى كلِّ تقدير لا بدُّ من جواب مناسب لحاله ولا نفهم المناسبة ، فلا يبعد أن يكون قوله المحكي « لأبأس - الخ » كلاماً آخر غير متصل بالكلام الأوَّل ، فإنَّ الواو لطلق الجمع فالتعارض بين الرّوايتين باق بحاله ، وعلى فرض التسليم أيضاً يشكل ما ذكر من جهة أنَّ المطلق كالعام بمنزلة القانون لا بدُّ فيه من الغلبة فمع تساوي أفراد أحد القانونين المختلفين لاغلبة في البين ، ومع أكثرية أفراد أحدهما يخرج الآخر عن القانونيّة ، فالتعارض باق بحاله .

وأما الميئة فاستدلَّ على حرمة المعاوضة عليها برواية السكوّتي حيث عدَّ فيها ثمن الميئة من السحت ^(٢) مضافاً إلى ما دلَّ من الأخبار على أنَّ الميئة لا ينتفع بها منضماً إلى اشتراط وجود المنفعة المباحة في المبيع فإن كان استناد الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم إلى الرواية بحيث تكون الرواية مجبورة فلا إشكال . وإن كان نظرهم إلى حرمة الانتفاع فمع جواز الانتفاع وكونه قابلاً للتوجه يشكل ما ذكر .

ويظهر من بعض الأخبار جواز الانتفاع مثل رواية الصيقل قال : « كتبوا إلى الرّجل جعلنا الله فداك انا نعمل السيوف وليست لنا معيشة ولا تجارة غيرها ونحن مضطرون إليها وإنّما غلافها من جلود الميئة من البغال والحمير الأهلية لا يجوز في

(١) التهذيب ج ٢ ص ١١٢ والاستبصار ج ٣ ص ٥٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٢٧ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٢٦ .

أعمالنا غير هافيجل لنا عملها وشرائها وبيعها ومسها بأيدينا وثيابنا ونحن نصلِّي في ثيابنا ونحن محتاجون إلى جوابك في المسئلة ياسيدنا لضرورتنا إليها . فكتب عليه السلام : اجعلوا ثوباً للصلاة - الحديث « (١) .

و حكي الجواز عن جماعة فمع جواز بعض الانتفاعات كالاستقاء بجلد الميتة لسقي البساتين وكونه مورداً لتوجه العقلاء يشكل الحكم بحرمة المعاوضة إلا أن يدعى الإجماع ، ومع احتمال أن يكون نظر المجمعين إلى ما ذكر في وجه المنع يشكل الاعتماد عليه .

و أما الأبول : فأبول ما لا يؤكل لحمه ظهر حكمها ، وأبول ما يؤكل إن قلنا بحرمة شربها للاستخبات وعدم المنفعة فيها فلا إشكال في عدم جواز بيعها ، وإن قلنا بجواز الشرب للمداواة بها فليست هذه المنفعة النادرة مما يتوجه إليها العقلاء حتى تكون مصححة لجواز البيع ، إلا أن يقابل بشيء من المال من جهة حق الاختصاص .
و أما الكلاب فالصيود منها لإشكال في صحة بيع السلوقي منه لأنه القدر المتيقن بين الأخبار ، ويدل على جواز بيع مطلق الصيود الأخبار المستفيضة منها الصحيح عن ابن فضال ، عن أبي جميلة ، عن ليث قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الكلب الصيود يباع؟ قال : نعم ويؤكل ثمنه » .

ومنها رواية أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن كلب الصيد قال : لا بأس به ، وأما الآخر فلا تحل ثمنه » (٢) .

ومنها مفهوم رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « ثمن الخمر ومهر البغي و ثمن الكلب الذي لا يصطاد من السحت » (٣) .

ولا مجال لدعوى الانصراف إلى خصوص السلوقي .

وأما غير الصيود من الكلاب فكلب الماشية والحائط وهو البستان والزرع فلا شهر

(١) التهذيب : ج ٢ ص ١١٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٥٥ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ١٥٥ . في حديث

بين القدماء على ما قيل المنع وهو مقتضى الأخبار الحاصرة لما يجوز بيعه في الصيود ،
والمشهور بين الشيخ ومن تأخر عنه (قدس سرهم) الجواز ولا مخصص للأخبار
الحاصرة سوى ما أرسله في المبسوط من أنه روى ذلك يعني جواز البيع في كلب المشاة
والحائط المنجبر قصور سنده ودلالته باشتباهه بين المتأخرين .

ويمكن أن يقال : إن كان المراد من كلب الحائط المعد لحراسة الزرع والبستان
والدائر لا يبقى بعد التخصيص إلا كلب الهراش ، والعقلاء لا يقدمون على بيعه ، فحمل
المنع في الأخبار على المنع عن بيعه بالخصوص بعيد جداً فمع حجية المرسل المذكور
وتمامية الدلالة تقع المعارضة بينه وبين تلك الأخبار والترجيح معها ومع حمل الحائط
على خصوص البستان والزرع لا يبقى تحت العام إلا كلب الهراش والمعد لحراسة
الدور والخيام ، وكلب الهراش خارج لعدم توجهه إليه ، وحمل تلك المانعة على
خصوص ما ذكر لا يخلو عن بعد ، هذا مضافاً إلى أن حمل الحائط على ما ذكر أعني
خصوص الزرع والبستان لا وجه له ، فالأقوى المنع وإن كان لهذه الكلاب منفعة
مقصودة للعقلاء محللة لأن هذه الجهة مقتضية لصحة البيع لو لم يمنع مانع ولا استفاد
الجواز مما دل على حرمة بيع الأعيان النجسة للنهي عن الاتفاع بها لعدم استفادة
العلية المنحصرة منها حتى يقال : إذا اتفت علّة الحرمة اتفت الحرمة وقد ظهر مما
ذكر وجه المنع في الخمر والأبنة والفقاع .

✽ **والمابعات** النجسة عدى الدهن لفائدة الاستصباح تحت السماء ، ولا يباع
ولا يستصبح مما يذاب من شحوم الميتة وألياتها ✽ .

الظاهر أن المابعات خصوص المتنجسة منها بقرينة استثناء الدهن للاستصباح ،
وعلى هذا فالظاهر أنها ليست مشمولة لما في خبر تحف العقول « أو شيء من وجوه
النجس - الخ » لظهوره في خصوص الأعيان النجسة دون المتنجسات لكن العلة المذكورة
فيها موجبة للمنع إذا لم تكن لها منفعة محللة مقصودة للعقلاء ، كما أنه يشملها ما دل
على الملازمة بين تحريم الشيء و تحريم الثمن و على هذا فلا بد من التفصيل بين ما لا
منفعة لها محللة مقصودة و ما ليس كذلك ، و منه يظهر جواز بيع العصير العنبي بعد

الغليان و قبل ذهاب الثلثين إن قلنا بنجاسته حيث أنه وإن قلنا بنجاسته عيناً كالخمر لكنه مال عرفاً و قابل للانتفاع المحلل و يكون معداً للانتفاع بخلاف الخمر القابلة للتخليل بالعلاج، فالمشربة لا يتوجهون إلى العصير الخمري ويتوجهون إلى العصير المذكور و على هذا فلا يبعد الجواز في الدهن مطلقاً ، ولولغير الاستصباح تحت السماء حيث أنه قابل لأن يصير صابوناً ، و بعض منه قابل للظلي في مقام المعالجة بل الظاهر أن صبه على الأرض و الإعراض عنه يعدُّ تبذيراً بخلاف صب الخمر عليها .
و لعل ذكر خصوص الاستصباح في بعض الأخبار من باب التنبيه على القابلية للانتفاع المحلل .

فمنها الصحيح عن معاوية بن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : « جردت مات في سمن أوزيت أو غسل ؟ فقال : أما السمن والغسل فيؤخذ الجرد وما حوله ، و الزيت يستصبح به » ^(١) وزاد في المحكي عن التهذيب ^(٢) أنه يبيع ذلك الزيت و يئنه لمن اشتراه ليستصبح به . ومنها ما عن أبي بصير في الموثوق « عن الفارة تقع في السمن أو الزيت فتموت فيه ؟ قال : إن كان جامداً فاطرحها (فطرحتها ل) وما حولها و يؤكل ما بقي ، وإن كان ذائباً فاسرج به وأعلمهم إذا بعته » ^(٣) .

وأما عدم جواز بيع ما يذاب من شحوم الميتة و ألياتها و عدم جواز الاستصباح بها فيدل عليه خبر السكوني المتقدم مع أن الظاهر عدم توجه العقلاء بهذه المنفعة ولا معارض للخبر المذكور .

﴿ و الثاني الآلات المحرمة كالعود والطبل و الزمر ، و هي اكل العبادة المبدعة كالصنم والصليب ، و آلات القمار كالنرد والشطرنج ﴾ .

الظاهر عدم الخلاف في حرمة التكسب بالمذكورات و يدل عليها مواضع من رواية تحف العقول منها قوله : « أما وجوه الحرام من البيع والشراء فكل أمر يكون فيه الفساد » و قوله : « أو شيء يكون فيه وجه من وجوه الفساد » و قوله : « وكل منهي »

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٦١ تحت رقم ٢ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٥٣ .

عنه مما يتقرَّب به لغير الله « و قوله : « إنما حرَّم الله الصناعة التي هي جرام كلها مما يجيء منه الفساد محضاً نظير المزامير والبرابط وكل ملهوب به والسلبان والأصنام - إلى أن قال : - فحرام تعليمه وتعلمه والعمل به وأخذ الأجرة عليه ، وجميع الثقلب فيه من جميع وجوه الحركات - الخ » .

والظاهر أن النظر في التحريم إلى صورة البيع والتكسب بالمذكورات بالهيئات الموجودة فيها ، وأما لو كان النظر إلى خصوص المادة من دون توجه إلى الهيئة فلا دليل على التحريم نظير بيع الجارية المغنّية باعتبار أنها مملوكة لا باعتبار كونها واجدة لوصف التغنّي .

﴿الثالث ما يقصد به المساعدة على المحرّم كبيع السلاح لأعداء الدّين في حال الحرب ، وقيل مطلقاً ، وإجارة المساكن والحمولات للمحرّمات ، وبيع العنب ليعمل خمراً ، والخشب ليعمل صنماً ويكره بيعه ممن يعمل به﴾ .

المعروف بين الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - الحرمة ولو لم يقصد المساعدة و كفاية الشأنيّة بل لا مطلق الشأنيّة حيث فرّق في الأخبار بين حال الحرب وغيره فإِنْ من المعلوم أن المسلم لا يقصد بالبيع حال الحرب مساعدة الكفار على حرب المسلمين كما أن بيع السلاح من الكفار في حال الهدنة معرض لتقويتهم على حرب المسلمين بعد حين و يدلُّ أخبار مستفيضة على الحكم .

منها رواية الحضرمي « قال : دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام فقال له حكم السراج : ما تقول فيمن يحمل إلى الشام من السروج وأداتها قال : لا بأس أتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله أتم في هدنة فإذا كانت المبينة حرّم عليكم أن تحملوا إليهم السلاح والسروج ، ^(١) .

ومنها رواية هذا السراج « قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : أصلحك الله إنّي كنت أحمل السلاح إلى أهل الشام فأبيعه منهم فلما عرفني الله هذا الأمر ضقت بذلك وقلت لا أحمل إلى أعداء الله فقال : أحمل إليهم وبعهم فإنّ الله يدفع بهم عدونا وعدوتكم

يعني الرُّوم فإذا كان الحرب بيننا فمن حمل إلى عدوِّنا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرك» (١) وقد يقيّد بهذين الخبرين ما يظهر منه الإطلاق جوازاً ومنعاً مثل مكاتبة الصيقل «أشترى السيوف وأبيعها من السلطان أجائز لي يبيعها؟ فكتب لا بأس به» (٢) ورواية عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجارة قال: إذا لم يحملوا سلاحاً فلا بأس» (٣) ومثله ما في وصيّة النبي صلى الله عليه وآله لعليّ عليه السلام «يا عليّ كفر بالله العظيم من هذه الأُمَّة عشر أصناف - وعدّ منها - بائع السلاح من أهل الحرب» (٤) وقد سبق الكلام أن المطلقات والعمومات بمنزلة القوانين، فالقانونان المختلفان مع تساويهما بحسب الأفراد كيف يجتمعان ومع غلبة أفراد أحدهما كيف يكون ما يكون أقلّ بحسب الأفراد قانوناً فالمعارضة بين ما دلّ على الجواز وبين ما دلّ على المنع باقٍ ولعلّ نظر الشهيد فيما عن حواشيه من أن بيع السلاح حرام مطلقاً في حال الحرب والصلح والهدنة لأنّ فيه تقوية الكافر على المسلم فلا يجوز على كلّ حال، إلى المعارضة وترجيح ما دلّ على المنع من جهة التقوية فليس شبه الاجتهاد في مقابل النصّ، ثمّ إنّه لا بدّ من البحث في أنّ الاستفادة الحرمة التكليفيّة فقط أو هي مع الحرمة الوضعيّة لولم يكن في البين إلاّ الأخبار المذكورة لما استفدنا إلاّ الحرمة التكليفيّة لكنّ الاستفادة من رواية تحف العقول حيث عدّ فيها ما يقوّي به الكفر والشرك من وجوه الحرمة الوضعيّة ومقتضاها عدم الفرق في حرمة البيع بين ما كان من قبيل السيف والرّمح وما كان من قبيل المجنّ والدّرع.

وأما حرمة إجارة المساكن والحمولات للمحرّمات فقد ادّعى عليها الإجماع ويستفاد من رواية تحف العقول فيها «وكلّ أمر منهيّ عنه من جهة من الجهات فمحرّم على الإنسان إجارة نفسه فيه أو له أو شيء منه» ومن خبر جابر «سألت أبا عبد الله

(١) الكافي ج ٥ ص ١١٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١١٤ .

(٣) قرب الاسناد ص ١١٣ .

(٤) الوسائل أبواب ما يكتسب به ب ٨ تحت رقم ٧ .

عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر فقال : حرام أجرته « (١) و من فقرة أخرى من رواية تحف العقول « وكل من آجر نفسه أو ما يملك أو يلي أمره من كافر أو مؤمن أو ملك أو سوقة على ما فسرنا مما يجوز الإجارة فيه فحلال محلل فعله » والمفهوم منها عدم الحليّة فيما لايجوز .

و أما بيع العنب ليعمل خمراً و الخشب ليعمل صليياً فيدل على حرمتها ما في رواية تحف العقول « و أمّا وجوه الحرام من البيع و الشراء فكل أمر يكون فيه الفساد ممّا هو منهي عنه من جهة أكله أو شربه أو كسبه - الخ » و قد يستدل بخبر جابر المذكور آنفاً مضافاً إلى كون المعاملة بهذا النحو إعانة على الإثم و العدوان ، و إلى أن الالتزام و الإلزام بصرف المبيع في المنفعة المحرّمة الساقطة في نظر الشارع أكل و إيكال للمال بالباطل .

و يمكن أن يقال : أمّا انطباق عنوان محرّم كالإعانة على الإثم فالظاهر أنّه لا يوجب الحرمة الوضيّة ، ألا ترى أنّه لو نهى الوالد ولده عن البيع بحيث يكون البيع موجباً للعقوب فهل يلتزم بطلان البيع ، و أمّا الإلزام و الالتزام فليس إلا شرطاً فاسداً و مفسديّة الشرط الفاسد محلّ الكلام ، و أمّا رواية جابر فهي معارضة بمصححة ابن أزيّنة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر سفينته أو دابته لمن يحمل فيها أو عليها الخمر و الخنازير ؟ قال : لا بأس « (٢) و ما يقال من أنّ رواية الجابر نص في صورة الإشتراط ظاهر في غيرها ، و المصححة بالعكس فيرفع بنص كل منهما عن ظاهر الآخر مشكلاً حيث أنّهما بحسب الظهور سيّان ، غاية الأمر لكل منهما قدر متيقّن و هذا لا يفيد . نعم لا يبعد الرّجوع بعد المعارضة إلى عموم ما في رواية تحف العقول و قد يستدل بمثل مكاتبة ابن أزيّنة « عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذ صليان ؟ قال : لا » (٣) و أورد عليه بأن حمل مثلها على صورة اشتراط البائع المسلم على المشتري أو تواطئها

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٧ تحت رقم ٨ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٢٧ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٢٢٦ .

على التزام صرف المبيع في الصنم والصليب بعيد في الغاية والفرق بين مؤاجرة البيت لببيع الخمر فيه وبيع الخشب على أن يعمل صليباً أو صنماً لا يكاد يخفى .
ولقائل أن يقول : نسلم أن المسلم بما هو مسلم لا داعي له إلى الاشتراط والتواطؤ في المسألتين إلا أنه قد يدعو إلى الاشتراط والتواطؤ أمر آخر كزيادة القيمة ورواج المعاملة من غير فرق بين المسألتين .

و أما كراهة ممن يعمل فهي مقتضاة الجمع بين أخبار المسألة فيدل على الجواز الأخبار المستفيضة منها خبر ابن أذينة » قال : كتبت إلى أبي عبدالله عليه السلام أسأله عن رجل له كرم يبيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمراً أو مسكراً فقال : إنما باعه حلالاً في الإبان الذي يحل شربه و أكله فلا بأس ببيعه » (١) .

و منها رواية أبي كهمش » قال : سألت رجلاً أبا عبدالله عليه السلام إلى أن قال : ثم قال : هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمراً » (٢) وفي قبالهما مكتبة ابن أذينة المذكورة و رواية عمرو بن حريث عن التوت أبيع ممن يصنع الصليب أو الصنم ؟ قال : لا » (٣) و يجمع بين الطرفين بحمل ما يظهر منه المنع على الكراهة ، و يشهد له رواية الحلبي عن بيع العصير ممن يصنعه خمراً قال : يبعه ممن يطبخه أو يصنعه خلاً أحب إلي ولا أرى به بأساً » (٤) .

ولا مجال للخذشة في سند الأخبار المجوزة من جهة عمل الأكثر ، و قد يستدل على حرمة البيع من جهة كونه تعاوناً على الإثم والعدوان المنهي عنه في الآية الشريفة واستشكل في صدق الاعانة مع عدم القصد إلى وقوع الفعل من المعان ويشهد له عدم الصدق في تجارة التاجر مع علمه بأخذ العشور ، وقد يقال بعدم لزوم القصد في جميع الموارد الأخرى أنه لو أراد الظالم ضرب أحد ظلماً ويطلب العصا فأعطاء أحد يصدق

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٣١ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٣٢ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٢٢٧ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٥٥ والاستبصار ج ٣ ص ١٠٥ .

الإعانة والفرق بين تجارة التاجر مع العلم بأخذ العشور بصورة إعطائه العسا بأن التاجر لا يقصد إلا تجارته غاية الأمر أنه يعلم بترتب أخذ العشور عليها وفي صورة إعطاء العسا قصد المعطي حصول مقدّمة مشتركة مع العلم بصرفها في الحرام، وبيع العنب ممن يعمله خمراً نظير إعطاء العسا حيث أن البايع قصد تملك المشتري وتملكه مقدّمة مشتركة بين الحلال والحرام كما أن أخذ العسا مقدّمة مشتركة بين الحلال وهو الإتكاء والحرام وهو الضرب ظمناً ويمكن الفرق حيث أن البايع لا يقصد إلا تبديل عينه بالثمن و يترتب عليه تملك المشتري وهو مقدّمة مشتركة بخلاف معطي العسا فإنه لا غرض له إلا قدرة الآخذ .

نعم لو كان غرض البائع أو لا تملك المشتري أمكن صدق الإعانة والحاصل أنه مع صدق الإعانة يشكل الآخذ بالأخبار المجوزة للزوم تخصيص الآية الشريفة والظاهر إبانها عن التخصيص فعلى ما ذكر لا بد من التفصيل في صورة عدم الشرط وعدم التواطى بين صورة القصد أو لا إلى التملك المشترك بين الحرام والحلال كأعطاء العسا ، وصورة عدم القصد بهذا النحو كصورة تجارة التاجر ، وعلى هذا لا يلزم التخصيص في الآية ولا بد من حمل الأخبار المجوزة على هذه الصورة ولا مجال للآخذ باطلاقها .

ثم إن المستفاد مما ذكر ليس إلا الحرمة التكليفية لا الحرمة الوضعية أعني فساد المعاملة إلا أن تندرج في رواية تحف العقول من جهة ترتب الفساد عليها .

الرابع ما لا ينتفع به كالمسوخ برية كانت كالدب والقرد ، أو بحرية كالجرى والسلاحف وكذا الضفادع والظاني ، ولا بأس بسباع الطير والهرة والفهد ، وفي بقية السباع قولان أشبههما الجواز .

لإشكال في اعتبار المنفعة القابلة لتوجه العقلاء في صحة المعاملة وتحقق المالمية وعدم كفاية المنفعة النادرة لأن المعاملة بملاحظتها تعد سفيهة وهذا في غير مقام الحاجة مسلم ، وأما في مقام الحاجة ، فهل تكفي في صحة المعاملة أم لا؟ لا يبعد أن يقال تصح لعدم كون المعاملة سفيهة حينئذ فمثل العقرب من الحشرات إذا فرض له النفع في حال لدفع مرض بيعه واشترؤه لا يكون سفيهاً عند العقلاء ، والشاهد على هذا أن

الإمام عليه الصلاة والسلام على ما نقل اشترى الماء للوضوء في السفر بمبلغ لا يكون في غير هذا الحال ثمناً لذلك المقدار من الماء ، فإن كان النظر إلى عدم صحة المعاملة مطلقاً حتى في تلك الصورة ، فقيه منع لأنه لا وجه له إلا عدم توجه العقلاء و كون المعاملة سفهية وفي هذه الحالة ليست سفهية وإن كان النظر إلى حال عدم الحاجة فهو مسلم . ولعل ما ورد من جواز بيع الهرة محمول على صورة الحاجة إليها . وأما مع كثرة هذا الحيوان وعدم توجه إليه فيشكل جواز بيعه . هذا الكلام بحسب الكبرى وأما بحسب الصغرى فالكلام فيه خارج عن شأن الفقيه وربما كان بعض المذكورات لم يلتفت إلى فائدته في عصر والتفت إليها في عصر آخر كالأدوية والعقاقير . وأما قوله **تَلْبَسُ** على المحكي « إن الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه » فالظاهر أن النظر إلى صورة وقوع المعاملة باعتبار الجهة المحرمة كاشتراء الجارية المغنّية باعتبار وصفها ، ألا ترى أن الطين حرام أكله ومع ذلك يجوز فيه البيع والشراء و ظهر مما ذكر وجه الجواز في بقية السباع فإنها بعد قابليتها للتذكية وقابليتها للارتفاع بجلودها وريشها لا مانع من بيعها ، ويدل على الصحة في بعض المذكورات الخبر عن الفهود وسباع الطير «هل يلتمس بها التجارة فيها قال : نعم ^(١)» والخبر عن بيع جلود النمر «قال : مدبوغة هي ؟ قلت نعم قال : لا بأس به» ^(٢) والمروي عن قرب الإسناد عن جلود السباع و بيعها و ركوبها يصلح ذلك ؟ قال : لا بأس ما لم يسجد عليها ^(٣) مضافاً إلى النصوص الدالة على جواز اتخاذ جلوده وركوبها المستلزمة لقبولها للتذكية القاضية بطهارتها فتكون قابلة للارتفاع بها نفعاً معتدّاً به .

﴿الخامس الأعمال المحرمة كعمل الصور المجسّمت والغناء عدى المغنّية لرف .

العرائس إذا لم تتضمن (تنغن خ ل) بالباطل ولم يدخل عليها الرّجال والنوح بالباطل
أما بالحق فجائز .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٢٧ والنهذيب ج ٢ ص ١١٢ و ١٥٤ .

(٣) الوسائل ابواب ما يكسب به ب ٣٧ تحت رقم ٥ .

أما تصوير الصورة إذا كانت مجسمة فلا خلاف ولا إشكال في حرمة إذا كانت الصورة ذوات الأرواح وكذا مع عدم التجسم وفقاً لجمع من الأكابر ويدل عليه الأخبار المستفيضة مثل قوله عليه السلام على المحكي « نهى أن ينقش شيء من الحيوان على الخاتم » ^(١) وقوله عليه السلام : على المحكي « نهى عن تزويق البيوت ، قلت : وما تزويق البيوت ؟ قال : تصاوير التماثيل » ^(٢) .

ويمكن الخدشة في دلالة بأن التماثيل شاملة لغير ذوات الأرواح فمع القطع بعدم الحرمة فيه يدور الأمر بين التخصيص بذوات الأرواح وحفظ العموم وحمل النهي على الكراهة ، ويمكن الاستدلال بصحيفة محمد بن مسلم « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر قال : لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان » ^(٣) فإن ذكر الشمس والقمر قرينة على إرادة مجرد النقش إلا أن يقال بعدكون الاستثناء منقطعاً من جهة المصور حيث أن الحيوان خارج يمكن أن يكون منقطعاً من جهة التصوير بأن يكون النظر إلى التصوير مع التجسم بالنسبة إلى الحيوان مضافاً إلى أن السؤال غير مخصوص بالعمل بل يشمل الاقتناء فإذا جاز الاقتناء بحسب بعض الأخبار يدور الأمر بين التخصيص والحمل على الكراهة واستدل أيضاً مما في رواية تحف العقول في تفسير الصناعات المحللة وتعدادها من قوله عليه السلام على المحكي « وصنعة صنوف التصاویر ما لم يكن مثل الرُّوحاني » لكن ظهور لفظ الرُّوحاني في مطلق ذوات الأرواح حتى مثل الحشرات والطيور والبهائم غير واضح ، واستدل أيضاً بقوله عليه السلام على المحكي « من جدّ قبراً أو مثل مثلاً فقد خرج من الاسلام » ^(٤) بناء على ترادف التمثيل والتصوير على ما حكى عن بعض اللّغة ولا يخلو عن الشبهة لأن شأن اللّغويين بيان موارد الاستعمال لا بيان المعاني الحقيقية ومعها لا بد من اجتماع شرائط الشهادة

(١) الفقيه باب ذكر جمل من مناهي النبي (ص) .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٢٦ .

(٣) المحاسن ص ٦١٩ .

(٤) الفقيه ط النجف ج ١ ص ١٢٠ تحت رقم ٥٧٩ .

كما يسن في الأصول فإن تمَّ ما ذكر أو لا من قوله عليه السلام : « على المحكي » نهى أن ينقش شيء من الحيوان - الخ « سنداً ولو من جهة استناد الفقهاء - قدس الله أسرارهم - فهو . وإلا فلا استدلال بسائر ما ذكر لا بدَّ من رفع الخدشة ومما يبعد الحرمة جواز الاقتناء بحسب الأخبار ، و في رواية تحف العقول « إنما حرَّم الله الصنعة التي يجيء منها الفساد محضاً فإذا جاز الاقتناء لم يجيء منها الفساد ومالم يجيء منه الفساد ليس بمحرَّم بحسب الرواية .

و ممَّا يدلُّ على جواز الاقتناء صحيحة الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام « ربما قمت أصلي و بين يديَّ الوسادة فيها تماثيل طير فجعلت عليها ثوباً »^(١) و رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام « عن الخاتم فيه نقش تماثيل سبع أو طير أصلي فيه ؟ قال : لا بأس »^(٢) و عنه عن أخيه عن البيت فيه صورة سمكة أو طير يعبث به أهل البيت هل يصلي فيه قال : لا حتى يقطع رأسه و يفسد »^(٣) .

ولا يخفى أن الأخبار الظاهرة في جواز الاقتناء لا يشمل المجسّمات فيشكل الاستفادة جواز الاقتناء بالنسبة إلى المجسّمات و هذه الرواية الأخيرة إن كانت شاملة لما كانت الصورة مجسّمة فلا يستفاد منها جواز الاقتناء لما فيه من عدم الصلاة حتى يقطع رأسه و يفسد ، و ارتباط الحكم بخصوص الصلاة لعلّه من جهة أن السؤال كان في الصلاة فلا يدلُّ على الاقتناء و عدم قطع الرأس لولا الصلاة ولا مانع من كون الشيء ممنوعاً منه من جهتين ، فالقدر المتيقن حرمة المجسّمات ذوات الأرواح ، و يدلُّ عليه قوله عليه السلام على المحكي في عدّة أخبار « من صورَّ صورة كلفه الله يوم القيامة أن ينفخ فيها وليس بنافخ »^(٤) و شمولها لمجرّد النقش يحتاج إلى التكلف و إن الاحتياط طريق النجاة .
و أما الغناء فلا خلاف في حرمتها و الأخبار بها مستفيضة بل ادّعى تواترها في صحيحة الشحام^(٥) و مرسله ابن أبي عمير^(٦) و موثقة أبي بصير^(٧) المرويّات عن

(١) و (٢) و (٣) الوسائل أبواب مكان المصلي ب ٣٢ تحت رقم ٣ و ١٠ و ١٢ .

(٤) الخصال ج ١ ص ٥٣ .

(٥) الى (٧) الوسائل أبواب ما يكتب به ب ٩٩ تحت رقم ٢ و ٨ و ٩٠ .

الكافي ، ورواية عبد الأعلى^(١) المحكيّة عن معاني الأخبار ، و حسنة هشام^(٢) المحكيّة عن تفسير القمي^(٣) (ره) تفسير قول الزُّور بالغناء .

و منها ما ورد مستفيضاً في تفسير لهو الحديث كما في صحيحة ابن مسلم^(٤) ورواية مهران بن محمد^(٥) ورواية الوشاء^(٦) ورواية عبد الأعلى السابقة .

و منها ما ورد في تفسير الزُّور في قوله تعالى « والذين لا يشهدون الزُّور » كما في صحيحة ابن مسلم عن أبي عبد الله^(٧) .

وقد يقال : إن ظاهر هذه الأخبار أن الغناء نفس الكلام لا الكيفيّة فلا تدلّ على حرمة الكيفيّة إذا لم يكن الكلام باطلاً ، و يؤيد هذا أن في بعض الأخبار أن معنى قول الزُّور « أن يقول للذي يغني أحسنت »^(٨) و يشهد له قول علي بن الحسين عليه السلام على المحكي في مرسله فقيه « في الجارية التي لها صوت لا بأس لو اشتريتها فذكرتك الجنة يعني بقاء القرآن والزهد والفضائل التي ليست بغناء »^(٩) ولو جعل التفسير من الصدوق دلّ على الاستعمال أيضاً وكذا لهو الحديث بناء على أنه من إضافة الصفة إلى الموصوف فيختص الغناء المحرّم بما كان مشتقاً على الكلام الباطل فلا يدلّ على حرمة نفس الكيفيّة ولولم يكن في كلام باطل ، ومنه يظهر الخدشة في دلالة ما ورد في تفسير الزُّور و يمكن أن يقال الغناء معروفة في العرف ، وقد ذكر اللغويون وليس معناه سوى الكيفيّة الخاصّة للصوت التي من شأنها التطريب الذي من شأنه أن يوجب خفة يعترى الإنسان لشدة حزن أو سرور ولا اختصاص لها بالكلام الباطل نعم الغالب تحققها في الكلام الباطل ومن جهة اتحادها مع الكلام يطلق الغناء على الكلام وما استشهد به

(١) و (٢) الوسائل أبواب ما يكتب به ب ٩٩ تحت رقم ٢٠ و ٢٦ .

(٣) إلى (٥) المصدر تحت رقم ٦ و ١١ و ١٦ .

(٦) المصدر تحت رقم ٣ .

(٧) كما في رواية حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام الذي رواه الصدوق في

معاني الأخبار ص ٣٤٩ .

(٨) الوسائل أبواب ما يكتب به ب ١٦ تحت رقم ٢ .

أو أُيِّد به لما ذكر لا ينافي ما ذكر. فإنَّ الظاهر أنَّ ما ورد في بعض الأخبار « أنَّ من قول الزُّور - الخ » يكون من باب التنزيل كما ورد « أنَّ السامع للغيبة أحد المغتابين » حيث لا ريب في أنَّ قول أحسنت للمغنيِّ بمجرِّده ليس غناء ، و ما حكى من قول عليِّ بن الحسين عليه السلام لا شهادة له لأنَّ مجرِّد الصوت والصوت الحسن ليسا بغناء ، بل ما من شأنه التطريب وعلى هذا فيكون الغناء أخصَّ مطلقاً من اللُّهو ، ومما استدلَّ به على حرمة الغناء من حيث كونه لهوً أو باطلاً ولغوً رواية عبد الأعلى وفيها بن فضال قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغناء وقلت : إنَّهم يزعمون أنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله رخص في أن يقال جئناكم جئناكم حيثونا حيثونا نحيكم^(١) ، فقال : كذبوا إنَّ الله تعالى يقول : « و ما خلقنا السماء و الأرض و ما بينهما لاعبين » لو أردنا أن نتخذ لهواً لاتخذناه من لدنا إن كننا فاعلين » بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه فإذا هو زاهق ولكم الويل مما تصفون » ، ثمَّ ويل لفلان ممَّا يصف - رجل لم يحضر المجلس -^(٢) « فإنَّ الكلام المرخص فيه بزعمهم ليس بالباطل واللُّهو اللذين يكذب الإمام عليه السلام على المحكي رخصة النبي صلى الله عليه وآله فليس الإنكار الشديد إلا من جهة التغنيِّ به ، ورواية يونس : « قال سألت الخراساني عليه السلام عن الغناء ، وقلت إنَّ العباسي زعم أنَّك ترخص في الغناء فقال كذب الزنديق ما هكذا قلت له ، سألتني عن الغناء ، قلت له : إنَّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء فقال : إزامير الله بين الحقِّ والباطل فأين يكون الغناء ؟ قال : مع الباطل فقال : قد حكمت^(٣) » ورواية محمد بن أبي عباد و كان مستهتراً بالسماع و بشرب النبيذ قال : « سألت الرضا عليه السلام عن السماع قال : لأهل الحجاز فيه رأي وهو في حيز الباطل واللُّهو أما سمعت الله عزَّ وجلَّ يقول : « وإذا مرُّوا باللغو مرُّوا كراماً »^(٤) .

والغناء من السماع كما نصَّ عليه الجوهريُّ وقوله عليه السلام على المحكي و قد

(١) في بعض نسخ الكافي « جيئونا جيئونا نحيكم » .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٣٣ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٤٣٥ .

(٤) عيون اخبار الرضا (ع) ص ٢٧٠ .

سئل عن شراء الجارية المغنّية : « قد تكون للرّجل الجارية تلهيه وما ثمنها إلا ثمن كلب »^(١) وفي رواية الأعمش الواردة في تعداد الكبائر قوله « والملاهي التي تصدّ عن ذكر الله كالغناء وضرب الأوتار »^(٢).

ويمكن أن يقال استفادة الحرمة من غير الرّوايتين الأخيرتين منوطه بحرمة مطلق اللّهو واللّعب والباطل واللغو وإلّا مجرد عدم الترخيص لا يستفاد منه الحرمة فإنّ الحكيم لا يرخّص في اللغو ولا يلتزم بحرمة ما هو لغو بمجرد كونه لغواً ، ولا يستفاد من قوله تعالى « والذين هم عن اللغو معرضون » الحرمة وكذا الباطل واللّعب واللّهو قد اختلف في معناه فيظهر من الصّحاح والقاموس أنّه مطلق اللّعب والقول بحرمة على هذا شأنٌ مخالفٌ للمشهور والسيره ، فإنّ اللّعب هي الحركة لا لغرض عقلائيّ .

ولا خلاف ظاهراً في عدم حرمة على الإطلاق ولو خصّ بما يكون من بطر وفسر بشدّة الفرح . وبعبارة أخرى ما تلتذّ به النفس وينبعث عن القوى الشهويّة ، ويؤيد هذا العطف في قوله تعالى « إنّما الحيوة الدنيا لعب ولهو وزينة - الآية » مع إمكان أن يكون مع اللّعب كالمسكين والفقير إذا افترقا اجتماعاً وإن اجتماعاً افترقا ، فالمعروف حرمة ويدلّ عليه قوله تعالى « ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضلّ عن سبيل الله - الآية » ويقع الإشكال في هذا التفسير وحرمة عليه على الإطلاق فإنّه عدّ السفر للصيد من اللّهو مع عدم صدق التفسير المذكور عليه ، وقد تلتذّ النفس بالنحو المذكور من سماع صوت حسن ليس بغناء ، أو من مشاهدة بعض المناظر ولا يلتزم بالحرمة كما أنّ السفر للصيد وإن كان لا يوجب القصر لكن حرمة مشكلة ، هذا :

وقد حكي عن بعض تخصيص حرمة الغناء بما اشتمل على محرّم من خارج مثل اللّعب بالآلات اللّهو ودخول الرّجال والكلام بالباطل وإلّا فهو في نفسه غير محرّم واستدلّ له بما عن الحميريّ بسند لم يبعث في الكفاية إلحاقه بالصّحاح عن عليّ بن

(١) الكافي ج ٥ ص ١٢٠ .

(٢) الوسائل أبواب جهاد النفس ب ٤٥ تحت رقم ٤٦ .

جعفر عن أخيه عليه السلام قال : « سألت عن الغناء في الفطر والأضحى والفرح ؟ قال : لا بأس ما لم يعص به ^(١) » وفي كتاب علي بن جعفر عن أخيه « سألت عن الغناء هل يصلح في الفطر والأضحى والفرح ؟ قال لا بأس ما لم يزمر به ^(٢) » وعن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أجر المغنّية التي تزف العرائس ليس به بأس ليست بالتي يدخل عليها الرجال ^(٣) » ورواية أبي بصير قال « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كسب المغنّيات قال : التي يدخل عليها الرجال حرام ، والتي تدعى إلى الأعراس لا بأس به وهو قول الله عز وجل : « ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضلّ عن سبيل الله ^(٤) » .

ونوقش في دلالة الرواية الأولى بأنّ الظاهر تحقيق المعصية بنفس الغناء فيكون المراد بالغناء مطلق الصوت المشتمل على الترجيع وهو قد يكون مطرباً ملهياً فيحرم ، وقد لا ينتهي إلى ذلك الحد فلا يعصى به ومنه يظهر توجيه الرواية الثانية فإنّ معنى قوله « لم يزمر به » لم يرجع فيه ترجيع الزمار ، أو أنّ المراد من الزمر التغنّي على سبيل اللّهُ ، ونوقش في دلالة رواية أبي بصير الثانية بعد تضعيف السند من جهة علي بن أبي حمزة البطائني بأنّها لا تدلّ إلا على كون غناء المغنّية التي يدخل عليها الرجال داخلاً في لهو الحديث في الآية وعدم دخول غناء التي تدعى إلى الأعراس فيها وهذا لا يدلّ على دخول ما لم يكن منهما في القسم المباح مع كونه من لهو الحديث قطعاً فدخوله أقرب من خروجه . نعم هذه الرواية والرواية الأخرى نصّان في الجواز في جواز الغناء في الأعراس إلا أنّهما لا يقاومان ما دلّ على الحرمة .

ويمكن أن يقال : أمّا الخدشة في دلالة الرواية الأولى ففيها إشكال من جهة أنّ الأدلة السابقة اقتضت حرمة الغناء بقول مطلق وسؤال الرواوي عن الغناء المعروفة عند العرف والتوجيه المذكور يوجب صرف الغناء عن معناها وحملها على الصوت الحسن الغير المطرب الغير اللّهوي فما أُجيب السائل عن سؤاله ، وكذا الكلام في توجيه

(١) و(٢) قرب الاسناد ص ١٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٢٠ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١١٩ .

الرّواية الثانية . وأمّا ما أُجيب به عن رواية أبي بصير من جهة الدّلالة ففيه أنّه بعد مدخليّة دخول الرّجال في المشموليّة للآية الشريفة فمع عدم دخول الرّجال و عدم مايقوم مقام دخول الرّجال يكون خارجة ، ولم تكن الآيّة الشريفة شاملة لها ، فالعمدة عدم مقاومة هذه الأخبار لما دلّ على الحرمة وإبائه عن التخصيص .

و أما استثناء غناء المغنّية في الأعراس فنسب إلى المشهور و استدلّ له بخبري أبي بصير المذكورين أنّها حيث أنّ إباحتها لأجر لازمة لإباحتها للعمل ، و بعد عمل الأكثر بمضمونها و مضمون خبر آخر عنه أيضاً نحوهما لا مجال لتضعيف السند ، و منه يظهر أنّه لا يتوجّه ما ذكر أنّها من تضعيف السند لكنّه يشكل الأخذ بمضمونها من جهة إباء أدلّة التحريم بقول مطلق عن التخصيص .

و أما حرمة النوح بالباطل فالظاهر حرمة من جهة الباطل بمعنى الكذب وإلّا فهو في نفسه ليس بمحرّم ، و على هذا التفصيل غير واحد من الأخبار ، و ما يظهر منه الإطلاق محمول على المقيّد جمعاً .

﴿ و هجاء المؤمنين ، و حفظ كتب الضلال و نسخها لغير نقص ، و تعلم السحر والكهانة والقيافة والشعبذة ﴾ .

فسرّ الهجاء بذكر المعاييب بالشعر من غير قصر على المعاييب التي في المهجوة و يظهر من بعض أنّه ذكر المعاييب من غير تقيّد بكونه في الشعر ، وكيف كان فهو بالنسبة إلى المؤمنين حرمة مجمع عليها مضافاً إلى ما دلّ على حرمة إيذاء المؤمن و هتك حرمة و إدخال النقص عليه ، ثمّ إنّ ظاهر بعض التعميم بالنسبة إلى الفاسق المتجاهر ، بناء على التعميم في معنى الهجاء و اللازم منه حرمة هجاء المتجاهر بالفسق ولم أفهم وجهه فإنّه على هذا لم يبق مورد لجواز الغيبة بالنسبة إلى المتجاهر بالفسق ، فما معنى ما ورد من « أنّ من ألقى جلباب الحياء فلا غيبة له ^(١) » إلا أنّ يدعى أنّ الهجو ذكر المعاييب خلاف المدح في الشعر بالخصوص ، واختصاص الجواز بغير الشعر . وهو بعيد ولا دليل عليه حيث أنّ الإجماع بالنسبة إلى المتجاهر غير محقق والأدلة العامّة لا تفرق

(١) رواه البيهقي في السنن من حديث أنس .

بين الشعر وغيره . هذا كله في المؤمنين .

وأما المشركون فلا إشكال في جواز هجوهم ما لم يكن قذفاً أو فحشاً وقد أمر رسول الله ﷺ بهجوهم حسناً و قال : إنه أشدُّ عليهم من رشق النبال .

وأما حرمة حفظ كتب الضلال ونسخها فلا خلاف فيها ويدلُّ عليها مضافاً إلى حكم العقل بوجوب قطع مادة الفساد والذمَّ المستفاد من قوله تعالى « ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضلَّ عن سبيل الله » قوله ﷺ على المحكيِّ في رواية تحف العقول « إنما حرَّم الله الصنعة التي يجيء منه الفساد محضاً - إلخ » وغير هذه الفقرة من فقراتها ومقتضى التقييد بمجيء الفساد منه محضاً عدم الحرمة إذا كان مصلحة في البين كما إذا كان الحفظ للنقص ، نعم لا بدَّ من غلبة المصلحة وإن كان خلاف ما يستفاد من الفقرة المذكورة لكن الظاهر من بعض فقرات الرواية المذكورة مثل ما فيها « أو ما يقوي به الكفر والشرك في جميع وجوه المعاصي . أو باب يوهن به الحق - إلخ » الحرمة في صورة الغلبة المفسدة ، لا يقال : لازم الفقرة المذكورة الحرمة حتى مع وجود المصلحة الغالبة لأنَّ الظاهر الإرشاد إلى حكم العقل بوجوب قطع مادة الفساد ، فالعقل الحاكم بوجوب قطع مادة الفساد يحكم بالجواز في صورة غلبة المصلحة بل يحكم بالوجوب حفظاً للدين ، ولعلَّ التقييد بمجيء الفساد منه محضاً بالنسبة إلى غير هذا المقام من أبواب المعاملات ، و على هذا فالرواية غير شاملة للمقام والعمدة حكم العقل .

وأما حرمة تعلم السحر فلا خلاف فيها ، والأخبار بها مستفيضة ، منها قوله ﷺ على المحكيِّ « من تعلم شيئاً من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر وكان آخر عهده بربه ، وحده أن يقتل إلا أن يتوب ^(١) » وفي رواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال : « قال رسول الله ﷺ : ساحر المسلمين يقتل و ساحر الكفار لا يقتل ، قيل : يا رسول الله : لم لا يقتل ساحر الكفار ؟ قال : لأنَّ الشرك أعظم من السحر ، لأنَّ السحر و الشرك مقرونان ^(٢) » وفي نبي آخر « ثلاثة لا يدخلون الجنة مدمن خمر ، ومدمن

(١) قرب الاسناد من ٧١ .

(٢) الوسائل أبواب ما يكتسب به ب ٢٥ ح ٢ .

سحر ، وقاطع رحم»^(١) إلى غير ذلك من الأخبار .
ثم إنه لا بد من معرفة حقيقة السحر وقد اختلف الكلمات في تعريفه فعن بعض أهل اللغة أنه ما لطف مأخذه ودق . وعن بعض آخر صرف الشيء عن وجهه . وعن بعض أنه الخدع . وعن بعض أنه إخراج الباطل في صورة الحق . وعن العلامة قدس سره أنه كلام يتكلم به أو يكتبه أو رقية أو يعمل شيء يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة ، والشهيدان قدس سره عداً من السحر استخدام الملائكة واستئصال الشياطين في كشف الغائبات وعلاج المصاب وإحضارهم وتلبسهم ببدن صبي أو امرأة وكشف الغائبات عن لسانه . وقال في الإيضاح إنه استحداث الخوارق إما بمجرد التأثيرات النفسانية وهو السحر أو بالاستعانة بالفلكيات فقط وهو دعوة الكواكب أو بتمزيج القوى السماوية بالقوة الأرضية وهو الطلسمات ، أو على سبيل الاستعانة بالأرواح الساذجة وهو العزائم ويدخل فيه النيران والكل حرام في شريعة الإسلام ومستحل كافر . وفسر النيران في الدروس بإظهار غرائب خواص الامتزازات وأسرار النيران ، وفي الإيضاح أمّا ما كان على سبيل الاستعانة بخواص الأجسام السفلية وهو علم الخواص أو الاستعانة بالنسب الرياضية فهو علم الحيل وجرّ الأثقال وهذا ليس من السحر ، قديقال : الأقسام الأربعة أو ثلاثاً في كلام فخر المحققين صاحب الإيضاح يكفي في حرمتها مضافاً إلى شهادة المحدث المجلسي (قدس سره) بدخولها في المعنى المعروف للسحر عند أهل الشرع فيشمّلها الإطلاقات دعوى الفخر في الإيضاح كون حرمتها من ضروريات الدين وأنّ مستحلّها كافر وهو ظاهر الدروس لأنّ هذه الدعوى توجب الاطمينان في الحكم وإتفاق العلماء عليه في جميع الأعصار فإن كان دعوى الضرورة في كلامه (قدس سره) بتصريحه في غير العبارة المذكورة فلا كلام وإن كان بملاحظة الكلام المذكور يقع الشبهة من جهة أن المراد من قوله ومستحلّه كافر أنّ مستحلّ كل واحد من هذه الأقسام كافر من جهة إنكار الضروري من الدين أو أنّ مستحلّ الكل كافر حيث أنّ السحر غير خارج عن الأقسام المذكورة وحرمة السحر

من الضروريات و على الاحتمال لا يحصل الاطمينان ، بأن كل واحد من الأقسام المذكورة داخل في السحر الموضوع في الأخبار . وقد حكى عن شارح النخبة أن ما كان من الطلسمات مشتتاً على إضرار أو تمويه على المسلمين أو استهانة بشيء من حرمان الله كالقرآن و أبعاضه و أسماء الله الحسنى و نحو ذلك فهو حرام بلا ريب سواء عد من السحراً لا . و ما كان للأغراض كحضور الغائب و بقاء العمارة و فتح الحصون للمسلمين و نحوه فمقتضى الأصل جوازه ، ويحكى عن بعض الأصحاب - إلى أن قال - : وألحق في الدُّروس تحريم عمل الطلسمات في السحر و وجهه غير واضح انتهى .

والتعبير بالإلحاق موهن نعم مع العلم بعدم خروج السحر عن الأربعة المذكورة لزم الاحتياط مع عدم التيقن بدخول بعضها . و أمّا غير الأقسام المذكورة فإن كان مما يضر بالنفس المحترمة فلا إشكال أيضاً في حرمة . و يكفي في الضرر صرف نفس المسحور عن الجريان على مقتضى إرادته فمثل إحداه حب مفرط في الشخص بعد سحراً .

روى الصدوق في الفقيه في باب عقاب المرأة على أن تسحر زوجها بسنده عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال : « قال رسول الله ﷺ : لامرأة سألته أن تلي زوجها و به غلظة عليّ و أنّي صنعت شيئاً لأعطفه عليّ ، فقال رسول الله ﷺ : أف لك كدرت البحار و كدرت الطين و لعنتك الملائكة الأختيار و ملائكة السماء (السموات خل) و الأرض قال فصامت المرأة نهارها و قامت ليلها و حلقت رأسها و لبست المسوح فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : إن ذلك لا يقبل منها » ^(١) بناء على أن الظاهر من قولها صنعت شيئاً المعالجة بشيء غير الأدعية و الصلوات .

و أما ما لا يضر فالظاهر جوازه مع الشك في صدق اسم السحر عليه للأصل و فحوى ما دل على جواز دفع الضرر بما علم كونه سحراً إلا أن يدخل في اللهو أو الشعبذة أو أخذ بمضمون ما ذكره في الاحتجاج إن صحّ السند من حديث الزنديق الذي سأله أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل كثيرة منها ما ذكره بقوله « أخبرني عن السحر ما أصله و كيف يقدر الساحر على ما يوصف من عجائبه و ما يفعل ؟ قال أبو عبد الله عليه السلام : إن

السحر على وجوه شتى منها بمنزلة الطب كما أن الأطباء وضعوا لكل داء دواء و كذلك علماء السحر احتالوا لكل صفة آفة ولكل عافية عاهة ولكل معنى حيلة ، ونوع آخر منه خطفة و سرعة و مخاريق و خفّة . ونوع منه ما تأخذه أولياء الشياطين منهم . قال : فمن أين علم الشياطين السحر ؟ قال : من حيث علم الأطباء الطب ، بعضه بتحريرة وبعضه بعلاج ، قال : فما تقول في الملكين هاروت وماروت وما يقول الناس بأنّهما يعلمان السحر ؟ قال : إنّما هما موضع ابتلاء و موقف فتنة تسيبهما : اليوم لو فعل الانسان كذا وكذا لكان كذا ولو تعالج بكذا وكذا لصار كذا ، فيتعلمون منهما ما يخرج عنهما فيقولان لهم إنّما نحن فتنة فلا تأخذوا عنّا ما يضرّكم ولا ينفعكم . قال : أفيقدر الساحر على أن يجعل الإنسان بسحره في صورة الكلب أو الحمار أو غير ذلك ؟ قال : هو أعجز من ذلك وأضعف من أن يغيّر خلق الله ، إنّ من أبطل ما ركبه الله تعالى و صورّ غيره فهو شريك الله في خلقه ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ، لو قدر الساحر على ما وصف لدفع عن نفسه الهرم والآفة والأمراض ، ولنفي البياض عن رأسه ، والفقر عن ساحته ، وإنّ من أكبر السحر النميمة يفرق بين المتحابين ، ويجلب بها العداوة على المتصافين ، و يسفك بها الدماء ، ويهدم بها الدّور ، و يكشف بها الستور ، والنمائم شرّ من وطىء الأرض بقدم فأقرب أقاويل السحر من الصواب إنّهُ بمنزلة الطب إنّ الساحر عالج الرّجل فامتنع من مجامعة النساء فجاءه الطبيب فعالجه بغير ذلك العلاج فأبرء . الحديث (١) .

ويمكن أن يقال : إنّ صحّ السند في هذه الرّواية أو حصل الاطمينان بصدورها من المعصوم من جهة أنّه من البعيد جدّاً صدور هذا الكلام من غير المعصوم فهو وإلاّ ففيما ذكر في غير الأقسام الأربعة المذكورة من التفصيل بين ما يضرّ و ما لا يضرّ و عدّة ما ذكر من الإضرار لا يخلو عن الإشكال فإنّه قد تقع المزاحمة من جهة ضرر آخر فلا بدّ بعد التزاحم من دفع أقوى الضررين إلاّ أن يكون النظر إلى غير صورة المزاحمة . وأمّا عدوّ صرف نفس المسحور عن الجريان على مقتضى إرادته من الضرر

فمشكل . الأثرى أنه لو كان إرادة الإنسان متعلقة بما فيه خلاف المصلحة أو بما فيه
المفسدة فعمل صديقه عملاً أوجب انصرافه فهل يعد هذا إضراراً . ثم على تقدير الأخذ
برواية الاحتجاج المذكورة وصدق السحر على ما ذكر فيها لا بد من إثبات حرمة كل ما
يصدق عليه ، وربما يستفاد من قول الملكين على ما في الخبر «إنما نحن فتنة فلا تأخذوا
عنا ما يضركم ولا ينفعكم» التفصيل فإذا أريد بالسحر دفع السحر الواقع فهو
خارج . ومما يدل عليه ما في الكافي عن القمي^(١) عن أبيه عن شيخ من أصحابنا الكوفيين
قال : « دخل عيسى بن الثقفى على أمي عبدالله عليه السلام قال : جعلت فداك أنا رجل كنت
صنعتي السحر وكنت آخذ عليه الأجر وكان معاشي ، وقد حججت منه وقد من الله عليّ
بلقائك وقد تبنت إلى الله من ذلك فهل لي في شيء من ذلك مخرج ؟ فقال له أبو عبدالله عليه السلام :
حل ولا تعقد ، والظاهر أن المراد كون كل من الحل والعقد بالسحر . ويدل عليه
غير ما ذكر من الأخبار لكن بعد كون ما دل على الجواز غير نقيّة من جهة السند و
إباه الأخبار الدالة على الحرمة بقول مطلق عن التخصيص وكون متعلّم السحر بمنزلة
الكافر يشكل القول بالجواز نعم لو شك في صدق السحر مقتضى الأصل الجواز .

و أما حرمة تعلّم الكهانة فالظاهر عدم الخلاف فيها ، وعن إيضاح النافع أن تعلّمها و
تعلّمها واستعمالها حرام في شرع الإسلام ، وفي الخبر «أن الكاهن كالساحر . وأن تعلّم
النجوم يدعو إلى الكهانة» وفي خبر مستطرفات السرائر « من مشى إلى ساحر أو كاهن
أو كذّاب فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب» والكهانة قيل هي تعاطي
الأخبار عن الكائنات في مستقبل الزمان . وعن المغرب أن الكهانة في العرب قبل
المبعث يروى أن الشياطين كانت تسترق السمع فتلقيه إلى الكهنة ، وفي القواعد إن
الكاهن هو الذي له رائد من الجن يأتيه بالأخبار ، وعند الحكماء أن من النفوس
ما تقوى على الاطلاع على ما سيكون من الأمور فإن كانت خيرة فاضلة فتلك نفوس
الأنبياء والأولياء ، وإن كانت شريرة فهي نفوس الكهنة .

ولا يخفى أنه على ما ذكر من التعريف ليست من الأمور التي يحصل بالتعليم
والتعلّم بل هي من الأمور التي تحصل بالرّياضات فإن كانت موجبة لتسخير الجنّ

والشياطين فلعلها داخله في السحر وإن لم تكن كذلك و كانت موجبة للاطلاع على أمور خفية على الناس من دون ارتكاب حرام فصدق الكهانة و حرمة يحتاج إلى الدليل . وكون النفس شريرة لا توجب حرمة الرّياضة الموجبة للاطلاع على الأمور الخفية ، ولعل المراد من التعلّم تعلّم الرّياضة الموجبة لما ذكر وفي غير السحر يحتاج حرمة التعلّم من دون قصد إلى العمل إلى الدليل إلا أن يكون إجماع كما في كلمات بعض الأكاير وإلا فمقدّمة الحرام مالم توجب سلب القدرة عنه ولم يقصد بها الوصول إلى الحرام من جهتها لا دليل على حرمتها ، نعم روي في مستطرفات السرائر عن كتاب المشيخة للحسن بن محبوب عن الهيثم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن عندنا بالجزيرة رجلاً ربما أخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق أو شبه ذلك فنسأله فقال : قال رسول صلى الله عليه وآله من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذّاب فصدّقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب - الخبر » ^(١) ولزام هذا حرمة التعليم وحرمة التعلّم لظهور الخبر في أن الرّجل المخبر كاهن والكاهن كالساحر وعلى هذا يشكل إخراج العلم الحاصل من الجفر وغيره خصوصاً مع ترك الاستفصال في الخبر .

ومما ذكر ظهر الأشكال في حرمة تعلّم القيافة نعم الظاهر عدم الأشكال في حرمتها بمعنى ترتيب الأثر عليها وإلحاق الناس بعضهم ببعض وإلا فمجرد الاعتقاد العلمي أو الظنّي بنسب شخص لا دليل على تحريمه . نعم لا يبعد حرمة تعلّم ما يوجب العلم أو الظنّ بنسبة بعض إلى بعض مع أنّه قد يكون على خلاف ما حكم به الشرع ولعله لذا نهى عن إتيان القائف في بعض الأخبار والأخذ بقولهم . ففي المحكيّ عن الخصال « ما أحبّ أن تأتيهم » وعن مجمع البحرين أن في الحديث « لا آخذ بقول قائف » و قد افترى بعض العامة على رسول الله صلى الله عليه وآله في أنّه قضى بقول القافة .

وأما الشعبذة فلا خلاف في حرمتها وهي الحركة السريعة بحيث يوجب على الحسّ الانتقال من الشيء إلى شبيهه ، واستدلّ على حرمتها بأنّها من الباطل واللّهو و داخله في السحر في الرواية المتقدّمة عن الاحتجاج . أمّا عدّها من اللّهو فلا يخلو عن الأشكال مع ما ذكر سابقاً في معنى اللّهو ، نعم لو فسر اللّهو بمعنى ما يشغل الإنسان

عماً يعنيه كما عن بعض صدق عليها اللهو لكنَّ الحرمة بهذا المعنى لا يلتزم بها ، وكذا الباطل بهذا المعنى . وأمَّا الاستشهاد بالرِّواية المذكورة في دخولها في السحر فهو مبنيٌّ على استناد المشهور في فتاويهم إليها و معه يستفاد حرمة نفسها و تعلقها .

﴿والقمار والغش﴾ بما يخفى وتدليس الماشطة ولا بأس بكسبها مع عدمه ، وتزيين الرِّجل بما يحرم عليه ، وزخرفة المساجد والمصاحف ، ومعونة الظالم ، وأجرة الزَّانية .
 أما القمار فلا شبهة في حرمة و يدلُّ عليها الكتاب والسنة التي ادَّعى تواترها ، والقمار بالكسر كما عن بعض أهل اللغة الرِّهن على اللُّعب بشيء من الآلات المعروفة ، وحكي عن جماعة أنَّه قد يطلق على اللُّعب بهذه الأشياء مطلقاً ولو من دون رهن ، و به صرَّح في جامع المقاصد ، وعن بعض أنَّ أصل المقامرة المغالبة فهنا مسائل أربع لأنَّ اللُّعب قد يكون بآلات القمار مع الرِّهن وقد يكون بدونها والمغالبة بغير آلات القمار قد يكون مع العوض وقد يكون بدونها ، فالأولى اللُّعب بآلات القمار مع الرِّهن ولا إشكال في حرمة و حرمة العوض للإجماع والأخبار ، الثانية اللُّعب بآلات القمار من دون رهن قد يشكُّ في حرمة حتى مع صدق القمار من جهة الانصراف إلى ما كان مع الرِّهن . وقد يستدلُّ على الحرمة في هذه الصورة بما في رواية تحف العقول من أنَّ ما يجيء منه الفساد محضاً لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات . ورواية أبي الرِّبيع الشامي^(١) عن الشطرنج والنرد قال : «لا تقر بهما ، قلت : فالغناء ؟ قال : لا خير فيه ولا تقر به ، وفي تفسير القمي^(٢) عن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى «إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجسٌ من عمل الشيطان فاجتنبوه» قال : أمَّا الخمر فكلُّ مسكر من الشراب - إلى أن قال - وأمَّا الميسر فالنرد والشطرنج وكلُّ قمار ميسر - إلى أن قال - وكلُّ هذا بيعه وشرائه والاتفايع بشيء من هذا حرام محرَّم ، ويقال ليس المراد بالقمار هنا المعنى المصدري حتى يرد ما تقدَّم من انصرافه إلى اللُّعب مع الرِّهن بل المراد الآلات بقرينة قوله : بيعه وشرائه ، وقوله «أمَّا الميسر فهو النرد -

(١) معاني الأخبار ص ٢٢٤ .

(٢) المصدر ص ١٦٧ .

النخ» و يؤيد الحكم ما عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام في تفسير الميسر من أن «كلما ألهي عن ذكر الله فهو الميسر» و رواية الفضيل « سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس : النرد و الشطرنج حتى انتهيت إلى السدّر قال : إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيتهما يكون؟ قلت : مع الباطل قال : فمالك و للباطل»^(١) وفي موثقة زرارة^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « أنه سئل عن الشطرنج و عن لعبة شبيب التي يقال لها : لعبة الأمير و عن لعبة الثلاث ؟ فقال : أرايتك إذا ميز الحق من الباطل مع أيتهما يكون ؟ قلت : مع الباطل ، قال : فلا خير فيه » و يمكن أن يقال : أمّا رواية تحف العقول فيشكل شمولها لما نحن فيه لأن اللعب بدون الرهن يعد لغواً و شمول ما يجي عنه الفساد محضاً غير ظاهر إلا أن يقال : غلبة أحد اللاعبين توجب عداوة المغلوب منهما و عدوّ هذه فساداً منهيّاً عنه لا تخلو عن إشكال .

وأمّا رواية أبي الجارود^(٣) فالمستفاد منها حرمة بيع آلات القمار ولا نفهم دلالتها على حرمة اللعب بدون الرهن ، و أمّا ما عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام فلا يستفاد منه الحرمة و إلا لزم حرمة كل أمر مباح الهي عن ذكر الله تعالى . و أمّا رواية الفضيل و الموثقة فاستفادة الحرمة منهما من جهة الطرفية مع الحق مشكلة الأثرى أن اللغو لا يكون حقاً فهو باطلاً ، و مع ذلك لا يكون محرماً و كذلك تكلم الإنسان بما لا يعنيه لا يكون حقاً فيكون باطلاً لا يعد من المحرمات . الثالثة المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار كالمراهنة على حمل الحجر الثقيل و على المصارعة و على الطيور و غيرها مما عدّ في باب السبق و الرماية من أفراد غير ما نصّ على جوازه و الظاهر أنّها ملحقة بالقمار في الحرمة ، بل الظاهر نفي الخلاف في تحريم المسابقة فيما عدا المنصوص مع العوض و ظاهر هم الحرمة التكليفية بقريظة جعل محلّ الخلاف المسابقة بدون العوض . و يدل عليه قول الصادق عليه السلام على المحكيّ أنه قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «إن الملائكة تحضر الزمان في الخفّ والحافر والرّيش و ما سوى ذلك فهو

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ٤٣٦ تحت رقم ٩ و ٦ .

(٣) قد تقدم .

قمار حرام . في رواية العلاء بن سيابة ^(١) وعن الصادق عليه السلام «عن النبي صلى الله عليه وآله : إنَّ الملائكة لتنفّر عند الرّهان وتلعن صاحبه ، ما خلا الحافر والرّيش والنصل» ^(٢) و في مصحّحة معمر بن خلّاد «كلّما قומר عليه فهو ميسر» ^(٣) و في رواية جابر عن أبي جعفر عليه السلام قيل : «يا رسول الله ما الميسر؟ قال : كلُّ ما يقامر به حتّى الكعاب والجوز» ^(٤) .

فبعد كون المراهنه بغير آلات القمار قماراً حقيقة أو تنزيلاً لا مجال للشكّ في الحرمة التكليفيّة مضافة إلى الحرمة الوضعيّة ، نعم عن الكافي ^(٥) والتّهذيب بسندهما عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام «أنّه قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في رجل أكل وأصحاب له شاة فقال : إن أكلتموها فهي لكم وإن لم تأكلوها فعليكم كذا وكذا» فقضى فيه أنّ ذلك باطلٌ لاشيء في المؤاكلة من الطعام ما قلّ منه أو كثر ، ومنع غرامة فيه ، وظاهرها من حيث عدم ردع أنّه ليس بحرام إلاّ أنّه لا يترتب عليه الأثر ، و أورد عليه بأنّ هذا واردٌ على تقدير القول بالبطلان وعدم التحريم لأنّ التصرف في هذا المال مع فساد المعاملة حرام أيضاً .

ويمكن أن يقال : إنّ صاحب الشاة ما جعل في مقابل الشاة شيئاً فالشاة بمنزلة العين الموهوبة بالهبة الفاسدة . فبناءً على القاعدة المشهورة عند الفقهاء رضوان الله عليهم «مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» لاضمان ولا حرمة من جهة التصرف ، ولعلّه لذا أمر بالتأمّل لكنّه لا مجال لدفع اليدعن الأخبار المذكورة بهذا الخبر ، ثمّ إنّ حكم العوض المأخون حكم سائر المأخوزات بالمعاملة الفاسدة فيجب ردُّ العين مع بقائه ومع التلف يردُّ المثل أو القيمة ، و ما ورد من قبىء الامام عليه السلام البيض الذي قامر به

(١) التّهذيب ج ٢ ص ٨٦ .

(٢) الوسائل كتاب السبق والرماية ب ١ ح ٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٣٥ .

(٤) المصدر ج ٥ ص ١٢٣ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٤٢٨ .

الغلام ليس من جهة ردِّ المأْكول ظاهراً بل من جهة الاحتراز عن صيرورته جزءاً لبدنه والإشكال من جهة أن المعصوم منزّه عن مثل هذا خارج عن الفقه و لهم في حرّكانهم من أفعالهم وأقوالهم شؤوناً لا يعلمها غيرهم ، ألا ترى ما في الكتاب العزيز من أعمال الخضر صاحب موسى على نبينا وآله وعليهما السلام ، فمن الممكن أن يكون البيض حلالاً للمعصوم من جهة لا نعلمها وقبته من جهة رفع توهم الناس فإنّه كثيراً ما يجتنب الإنسان عن الحلال لهذه الجهة .

الرابعة المغالبة بغير عوض في غير مائص على جواز المسابقة فيه والأكثر على ما حكى على التحريم بل ادعى الإجماع عليه والظاهر أن مدرّكهم عموم النهي إلا في الثلاثة ، الخف والحافر والنصل ، ولفظ السبّ في الرواية يحتمل أن يكون - محرّكاً بفتح الباء - وأن يكون بالسكون فعلى الأوّل يرجع إلى عدم تملك العوض والحرمة الوضعية ، وعلى الثاني يرجع إلى الحرمة التكليفية بالنسبة إلى نفس الفعل ، و مع الاحتمال لامجال للحكم بالحرمة ، بل مع احتمال السكون يمكن دعوى الانصراف إلى صورة المسابقة مع العوض ، ولا مجال للاستدلال بحرمة اللّهُو والباطل وقد يتعلّق بهذه الأفعال غرض صحيح مورد لتوجّه العقلاء به كحفظ الصّحة و تقوية البدن في المصارعة .

وأما الغش فلا خلاف ولا شبهة في حرّمته وادعى تواتر الأخبار على حرّمته فعن النبي ﷺ بأسانيد متعدّدة « ليس من المسلمين من غشهم » (١) .
وفي رواية العيون بأسانيد « قال رسول الله ﷺ : ليس منّا من غش مسلماً أو ضرّه أو ماكره » .

وفي عقاب الأعمال عن النبي ﷺ « من غش مسلماً في بيع أو شراء فليس منّا ويحشر مع اليهود يوم القيامة لأنّه من غشّ الناس فليس بمسلم - إلى أن قال - : ومن غشنا فليس منّا - قالها ثلاثاً - ومن غشّ أخاه المسلم نزع الله بركة رزقه و أفسد عليه

معيشته و وكله إلى نفسه»^(١) إلى غير ما ذكر من الأخبار ولولا تسلم الحكم لأمكن أن يقال
 نمنع دلالة هذه الأخبار على حرمة الغش بقول مطلق لاختصاصها بالمسلمين و لفظ
 الناس في بعضها أمكن أن يرجع إلى المسلمين وكون اللام للعهد ، نعم بعض الأخبار
 مطلق ، ثم إن الظاهر أن الغش بما يخفى ، وأمامع الظهور فلا يتحقق الغش . وبدل
 عليه صحيحة ابن مسلم عن أحدهما « أنه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض و بعضه
 أجود من بعض ، قال : إذا روئيا جميعاً فلا بأس مالم يغط الجيد الردي »^(٢) فني
 صورة عدم معلومية العيب أو الرداءة إلا من قبل المايح لإشكال في تحقق الغش
 ولزوم الإعلام لدفع الغش ، وأما مع إمكان تغطن المشتري و عدم إعلام البايح هل
 يتحقق الغش أم لا ، قد يستظهر الأول من هذه الصحيحة ، ورواية الحلبي قال : « سألت
 أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عنده «لوان من الطعام سعرها شتى ، وأحدهما أجود
 من الآخر فيخلطهما جميعاً ثم يبيعهما بسعر واحد فقال : لا يصلح له أن يفعل ذلك يغش به
 المسلمين حتى يبينه »^(٣) ورواية داود بن سرحان قال : « كان معي جرابان من مسك
 أحدهما رطب والآخر يابس فبدأت بالرطب فبعته ، ثم أخذت اليا بس أبيعه ، فإذا أنا
 لا أعطى باليا بس الثمن الذي يسوي ولا يزيدوني على ثمن الرطب فسألت أبا عبد الله
عليه السلام عن ذلك أ يصلح لي أن انديه ؟ قال : لا إلا أن تعلمهم ، قال : فنديته ، ثم أعلمتهم ،
 قال : لا بأس به إذا أعلمتهم »^(٤) .

أما الرأتان الأخيرتان فلا إشكال في ظهورهما في ذلك ، وأما الصحيحة فظاهرها
 خلاف ذلك لأن ظاهرها كفاية رديتهما و عدم تغطيه الجيد الردي ولو كانا بحيث
 خفيا على خصوص المشتري لمسامحته في الملاحظة فالأظهر المراجعة إلى العرف و حمل

(١) المصدر : باب مجمع عقوبات الاعمال .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٨٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٢٧ والكافي ج ٥ ص ١٨٣ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٥٥ .

ما دلّ على وجوب الإعلام على الاستحباب ، أو حمل الإخفاء و عدم الإعلام على الكراهة فإنّ التمييز بين الياسر و الندي ليس يخفى ، نعم الأُخوة الدّينية تقتضي تنبيه المسلم على ما يكون على خلاف مصلحته وهذا أمر آخر . ويؤيد ما ذكر قوله عليه السلام : على ما في الخبر « لا يصلح له أن يغشّ المسلمين » فإنّ الغشّ المحرّم لا اختصاص له بالمسلمين ، و أمّا احتمال التفرقة بين ما كان بفعله وما لم يكن بفعله كما ربما يقال فلا يخلو عن الإشكال لعدم الفرق بنظر العرف وكون سؤال الرّأي عمّا كان بفعله لا يوجب الفرق نعم لو كان ما في الصحيحة من قوله على ما في الخبر « ما لم يغطّ الجيد » مبنياً على الفاعل أمكن الفرق لكنّه غير معلوم .

ويؤيد ما ذكرنا في رواية هشام بن الحكم قال : « كنت أبيع السابري في الظلال فمرّ بي أبو الحسن الأوّل موسى عليه السلام فقال لي : يا هشام إنّ البيع في الظلال غشّ و الغشّ لا يحلّ » ^(١) فإنّ لازم ظاهره حرمة البيع في الظلال ولا يلتزم به فلا بدّ من صرف قوله على ما في الخبر إلى معنى آخر غير الحرمة .

و أمّا حرمة تدليس الماشطة فالظاهر عدم الخلاف فيها و ادّعي عليها الإجماع قال : في السرائر على المحكيّ في عداد المحرّمات و عمل المواشط بالتدليس بأن يشمن الخدود و يحمرّ ثها و ينقش بالأيدي والأرجل و يصلن شعر النساء بشعر غيرهنّ و ماجرى مجرى ذلك ، ولا يخفى أنّ بعض هذه الأفعال ليس تدليساً لأنّ التدليس لا يصدق مع عدم خفاء الأمر ، فإنّ نقش الأيدي والأرجل لا يخفى على أحد أنّه ليس طبيعياً بخلاف مثل حمرة الوجه وكيف كان فالأخبار المذكورة في المقام استفادة الحرمة منها لا تخلو عن الإشكال .

فمنها ما في مرسلّة ابن عمير عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « دخلت ماشطة على رسول الله صلى الله عليه وآله فقال لها : هل تركت عملك أو أقمت عليه ؟ فقالت : يا رسول الله أنا عملته إلّا أن تنهاني عنه فأنتهيت عنه فقال : افعلي فإنّ مشطت فلا تجلي

(١) الوسائل أبواب آداب التجارة ب ٥٨ ح ١

الوجه بالخرق فإنها تذهب بماء الوجه ولا تصلي الشعر بالشعر»^(١).
 وفي مرسله الفقيه « لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط وقبلت ما تعطى ، ولا تصل
 شعر المرأة بشعر امرأة غيرها ، وأما شعر المعز فلا بأس بأن توصله بشعر المرأة »^(٢).
 وعن معاني الأخبار بسنده عن علي بن غراب ، عن جعفر بن محمد ، عن آبائه عليهم السلام
 قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وآله النامصة والمنتمصمة ، والواشرة والمستوشرة ، والواصلة و
 المستوصلة ، والواشمة والمستوشمة ». قال الصدوق : قال علي بن غراب النامصة التي
 تنتف الشعر ، والمنتمصمة التي يفعل ذلك بها ، والواشرة التي تشرأسنان المرأة وتفلجها
 وتحددّها ، والمستوشرة التي يفعل ذلك بها ، والواصلة التي تصل شعر المرأة بشعر امرأة
 غيرها ، والمستوصلة التي يفعل ذلك بها ، والواشمة التي تشمّ وشمّاً في يد المرأة أو في
 شيء من بدنها وهو أن تعزز بدنها^(٣) أو ظهر كفتها أو شيئاً من بدنها بإبرة حتى
 تؤثر فيه ، ثم تحشوه بالكحل أو بالنوره فيخضر ، والمستوشمة التي يفعل ذلك بها^(٤)
 فإن مرسله ابن أبي عمير حيث اشتملت على النهي عن تجلية الوجه بالخرقة ولا يلتزم
 بحرمتها يشكل استفادة حرمة غيرها لوحدة السياق .

وأمّا مرسله الفقيه فالظاهر حملها على الكراهة في صورة المشاركة فإن العمل
 المباح لا إشكال في حليّة أجرته . والمشاركة فيه وأخذ أجرة المثل مع عدم التعيين و
 وحدة السياق يمنع عن ظهورها بالنسبة إلى وصل الشعر في الحرمة .

وأمّا رواية علي بن غراب فعلى تفسيرها بما ذكر محمولة على الكراهة بملاحظة
 بعض الأخبار ففي رواية سعد الإسكاف قال : « سئل أبو جعفر عليه السلام عن القرامل التي
 يضعها النساء في رؤوسهنّ يصلن شعورهنّ؟ قال : لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها
 قال : فقلت له : بلغنا أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لعن الواصلة والموصولة فقال : ليس هناك إنّما

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٠٨ وفيه الوجه بالخرق خل ، وفي الكافي ج ٥ ص ١١٩ .

(٢) المصدر ط النجف ج ٣ ص ٩٨ تحت رقم ٣٧٨ .

(٣) في المصدر د يديها ، وفي نسخة د يدها .

(٤) معاني الاخبار ص ٢٥٠ ، وفي الوسائل أبواب ما يكسب به ب ١٩ ح ٧ .

لعن رسول الله ﷺ والواصلة التي تزني في شبابها فاذا كبرت قادت النساء إلى الرِّجال فتلك الواصلة والموصولة» (١).

و أما ما عدا الوصل فمع الحمل على الكراهة في وصل الشعر يحتمل على الكراهة من جهة وحدة السياق ، والحاصل أن ما في رواية علي بن غراب مع تفسير الإمام علي ما في هذا الخبر محمول على الحرمة ، لكن لا تعرف في غيرها لحرمة وصل الشعر ، و أما بالنسبة إلى غير وصل الشعر فمع حملها على تفسير ابن غراب و الحرمة ليس من باب تدليس الماشطة بل هي محرّمات أخر وكلامنا في التدليس ، وإن حمل على ما فسره ابن غراب وأمکن الجمع بينه وبين تفسير الإمام علي فعلى تفسير ابن غراب محمول على الكراهة جمعاً بينه وبين رواية سعد الإسكاف فإن تمّ الإجماع وإلا فلا إشكال باق بالنسبة إلى مثل وصل الشعر ، نعم في مثل تحمير الوجه يصدق التدليس فمع الحرمة يكون عمل الماشطة حراماً ، وما هو حرام لا أجرة له ، وما هو حلال لا بأس بكسبها من جهة .

و أما حرمة تزيين الرِّجال بما يحرم عليه فأمّا بالنسبة إلى ما يحرم بالخصوص عليه كلبس الحرير والذهب فلا كلام فيه ولا محلّ لعنوان التزيين فإن لبس الحرير الخالص حرام على الرِّجال سواء كان للتزيين أو لرفع الحاجة إلا مع الاضطرار . و أما ما هو المذكور في كلمات الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - من حرمة ما يختص بالنساء من اللباس كالسوار و الخلخال والثياب المختصة بهنّ في العادات على الرِّجال و حرمة ما يختص بالرِّجال على النساء فاعترف غير واحد بعدم العثور على دليل لهذا الحكم عدا النبوي المشهور المحكي عن الكافي والعلل «لعن الله المتشبهين من الرِّجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرِّجال» (٢) واستشكل بقصور الدلالة لأن الظاهر من التشبه تأنث الذكر و تذكّر الأنثى لا مجرد لبس أحدهما لباس الآخر مع عدم قصد التشبه ، و أيّد هذا بالمحكي عن العلل « أن علياً رأى رجلاً به تأنيث في مسجد

(١) الكافي ج ٥ ص ١١٩ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٠٨ .

(٢) راجع الوسائل أبواب ما يكتسب به ب ٨٧ ح ١ و ٢٠ .

رسول الله ﷺ فقال له : اخرج من مسجد رسول الله ﷺ فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : لعن الله - الخ - .

وفي رواية يعقوب بن جعفر الواردة في المساحقة أن فيهن قال رسول الله ﷺ : « لعن الله المتشبهات بالرجال من النساء »^(١) ويمكن أن يقال الأخذ بالعموم و تطبيق العام على بعض الأفراد لا يوجب التخصيص وقصور العام في دلالة ، نعم في رواية سماعة ، عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يجزئ ثيابه قال : « إنني لأكره أن يتشبه بالنساء »^(٢) .

و عنه عن آباءه عليه السلام « كان رسول الله ﷺ يزجر الرجل أن يتشبه بالنساء وينهى المرأة أن تتشبه بالرجال في لباسها »^(٣) فإن كان جر الثياب غير محرّم مع أنه تشبه فمطلق التشبه ليس بحرام ، ويمكن أن يقال إن التشبه مطلقاً حرام بقرينة التطبيق السابق خرج هذا الفرد ، وربما يؤيد اختصاص النبوي المحكي عن الكافي والعلل بما ذكر بما في رواية أبي خديجة ، عن أبي عبد الله عليه السلام « لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء » والمتشبهات من النساء بالرجال ، وهم المخشون واللاتي ينكحن بعضهن بعضاً »^(٤) ويمكن أن يقال اختصاص هذه الرواية المذكور فيها لعن رسول الله ﷺ بما ذكر لا يوجب اختصاص ذلك الخبر بما ذكر .

وأما حرمة زخرفة المساجد بمعنى تزيينها بالذهب فهي المشهورة في كلمات الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - ولم نقف على وجه لها يعتمد عليه ، ومخالفة المشهور مشكلة ، والفتوى بلا حجة أشكل . وقد سبق الكلام فيها في كتاب الصلاة في أحكام المساجد ، وقد علل حرمة الزخرفة أي تزيين المساجد ونقشها بالذهب بالبدعة ، وبالرواية عن الصلاة في المساجد المصورة فقال : « أكره ذلك ، ولكن لا يضركم اليوم »^(٥) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٥٢ ، في حديث .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٥٧ تحت رقم ١٢ .

(٣) الوسائل أبواب أحكام الملابس من كتاب الصلاة ب ١٣ ح ٢ عن مكارم الاخلاق .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٥٠ .

(٥) الكافي ج ٣ ص ٣٦٩ تحت رقم ٦ .

و أما زخرفة المصاحف فقد علل حرمتها بالموتق «عن رجل يعشر المصاحف بالذهب فقال : لا يصلح» (١) والخبر «عرضت على أبي عبد الله عليه السلام كتاباً فيه قرآن [مختم] معشر بالذهب وكتب في آخره سورة بالذهب فأريته إياه فلم يعب منه شيء إلا كتابة القرآن بالذهب فإنه قال : لا يعجبني أن يكتب القرآن إلا بالسواد كما كتب أوّل مرّة» (٢).

وعن بعض النصوص نفي البأس على الإطلاق كالخبر «ليس بتحلية المصاحف والسيوف بالذهب والفضة بأس» (٣) ويشكل استفادة الحرمة ومع هذا يشكل مخالفة المشهور .

و أما حرمة معونة الظالم في ظلمه فتدل عليها الأدلة الأربعة فعن كتاب الشيخ ورام بن أبي فراس «قال : قال عليه السلام : من مشى إلى ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم فقد خرج عن الإسلام» (٤).

قال : «وقال عليه السلام : إذا كان يوم القيامة ينادي مناد أين الظلمة ، أين أعوان الظلمة ، و أشباه الظلمة ، حتى من بري لهم قلماً أولاق لهم دواة فيجتمعون في تابوت من حديد ثم يرمى بهم في نار جهنم» (٥) وفي النبوي عليه السلام «من علق سوطاً بين يدي سلطان جائر جعلها لله حية طولها سبعون ألف ذراع فيسلطها الله عليه في نار جهنم خالداً فيها مخلداً فيها» (٦).

و أما في غير جهة الظلم فلا إشكال في أنه لا حرمة في إعانتهم في حفظ النفس من جهة الإسلام والإيمان ، حيث أنه لا إشكال في وجوب حفظ النفس المحترمة ، وإن كان المستفاد من جملة من الأخبار حرمة إعانتهم حتى في غير جهة الظلم ، قال ابن أبي يعفور

(١) التهذيب ج ٢ ص ١١٠ . من حديث سماعة مضمراً .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١١٠ ، والكافي ج ٢ ص ٦٢٩ .

(٣) الوسائل أحكام الملابس ب ٦٤ .

(٤) و (٥) تنبيه الخواطر ج ١ ص ٥٤ .

(٦) رواء الصدوق في الفقيه في حديث المفاهي مع اختلاف .

على المحكي : دكنت عند أبي عبدالله عليه السلام فدخل عليه رجل من أصحابنا فقال له : أصلحك الله إنته ربما أصاب الرجل منا الضيق والشدة فيدعى إلى البناء يبنيه أو النهريكره أو المسناة يصلحها ، فما تقول في ذلك ؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : ما أحب أني عقدت لهم عقدة ، أو وكيت لهم وكاء ، وأن لي ما بين لابتيها ، لا ولا مئة بقلم ، إن أعوان الظلمة يوم القيامة في سراق من نارحتي يحكم الله عز وجل من العباد ،^(١) ولا يبعد التفصيل بين عمل يعد عوناً للظالم ولو في غير الظلم بحيث يعد الإنسان من أعوان الظلمة وبين ما لا يعد عوناً لعمل الخباز والخياط والبناء للأخبار وصدق الركون إلى الظالم في الأول ولزوم حفظ النفس في الثاني بل يكفي عدم صدق العون .
وأما حرمة الأجرة الزانية فلعلها من الضروريات حيث لا مهر لبغي ، والفعل الحرام لا أجرة له كما بين في محله ، وما في رواية تحف العقول من قوله « وكل أمر منهي عنه من جهة من الجهات فمحرم على الإنسان إجارة نفسه فيه أوله أو شيء منه أوله - الخ » .

السادس الأجرة على القدر الواجب من تغسيل الأموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم والرشاء في الحكم والأجرة على الصلاة بالناس والقضاء ولا بأس بالرزق من بيت المال وكذا على الأذان .

أما حرمة الأجرة على القدر الواجب من تغسيل الأموات فهي من جزئيات مسألة حرمة أخذ الأجرة على الواجبات وادعي الإجماع في بعض الكلمات في الجملة . وليعلم أن محل الكلام ما لم يكن مانع من الصحة غير هذه الجهة فلولم يعد إلى المستأجر نفع من العمل يكون خارجاً عن محل الكلام وقد مثل باستيجار المكلف مثل أداء الفريضة اليومية ، ويمكن أن يقال المدار وجود غرض يكون محل توجه العقلاء ومن الأغراض إطاعة المكلفين الأوامر الإلهية ، وقد يذكر وجه عقلي لعدم الجواز في خصوص الواجب العبادي العيني وهو عدم القدرة على الوفاء حيث إنته من جهة العبادية لا بد أن يكون العمل خالصاً ، ومع هذا لا مجال لكونه وفاء للإجارة . لأن الوفاء

يتحقق باستحقاق المستأجر ومعه لا يتحقق العمل متقرباً به إلى الله بالنسبة إلى العامل، والمفروض لزومه بالنسبة إليه، وهذا بخلاف العبادات الاستيعارية فإن الأجرة ما وقعت في قبال العمل بل وقعت في مقابل النيابة ويكون العمل متقرباً به بالنسبة إلى المنوب عنه، ولا مجال للقول بإمكان أن يأتي العامل بالعمل متقرباً به من دون نظر إلى الأجرة فيكون خالصاً، ويكون العامل مستحقاً للأجرة لأن الوفاء بعقد الأجرة بأن يؤتى بالعمل لأجل استحقاق المستأجر، ولا يقاس المقام بالعبادات التي يؤتى بها قربة إلى الله تعالى ويقصد حصول المقاصد الدنيوية كسعة الرزق وأداء الدين وغيرهما لأن طلب الحاجة من الله تعالى محبوب ومؤكّد بخلاف الطلب من غير الله كما نحن فيه، ويمكن أن يقال أوّلاً لا بدّ من وصول نفع من قبل العمل إلى المستأجر ومع وجوب العمل عيناً أي نفع يصل إلى المستأجر حتى تتكلم في صحته وفساده. نعم على ما ذكرنا نفاً من إمكان ذلك كما لو أمر الأب ابنه بالتهجد اشتياًقاً إلى كون ابنه متهجداً لا إشكال، وبعد الفراغ من هذه الجهة نقول: ينتقض ما ذكر بالعبادات الاستيعارية، وما ذكر من الفرق محل إشكال لأنه على فرض تسليم أن الأجرة في مقابل النيابة لا في مقابل العمل نقول النيابة مجردة عن العمل مقابلة للأجرة أو في صورة تعقب العمل فعلى الأوّل يلزم استحقاق الأجرة ولو لم يأت بالعمل، وعلى الثاني لا بدّ من الإتيان بالعمل وفاء لما يستحقّ المستأجر فالفرق المذكور ما أفاد شيئاً مضافاً إلى عدم الفرق بين الاستيعار للعمل العبادي والغير العبادي إلا باعتبار قصد التقرب في الأوّل دون الثاني، وفي كلتا صورتين تقع الأجرة في مقابل العمل.

وأما ما ذكر من الفرق بين طلب الحاجة من الله تعالى وبين طلبه من غيره فهو لا يرفع الإشكال من جهة أن الإخلاص في العبادات بأن يؤتى بها متقرباً بها بداعي خصوص أو امرها ألا ترى أنه لو اغتسل في الماء لامن جهة الأمر بالغسل بل من جهة التبريد اللازم عليه من جهة حفظ بدنه بحيث لو لم يحصل يصير مريضاً هل يكفي في صحة الغسل فكون طلب الحاجة محبوباً عند الله تعالى لا يؤكّد ولا يوجب الفرق، مضافاً إلى أنه لو تمّ لم يتمّ فيما لو كان متوجّهاً إلى أنه محبوب هذا الطلب من الله و

كان يطلب من جهة المحبوبة لامن جهة إصلاح أمر دنياه كما هو الغالب وإن كان التصحيح من جهة أن طلب الحاجة وقع في طول إخلاص العمل حيث إن العبد يأتي بالعمل متقرباً إلى الله ليصل إلى حاجته من جانب الله فلا مانع من التصحيح بهذه الجهة في العبادات الاستيعارية وما نحن فيه بعد فرض وصول نفع إلى المستأجر من هذا القبيل، وقد يجاب في العبادات الاستيعارية بل يوجه كلام الشيخ الانصاري - قدس سره - بما حاصله اختلاف متعلق الأمر الإجمالي بل تبرع المتبرع يكفي في رفع الإشكال فمتعلق الإجارة النيابة، والعمل القريب نفس الفعل الذي توجه الأمر به إلى المنوب عنه فالأجرة أو التبرع متوجه إلى النيابة في الفعل وما يؤتى به متقرباً إلى الله نفس العمل، والحاصل أن حاصل المصدر مربوط بالمنوب عنه ولم يكن أجره بإزائه ولما لم يعتبر المباشرة لا مانع من صدور هذا الحاصل من المتبرع أو الأجير في قبالة الأجرة. ولقائل أن يقول: هذا العمل المسمى باسم المصدر وهو الحاصل من المصدر أمر اختياري بلاريب، فيسأل ما وجه تحقق هذا الأمر الاختياري؟ فإن كان الأجرة عاد المحذور وغير الأجرة ليس أمر في البين، فإن قلت: المحرك نحو اسم المصدر الأمر المتوجه إلى المنوب عنه. يسأل لِمَ لم يكن الأجير قبل الإجارة متحرراً نحو اسم المصدر فهل تحرره من غير جهة الأجرة وقد يستنكر ما ذكر في الجواب من طولية الداعين بأن هذا لتحكيم الشبهة أولى من كونه رافعاً لها فإن من ائتمر بأمر زيد من جهة أمر عمرو مثلاً فهو غير معتن بأمر زيد ففي الحقيقة ممثلاً بالنسبة إلى عمرو ويمكن أن يقال؟ لازم ما ذكر أن من صلى مثلاً صلاة الليل للتوسعة في رزقه مثلاً وصحح بأن طلب الرزق والتوسعة فيه محبوب فلا ينافي القرابة أن يكون هذا الشخص العياد بالله غير معتن بالأمر المتعلق بالصلاة بل معتن بمحبوبة طلب الرزق من الله تعالى على فرض كون الداعي محبوبية الطلب وإلا فالغالب كون الداعي نفس توسعة الرزق لا محبوبية طلبها من الله تعالى، ثم إنه على فرض تمامية الوجه العقلي المذكور يختص بالواجب العيني التعبدي دون غيره، كما أنه يوجب عدم جواز أخذ الأجرة على المندوب التعبدي العيني فليس مطرداً ولا منعكساً شك وقد حكي الاستدلال

على المطلب عن بعض الأباطين - قد سره - بوجوه أقوىها أن التنافي بين صفة الوجوب والتملك ذاتي لأن المملوك والمستحق لا يملك ولا يستحق ثانياً فإذا فرض العمل واجباً لله تعالى ليس للمكلف فيصير نظير العمل المملوك للغير فلا يصح تملك غيره ، ونوقش فيه بالفرق بين الوجوب الذي هو طلب الشارع الفعل و بين استحقاق المستأجر له وليس استحقاق الشارع من قبيل استحقاق الآدمي . ويمكن أن يقال : استحقاق الآدمي أيضاً إذا كان بنحو الطولية يصح لشخصين كما إذا شرط في ضمن عقد الخياطة لزيد مع الأجرة ، فالخياطة بنفسها مستحقة لزيد مع الأجرة والخياطة مع الأجرة مستحقة للشارط حيث تعلق الغرض بها مع الأجرة ولا يبعد صحة الإجارة مع طلب الشارع ولولم يكن بنحو الطولية كما استعار ثوباً متنجساً للصلاة واستأجره المعير للتطهير فالشارط يطلب من المستعير التطهير للصلاة والمعير يملك عليه التطهير من جهة الإجارة ، وبعبارة أخرى المكلف به التطهير الجامع بين ما كان بلا عوض وما كان مع العوض فالعمدة فيما ذكر في المتن الإجماع إن تم .

وأما الرشا في الحكم فلا ريب في حرمتها و في جامع المقاصد والمسالك أن
على تحريمها إجماع المسلمين ويدل عليه الكتاب والسنة وفي المستفيضة « أنها كفر بالله
العظيم ، أو شرك » فعن معاني الأخبار والخصال في الصحيح ، عن عمار بن مروان قال :
قال أبو عبد الله عليه السلام : « كل شيء غلّ من الإمام فهو سحتٌ وسحت أنواع كثيرة :
منها ما أُصيب من أعمال الولاية الظلمة ، ومنها أجور القضاة وأجور الفواجر و ثمن
الخمير والنبيذ المسكر و الربا بعد البيئنة ، وأما الرشاء في الأحكام يا عمار فهو الكفر
بالله العظيم » (١) وفي رواية الأصبع بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : « أيما مال
 احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه وإن أخذ هدية
 كان غلواً و إن أخذ رشوة فهو شرك » (٢) وفي رواية يوسف بن جابر « لعن رسول الله
 ﷺ من نظر إلى فرج امرأة لا تحل له ، و رجلاً خان أخاه في امرأته ، و رجلاً

(١) معاني الاخبار ص ٢١١ وفي الوسائل ابواب ما يكتسب به ب ٥ ح ١٢ .

(٢) عقاب الاعمال للصدوق ص ٢٣٣ باب عقاب الوالي يهتجب عن حوائج الناس .

احتاج الناس إليه لفقهِه فسألهم الرُّشوة^(١) « وقد يستظهر من هذه الرواية حرمة أخذ الرُّشوة للحكم بالحقّ أو للنظر في أمر المترافعين ليحكم بعد ذلك بينهما بالحقّ وفيه نظرٌ من جهة أنّ استعمال اللفظ في معنى معلوم لا يوجب كونه حقيقة فيه حتّى يستكشف المعنى عند عدم القرينة على المشهور خلافاً للسيد المرتضى - قدس سرّه - فنقول المتيقّن من معنى الرُّشوة ما كان في قبال الحكم بالباطل ، و عن مجمع البحرين قلّ ما يستعمل الرُّشوة إلّا فيما يتوسّل به إلى إبطال حقّ أو تمشية باطل و ظاهر تفسير القاموس بالجعل التعميم وإليه نظر المحقق الثاني .

وقد استدلّ على عدم التعميم برواية عمّار المذكورة حيث جعل فيها الرُّشاء في قبال أجور القضاة خصوصاً بكلمة « أمّا » والأشكال المذكور متوجّه . هذا ولكن لم يظهر ثمرة مهمّة لتعيين مفهوم الرُّشوة بعد البناء على حرمة أجور القضاة كما يظهر من رواية عمّار خلافاً لظاهر المقنعة والمحكيّ عن القاضي من الجواز واستدلّ بظاهر رواية حمزة بن حرمان قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : من استأكل بعلمه اقتصر قلت : إنّ في شيعتك قوماً يتحملون علومكم يبثونها في شيعتكم فلا يعدمون منهم البرّ والصلة والاکرام . فقال عليه السلام : ليس أو لك بمستأكلين إنّما ذلك الذي يفتي بغير علم ولا هدى من الله ليبطل به الحقوق طمعاً في حطام الدنيا - الخبر^(٢) » واللام فيه إمّا للغاية أو للعاقبة وعلى الأوّل يدلّ على حرمة أخذ المال في مقابل الحكم بالباطل وعلى الثاني يدلّ على حرمة الانتصاب للفتوى من غير علم طمعاً في الدنيا وعلى كلّ تقدير يظهر منه حصر الاستثقال المذموم فيما كان لأجل الحكم بالباطل أو مع عدم معرفة الحقّ فيجوز الاستثقال مع الحكم بالحقّ .

ويمكن أن يقال : فرق بين القضاء بين الناس والفتوى ولذا مع الاختلاف يؤخذ بالقضاء كما لو كان نظر أحد المتخاصمين في الفتوى إلى خروج منجزات المريض من الأصل والآخر من الثلث فترافعا عند الحاكم فقضى موافقاً لحدّهما لا بدّ من التسليم ويكون

(١) التهذيب ج ٢ ص ٧٠ .

(٢) معاني الاخبار ص ١٨١ .

المحكوم عليه أخذاً به على خلاف نظره ففي مقام القضاء لا يحل أخذ شيء مع كون نظر المعطي إلى القضاء سواء كان القضاء بحق أو يبطل وفي مقام الفتوى فصل بحسب هذه الرواية بين صورتين بل الظاهر أن نظر السائل إلى الناقلين لمقالة المعصوم كما هو شأن الرواة كسائر نقلة فتاوي المجتهدين في هذه الأعصار .

و أما الأجرة على الصلاة جماعة فالظاهر عدم الخلاف في حرمتها من غير فرق بين الواجب كما في الجمعة والمنسوب ، ويدل عليها النص في رواية حمران الواردة في فساد الدنيا واضمحلال الدين قوله عليه السلام على المحكي : « ورأيت الأذان بالأجرة والصلاة بالأجر »^(١) وهذه الرواية حسنة على الظاهر بابن هاشم ، وقد يضاف إلى موافقة الحرمة للقاعدة من أن ما كان انتفاع الغير موقوفاً على الاخلاص لا يجوز الأجر عليه و سبق الكلام فيه .

و أما الأجرة على القضاء فالظاهر حرمتها مع تعيين القضاء بناء على حرمة أخذ الأجرة على الواجبات العينية وقد سبق الكلام فيها ، والظاهر عدم الحاجة إلى ما ذكر بل الدليل عليها ما في صحيح عمار حيث عد فيها من أنواع السحت أوجور القضاة ولم يظهر معارضة رواية حمزة بن حمران معه .

و أما جواز الارتزاق من بيت المال فلا إشكال فيه مع حاجة القاضي بل مطلقاً إذا رأى الإمام المصلحة فيه للأخبار الواردة في مصارف الأراضى الخراجية ويدل عليه ما كتبه أمير المؤمنين صلوات الله عليه وعلى أولاده إلى مالك الأشر من قوله عليه السلام على ما حكى « وافسح له - أي للقاضي - بالبذل ما يزيح عنه ثقله مع حاجته إلى الناس » والظاهر عدم الفرق بين أن يأخذ من السلطان العادل أو من الجائر لما دل على حلية بيت المال لأهله ولو خرج من يد الجائر ، نعم يظهر من صحيحة ابن سنان المنع قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاض بين فريقين يأخذ على القضاء الرزق من السلطان قال : عليه السلام ذلك السحت »^(٢) .

(١) الكافي ج ٨ ص ٤١ في حديث طويل .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٠٩ .

واجب بأن ظاهر الرواية كون القاضي منصوباً من قبل السلطان الجائر إن ما يأخذ من السلطان العادل لا يكون سحتاً قطعاً والمنسوب من قبل ذلك غير قابل للقضاء فما يأخذه سحت من جهة عدم الأهلية لا من جهة القضاء مع الأهلية ، ولو فرض كونه قابلاً للقضاء لم يكن رزقه من بيت المال أو من جائزة السلطان محرماً قطعاً ، فيجب إخراجه عن العموم . و يمكن أن يقال من أين حصل القطع بعدم الحرمة إن لم يكن في البين إلا ما ذكر من وجه الجواز إن حلية جوائز السلطان لا توجب حلية ما يأخذ من جهة القضاء ، وما ذكر من كتاب أمير المؤمنين صلوات الله عليه لا يدل على حلية ما يأخذ على القضاء إذ فرق بين أن يقول السيد لعبدته أعط المصلين كذا ، و بين أن يقول أعطهم على صلاتهم كذا ، مضافاً إلى أنه أخذ من العادل فلا تعميم فالأولى أن يقال : ما دل عليه الصحيحة هو حرمة أخذ الرزق كأجرة الأجير وهذا غير إعطاء الرزق لا بعنوان المقابلة للعمل وإن كان بلحاظه .

و أما الأذان فظاهر المتن حرمة أخذ الأجرة عليه لظاهر رواية حمران المتقدمه ففي رواية زيد بن علي ، عن آبائه ، عن علي عليه السلام « أنه أتاه رجل - إلى أن قال له - لكنني أبعضك لله قال : ولم ؟ قال : لأنك تبغي على الأذان أجراً » (١) .

و أما الارتزاق فلا مانع منه كما سبق الكلام في ارتزاق القاضي .

ولا بأس بالأجرة على عقد النكاح والمكروه إما لإفضائه إلى المحرم غالباً كالصرف و بيع الأكفان والطعام والرقيق والصياغة والذباحة وبيع ما يمكن من السلاح لأهل الكفر كالخفين والدراع .

أما جواز أخذ الأجرة على عقد النكاح فلا نهيها من الأعمال المحللة التي لا مانع من الاستيجار عليها .

وأما تعليم أن الصيغة الشرعية كذا فقيل لا يجوز أخذ الأجرة عليه لكونه من باب بيان الحكم الشرعي وفيه نظر ولعل وجه المنع ما سبق من كلام بعض الأساطين من أن ما وجب لله لا يملكه إلا إنسان فلا يستحق عليه الأجر ، وقد سبق الكلام فيه

مضافاً إلى عدم الدليل على وجوب تعليم الأحكام بالنسبة إلى كلِّ أحدٍ وإلا لزم كون
جلَّ المكلفين تاركين لأمر الواجب نعم لو انجزَّ ترك التعليم والتعلُّم إلى ترك واجب
أو فعل حرام كتعلُّم الصلاة اليومية لا إشكال في وجوب التعليم والتعلُّم ويمكن الاستدلال
للجواز مع عدم الوجوب بما ورد من جواز جعل تعليم القرآن مهراً للزوجة .

وأما كراهة ما يفيض إلى المحرَّم غالباً فهي المعروفة، واستدلَّ لها بالأخبار منها
خبر إسحاق بن عمار^(١) قال : « دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فخبَّرته أنني ولد لي غلامٌ
قال : ألا سمَّيته مهراً؟ قال : قلت : قد فعلت ، قال : فلا تضرب مهراً ولا تشتمه جعله الله
قرَّة عين لك في حياتك ، وخلف صدق بعدك ، قلت : جعلت فداك في أيِّ الأعمال أضعه؟
قال : إذا عزلته^(٢) عن خمسة أشياء فضعه حيث شئت : لا تسلمه صيرفيّاً فإنَّ الصيرفيّ
لا يسلم من الرِّبَا ، ولا تسلمه يبياع أكفان فإنَّ يبياع الأكفان يسرُّه الوباء إذا كان ، ولا
تسلمه يبياع طعام فإنه لا يسلم من الاحتكار ، ولا تسلمه جزّاراً فإنَّ الجزّار سلبت منه
الرحمة ، ولا تسلمه نخاساً فإنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : شرُّ الناس من باع الناس .
ثمَّ إنَّ ظاهر الأصحاب - قدَّس الله أَسْرَاهُمْ - أنَّ ما ورد من تعليلها بما ذكر جار مجرى
الحكم فلا ترتفع الكراهة مع فرض عدمه لكن يستفاد من بعض الأخبار عدمها قال
ابن سنان : « سمعت رجلاً يسأل أبا الحسن الرضا عليه السلام فقال : إنني أعالج الرقيق
فأبيعه والناس يقولون : لا ينبغي ، فقال له الرضا عليه السلام : وما بأسه كلُّ شيء مما يباع
إذا اتقى الله فيه العبد فلا بأس »^(٣) وفي بعض النسخ إبدال الرقيق بالدقيق . وفي
خبر السدير الصيرفيّ قلت لأبي جعفر عليه السلام : « حديث بلغني عن الحسن البصريّ قال
كان حقّاً فإنَّ الله وإنا إليه راجعون ، قال : وما هو قلت : بلغني أنَّ الحسن كان يقول
لو غلى دماغه من حرِّ الشمس ما استظلَّ بحائط صيرفيّ ولو تفتت كبده عطشاً لم يستق من
دار صيرفيّ وهو عملي و تجارتي وفيه نبت لحمي و دمي ومنه حجتي و عمرتي ، قال :

(١) الكافي ج ٥ ص ١١٤ تحت رقم ٤ ، والنهذيب ج ٢ ص ١٠٩ والنظ له .

(٢) في المصدرين إذا عدلته ، وفي الوسائل كما في المتن .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١١٤ ، والنهذيب ج ٢ ص ١٠٩ .

فجلس ﷺ ثم قال : كذب الحسن خذ سواءً وأعط سواماً فإذا حضرت الصلاة فذع ما بيدك وانفض إلى الصلاة أما علمت أن أصحاب الكهف كانوا صيارفة ،^(١) و يمكن أن يقال : يشكل حمل الأخبار الواردة في المقام على الكراهة الشرعية من جهة وجوب الأعمال المذكورة في الجملة حفظاً للنظام و مع هذا كيف ينهى الشارع نهياً مولوياً ، إلا أن يقال : أصل العمل في الجملة واجب حفظاً للنظام و جعله شغلاً بحيث يكون العامل مداوماً له مكروه لما يترتب عليه ولا يخلو عن بعد ، فلا يبعد أن يقال : مع الأمان مما يترتب عليها غالباً لا كراهة أصلاً كما يظهر مما ذكر ، ولا داعي للحمل على الجواز المجامع للكراهة و مع عدم الأمان نهى إرشاداً فالصير في بيعه الربوي يكون حراماً ، والغير الربوي يكون حلالاً كما يظهر من الخبر المذكور بلا كراهة شرعية و وحدة السياق يقتضي كون كراهة غير العملين المذكورين في الربويين من هذا القبيل ، فينبغي لباع الأكفان تهذيب الخلق و هكذا الجزأر و غيره .

ولم يظهر وجه التعبير بغلبة الوقوع في الحرام في جميع الأعمال المذكورة فإن بايع الأكفان حبه لحدوث الوباء بين الناس مذموم لكنه لا يعد من المحرمات الشرعية .
**و أما كراهة ما يكن من السلاح لأهل الكفر فلا تخلو عن الإشكال لأن دليل الجواز رواية محمد بن قيس قال : « سألت أبا عبد الله ﷺ عن الفئتين تلتقيان أبيعهما السلاح ؟ فقال : بهما ما يكتنهما الدرع والخفين و نحو هذا »^(٢) وهي محمولة على فريقين محقوني الدماء إن لو كان كلاهما أو أحدهما مهذور الدم لم يكن وجه للمنع من بيع السلاح من صاحبه فليس راجعاً إلى البيع من أهل الكفر و دليل المنع رواية الحضرمي قال : « دخلنا على أبي عبد الله ﷺ فقال له حكم السراج : ما تقول فيمن يحمل إلى الشام من السروج وأداتها ؟ قال : لا بأس أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله ﷺ أنتم في هدنة فإذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا إليهم السروج والسلاح »^(٣)
و عموم رواية تحف العقول فالقول بالكراهة مشكك .**

(١) الكافي ج ٥ ص ١١٣ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ١١٣ ، التهذيب ج ٢ ص ١٠٧ ، والاستبصار ج ٣ ص ٥٨ .

﴿ وأما لضعته كالحياكة والحجامة إذا شرط الأجرة ، وضراب الفحل ، ولا بأس بالختانة و خفض الجواري ﴾ .

أما كراهة الحياكة فيدل عليها النصوص المشتملة على ذم هذه الصنعة والنهي عنها ، فمنها ما عن إسماعيل بن الصيقل الرّآزي قال : دخلت على أبي عبدالله عليه السلام ومعني ثوبان فقال لي : يا أبا إسماعيل تجيئني من قبلكم أثواب كثيرة ليس يجيئني مثل هذين الثوبين اللذين تحملهما أنت فقلت : جعلت فداك تغزلهما أم إسماعيل ، و أنسجهما أنا ، فقال لي : حائك ؟ فقلت : نعم فقال : لا تكن حائكاً - الحديث ^(١) ولا بدّ من الحمل على صورة اتخاذا شغلاً وإلا فأصلها ربما تجب حفظاً للنظام ، وفي بعض الأخبار أوّل الحائك بمعنى آخر ، ففي مرسل أحمد بن محمد عن الصادق عليه السلام قال : ذكر الحائك عنده عليه السلام « أنه ملعون ، فقال : إنما ذاك الذي يحوك الكذب على الله و رسوله صلى الله عليه وآله وسلم » ^(٢) لكنّه لا مجال لحمل تلك الأخبار على هذا المعنى لأن المتكلم الحكيم إذا كان في مقام البيان لا يريد غير ما يظهر للمخاطب ممّا هو بعيد عن الأذهان .
وأما كراهة الحجامة مع الاشتراط فيدل عليها قول الصادق عليه السلام على المحكيّ لما سأله أبو بصير عن كسب الحجّام فقال : « لا بأس به إذا لم يشارط » ^(٣) وقوله أيضاً على المحكيّ في خبر سماعة : « السحت أنواع كثيرة منها كسب الحجّام إذا شارط » ^(٤) و موثق زرارة « سألت أبا جعفر عليه السلام عن كسب الحجّام فقال : مكروه له أن يشارط » ^(٥) والدليل على الجواز خبر حنان بن سدير قال : « دخلنا على أبي عبدالله عليه السلام ومعنا فرقد الحجّام ، فقال له : جعلت فداك إنني أعمل عملاً وقد سألت عنه غير واحد فعموا أنه عمل مكروه وأنا أحب أن أسألك فإن كان مكروهاً انتهيت عنه وعملت غيره من

(١) الكافي ج ٥ ص ١١٥ ، والنهذيب ج ٢ ص ١٠٩ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ٣٤٠ تحت رقم ١٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١١٥ ، والنهذيب ص ٢ ج ١٠٧ ، والاستبصار ج ٣ ص ٥٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٢٧ تحت رقم ٣ .

(٥) المصدر ج ٥ ص ١١٦ تحت رقم ٤ .

الأعمال ، فأنى منته في ذلك إلى قولك ، قال : فما هو ؟ قلت : حجام ، قال : كل من كسبك يا ابن أخي و تصدق منه و حجج و تزوج فإن نبي الله ﷺ قد احتجم و أعطى الأجر ولو كان حراماً ما أعطاه - الحديث « (١) .

ولا يبعد أن يقال نفس العمل بلا أجرة لا كراهة فيه كما أنه لا كراهة مع عدم الشرط ، وهذا لا ينافي احترام العمل فمع عدم الشرط يرجع إلى أجرة المثل لكون العمل مشروعاً محترماً والحزاة في الاشتراط وعلى هذا فعدت نفس العمل مكروهاً ولو من جهة الاشتراط بحيث تسري الكراهة إلى نفس العمل مشكلاً ، و يحتمل أن يكون ما في موثق زرارة قوله : « مكروه له أن يشارط » بفتح الهمزة بحيث يرجع الكراهة إلى نفس الاشتراط لا بالكسر حتى يصير ما بعد « أن » شرطاً للكراهة .

و أما كراهة ضراب الفحل بأن يأجره لذلك مع رعاية شرائط الإجارة فلا خلاف ظاهر أفيها للمرسل في الفقيه « نهى رسول الله ﷺ عن عسيب الفحل وهو أجرة الضراب » (٢) و يحتمل أن يكون التفسير من الصدوق (قدّمه) والدليل على الجواز خبر حنان بن سدير عن الصادق عليه السلام قال فيه : « قلت له : جعلني الله فداك إن لي تيساً أكرهه ما تقول في كسبه ؟ قال : كل كسبه فإنه لك حلال ، والناس يكرهونه ، قال حنان : قلت : لأي شيء يكرهونه وهو حلال ؟ قال : لتعير الناس بعضهم بعضاً » (٣) و صحيح معاوية بن عمار فإن فيه « قلت : فأجر التيوس ؟ قال : إن كانت العرب لتعير به ولا بأس » (٤) وقد يقال : التعير بعدم البأس وحليّة الكسب به لا ينافي الكراهة للمرسل المذكور . ويمكن أن يقال : ظاهر الخبرين أنه لا حزاة إلا تعير الناس لا الكراهة الشرعية .
و أما الختانة و خفض الجواري فلا بأس بهما و حيث إنهما من الأعمال المشروعة لا مانع من التكسب بهما و أخذ الأجرة لاحترام العمل .

(١) الكافي ج ٥ ص ١١٦ تحت رقم ٣ .

(٢) الوسائل أبواب ما يكتسب به ب ١٢ ح ٣ .

(٣) جزء من الخبر الذي تقدم عنه .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١١٦ تحت رقم ٥ .

﴿ **وَأَمَّا لِتَطْرُقِ الشَّبْهَةُ إِلَيْهِ كَكَسْبِ الصَّبِيَانِ وَ مِنْ لَا يَجْتَنِبُ الْمُحَارِمَ** ﴾ .
أَمَّا تَطْرُقُ الشَّبْهَةُ فِي كَسْبِ الصَّبِيِّ مِنْ اجْتِرَائِهِ عَلَى مَا لَا يَحِلُّ مِنْ جِهَةِ جَهْلِهِ أَوْ
التفاته بكونه مرفوع القلم عنه و مع العلم باكتسابه من محلل لم يظهر وجه للكراهة
كما أنه مع العلم باكتسابه من محرّم لا بدّ من الاجتناب ، لكنّ الاشكال في أنّه مع
الالتزام بعدم صحّة معاملاته حتّى مع إذن الوليّ إلّا في مثل حيازة المباحات مامعنى التعرّض
لهذه المسألة إلّا أن يقال بجواز معاملاته مع إذن الوليّ والممنوع استقلاله فيها وهو بعيد
عن كلماتهم ، بل المشهور عدم الصحّة مع الإذن إلّا بأن يكون من قبيل الآلة ، بحيث
يكون طرف المعاملة الولي . وكذا يقع الإشكال بالنسبة إلى يده من حيث أماريتها على
الملكيّة ، ثمّ إنّّه على القول بالكراهة في كسبه و كذا كسب من لا يجتنب الكراهة
بالنسبة إليهما أو بالنسبة إلى غيرهما ممّن يعامل معهما فإن كان النظر بالنسبة إليهما
كما هو الظاهر حيث عدّاً مع مثل الحائك والحجّام فالكراهة بالنسبة إلى الصبيّ ما
معناها مع أنّه ممّن رفع عنه القلم و هي بالنسبة إلى من لا يجتنب ما معناها حيث إنّّه
مع الجهل يجب عليه الاجتناب و مع العلم أو الطريق أو الأصل مع اعتبارهما لاشبهة
حتّى يكره الكسب ، و إن كان النظر إلى الاجتناب عن مواقع الشبهة فالكراهة عقلية
لا الشرعية كوجوب الاجتناب عن أطراف العلم الإجمالي .

و يمكن أن يكون الكراهة في كسب الصبيّ راجعةً إلى غير وليّه مع وساطة
الوليّ فإنّ مالك الصبيّ بالاحتطاب والاصطياد وحيازة المباحات شيئاً وجب على الوليّ حفظه
لأنّه ماله شرعاً ولكنه يكره لغير الوليّ لتطرق الشبهة من جهة الجهل أو الالتفات برفع القلم .
﴿ **وَمِنْ الْمَكْرُوهِ الْأُجْرَةُ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَ نَسْخِهِ ، وَ كَسْبُ الْقَابِلَةِ مَعَ الشَّرْطِ ،**
وَلَا بَأْسَ لَوْ تَجَرَّدَ ، وَ لَا بَأْسَ بِأُجْرَةِ تَعْلِيمِ الْحِكْمِ وَ الْآدَابِ ، وَ قَدْ يَكْرَهُ الْاِكْتِسَابُ بِأَشْيَاءٍ
أُخْرٍ يَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ﴾ .

أَمَّا كِرَاهَةُ الْأُجْرَةِ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ فِيمَكْنِ اسْتِفَادَتِهَا مِنْ الْجَمْعِ بَيْنَ أَخْبَارِ
المسألة . فمنها ما رواه في التهذيب^(١) عن عمرو بن خالد ، عن زيد بن عليّ ، عن أبيه ، عن

آبائه، عن علي عليه السلام و رواه في الفقيه ^(١) مرسلًا عن علي عليه السلام أنه « أتاه رجلٌ فقال : يا أمير المؤمنين والله إنني لأحبك لله ، فقال : والله إنني لأبغضك لله ، قال : ولم؟ قال: لأنك تبغى علي الأذان كساء و تأخذ علي تعليم القرآن أجرًا » و زاد في التهذيب و سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : « من أخذ علي تعليم القرآن أجرًا كان حظه يوم القيامة ». و منها ما رواه في التهذيب عن إسحاق بن عمار ، عن العبد الصالح عليه السلام قال : « قلت له : إن لي جاراً يكتب و قد سألتني عن أسألك عن عمله قال : مره إذا دفع إليه الغلام أن يقول لأهله : إنني أعلّمه الكتاب والحساب و اتجر عليه بتعليم القرآن حتى يطيب له كسبه » ^(٢) و منها ما رواه المشايخ الثلاثة عن الفضل بن أبي قرّة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : يقولون : إن كسب المعلم سحتٌ ؟ فقال : كذبوا أعداء الله إنما أرادوا أن لا يعلم القرآن ولو أن المعلم أعطاه رجلٌ دية و لده لكان للمعلم مباحاً « و الأظهر الجمع بحمل ما يظهر منه الحرمة على الكراهة .

و أما كراهة الأجرة على نسخه فقد يستدلُّ عليها بما روي أنه ما كان المصحف يباع و يأخذ الأجر على كتابته في زمانه عليه السلام بل كان يخلى الورقة في المسجد عند المنبر و كلُّ من يجيء يكتب سورة و في دلالة تأمل فعلي أي تقدير استفاد من خبر آخر جوازها ففي رواية روح « ما ترى أن أعطى على كتابته أجرًا؟ قال : لا بأس ، ولكن هذا كانوا يصنعون، ^(٣) يعني « يخلى عند المنبر » .

و أما كراهة كسب القابلة مع الشرط فلم نعثر على خبر فيها و لعلّ الدليل الإجماع و حيث إن عملها عمل محلل بل واجب في بعض المواقع ولم يدل دليل على تحريم الأجرة جاز أخذ الأجرة عليه .

و أما جواز أخذ الأجرة على تعليم الحكم والآداب فلعله عمل محلل ولم يرد النهي عن التكسب به ، بل ربما استفاد من الأخبار جوازه كرواية حسان المعلم قال « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التعليم ، فقال : لا تأخذ علي التعليم أجرًا ، قلت : الشعر

(١) في الوسائل ابواب ما يكتسب به ب ٣٠ ح ١ ، و الاستبصار ج ٣ ص ٦٥ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١١٠ .

والرّسائل وما أشبه ذلك أُشارط عليه؟ قال: نعم - الحديث «^(١) وحمل التعليم على تعليم القرآن .

﴿ مسائل ست ﴾ : الأولى لا يأخذ ما ينثر في الأعراس إلا ما يعلم معه الإباحة .
الثانية لأبس ببيع عظام الفيل واتخاذ الأمشاط منها .

أما حرمة أخذ ما ينثر في الأعراس مع عدم العلم بالإباحة أو ما يقوم مقام العلم فهي مقتضاة الأصل ولا إشكال ولا خلاف فيها ومع العلم لا يحرم الأخذ ولكن يكره انتهاباً ، ويدل على ما ذكر ما رواه الشيخ عن إسحاق بن عمار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الإملاك يكون و العرس فينثرون على القوم ، فقال : حرام ولكن كل ما أعطوك منه »^(٢) وفي الصحيح عن علي بن جعفر عليه السلام قال : « سألته عن النثار من السكر واللوز وأشباهه أيجلأ أكله؟ فقال : يكره أكل ما انتهب »^(٣) وعن وهب عن جعفر ، عن أبيه عليه السلام قال علي عليه السلام : « لأبس بنثر الجوز والسكر »^(٤) ولعل الصحيح المذكور محمول على صورة شهادة الحال بالإباحة ، وأما الرّواية الأخيرة فلا دلالة لها على الحليّة .

وأما صحّة بيع عظام الفيل واتخاذ الأمشاط منها فيدل عليها خبر عبد الحميد ابن سعد « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن عظام الفيل أيجلأ بيعه و شراؤه للذي يجعل منه الأمشاط؟ فقال : لأبس ، قد كان لأبي منه مشطاً أو أمشاط »^(٥) وفي آخر « رأيت أبا الحسن عليه السلام يتمشط بمشط عاج و اشتريته له »^(٦) وفي ثالث « عن العاج؟ قال : لأبس به و إن لي منه لمشطاً »^(٧) مضافاً إلى ما عن الخلاف من الإجماع على جواز التمشط به و جواز استعماله .

﴿ الثالثة يجوز أن يشتري من السلطان الجائر ما يأخذه باسم المقاسمة و اسم

(١) الكافي ج ٥ ص ١٢١ .

(٢) و(٣) و(٤) التهذيب ج ٢ ص ١١١ والاستبصار ج ٣ ص ٦٦ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ ، والتهذيب ج ٢ ص ١١٢ .

(٦) و(٧) الكافي ج ٦ ص ٤٨٩ .

الزكاة من ثمرة وجوب ونعم . وإن لم يكن مستحقاً له .

جواز أخذ ما يأخذه السلطان الجائر المستحق باسم المقاسمة و اسم الزكاة هو المشهور ، بل يقال : لا خلاف لإلّا من بعض . واستدلّ عليه بروايات منها صحيحة الحدّثاء عن أبي جعفر عليه السلام قال : «سألته عن الرّجل منّا يشتري من عمّال السلطان من إبل الصدقة وغنمها وهو يعلم أنّهم يأخذون منهم أكثر من الحقّ الذي يجب عليهم ؟ قال : فقال : ما الإبل والغنم إلّا مثل الحنطة والشعير وغير ذلك لا بأس به حتّى يعرف الحرام بعينه فيجتنب ، قلت : فما ترى في مصدّق يجيئنا فيأخذ منّا صدقات أغنامنا فنقول بعناها فيبيعنا إيّاها فما ترى في شرائها منه ؟ فقال : إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس قيل له : فما ترى في الحنطة والشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا ويأخذ حظه فيعزله بكييل فما ترى في شراء ذلك الطعام منه ؟ فقال : إن كان قد قبضه بكييل وأتم حضور فلا بأس بشرائه منه من غير كييل ^(١)» لا إشكال في ظهور هذه الصحيحة في جواز التصرف في ما يؤخذ من العمّال والحلال هو ما يؤخذ باسم الزكاة والصدقة والحرام الزائد ، والمراد من القاسم هو المتصدّي للزكاة والصدقة لا مزارع الأرض ولا أقلّ من ترك الاستفصال كما أنّه يستظهر من هذه الصحيحة جواز أخذ ما لا يعلم كونه من الزائد الحرام مع حصول العلم الإجمالي وكون الأطراف مبتلى بها ، فما يقال من عدم الأخذ بما يظهر من الأخبار الدالّة على حليّة المشتبه بل تحمل على صورة خروج بعض الأطراف عن محلّ الابتلاء ، أو على الحكم الحيثي كحليّة لحم الغنم في مقابلة لحم الأرنب والتعلّب مثلاً الغير المنافية للحرمة من جهة العلم الإجمالي .

ومنها رواية إسحاق بن عمّار قال : «سألته عن الرّجل يشتري من العامل وهو يظلم ، قال : يشتري منه ما لم يعلم أنّه ظلم فيه أحداً» ^(٢) وجه الدلالة استظهار أنّ الاشتراء من العامل في ما هو عامل فيه ولا يخلو عن الإشكال فالأولى التمسك بترك الاستفصال .

ومنها رواية أبي بكر الحضرمي قال : «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام وعنده ابنه

إسماعيل فقال : ما يمنع ابن أبي سماك عن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفي الناس ويعطيهم ما يعطي الناس؟ قال : ثم قال لي : لم تركت عطاءك؟ قال : قلت : مخافة على ديني قال : ما منع ابن أبي سماك أن يبعث إليك بعطائك أما علم أن لك في بيت المال نصيباً^(١) ، فإن ظاهره حل ما يعطي من بيت المال عطاءً أو أجره للعمل فيما يتعلق به وقد جعل محقق الكركي (قدس سره) هذا الخبر نصاً في الباب لأنه بإسناده بين أنه لا خوف على السائل في دينه لأنه لم يأخذ إلا نصيبه من بيت المال ، وقد ثبت في الأصول تعدد الحكم بتعددي العلة المنصوصة ، وقد اعترض المحقق الأردبيلي (قدس سره) باحتمال أن يكون المال من بيت مال يجوز أخذه وإعطائه للمستحقين بأن يكون مندوراً أو وصية لهم بأن يعطيهم ابن أبي سماك وغير ذلك ، وقيل عليه أن الإصناف أن الرأوية ظاهرة في حل ما في بيت المال مما يأخذه الجائر ، ويمكن إن يقال لفظ بيت المال ظاهر فيما قيل إلا أنه لما كان التوجه إلى ابن أبي سماك ولم يحرز شأنه وعمله فلا استبعاد فيما ذكره المحقق (قدس سره) ثم إنه مع تمامية الدلالة لا يستفاد منه إلا حلية ما يؤخذ أجره للعمل أو ما يكون بمقدار النصيب دون ما يخرج عن الأجره والنصيب كما لو وهب سلطان أو عماله شيئاً ، وبعبارة أخرى إن كان الوجه في الحلية مجرد كون الإعطاء من قبلهم لما احتاج إلى التعليل إلى أن له نصيباً في بيت المال . و منها الأخبار الواردة في أحكام تقبّل الخراج من السلطان على وجه استفاد من بعضها كون أصل التقبّل مسلم الجواز . فمنها صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في جملة حديث قال : « لا بأس بأن يتقبّل الرجل الأرض وأهلها من السلطان وعن مزارعة أهل الخراج بالنصف والثلث والرّبع قال : نعم لا بأس به ، وقد قبّل رسول الله صلى الله عليه وآله خير أعطاهها اليهود حين فتحت عليه بالخبر . والخبر هو النصف^(٢) . »

و منها الصحيح ، عن إسماعيل بن الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يتقبّل بخراج الرّجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل و الشجر والآجام

(١) النهذب ج ٢ ص ١٠٢ .

(٢) النهذب ج ٢ ص ١٧٣ .

والمصائد والسمك والطيور وهو لا يدري لعلّ هذا لا يكون أبداً أو يكون ، أيشترية ؟ و في أيّ زمان يشترية ويتقبل منه قال : إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره وتقبل به ^(١) ، ونحو الموثق المرويّ في الكافي والتهذيب ^(٢) بأدنى تفاوت .

وهذه الأخبار يستفاد منها نفوذ تصرّف السلطان وعمّاله في الجملة . و أمّا نفوذ كلّ تصرّف حتى مثل الهبة والتمليك المجاني فلا ، و دعوى القطع لعدم الفرق مشكلة الأثرى أن عثمان بن عفان كان أعظم اعتراضات الصحابة عليه بذل الأموال في غير المحلّ بل عدّه من الخيانة بالمسلمين فالتعميم المذكور في كلمات الأكاير محلّ إشكال ، ثمّ إنّ ظاهر المتن جواز الأخذ من السلطان الجائر من غير فرق بين كونه مستحقاً و معتقداً استحقاق نفسه لتصدّي أمور المسلمين ومن لا يعتقد هذا ويرى نفسه غير مستحقّ ومع هذا يتصدّي أمور المسلمين ، و قد يستشكل في الإطلاق من جهة أنّ ما ورد من الأخبار ناظرة إلى تصرّفات سلاطين تلك الأعصار الذين يرون أنفسهم مستحقين لمقام الخلافة ، ويمكن أن يقال لم يحرز كون سلاطين الأعصار معتقدين استحقاقهم لمقام السلطنة والخلافة بل المحكيّ عن بعضهم خلافه ، وإنّما كان التصدّي حياً لمقام السلطنة والرّياسة . نعم كانوا مظهرين استحقاقهم لذلك المقام ، ومع هذا يشكل التعميم بالنسبة إلى من لا يظهر .

﴿ الرابعة لو دفع إليه مالاً ليصرفه في المحاويج و كان منهم فلا يأخذ منه إلاّ بأذنه على الأصحّ ولو أعطى عياله جاز إذا كانوا بالصفة ولو عين له لم يتجاوز ﴾ .
الأكثر بل المشهور على ما حكى على جواز الأخذ للاندرج في اللفظ وظهور كون المراد المتصّف بالوصف وللموثق عن سعيد بن يسار « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرّجل يعطي الزّكاة يقسمها في أصحابه يأخذ منها شيئاً ؟ قال : نعم ^(٣) » والحسن ، عن الكاظم عليه السلام في الرّجل « أعطى مالاً يفرّقه فيمن يحلّ له يأخذ منه شيئاً لنفسه و إن لم يسمّ له ؟ قال : يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطي غيره ^(٤) » .

(١) العقيه باب البوع ج ٦٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٥ والتهذيب ج ٢ ص ١٥٢ .

(٣) و(٤) الكافي ج ٣ ص ٥٥٥ .

وفي قبال هذين وغيرهما صحيح عبدالرحمن المسند إلى الصادق عليه السلام في التحرير المضمّر في غيره «سألته عن رجل أعطاه رجل مالا ليقسمه في محاويج أو مساكين وهو محتاج يأخذ منه لنفسه ولا يعلمه؟ قال: لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له» (١) وقد يقرب المنع بظهور الأمر بالإعطاء والدفع ونحوهما في الإخراج للغير وكون المقام كالتوكيل في البيع والتزويج ونحوهما مما لا يشمل الوكيل نفسه ولا أول من أن يكون مسكوتاً عنه .

ويمكن أن يقال: يبعد أن يكون الأخبار الواردة ناظرة إلى حكم التبعدي على خلاف ما يستظهر من كلام الدافع أو مع عدم ظهور كلامه فمع الشك يشكّل جواز الأخذ وإن كان بحيث لو سئل عنه لجوز، لكن كان هذا الشخص المدفوع إليه مسكوتاً عنه وعلى هذا يشكّل القول بالجواز ترجيحاً للأخبار المجوزة .

وأما إعطاء العيال فإن كان العيال بحيث يكون صرف المال فيهم بمنزلة صرفه في نفسه فالإشكال باق وإلا فلا إشكال، ويدل عليه صحيح عبدالرحمن، عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل أعطاه رجل مالا ليقسمه في المساكين وله عيال محتاجون، أيعطيهم من غير أن يستأمر صاحبه؟ قال: نعم» (٢) وهذا الصحيح مطلق كالأخبار المجوزة للأخذ لنفسه، ولا يبعد الأخذ باطلاقها بأن يقال كما يرجع الشاك في مفهوم كلام إلى العرف ويرفع شكّه كذلك يرفع الشكّ ببيان الشرع إن أخذ بالأخبار المجوزة لكن هذا مع حصول الشكّ بنظر العرف مشكّل إلا أن يكون من باب التبعّد وهو مستبعد وأما مع التعيين فلا يجوز التجاوز ووجهه واضح .

﴿الخامسة جوائز الظالم محرّمة إن علمت بعينها وإلا فهي حلال﴾ .

جوائز الظالم لا تخلو عن أحوال لأنّه إمّا أن لا يعلم في جملة أمواله مال محرّم يصلح لكون المأخوذ هو من ذلك المال وإمّا أن يعلم، وعلى الثاني فإمّا أن لا يعلم أن ذلك المحرّم أو شيئاً منه هو داخل في المأخوذ وإمّا أن يعلم ذلك، وعلى الثاني فإمّا أن يعلم تفصيلاً وإمّا أن يعلم إجمالاً فالصور أربع :

أما الأولى فلا إشكال فيها في جواز الأخذ و حليّة التصرف للأخبار منها قوله عليه السلام على المحكيّ: «كل شيء هو لك حلالٌ حتى تعلم أنه حرام بعينه» (١) و منها مصححة أبي المغرا «أمرٌ بالعامل فيجيزني بالدراهم آخذها؟ قال: نعم، وقلت أحجُّ بها؟ قال: و حجَّ بها» (٢) و منها رواية محمد بن مسلم و زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام «جوائز السلطان ليس بها بأس» (٣) إلى غيره من الأخبار.

و أما الثانية فإن كانت الشبهة غير محصورة فحكمها كالصورة الأولى وكذا إذا كانت محصورة وكان بعض أطراف الشبهة خارجاً عن محلّ الإبتلاء و وجهه شمول الأخبار المذكورة و عدم منجزية العلم الإجمالي. أما مع عدم الحصر و إن كانت الأطراف محلّ الإبتلاء و عدم الاضطرار بارتكاب بعض الأطراف فلا نرى وجهاً لعدم التنجيز إلا موهونة الاحتمال و هذا الوجه يلزم منه عدم لزوم الاحتياط مع الحصر و كون الأطراف محلّ الإبتلاء كما لو وقع قطرة من الدّم في أحداً نائين و احتمال وقوعه في أحدهما المعين موهونٌ جداً ولا يلتزم بجواز الارتكاب إلا من يعامل مع الاطمينان معاملة القطع و الظاهر أنّ نظر المجمعين ليس إلا من هذه الجهة، و كذلك ما ورد من الخبر المبحور للارتكاب. و أمّا صورة خروج بعض الأطراف عن محلّ الإبتلاء فلا وجه لجواز الارتكاب فيها إلا ما يقال من استهجان الخطاب و فيه إشكال من جهة أنه يلزم منه عدم توجه التكليف الفعلي بالنسبة إلى من كان منصرفاً عن فعل المحرّم كأنصراف نوع الناس عن أكل الخبثات أو شربها، و أنصراف كثير من الناس عن الفحشاء والمنكر والحاصل أنه إن بنينا على شمول أخبار الحليّة لأطراف العلم الإجمالي ما لم يوجب المخالفة القطعية فلا فرق بين كون الأطراف خارجة عن محلّ الإبتلاء و بين كونها داخلة و إن بنينا على عدم الشمول لا فرق أيضاً و التفصيل مشكّل، و عمدة ما يكون وجهاً للزوم الاحتياط

(١) الكافي ج ٥ ص ٣١٣، و التهذيب ج ٢ ص ١٧٩.

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٠٢، و العقبه ج ٣ ص ١٠٨ باب المعاش و المكاسب تحت رقم

٩٨ و اللفظ له.

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٠٢.

في الشبهة المحصورة عدم إمكان الرجوع إلى الأصل لتعارض الأصلين أو الأصول حيث أن العمل بالأصول في مجموع الأطراف توجب المخالفة القطعية بالنسبة إلى التكليف المنجز وهي محرمة بحكم العقل وجريان الأصل في بعض الأطراف دون بعض ترجيح بلا مرجح . ويمكن الجواب بإمكان جريان الأصل في كل من الأطراف مشروطاً بالاجتناب عن الطرف الآخر وهذا نظير حرمة الجمع بين الأختين في التزويج فتزويج كل منهما جائز لا بنحو الإطلاق . بل بنحو الاشتراط وهذا النحو من الترخيص لا يوجب المخالفة القطعية ولا الترجيح بلا مرجح ووجه هذا الاشتراط حكم العقل ونظيره ما يلتزم به القائلون بصحة الترتب حيث أن الأمر بالمهم بنحو الإطلاق لا يصح لكنه مع ترك الأهم لا مانع منه ، إن قلت : لازم هذا الترخيص في المخالفة القطعية لو تحقق شرط كلا الأصلين قلت : يرد عليه النقض بلزوم هذا في الأختين بأن ترك الأزواج أصلاً والحل أن إطلاق الدليل لا يشمل حال الفعل وحال الترك للزوم تحصيل الحاصل أو الممتنع وهذا هو الوجه لتصحيح الترتب ، و غاية ما يستشكل في المقام دعوى أن الأصول أحكام حيثية نظير حلية لحم الغنم في مقابل لحم الأرنب والثعلب ، والحاصل أن مشتبه الحلية والحرمة من حيث هو مشتبه يجوز إرتكابه ولا ينافي هذا مع حرمة من جهة العلم الإجمالي ، وفيها منع واضح لأن بعض الأمثلة المذكورة في بعض الروايات التي انطبقت عليها الحلية ليس كذلك فمنها العين المحتمل كونها مسروقة ودعوى خروج بعض أطراف الشبهة عن محلّ الابتلاء قد عرفت ما فيها ، هذا مضافاً إلى صحيح الحداء المتقدّم حيث أن السائل قد علم بأخذ العامل الزائد الحرام والذي يعطيه محتمل أن يكون هو الزائد الحرام فتمام ما في يد العامل محلّ الابتلاء ، ولا يستهجن أن يقال للسائل : اجتنب عن جميع ما في يد العامل ومجرد عدم التصرف إلا في البعض لا يوجب خروج البقية عن محلّ الابتلاء ، وهذا نظير العلم بنجاسة عشر آنية مع أن محلّ الحاجة واحد منها .

و أما الصورة الثالثة وهو أن يعلم تفصيلاً حرمة ما يأخذه فلا إشكال في حرمة على الآخذ و يقع الكلام في حكمه إذا وقع في يده فالعلم بالحرمة إما أن يكون قبل وقوعه

في يده ، وإما أن يكون بعده فإن كان قبله لم يجز له أن يأخذه بغير نية الردِّ إلى صاحبه سواء أخذه تقيّة أو اختياراً لأنَّ أخذه بغير هذه النية تصرف لم يعلم رضا صاحبه به والتقيّة تتأدّى بقصد الردِّ فإن أخذه بغير هذه النية كان غاصباً ترتب عليه أحكامه وإن أخذه بنية الردِّ كان محسناً وكان في يده أمانة شرعية .

و يمكن أن يقال نمنع صدق الإحسان بمجرّد النية فمن أراد دفع شرّ متوجّه إلى الآخر أو إيصال خير إليه ولم يتمكّن بصدق أنّه نوى الإحسان ، ولا يقال إنّه محسنٌ بالنسبة إلى ذلك ، فلو تلف المال قبل الوصول إليه يشكل القول بعدم الضمان من جهة عدم السبيل على المحسنين إلا أن يقال : إنَّ الأخذ بنية الردِّ في نفسه حسنٌ فالأخذ محسن ولو لم يكن هذا الفعل إحساناً بالنسبة إلى صاحب المال ، ويشكل بأنَّ لازم هذا عدم الضمان فيما لو كان الأخذ في نفسه إحساناً إلى الغاصب كما إذا كان الأخذ من الغاصب بملاحظة نفسه المحترمة بحيث لو وجد عنده كان في معرض القتل ولا أظنُّ أن يلتزم بعدم الضمان وإن كان الأخذ لازماً من جهة حفظ نفسه وكذا لو كان الأخذ لازماً لحفظ نفس الآخذ . بل يمكن أن يقال : لا نسلم صدق الإحسان حتّى في صورة النية والردِّ إلى مالكه بملاحظة عدم جواز التصرف في مال الغير إلا برضاه ولذا لا ولاية في التصرف في مال الصغير لغير الولي الشرعي ولو كان بنحو الإحسان ثمّ على تقدير التفصيل لو أخذ من دون توجّه إلى الردِّ وعدمه لزم القول بالضمان لعموم « على اليد » وعدم المخرج كما لا يبعد القول بعدم الضمان مع انقلاب نيته إلى الردِّ والضمان في صورة العكس .

وأما الصورة الرابعة وهي مالو علم إجمالاً اشتمال الجائزة على الحرام فإمّا أن يكون الاشتباه موجباً لحصول الاشاعة ، وإمّا أن لا يكون وعلى الأوّل فالقدر والمالك إمّا معلومان أو مجهولان أو مختلفان فعلى الأوّل فلا إشكال ، وعلى الثاني فالمعروف إخراج الخمس على تفصيل المذكور في باب الخمس ولو علم القدر فقد تقدّم في القسم الثالث ولو علم المالك وجب التخلّص منه بالمصالحة ، وعلى الثاني فيتعيّن القرعة أو البيع والاشتراك في الثمن ، ويمكن أن يقال : قد يتأمّل في كفاية إخراج

الخمس فيما لو علم إجمالاً بزيادة مال الغير عن مقدار الخمس كما أنه قد يتأمل في لزوم إخراج الخمس في صورة العلم بأن مال الغير المحرّم أقلّ من الخمس كما أنه قد لا يمكن التخلّص بالمصالحة كما لو امتنع الطرف أو كان صغيراً إلا أن يقال باجبار الحاكم في الصورة الأولى لقطع الخصومة ، وفي الصورة الثانية يصلح الولي الشرعي أو الحاكم وتفصيل ذلك كله في كتاب الخمس .

﴿ السادسة الولاية عن العادل جائزة ، وربما وجبت . وعن الجائر محرّمة إلا مع الخوف نعم لو تيقن التخلّص من المأثم والتمكّن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر استجبت . ولو أكره لامع ذلك أجاب دفعاً للضرر وينفذ أمره ولو كان محرّماً إلا في قتل المسلم ﴾ .

أمّا الولاية عن العادل فلا شبهة في جوازها بل تكون راجحة لما فيها من المعاونة على البرّ والتقوى ، فالمراد بالجواز المعنى الأعمّ المجتمع مع الوجوب لأنّ القضاء والنظام والسياسة إذا وجبت وجبت الولاية بالوجوب وقد تجب عيناً إذا لم تكن من له الأهلية إلا واحداً أو عينه الإمام عليه الصلاة والسلام حيث قرن الله تعالى طاعته بطاعته .

وأمّا حرمة الولاية عن الجائر فيدلّ عليها الأخبار منها ما في رواية تحف العقول من قوله « وأما وجه الحرام فولاية الوالي الجائر وولاية ولاته فالعمل لهم والكسب لهم بجهة الولاية معهم حرام محرّم معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير لأنّ كلّ شيء من جهة المعونة له كبيرة من الكبائر ، وذلك أنّ في ولاية الوالي الجائر دروس الحقّ كله وإحياء الباطل كله وإظهار الظلم والجور والفساد وإبطال الكتب وقتل الأنبياء وهدم المساجد وتبديل سنة الله وشرائعه . فلذلك حرّم العمل معهم ومعونتهم والكسب معهم إلا بجهة الضرورة نظير الضرورة إلى الدّم والميتة . الخبر » وفي رواية أبي سلمة « أهون ما يرضع الله عزّ وجلّ لمن تولى لهم أن يضرب عليه سرادقاً من نار إلى أن يفرغ الله من حساب الخلائق »^(١) وهل الولاية تكون حرمتها نفسية مع قطع النظر عن ترتب محرّم أو تكون الحرمة من جهة ترتب المحرّمات ؟ لا يبعد ظهور الرّوايات

في الحرمة النفسية . و يؤيد هذا أن مقدّمة الحرام ما لم توجب سلب الاختيار عن المكلف كالأفعال التوليدية لا وجه لحرمتها ، ويمكن الفرق بين إتيان المقدّمة بقصد التوصل إلى الحرام والإتيان لا بهذا القصد ولا فائدة في هذا البحث لأنّ الانفكاك يقرب أن يكون من المحالات عادتاً ففي صحيحة داود بن زربيّ قال : « أخبرني مولى لعليّ ابن الحسين عليه السلام قال كنت بالكوفة فقدم أبو عبد الله عليه السلام الحيرة فأتيته فقلت له : جعلت فداك لو كلمت داود بن عليّ أو بعض هؤلاء فأدخل في بعض هذه الولايات ، فقال : ما كنت لأفعل ، فانصرفت إلى منزلي فنفكرت ما أحسبه أنه منعني إلا مخافة أن أظلم أو أجور ، والله لا يبيته ولا يعطينه الطلاق والعناق والأيمان المغلظة أن لأجورن عليّ أحد ولا أظلمن ولا أعدن قال : فأتيته فقلت : جعلت فداك إنني فكرت في إباثك عليّ وظننت أنك إنما منعتني مخافة أن أظلم أو أجور ، وإن كل امرأة لي طالق ، وكل مملوك لي حر ، عليّ وعليّ إن ظلمت أحداً أو جرت عليّ أحد ، بل إن لم أعدل ، قال : فكيف قلت ؟ فأعدت عليه الأيمان فرفع رأسه إلى السماء وقال : تناول السماء أيسر عليك من ذلك » (١) بناء على أن المشار إليه هو العدل وترك الظلم ، ويحتمل أن يكون هو الترخّص في الدخول وبعده الاحتمال الثاني ما ورد من التجوز لتفريج كربة مؤمن أو فك أسره أو قضاء دينه ، ثمّ إنّه يسوّغ الولاية المذكورة أمران أحدهما القيام بمصالح العباد بلا خلاف ظاهراً ، واستدلّ بالإجماع والسنة الصحيحة و قوله تعالى حكاية ، عن يوسف على نبيّنا وآله وعليه السلام « اجعلني على خزائن الأرض » واستدلّ أيضاً بأنّ الولاية إن كانت محرّمة لذاتها كان ارتكابها لأجل المصالح ورفع المفاسد التي هي أهمّ من مفسدة انسلاك الشخص في أعوان الظلمة بحسب الظاهر ، وإن كانت لاستلزامها الظلم على الغير فالمفروض عدم تحققه وبدل عليه النبويّ الذي رواه الصدوق في حديث المناهي قال : « من تولّى عرافة قوم أتى به يوم القيامة ويدها مغلولتان إلى عنقه فإن قام فيهم بأمر الله تعالى أطلقه الله وإن كان ظالماً يهوي به في نار جهنم وبئس

المصير^(١) « والعريف في ذلك الزمان لا يكون إلا من قبل الجائر وصحيحة زيد الشحام المحكيّة عن الأمامي عن أبي عبد الله عليه السلام » من تولّى أمراً من أمور الناس فعدل فيهم وفتح بابه ورفع ستره ونظر في أمور الناس كان حقاً على الله أن يؤمن روعته يوم القيامة ويدخله الجنة^(٢) .

ويمكن أن يقال: أمّا الآية الشريفة فالاستدلال بها مبني على كون نحو قيام يوسف على نبينا وآله وعليه السلام نحو قيام الولاية . ولعله كان من جهة تفويض السلطنة والملك إليه . وأمّا ما ذكر من أن الولاية إن كانت محرّمة - الخ ، فالظاهر أن نظر المستدل إلى ما هو المشهور من لزوم دفع الأفسد بالفاسد في بعض الصور ولزوم حفظ الأهم الواجب وإن كان مستلزماً لفعل الحرام في بعض الصور ، أمّا الصورة الأولى فيشكل الالتزام بالجواز مطلقاً ألا ترى أنه لو أمر الظالم بقتل النفوس المحترمة ودار الأمر بين ارتكاب أحد المأمورين قتل نفس واحدة وارتكاب غيره قتل نفسين أو أزيد هل يمكن القول بجواز ارتكاب الأقل ، و أمّا الصورة الثانية فالكبرى مسلمة لكنّه لا بد من إحراز الصغرى .

وأما ما ذكر في الاستدلال : وإن كانت لاستلزامها - الخ ، ففيه أنه بعد ما كان محلّ الكلام الولاية عن الجائر في جهة جوره فلا يتصور فيه ما ذكر ففرض الولاية مع عدم ظلم الوالي لكن الوالي إذا كانت ولايته من قبله من لا يستحق التصرف في الأموال والأعراض والنفوس يكون ظالماً وإن كانت من قبله من له الحقّ كان عادلاً ، ومما ذكر يتأمل في دلالة أخبار المذكورة خصوصاً بعد ملاحظة ما في صحيحة داود بن زربي من قوله على ما فيه « تناول السماء أسرع عليك من ذلك » ولعله يستبعد ما ذكر من جهة أنه بعد ما لم يكن يتحقق مصداق للعريف العادل والمتولّي العادل في ذلك العصر فما الفائدة في الذكر والبيان ولكن الاستبعاد في غير محله . ألا ترى ما صدر عنهم عليهم السلام من الأخبار في وجوب صلاة الجمعة وتأكّده مع فقدان الشرط في تلك الأعصار .

(١) الوسائل ابواب ما يكتب به ب ٤٥ ح ٦ .

(٢) الامالي ص ١٤٨ .

نعم في المقام روايات أخر لعلّه يستفاد منها الجواز في الجملة . منها رواية زياد بن أبي سلمة عن موسى بن جعفر عليه السلام « يا زياد لأن أسقط من حالق ^(١) فأتقطع قطعة قطعة أحب إليّ من أن أتولّي لهم عملاً أو أطأ بساط رجل منهم إلا لماذا ؟ قلت : لا أدري جعلت فداك ، قال : إلا لتفريج كربة مؤمن أو فك أسره أو قضاء دينه » ^(٢) ورواية عليّ بن يقطين « إن الله تعالى مع السلطان من يدفع بهم عن أوليائه ^(٣) » (أولياء يدفع عن أوليائه) ^(٤) .

قال الصدوق رضي الله عنه وفي خبر آخر « أولئك عتقاء الله من النار » ^(٥) قال : وقال الصادق عليه السلام : « كفارة عمل السلطان قضاء حوائج الإخوان » ^(٦) و عن المقنع ^(٧) « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل [سلم] يحب آل محمد وآله وصحبه وهو في ديوان هؤلاء يقتل تحت رايتهم ؟ قال : يحشره الله على نيته » إلى غير ذلك وقد يقسم الولاية الغير المحرمة فيقال منها ما تكون مرجوحة وهي ولاية من تولّى لهم لنظام معاشه قاصداً الإحسان في خلال ذلك إلى المؤمنين ودفع الضر عنهم وفي رواية أبي بصير « ما من جبار إلا ومعه مؤمن يدفع الله به عن المؤمنين وهو أقلهم حظاً في الآخرة . يعني أقل المؤمنين حظاً لصحبة الجبار ^(٨) » .

ومنها ما يكون مستحبة وهي ولاية من لم يقصد بدخوله إلا الإحسان إلى المؤمنين فعن رجال الكشي في ترجمة محمد بن إسماعيل بن بزيع ^(٩) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام ، قال : « إن الله تعالى في أبواب الظلمة من نور الله به البرهان ومكّن له البلاد ليدفع بهم عن أوليائه

(١) الحالق : الجبل المرتفع المنيف .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١١٠ والتهذيب ج ٢ ص ١٠١ .

(٣) الوسائل أبواب ما يكتب به ب ٤٦ ج ١ . (٤) كذا في المقنع ص ٣١ .

(٥) و (٦) الوسائل أبواب ما يكتب به ب ٤٦ ج ٢ و ٣ .

(٧) المصدر ص ٣١ والكافي ج ٥ ص ١١٢ .

(٨) التهذيب ج ٢ ص ١٠٢ والكافي ج ٥ ص ١١١ .

(٩) ليس في رجال الكشي الموجود هذه الرواية وفي رجال العمقاني نقلان نسخة قديمة .

ويصلح الله بهم أمور المسلمين إليهم ملجأ المؤمنين من الضرّ وإليهم مرجع ذوي الحاجة من شيعتنا بهم يؤمن الله روعة المؤمنين في دار الظلمة أو لثلك المؤمنون حقاً أو لثلك أمناء الله في أرضه ، أو لثلك نور الله في رعيته يوم القيامة ويزهر نورهم لأهل السماوات كما يزهو نور الكواكب لأهل الأرض أو لثلك نورهم يوم القيامة تضيء منه القيامة خلقوا والله للجنة وخلق الجنة لهم فنهيتاً لهم ما على أحدكم إن لو شاء لنال هذا كله ؟ قلت : بماذا جعلت فداك قال : يكون معهم فيسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا فكن منهم يا محمد .

ومنها ما يكون منها واجبة وهي ما توقف الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الواجبان عليه فإن ما لا يتم الواجب إلا به واجب مع القدرة ، ويمكن أن يقال : مع قطع النظر عن سند الروايات المذكورة لا يستفاد من هذه الأخبار التقسيم المذكور لأن رواية أبي بصير المذكورة لا تعرض فيها للولاية لأن المؤمن المذكور فيها يمكن أن يكون ممن يظأ بساط الجبار لا ممن يتولّى من قبلهم ومع هذا ورد فيه أنه أقل حظاً في الآخرة كما أن ما حكى في ترجمة محمد بن إسماعيل لا ذكر فيه للولاية ، والجمع بين ما في الرواية المذكورة معللاً بصحبة الجباروما في هذه الرواية لا يخلو عن الأشكال وما ذكر في القسم الأخير فيه نظر لأنه مع التوقف تقع المزاخمة بين الواجب والحرام فلا بد من ملاحظة الأهم ومع عدم الأهمية كيف يصير الحرام مجوزاً ، وما في رواية زياد بن أبي سلمة من قوله عليه السلام على ما فيها « إلا لتفريج كربة مؤمن - الخ » لعلمه استثناء بالنسبة إلى وطاء البساط لا من تولّى العمل لهم وما في الخبر « كفارة عمل السلطان - الخ » لا يستفاد منه الجواز كما لا يخفى .

الأمر الثاني مما يسوغ الولاية عن الجائر الإكراه عليه بالتوعيد على تركها من الجائر بما يوجب ضرراً بدنياً أو مالياً عليه ، أو على من يتعلّق به بحيث يعد الأضرار به إضراراً به و يكون تحمّل الضرر شاقاً عليه كالأب والولد ، واستدل عليه بعموم قوله تعالى « إلا أن تتقوا منهم تقاة » في الاستثناء عن عموم « لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء » والنبي صلى الله عليه وآله رفع عن أمته ما أكرهوا عليه ، وقولهم عليهم السلام « النقية في كل ضرورة وما من شيء إلا وقد أحله

الله فمن اضطر إليه» ثم أنه كما يباح بالإكراه نفس الولاية المحرمة إن قلنا بالحرمة النفسية لها كذلك يباح ما يترتب عليها من الأعمال المحرمة فإن كان ما يترتب عليها الإضرار بالغير، وربما كان أعظم وأشد من الضرر المتوجه إلى المكروه في صورة عدم قبول الولاية وفعل ما يترتب على ولايته فهل يباح ذلك الإضرار ولو كان أعظم وأشد أم لا؟ وجهان من إطلاق أدلة الإكراه وأن الضرورات تبيح المحذورات و من أن الاستفادة من أداة الإكراه تشريعه لدفع الضرر فلا يجوز دفع الضرر بالإضرار بالغير فضلاً أن يكون أعظم، و بعبارة أخرى حديث رفع الإكراه ورفع الإضرار مسوق للامتنان على نوع الأمة ولا حسن في الامتنان على بعضهم بترخيصه في الإضرار ببعض الآخر، قديقوي الأول تمسكاً بعموم نفي الإكراه لجميع المحرمات حتى الإضرار بالغير ما لم يبلغ الدّم وعموم نفي الحرج فإن إلزام الغير تحمّل الضرر وترك ما أكره عليه حرج، وقوله «إنما جعلت التقيّة لتحقق به الدّم» فإذا بلغ الدّم فلا تقيّة ^(١) حيث إنّه دلّ على أن حدّ التقيّة بلوغ الدّم فتشروع لما عداه .

و أمّا ما ذكر من استفادة كون نفي الإكراه لدفع الضرر فهو مسلّم بمعنى دفع توجه الضرر و حدوث مقتضيه لا بمعنى دفع الضرر المتوجه بعد حصول المقتضى، و يمكن أن يقال : لاسلّم حكومة دليل نفي الضرر ودليل نفي الحرج على أدلة جميع المحرمات و أدلة الواجبات، ألا ترى أنّه لو أكره على فعل الزّناء بالمحارم أو بامرأة ذات زوج بحيث لو لم يفعل المكروه - بالفتح - توجه إليه ضرر مالي أو أكره على إعطاء شيء من ماله بلا عوض إذا أراد الحجّ هل يلتزم بجواز الفعل في الصورة الأولى والترك في الصورة الثانية و يلتزم بسقوط الحجّ عن غالب الناس في هذه الأعمار والظاهر أنّه من باب المزاحمة ولذا لا يجوز أن يجعل نفسه في معرض الإكراه كأن يمشي إلى محلّ يكره في ذلك المحلّ على شرب الخمر مثلاً وثانياً إذا بنينا على أن نفي الضرر ونفي الحرج من باب الامتنان على الأمة واعترف بأنّ الامتنان على نوع الأمة ولا امتنان بالنسبة إلى النوع برفع الضرر عن بعض الأضرار ببعض الآخر كيف يؤخذ بالعموم

مع التقيّد بكون الحكم امتنانياً بالنسبة إلى النوع .
وَأَمَّا ما ذكر من أن نفي الاكراه مسلّم بمعنى دفع توجه الضرر وحدوث مقتضيه لا بمعنى دفع الضرر المتوجه بعد حصول مقتضيه ، فلقابل أن يقول : ما الفرق بين رفع توجه الضرر ودفع الضرر المتوجه بعد ما استفيد من الدليل نفي الحكم الذي يتوجه من قبل ذلك الحكم الضرر فإن جواز الولاية يأتي من قبله الضرر إلى الغير ، ويؤيد ما ذكر أنه جواز أن يطأ المكلف بساط الظلمة لدفع الظلم المتوجه إلى أخيه المؤمن وهل هذا إلا من جهة التزامه وتقديم أقوى السببين ، ومن هذا ذهب جمع الكثير على ما حكى صاحب المستند (قدس سره) إلى جواز أن يرشوا إذا كان محققاً لا يمكن للرأشي الوصول إلى حقه بدون الرشوة وعلل بنفي الضرر وكذا جواز المراجعة إلى حاكم الجور لأخذ الحق مع عدم التمكن بغير هذا النحو مع أن المرادين التمسك بنفي الضرر من باب دفع الضرر المتوجه إليه وليس من باب دفع توجه الضرر، ولازم ما ذكر وجوب تحمّل كل ضرر مالي أو بدني يتوجه إليه أوّلاً مع إمكان دفعه بقبول الولاية أو بأن يطأ بساط الظالم ولا أظن أن يلتزم به فالأظهر في المقام ملاحظة الضررين و تقديم الأقرى ومع التساوي التخيير و ما يقال من أنه لا حرج في أن يرخص الشارع في دفع الضرر عن أحد بالإضرار بغيره بخلاف ما ألزم الشارع الإضرار على نفسه لدفع الضرر المتوجه إلى الغير فإنه حرج قطعاً يمكن منعه أوّلاً من جهة أن معنى هذا لزوم تحمّل الضرر مع المندوحة وهو حرجي ، و ثانياً نقول يرجع هذا إلى نفي حكم يكون حرجياً و ضررياً دون حكم يكون ضررياً فقط و ليس حرجياً ، ومجرد هذا لا يوجب التقديم لأن المناط عند التزامه أقواية أحد المتزامين .

وَأَمَّا ما ذكر في المتن من التعمين من التخلص عن المائمه والتمكّن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واستحباب الولاية في هذه الصورة فقد سبق الكلام فيه والابتناء على عدم الحرمة النفسية للولاية و معها يكون من باب التزامه و تقديم الأقرى و مع التساوي يتخيّر وينفذ أمر الجائر ولو كان محرماً إلا في قتل المسلم ولو

توعد على تركه بالقتل إجماعاً فقد صحَّ عن الصادق عليه السلام أنه «إنما شرعت التقيّة ليحقن به الدّم فإذا بلغ الدّم فلا تقيّة» (١).

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في البيع وآدابه أمّا البيع فهو الإيجاب والقبول اللذان ينتقل بهما العين المملوكة من مالك إلى غيره بعوض مقدّر وله شروط ﴾ .

أمّا إطلاق البيع على الإيجاب والقبول فالظاهر أنه مجاز لعلاقة السببية والمسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع وإن كان من إضائه للأثر الحاصل في نظر العقلاء الحاصل بمجرد الانشاء حيث إنه لا ينفك عن الإيجاب ولو لم يتحقق القبول وقد عرف كماعن المصباح بمبادلة مال بمال و عرف أيضاً بأنه تمليك العين بالعوض وبعد الفراغ عن أن غالب التعريفات المذكورة في أبواب الفقه بل غير أبواب الفقه من قبيل شرح الاسم، قد يقال في المقام إن التعريفين لا يرجعان إلى معنى واحد حيث إن التعريف الأوّل ظاهره وقوع المعاملة بين المملوكين وظاهر التعريف الثاني وقوع المقابلة بين السلطنتين ولا إشكال في أن ما هو المتعارف بين الناس بتبديل الأموال لا بتبديل الملكية التي هي عبارة عن السلطنة على المال فإنّ الناس مساطرون على أموالهم وليس لهم السلطنة على سلطنتهم، و يمكن أن يقال لا نسلم في التعريف الثاني ظهوره في المقابلة بين السلطنتين لاحتياج العبارة إلى الحذف قبل العوض وهو خلاف المتعارف في التعريفات بل الظاهر أن المراد هو جعل العين باعتبار الملكية في مقابل العوض فالعوض أيضاً يصير مملوكاً قهراً، و لازم ما ذكر عدم إطلاع مثل فخر المحققين المحكيّ عنه التعريف و مثل الشيخ الأنصاريّ (قدس سرهما) على حقيقة البيع و نرجع إلى التعريف الأوّل فنقول بالمبادلة بين المالين لا بدّ أن يقع باعتبار والاعتبار المصحح للمبادلة أو التبديل و ما نشئت فعبّر ليس إلا الملكية والسلطنة فبعد البيع يرتفع سلطنة البايع عن المبيع ويحدث له السلطنة بالنسبة إلى الثمن وكذا الكلام في طرف المشتري والسلطنة على الأموال بالنسبة إلى

المبيع ليس إلا هذا فلو لم يكن البايع مسلطاً على السلطنة كيف ارتفع سلطنته عن العين غاية الأمر الاحتياج إلى السبب كما أنه في أعمال السلطنة بالنسبة إلى الأموال يحتاج إلى السبب ، و مجرد هذا لا يرفع السلطنة و يتوجه النقص بالعارية فإن حقيقتها ليست إلا التسليط على الانتفاع ، ثم لا يخفى أنه على ما ذكر من أن تعريف المصنف (قدس سره) البيع بالإيجاب و القبول من باب إطلاق السبب على المسبب مجازاً و أن المسبب هو الأثر الحاصل بنظر الشارع لا يلائم قوله ، وله شروط لأن الشرط خارج والمشروط بعد الفراغ عن تحققه مقيّد بالشرط لأنه على هذا مع قطع النظر عن الشروط البيع غير محقق وعلى هذا فلا بد من أن يكون المسبب هو الأثر الحاصل بنظر العقلاء وإن كان محلاً لتخطئة الشارع بدون تحقق الشرط و على هذا فلا حاجة في التعريف إلى ذكر العوض المقدّر لأنه مع عدم التقدير في العوض أيضاً يعتبرون المسبب لكنه بعد ما كان التعريف شرح الاسم لا وقع لمثل هذا الاشكال، ثم إنه يظهر من المتن اعتبار الإيجاب و القبول الظاهرين في اللفظين وإن كان يقوم مقام اللفظ الإشارة عند عدم القدرة كإشارة الأخرس فلا يكفي المعاطاة مع بناء العقلاء على المعاطاة ، و لعله مبني على ما هو المعروف من عدم إفادة المعاطاة الملكية الحاصلة باللفظ و سيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

فنقول ظاهر كلمات الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - أن ألفاظ العقود و ما ينشأ بها من باب الأسباب والمسببات فعلى القول بأن أسامي المعاملات أسامي للصحيحة منها كما هو الحق فيها و في العبادات يقع الإشكال في صورة الشك في مدخلة شيء شرطاً أو شرطاً في التمسك بالإطلاق كما أنه لا مجال للتمسك بالإطلاق في العبادات، بل لا مجال للتمسك بالأصل أيضاً لأن الأثر بسيط و جريان الأصل في السبب لا يفيد شيئاً حيث إن المعروف أنه عند الشك في المحصل لا بد من الاحتياط والأصل في المعاملات الفساد لاستصحاب عدم ترتب الأثر و قد يقال : إن الإضاء الشرعي إن كان وارداً على الأسباب فلا إشكال وإن كان وارداً على المسببات كما هو الظاهر من قوله عز من قائل « وأحل الله البيع ، فالتمسك به مشكل لأنه لا ملازمة بين إضاء المسبب

وإمضاء السبب فلو شك في صحة العقد الفارسي مثلاً فكيف يمكن القول بصحة العقد الفارسي من جهة إطلاقه قوله تعالى : « أحل الله البيع » والجواب بأن ألفاظ المعاملات وإن كانت موضوعة للصحيح إلا أن إطلاقها لو كان مسوقاً في مقام البيان ينزل على أن المؤثر عند الشارع هو المؤثر عند العرف لأن الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع وشبهه فيها على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف لا يخفى ما فيه لأنه بعد ما عرفت من أن الخطابات الشرعية واردة في مقام إمضاء المسببات و فرضنا أنه لم يدل دليل على صحة العقد الفارسي ولا صحة الفصل بين الإيجاب والقبول فعند العرف هذا العقد صحيحاً لا أثر له ولا اتحاد بين السبب والمسبب لا حقيقة ولا عرفاً حتى يقال إمضاء المسبب إمضاء للسبب فتزيل ما هو المؤثر عند الشارع على ما هو المؤثر عند العرف لو كان الإطلاق مسوقاً في مقام البيان يصح لو كان الشك راجعاً إلى المفهوم العرفي الذي أمضاه الشارع لا ما إذا كان الشك راجعاً إلى الصدق فإن نظر العرف في تطبيق المفاهيم على المصاديق غير متبع ، فلوفرنا أن العرف يرى مفهوم البيع هو المؤثر في النقل فتطبيقهم هذا المعنى على العقد الفارسي لا عبرة به إلا إذا رجع إلى توسعة في المفهوم ، ولا يقال إن الشارع إذا أمضى الأثر الحاصل مما هو المؤثر واقعاً فلا محالة لا ينفك عن إمضاء المؤثر ولو في الجملة ، و المفروض أن العرف يرون جميع هذه العقود مؤثرة فلولم تكن هذه الأمور مؤثرة عند الشارع لوجب عليه التنبيه لأننا نقول مقتضى كون البيع موضوعاً للصحيح أن يكون كل ما هو سبب له معنوياً بعنوان ما يترتب عليه المسبب بحيث لو تعلق الوضع أو التكليف به لكان تحصيله لازماً ، و بعبارة أخرى لولا حكم العقل بأن في مورد الشك في المحصل يجب الاحتياط لكان مقتضى جعل المسبب وعدم التنبيه على سبب خاص هو أن كل ما يعد العرف سبباً كان سبباً عند الشارع ، وأما بعد معلومية أسباب متيقنة عند العرف والخارج ففي مورد الشك يجب الاحتياط ، والتمسك بالإطلاق يتم لو كان الشك في أمر زائد على المسمى فالصواب في الجواب هو أن المنشئات بالعقود ليست من باب المسببات بل هي أفعال من الموجب والقابل والفرق بينهما هو الفرق بين المصدر واسم المصدر فإمضاه

الأثر ملازم لامضاء المصدر بل هو عينه فتدبر جيداً .
وفيه مواقع للنظر أمّا ما ذكر من أنّ الإمضاء إن كان وارداً على الأسباب فلا إشكال فلا نفهم وجهه فإنّه إذا كان السبب الصحيح مورداً للإمضاء وشككنا في صحته كيف يرتفع الإشكال .

وأمّا ما ذكر من قوله مقتضى كون البيع موضوعاً للصحيح - الخ ، فلا نفهمه لأنّ المسبّب أعني ما هو حاصل بعد تماميّة السبب لا يتّصف بالصحة والفساد بل الأمر دائر بين الوجود والعدم فمع تماميّة السبب موجودٌ ومع عدم التماميّة معدومٌ .
وأمّا ما ذكر من قوله لولا حكم العقل - الخ ، فلا نفهمه لأنّه إذا كان الجعل المذكور مقتضياً أنّ كلّ ما يعدّه العرف سبباً كان سبباً عند الشارع من جهة الاستظهار العرفي وكون الكلام في مقام البيان فلا أثر لحكم العقل بلزوم الاحتياط ووجود القدر المتيقن .

وأمّا ما ذكر من قوله : فالصواب - الخ ، فلا نفهمه لأنّ المسبّبات بمعنى الاعتبار الحاصلة بعد الإيجاب والقبول بل قد يحتاج إلى أمر زائد عنهما كما في بيع الصرف والسلم ليست هي الحاصلة من المصادر المتّحدة معها خارجاً وبمعنى المنشآت متّحدة لكنّه مع الشكّ في صحّة المصادر والانشاءات ما الفائدة في اتّحادها ، ولعلّ الأمر بالتدبر إشارة إلى ما ذكر .

فالحقّ في الجواب هو أنّ الخطاب إن كان راجعاً إلى الأسباب فما هو السبب عند العرف يكون ممضى وإن كان راجعاً إلى المسبّب فإنّ اعتبار العرف تحقيق المسبّب فالإمضاء يرجع إلى تحقيق المسبّب عند الشارع بالتقريب المذكور بقوله لا يقال - الخ ، هذا مع أنّ ما ذكر من أنّه إذا شكّ في مدخليّة شيء يجب الاحتياط محلّ إشكال لأنّه إذا كان بيان السبب والمحصّل لا بدّ أن يكون من قبل الشارع فإنّ شكّ في مدخليّة شيء فما المانع من التمسك بحديث الرّفيع ، ثمّ إنّّه لا إشكال ولا خلاف في اعتبار كون المبيع عيناً فلا يعمّ المنافع ولعلّ وجهه عدم اعتبار العقلاء البيع في نقل غير الأعيان كما أنّهم لا يعتبرون في نقل المنافع إلاّ لإجارة فلا حاجة إلى دعوى الانصراف والشكّ في شمول الإطلاقات ثمّ إن

المراد من العين في المقام ليس خصوص العين الخارجية فتشمل العين الشخصية والجزء المشاع والكلّي في المعين كصاع من الصبرة الخارجية والكلّي في الذمّة وقد يستشكل في بيع الكلّي في الذمّة حيث إنّه قبل البيع ليس ملكاً ولا مالاً ويعتبر في البيع الملكية والمالية ولا وقع لهذا الإشكال بعد ملاحظة اعتبار العقلاء البيع بالنسبة إليه ولعل وجه الجمع بين صحّة هذا الاعتبار واعتبارهم المالية والملكيّة في المبيع أن من باع الكلّي في ذمته وذهمه قابلة للتعهد في المرتبة الأولى يصير مالكاً و واجداً للمال وفي المرتبة الثانية ينقل المال إلى المشتري نظير الفسخ الفعلي في صورة الخيار كمن باع العين المبيعة بالبيع الخياري ففي المرتبة الأولى يملك وفي المرتبة الثانية ينقل كما لا وقع للإشكال بأن الملكية من الأعراض والعرض يحتاج إلى الموضوع لأنّه ليست من الأعراض الخارجية المحتاجة إلى الموضوع الخارجي ، وأمّا العوض فيصح كونه عيناً ومنفعة بلا إشكال .

وإنّما الكلام في أنّه هل يصح جعل الحقوق عوضاً في البيع أم لا فلا بدّ من بيان معنى الحق والفرق بينه وبين الحكم حيث إن الحق قابل للإسقاط ولو في بعض الموارد والحكم غير قابل للإسقاط ، قد يقال الحقّ معناه اللغوي الثبوت ويطلق على عنوان عام يشمل كل ما وضعه الشارع وجعله فالحكم والعين والمنفعة والحق بالمعنى الأخصّ داخل تحت هذا العنوان والحق بالمعنى الأخصّ مقابل لذلك فإنّه عبارة عن إضافة ضعيفة حاصلة لذي الحق ، وأقواها إضافة مالكيّة العين ، وأوسطها إضافة مالكيّة المنفعة ، وتعبير آخر الحق سلطنة ضعيفة على المال والسلطنة على المنفعة أقوى منها والأقوى منهما السلطنة على العين فالمجوعول الشرعي إن لم يكن مستتباً للإضافة والسلطنة فليس إلّا حكماً ويمكن أن يقال إن كان الحقّ بمعنى الثبوت فلا يصحّ إطلاقه على ما وضعه الشارع لأنّه ثابت وليس بثبوت .

ثمّ لا مجال لإطلاقه بهذا المعنى على العين والمنفعة لأنّهما متعلّقان لما وضعه الشارع وليسا ممّا وضعه الشارع ثمّ إن تفسير الحقّ بالمعنى الأخصّ بالسلطنة الضعيفة مشكك على مسلك صاحب هذا القول لأنّه قائل بأن السلطنة ليست قابلة للسلطنة

و الناس مسلطون على أموالهم ، وليسوا مسلطين على سلطنتهم و صاحب الحق مسلط على حقه ولو في الجملة ، ثم إن ما ذكر من أقوائية السلطنة على العين على السلطنة على المنفعة لم نفهم وجهها و لا يبعد أن يقال الحق يتعلق به السلطنة لانفس السلطنة فتارة يتعلق به السلطنة بمجرد التمكّن من الإسقاط بخلاف الحكم حيث إنّه لا يسقط بالإسقاط وتارة يكون مع هذا قابلاً للنقل والانتقال لكن مجرد هذا لا يحرز به القابلية لوقوعه عوضاً في باب البيع كما أنّه غير قابل لأن يكون مبيعاً بل لا بد أن يكون المبيع عيناً لعدم اعتبار العقلاء في المبيع غير العين وليس هذا من جهة شك في المالية لأنّ المال عرفاً ما يبذل بازائه ما يكون محقق المالية فلا يلزم في هذا دور ، و بعد فرض القابلية لأن يقابل في الصلح بالمال لا يشك في المالية كما أنّه ليس من جهة عدم إمكان النقل إلى من عليه الحق كحق الشفعة وحق الخيار من جهة عدم تعقل سلطنة الإنسان على نفسه حيث إنّ الحق سلطنة فعلية لا بدّ بعد النقل إلى من عليه الحق أن يتسلط من عليه الحق على نفسه ، واجيب عن النقض ببيع الدّين على من هو عليه بالفرق حيث إنّه يعقل أن يكون الإنسان مالكا لما في ذمته فيؤثر تملكه السقوط و لا يعقل أن يتسلط على نفسه لأنّ الظاهر أنّ الحق ليس نفس السلطنة بل اعتبار عند العقلاء يتعلق به السلطنة كالأعيان والمنافع وقد سبق أنّ المبادلة أو التبديل في جهة الملكية والسلطنة فلا بدّ في بيع الدّين ممّن هو عليه من حصول السلطنة التي هي عين الملكية مضافاً إلى ورود النقض بما لوورث من عليه الحق ممّن له الحق كالولد بالنسبة إلى والده وقد يقال في بيع الدّين ممّن هو عليه بأنّ البيع وقع على الكلي فيصير المشتري أعني المديون مالكا لذلك الكلي على البايع وحيث إنّ البايع كان مالكا لمثله فينطبق ما على البايع على ما كان له على المديون المشتري ، وهذا إن لم يكن من التهاثر حقيقة إلاّ أنّه أشبه شيء به ، ويمكن أن يقال : هذا ليس ببيع الدّين ممّن هو عليه بل فرض آخر وهو من باب التهاثر لا الاشبه به مضافاً إلى أنّه في صورة المماثلة لا تعرف وجهاً للتهاثر فإنّ مجرد المماثلة لا توجب التهاثر ، وقد سبق إلى هذه الأشكال المحقق الأردبيلي (قدس سره) في شرح الإرشاد. فلنقتل أن يقول

ما الفرق بين الكليين المماثلين اللذين في ذمتي شخصين يملك كل منهما ما على الآخر والعينين الشخصيتين عندهما و تكون مال كل منهما عند الآخر و هل يقال بحصول المبادلة قهراً بدون المبادلة في العينين ، هذا مضافاً إلى النقض بصورة الارث بأن يرث الولد مثلاً الكليّ الدّين الذي عليه من والده .

و أما المعاطات فملخص القول فيها إنّ الانشاء الفعلي كالقولي تفيد الملكية مع اجتماع الشرائط اللازمة في الإ نشاء القولي وذلك لصدق البيع فتكون مشمولة لقوله تعالى « وأحلّ الله البيع » وصدق التجارة فتكون مشمولة لقوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » وللسيرة المسلمة بين الناس لخصوص المسلمين بل بناء العقلاء ولا مجال للخدشة في السيرة باحتمال أن تكون كسائر سيرهم المبنية على عدم المبالاة في الدّين لبناء المتشريعة والمتدينين عليها وبناء العقلاء مع عدم الردع من قبل الشارع كما أنه لا مجال للخدشة في دلالة الآية الأولى من جهة احتمال الحلية التكليفية لا الوضعية لظهورها في الثانية كما في مثل قوله تعالى « وأحلّ لكم ما وراء ذلكم » بعد تحريم النساء المحرّمات وفي مثل رواية مسعدة بن صدقة نعم لا تبعد الخدشة من جهة عدم كونه الآية الشريفة في مقام البيان بل في مقام بيان الحلية في مقابل الرّبّ وفي الآية الثانية والسيرة غنى وكفاية . ثمّ لا يخفى أن محلّ الكلام هو المعاطات المعهودة بين الناس حيث يقصدون بها المبادلة في الملكية وما يقصد بالإيجاب والقبول اللّفظيين لاما يقصد بهما الإباحة بل المعاطاة بهذا النحو مجرد فرض لا يتوجه الناس إليها أصلاً . ثمّ إنّه بعد الفراغ عن حصول المبادلة والملكية بالمعاطات يقع الكلام في أنّها لازمة أم لا ، فمع قطع النظر عن الشهرة أو الاجماع لا بدّ من ملاحظة الأصل والقاعدة والقاعدة تقتضي الملكية اللازمة من جهة صدق البيع فيشملة ما ورد من قوله ﷺ على المحكيّ « البيعان بالخيار مالم يفترقا »^(١) وقاعدة السلطنة فإنّ إخراج المال المملوك عن ملك مالكه بدون رضاه واختياره خلاف سلطنته والناس مسلطون على أموالهم كما استدلّ المحقق (قدس سرّه) بهذه القاعدة على لزوم القرض وقوله ﷺ على المحكيّ^(٢) « لا

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٠ . (٢) هو النهوي المعروف رواه مسلم من حديث أنس .

يحلُّ مال امرءٍ إلا عن طيب نفسه « فلاحاجة إلى التمسك بالاستصحاب والتعرض للمناقشة والجواب عنها مع أنه مع وجود الدليل لامجال للأصل مضافاً إلى الإشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية كما قرّر في محلّه ولا يبعد التمسك بقوله تعالى « أوفوا بالعقود » بدعوى عدم الفرق في العهد الذي هو كما قيل : المراد من العقد بين ما كان باللفظ أو كان بالفعل فاسترداد أحد طرفي العهد ما أعطاه خلاف الوفاء الواجب وهو عين اللزوم أو مساوق له وقد يقال الحقّ عدم إمكان إفادة الآية للزوم الملكيّة الحاصلة بالمعاطاة ثبوتاً وذلك لأنّ اللزوم المتصور في باب العقود على قسمين لزوم حكميّ "تعبدّي" ولزوم حقّيّ فالأول كما في باب النكاح والضمان والهبة لذي الرّحم حيث يستكشف من عدم صحّة الإقالة وعدم صحّة جعل الخيار لأحد الزوّجين أنّ اللزوم في النكاح تعبدّيّ . والثاني كما في باب العقود المعاوضيّة اللفظيّة فإنّ الموجب والقابل ينشأن بقولهما بعث وقبلت أمرين أحدهما مدلول مطابقي لللفظ وهو التبديل وثانيهما مدلول التزاميّ وهو التزامهما بما أنشأ وهذا مختصّ بما إذا أنشأ التبديل والمبادلة باللفظ دون الفعل والفعل قاصر والبناء القلبيّ في باب العقود لا أثر له . ويمكن أن يقال : لا بدّ في التفرقة من مغايرة ما أنشأ باللفظ مع ما أنشأ بالفعل والحال أنّهما أنشأ بالفعل إلا المبادلة التي هي عين ما أنشأ باللفظ وثانياً المعاهدة والعقد حيث تعلّقة بالمبادلة من دون توقيت بل حقيقتها بحيث لا تزول إلا بمزيل خارج عن اختيار أحد الطرفين مع عدم جعل اختيار باختيارهما أو بحكم الشرع ، فالوفاء الواجب بالنسبة إلى هذه المعاهدة عين اللزوم أو مساوق له ألا ترى أنّ أحد البيّعين الغير المتوجّهين إلى حكم الشرع إذا أراد استرداد ما أعطاه أو ردّ ما أخذ لا يقبل منه و يقال له : هذا خلف فإن شئت قلت : اللزوم مدلول التزامي سواء كان المنشأ منشئاً باللفظ الإيجاب والقبول أو بالفعل الاعطاء والأخذ أو التعاطي وإن شئت قلت : حقيقة الملكيّة البيعيّة مقتضية بالبقاء من دون نظر وتوجّه من البيّعين إلى مقتضاها ثم إنّ قد يدعى الإجماع على عدم اللزوم في الجملة في صورة المعاطاة ولا يخفى الإشكال في تحقّقه من جهة حكاية مخالفة الشيخ المفيد (قدس سرّه) و تعبير مثل العلامة (قدس سرّه) بأنّ الأشهر

أو المشهور عدم اللزوم كما أنه لا مجال للتمسك بمسئمة عدم اللزوم إما من جهة عدم إفادة المعاطاة إلا بإباحة التصرف فلا لزوم ، وإما من جهة إفادتها للملكية المتزلزلة .

﴿ الأول يشترط في المتعاقدين كمال العقل والاختيار وأن يكون البايع مالكاً أو ولياً كالأب والجد للأب والحاكم وأمينه والوصي أو وكيلاً ﴾ .

لم يصرح المصنف (قدّه) باشتراط البلوغ و لعله أدرج في كمال العقل فيتفرّع على اشتراط كمال العقل بظان عقد الصبي والسفيه فالمشهور بظان عقد الصبي ولو مع إذن الولي وادّعى عليه الإجماع واستدلّ عليه بالكتاب والسنة أمّا الكتاب فقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » ^(١) فإنه يمكن أن يكون قوله « فإن آنستم » تفرّيعاً على الإبتلاء أي اختبارهم قبل البلوغ من زمان يمكن رشدهم فيه إلى زمان البلوغ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ، وعلى هذا يكفي الرشد قبل البلوغ لنفوذ تصرفهم و يمكن أن يكون تفرّيعاً على الامتحان بعد البلوغ أي امتحنوهم من زمان قابليتهم للامتحان إلى زمان البلوغ فإذا بلغوا رشدين فادفعوا إليهم أموالهم ، والظاهر الثاني أمّا أولاً فلاّنه سبحانه لما أمر بايتائهم أموالهم بقوله تعالى : « و آتوا اليتامى أموالهم » ^(٢) ونهى عن دفع المال إلى السفيه بقوله : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » بين الحدّ الفاصل بين ما يحلّ ذلك للوليّ وما لا يحلّ فجعل لجواز الدّفع شرطين البلوغ وإيناس الرشد فلا يجوز قبلهما ، وثانياً فلاّنه لو لم يكن قوله تعالى « فادفعوا » تفرّيعاً على إحراز الرشد بعد البلوغ لم يكن وجه لجعل غاية الإبتلاء البلوغ وكان المناسب أن يقال فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا .

لا يقال : لو كان المدار الرشد والبلوغ فلا وجه لايجاب الامتحان قبله فإنّ ظاهر كلمة حتى أنّها غاية للامتحان فلا محالة يكون مبدؤه قبل البلوغ لأننا نقول : إيجاب الامتحان قبله إنّما هو لإحراز الرشد حتى تدفع إليهم أموالهم بمجرد البلوغ ، و

يمكن أن يقال : يرد على ما ذكر أولاً بعد احتمال الآية الشريفة لما احتتمل أو لا من أين جعل لجواز الدفء شرطان وعلى ما ذكر ثانياً بإمكان أن يكون ذكر المبدء والمنتهى من باب الإرشاد إلى قابلية التامى للامتحان ، وبالجملة لا ظهور للآية الشريفة فيما ذكر ، بل لعله يستظهر خلافه حيث أن الضمير في إليهم يرجع إلى التامى وعلى ما ذكر يدفع إلى من ذهب يتمه وإن صح الإطلاق بلحاظ انقضاء المبدء مجازاً ثم إنه بعد استظهار المعنى الثاني من الآية الشريفة يقال : لا يجوز تصرف الصبي باذن الولى أيضاً ووكالته وكذا وكالته عن غيره ، أما عدم نفوذ التصرف باذن الولى فيستفاد من هذه الآية ، وأما عدم النفوذ بالوكالة عنه وعن الغير فمن القواعد العامة ، أما استفادة عدم النفوذ باذن الولى من الآية فمن جهة مقدّمة عقلية وهي عدم إمكان اجتماع السلطنتين مستقلتين ولا سلطنة تامة وناقصة في مال واحد ، ومعنى السلطنة المستقلة كون السلطان بحيث يقدر على منع الغير عن التصرف فالأب والجد ليس لكل منهما سلطنة مستقلة وحيث أن الولى سلطنته بالنسبة إلى مال الصبي سلطنة مستقلة قبل الرشد بل قبل البلوغ فنفوذ تصرف الصبي باذن الولى إما أن يكون من باب الوكالة و يجيء الكلام فيه ، وإما أن يكون من باب الانضمام كاختيار البكر الرشيدة بالنسبة إلى النكاح إن قلنا بلزوم الإذن من الولى وقد عرفت عدم إمكان اجتماعه مع السلطنة المستقلة الثابتة للولى . وأما عدم إمكان وكالته عن الغير فلا أنه اعتبر في الوكيل أمور منها البلوغ إلا في ما استثنى ، ومنها كمال العقل ومنها أن يكون ما وكل فيه ممّا يجوز أن يليه بنفسه لنفسه ولا يعتبر فيه المباشرة ، فحيث ثبت أن الصبي كالمجنون في كونه مسلوب العبارة فحيث إن إجراء الصيغة منه لا أثر له في ماله فوكالته أيضاً كالمباشرة . ويمكن أن يقال نسلم عدم إمكان اجتماع السلطنتين المستقلتين بالمعنى المذكور ولذا عُدّ في مسألة المعاوضة الجواز على خلاف قاعدة السلطنة لكن سلطنة الولى ليست بهذا النحو فإن الأب والجد كل منهما له الولاية وليست ولايتهما بهذا النحو وكذا الحاكم الشرعى فمع تعدد الحاكم لكل الولاية ، وأما عدم إمكان السلطنة المستقلة مع جواز تصرف الغير بالإذن من دون الوكالة فغير مسلم فيمكن أن يكون أحد السلطانيين له

سلطنة مستقلة بحيث له أن يمنع تصرف الآخر والآخر بحيث يكون نفوذ تصرفه منوطاً باذن الأول لا من باب الوكالة عنه، وثانياً ما المانع من أن يكون ولي الصبي سلطاناً بالاستقلال قبل رشد الصبي و بعد الرشد سلطاناً بالانضمام. نظير سلطنة الأب بالنسبة إلى بكر الرشيدة حيث أنه قبل الرشد كان سلطنته مستقلة و بعد البلوغ و الرشد تغيرت سلطنته، بناء على اعتبار إذنه في صحة النكاح وكما لو كان الأب والجد حين فسلطنتهما بالانضمام و بعد موت أحدهما تصير سلطنة مستقلة ولاحظ سلطنة الولي بالنسبة إلى السفهه حيث كانت مستقلة قبل البلوغ و بعد البلوغ صح تصرفات السفهه مع إذن الولي من دون وكالة. وأما ما ذكر من عدم جواز وكالته عن الغير من جهة كونه مسلوب العبارة للمجنون فمبني على إثبات هذا من السنة وسيجيء الكلام فيه بأنه لا يتم.

وأما السنة فهي على طوائف ثلاث الأولى ما دل على جواز أمر اليتيم بعد الاحتلام، الثانية ما دل على رفع القلم عنه، الثالثة ما دل على أن عمده وخطائه واحد. أما الطائفة الأولى فالمستفاد منها عدم نفوذ أمر الصبي قبل الاحتلام لا عدم النفوذ مع إذن الولي، وأما الثانية فقد يقال بدلائنها على كونه مسلوب العبارة فإن الظاهر من قوله «رفع القلم عنه» ما هو المتعارف بين الناس والدائر على ألسنتهم من أن فلاناً مرفوع القلم عنه ولا حرج عليه وأعماله كأعمال المجانين فهذه الكلمة كناية عن أن عمله كالعدم ورفع عنه ما جرى عليه القلم فلا ينفذ فعله ولا يمضى عنه، نعم يختص رفع القلم بالفعل الذي لم يكن موضوعاً لحكم بذاته لأن الظاهر من هذا الحديث الشريف أن الأفعال التي تترتب عليها الآثار لو صدرت من البالغ العاقل المستيقظ فهي إذا صدرت من الصبي ومثله فلا أثر لها، وأما الأفعال التي تترتب عليها الآثار من دون فرق بين الالتفات وغيره و من غير فرق بين الاختيار وغيره وهي خارجة عنه تخصصاً فعلى هذا لا يشمل الحديث مثل الاتلاف و الجنابة بل مطلق الحدث والجنابة الموجبة للدية وعلى هذا لا يرد المناقشات التي أوردها الشيخ الأنصاري (قدس سره) و يمكن أن يقال الفعل الصادر من الصبي بما هو منسوب إليه لا أثر له بمقتضى الحديث الشريف فإذا كان باذن

الولي فهذا الفعل بما هو منسوب إلى الولي لا يستفاد من الحديث رفع القلم عنه ألا ترى أنه لو صدر من الصبي ما كان إهانة بالنسبة إلى شخص محترم وكان باذن الولي يؤخذ عليه بخلاف ما صدر منه بلا إذن مضافاً إلى أن الظاهر من الطائفة الأولى أن للصبي والغلام أمراً غير جائز ولا يقال للمجنون أمر، وإلى أن لازم ما استظهر من الحديث الشريف من أن الأفعال التي ترتب - الخ . أن تلك الآثار لا ترتب على أفعال الصبي ومن المعلوم أن القائل بصحة عقد الصبي مع إذن الولي لا يريد إثبات تلك الآثار لأفعاله بما هي أفعاله .

وأما ما ذكر لدفع مناقشة الشيخ الأنصاري (قدس سره) فمن المناقشات له أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية لا تختص بالبالغين . ودفع بأن اشتراك غير البالغ مع البالغ في الأحكام الوضعية التي هي محل البحث لعقد الصبي أول الكلام بل المشهور عدمه ، فلنقال أن يقول استفادة ترتب الآثار على أسبابها من دون مدخلة شيء آخر من العقل والبلوغ والاختيار ليست إلا من جهة إطلاق أدلتها حيث يستفاد من قول « من ألتف مال الغير فهو ضامن » أو « إذا التقى الختانان - الخ » فلم لا يستفاد من إطلاق أدلة حلية البيع والتجارة صحة البيع ، غاية الأمر أن النفوذ محتاج إلى إذن الولي أو إجازته بعد الوقوع ، وأما كون العقد كالعقد وكون الصبي مسلوب العبارة فهو أول الكلام ، وقد يستظهر هذا من جعله كالمجنون والنائم وفي رديفهما ، وفيه أنه معارض في هذا بما دل على عدم كونه كذلك ألا ترى أنه جوز عقده ووصيته وصدقته بالمعروف وغيرها من القربات كما هو ظاهر الروايات الكثيرة ، وأما الطائفة الثالثة فدلائلها على أن الفعل الصادر مع القصد كالصادر بلا قصد واضحة لكن يشكل من جهة احتمال الاختصاص بباب الجنائيات والكفارات لأن الخطأ والعمد لم يؤخذ بنحو الموضوعية في غير البابين ويشهد لذلك تذييل بعض الأخبار بقوله « تحمله العاقلة » و أوجب عن هذا الإشكال بأن هذا لا توجب حمل الأخبار المطلقة على خصوص باب الجنائيات مضافاً إلى ما ورد في رواية أبي البخري ، عن علي عليه السلام أنه كان يقول : « المجنون والمعنوه الذي لا يفقه والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة ، و

رفع عنهما القلم» (١) فإن قوله على المحكي صلوات الله عليه بمنزلة العلة لقوله «عمدهما خطأ» ويمكن أن يقال بعد ما كان لسان هذه الأخبار لسان التنزيل فلا بد أن يكون للمنزل عليه أثر بملاحظة ذلك الأثر نزل المنزل عليه وفي غير باب الجنایات والكفارات لأثر للخطأ فلا مجال للاستفادة من الأخبار المطلقة والتمسك بما في ذيل هذا الخبر على فرض تسليم استفادة العلية تمسك بالطائفة الثانية لابهذه الطائفة وقد عرفت أن الفعل إذا كان منسوباً إلى شخصين فعدم الأثر له بما هو منسوب إلى أحدهما لا ينافي وجود الأثر له بما هو منسوب إلى الآخر فتلخص أن استفادة كون الصبي مسلوب العبارة حتى في صورة إذن الولي مما ذكر من الكتاب والسنة مشكك فلا يبقى إلا الشهرة وشبهة تحقق الإجماع .

و أما اعتبار عدم السفاهة فالكلام فيه موكول إلى محله «كتاب الحجر» إن شاء الله تعالى التوفيق للتعرض له .

و أما اشتراط الاختيار فاستدل عليه بالأدلة العامة كقوله بالتام : على المحكي في الخبر المتفق عليه بين المسلمين «رفع - أو وضع - عن أممي تسعة أشياء أو ستة - (و منها) ما أكرهوا عليه» (٢) واستشهد الإمام عليه السلام في رفع البعض من الأحكام الوضعية ففي صحيحة البنظي عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام : لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «وضع عن أممي ما أكرهوا عليه - النخ» (٣) مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره بضميمة عدم الفرق ، وليعلم أن الإكراه مانع عن صحة المعاملة بعد الفراغ عن اجتماع شرائط الصحة وفسر بأن يكون الداعي السابق على الإرادة الذي هو بمنزلة العلة لها غير الرضا وطيب النفس ، وأما لو كان الداعي الرضا وطيب النفس فلا إكراه و لو كان منشأ هذا الداعي غير الرضا وطيب النفس وعلى هذا فبيع الجائع ثوبه لدفع

(١) الوسائل كتاب القصاص أبواب القصاص في النفس ب ٣٦ ج ٣ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ٤٦٣ .

(٣) الوسائل كذب الايمان ب ١٦ ج ٦ .

الجوع بضمنه ليس مكرهاً عليه لأن الداعي السابق على إرادة البيع هو الرضا وإن كان ما هو سابق على هذا الداعي غير الرضا . و يمكن أن يقال : يشكك الفرق حيث أن الجائع يرى أنه يدور أمره بين الموت أو التألم من الجوع و يبيع ثوبه فيرضى بالثاني فراراً عن أشد المحذورين كما أن المتوعد بالضرب مثلاً يدور أمره بين التألم بالضرب و يبيع ماله فيرضى بالثاني فراراً عن الأشد إلى الأضعف ففي كلتا صورتين الداعي السابق على الإرادة هو الرضا هذا مضافاً إلى أنه خلاف ما سبق من القول بأن من عمل العمل العبادي متقرباً إلى الله تعالى وكان الغرض من هذا أخذ الأجرة ليس عمله قريباً من جهة الانتهاء إلى الأمر الدنيوي فمن انتهى أمره إلى أمر يكرهه كيف لا يكون مكرهاً؟ إلا أن يقال في صورة بيع الثوب لدفع التألم من الجوع الحكم بطلان البيع خلاف الامتنان و حديث الرقع يدل على رفع الحكم في مقام الامتنان و لكنه يشكك بأن المتيقن الامتنان بالنسبة إلى النوع لا كل فرد، ألا ترى أن نزول المطر يكون امتنانياً بالنسبة إلى نوع البشر وإن كان موجباً للضرر بالنسبة إلى بعض أفراد البشر، و ثانياً نقول غاية الأمر عدم شمول حديث الرقع لكن الأدلة الخاصة مثل قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » يشمل هذا، مضافاً إلى أن المكروه قد لا يرفع إلا مع الصحة كمن طلق امرأته خوفاً من وقوعها في إرتكاب الفاحشة و وقعها فيها عليه أشد من الضرب المؤلم، إلا أن يقال يبيع الجائع ثوبه و إن كان مكرهاً للبايع لكنه لا يصدق أنه أكره عليه ، لكن هذا يدفع شمول حديث الرقع ولا يدفع شمول الآية الشريفة « إلا أن تكون تجارة عن تراض » إلا أن يتمسك بالإجماع و تخصيص الآية أو يتمسك بحديث الرقع من جهة الإضرار حيث أن البائع مضطر إلى البيع وكذلك في ما ذكر من صورة عدم ارتفاع المحذور إلا بوقوع الطلاق صحيحاً و حديث الرقع حاكم فتأمل جيداً . و ما يقال من الفرق من أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر لكنه مستقل في فعله و مخلى و طبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله و إن كان من باب علاج الضرر و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه و هذا مما لا يطيب النفس به يشكك من جهة أن المستفاد من الآية الشريفة اعتبار الرضا و هذا غير الاستقلال في الفعل فالرضا بملاحظة دفع المحذور في كلتا صورتين

حاصل و مع قطع النظر عن المحذور لا رضا له في كليهما .
هذا مضافاً إلى أن الاستقلال في الفعل في كلتا صورتين حاصل ، و ربما يقال :
إن المدرك في المسألة حديث الرّفع والأخبار الواردة في طلاق المكره ، وليس المدرك
الآية الشريفة لأن غالب المعاملات يقع الرضا بالنسبة إليها في المرتبة الثانية و في
المرتبة الأولى ليست مرضية و الرضا في هذه المرتبة محفوظ في صورة الإكراه .
و يمكن أن يقال : فما فائدة هذا القيد على هذا لأن كل فعل يصدر من الإنسان
بإرادته لا بد أن يكون برضى منه و حمله على صورة الجبر لا يصح من جهة أن المعاملة
لا يتحقق إلا بالإنشاء القولي أو الفعلي ولا يتصور الجبر بالنسبة إلى القصد اللازم في
الإنشاء و ليس من قبيل إهراق الخمر في حلق إنسان قهراً عليه بلا إرادة منه .
ثم إن المشهور بين المتأخرين (قدس الله أسرارهم) أنه لورضى المكره بما فعله
صح العقد و وجهه تمامية العقد من جميع الجهات لإطيب نفس المالك و بعد لحوق
الطيب يتم العقد من جميع الجهات فيكون مشمولاً للعمومات كلحوق الإجازة بالنسبة
إلى الفضولي ولا دليل على اعتبار مقارنة الرضا مع العقد و إلا لزم بطلان الفضولي
فالقائل بصحة الفضولي من جهة شمول العمومات لا بد من التزامه بالصحة في المقام ،
والآية الشريفة « إلا أن تكون تجارة عن تراض » لا تدل إلا على اعتبار الرضا في
نتيجة المصدر ، و نحن نلتزم به و ليس المراد من التجارة العقد حتى يعتبر أن يكون
عن رضا بل هي الاكتساب و لا يحصل شرعاً إلا بعد تحقق الرضا . و أما حديث الرّفع
فبعد البناء على أن المرفوع ليس خصوص المؤاخذة بل مطلق الآثار فقد يناقش في دلالاته
على البطلان مع لحوق الرضا بأن سوقه في مقام الامتنان فيرفع الحق الثابت على المكره
لولا الإكراه لا الحق الثابت له ووقوف عقده على رضاه راجع إلى ثبوت اختيار العقد
له . و أوجب عن هذه المناقشة بأنه لا وجه لاختصاص المرفوع بالآثار المتعلقة بالمكره
بل المرفوع مطلق الآثار ، و ثانياً يمنع كون الحكم بالوقوف حقاً له لاعليه بل هو حكم
شرعي مستفاد من الآية الشريفة أعني قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض »
و من حديث الرّفع ، و لولا الدليل كان عقد المكره من حيث العقديّة مثل سائر العقود ،

فيجب أن يكون المرفوع بالإكراه هو الأثر المترتب على مطلق الفعل لا الأثر بوصف الاختيار ولا الأثر بوصف الإكراه و ليس من آثار الفعل المطلق الوقوف على الإجازة حتى يقال : إن هذا الحق له لا عليه ، فلا يرفع بالحديث ، فالصواب في الجواب أن يقال . المرفوع بالإكراه الأثر الثابت على فعل المكروه مجرداً عن عنوان الإكراه و الاختيار ، كما أن المرفوع بالخطأ و النسيان كذلك لأن الأثر المترتب على الفعل بعنوان العمد يرفع بمجرد فقد القيد لا بحديث الرّفع والأثر المترتب على الفعل بعنوان التعمد أو النسيان يستحيل ارتفاعه بالحديث فنقول في المقام : ليس لنفس العقد أثر شرعاً لاعتبار الرضا فيه بالأدلة الخاصة الموجبة لتقييد عموم «أوفوا بالعقود» فقبل لحوق الرضا لأثر التعمد حتى يرتفع بحديث الرّفع وبعد لحوق الرضا ينقلب التعمد عمداً هو عليه . ويمكن أن يقال : أمّا ما أُجيب به عن المناقشة المذكورة من أن المرفوع مطلق الأثر فهذا ليس جواباً عما يقال من أن حديث الرّفع ورد في مقام الامتنان فيكون رافعاً لما على المكروه لا ما كان للمكروه و نفعه يتم لأن المنع يمنع إطلاقه بقرينة ورود الحديث في مقام الامتنان ولا فرق بين كون المرفوع حكماً أو حقاً نعم يمكن الجواب بوجه آخر و هو أنه قبل لحوق الرضا كان الرّفع له لا عليه و بعد ارتفاع الأثر لا يبقى شيء حتى يقال : يكون الرّفع عليه أولاً ، مضافاً إلى ما ذكر سابقاً من أن الامتنان بحسب النوع كاف ولا حاجة إلى ملاحظة كل فرد ، وأمّا ما ذكر من أن عقد المجرّد لا أثر له حتى يرفع أثره لأنه بعد تقييد العمومات بالرّضا لا يبقى لنفس العقد المجرّد أثر .

فيرد عليه أنه إذا كان كذلك فلامعنى للتمسك بحديث الرّفع في اعتبار الرضا لأنه مع ملاحظة تقييد العمومات بمثل «إلا أن تكون تجارة عن تراض» لا حاجة إلى الرّفع لأن ارتفاع الحكم بارتفاع موضوعه ولومن جهة ارتفاع قيده عقلياً لا حاجة إلى رفعه بالتشريع ولا بد أن يلاحظ العمومات مع قطع النظر عن مقيداتها كما هو الشأن في نسبة العام المخصّص بمخصّصات متعدّدة حيث يلاحظ النسبة مع كل مخصّص مع قطع النظر عن التخصيص الوارد ولا تنقلب النسبة . فنقول في المقام بعد ما كانت

العمومات مقتضية لوجوب الوفاء ، و صحة العقد مع قطع النظر عن المخصص فحديث الرّفع يرفع الأثر المتوهم بلسان الحكومة والدليل الخاص ' يقيد العام ' ، بل نقول لاحاجة إلى دليل عام أو مطلق يظهر منه ثبوت الأثر حتى يرفع بحديث الرّفع بل يكفي توهم ثبوت الأثر فلا حاجة إلى عموم يشمل المجنون والصبي حتى يرفع الأحكام بالنسبة إليهما ولذا يقال : إن رفع ما لا يعلمون يرجع إلى رفع وجوب الاحتياط مع عدم وجوب الاحتياط بدليل عام ، وما ورد مما يظهر منه الوجوب محمول على الإرشاد أو قبل الفحص ولوسلمنا أن المرفوع بحديث الرّفع الحكم الثابت في الشريعة فقد يقال مفاد الإطلاقات باطلاقها ليست أحكاماً ثابتة في الشريعة حتى ترتفع بالإكراه بل الحكم الثابت للبيع المقيّد بالرّضا سبقه الرّضا أو لحقه و بعد تحقق الرّضا يخرج البيع عن كونه إكراهياً فلا موجب لبطلانه .

قلنا : غاية ما ذكر أن إطلاق الأدلة الدالة على اعتبار الرّضا غير حديث الرّفع يقتضي كفاية مطلق الرّضا سبق العقد ولحقه . وحديث الرّفع يقتضي اعتبار رضا السابق فبعد تقييد المطلق بالمقيّد وإن كان المطلق بلسان التقييد للمطلقات والمقيّد بلسان الحكومة لامجال للأخذ باطلاق المطلقات واعتبار مطلق الرّضا .

وأما اشتراط كون البايع مالكا أو وليا كالأب والجد للأب والحاكم وأمينه والوصي أو وكيلاً في ترتب الأثر عليه واللزوم فالظاهر عدم الخلاف فيه ، وادّعي عليه الإجماع ويدل على اعتبار المالكية ما في صحيحة الصفار المكتوبة رجل له قطاع أرضين فحضره الخروج إلى مكة والقرية على مراحل من منزلة ، ولم يؤت بحدود في أرضه وأتما عرف حدود القرية فقال للشهود : اشهدوا أنني قد بعث من فلان جميع القرية التي حدث منها كذا والثاني والثالث والرابع وإتما له في هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك ؟ وإتما له بعض هذه القرية و قد أقر له بكلها ؟ فوقع له ^{بشروط} لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من المالك في ما يملك ^(١) وفي صحيحة محمد بعد السؤال «عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلمي اشتريته منك فابتاعه الرجل

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٥٩ والفتاوى ج ٣ ص ١٥٠ والكافي ج ٧ ص ٤٠٢ والنظر له .

من أجله: ليس به بأس إنما يشتريه بعد ما يملكه « و ما ورد من أنه « لا يبيع إلا فيما يملكه »^(١) وقيام المذكورين مقام المالك قد ثبت في محالها .

ولو باع الفضولي فقولان أشبههما وقوفه على الإجازة .

لا بد من التكلم في أن بيع الفضولي على القول بصحته هل هو صحته مع لحوق الإجازة على القاعدة حتى يتعدى إلى غير البيع أو على خلاف القاعدة فيقتصر على مورد النص قد يقال : إن الصحة على القاعدة فيتعدى إلى غير البيع من العقود والايقاعات إلا أن يدل دليل من إجماع أو غيره على عدم الصحة و تقريب هذا أن البيع الواقع من الفضولي وإن لم يكن السبب فيه مستنداً إلى المالك و لم يكن الرضا الباطني كافياً في الاستناد إلا أنه بعد لحوق الإجازة بالنسبة إلى المسبب يكون مشمولاً للعمومات و هكذا غيره من المعاملات و الايقاعات إلا أن يكون إجماع على الخلاف كما ادعى في الايقاعات كلها أو بعضها .

و يمكن أن يقال : العمومات في المقام أمّا قوله تعالى «أوفوا بالعقود» فالظاهر عدم شوله للمقام لأن الوفاء يتعلق بمن عهد واملالك في المقام ما عهد حتى يجب عليه الوفاء ، مضافاً إلى ما يقال من الانصراف إلى العقد المستند إلى المالك ، و أمّا قوله تعالى : «وأحل الله البيع» فيشكل الاستدلال به من جهة احتمال عدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة بل في مقام الرد على من قال بالمماثلة بين الرّبا والبيع و من جهة الانصراف إلى البيع المستند إلى المالك والبيع في الفضولي ليس بالمعنى السببي مستنداً إلى المالك ولا بالمعنى المسببي أعني المنشأ . نعم الاعتبار الحاصل بنظر العقلاء المتأخر عن الإنشاء والمنشأ لعله بعد الإمضاء يستند إلى المالك ويشكل هذا أيضاً من جهة أنه قبل الإمضاء ليس اعتبار عقلائي في البين . لأن العقلاء بمجرد صدور الإنشاء من الأجنبي لا يعتبرون النقل والانتقال فالامضاء لا بد أن يتعلق إلى المرتبة السابقة و مجرد هذا لم يظهر كفايته لأنه بعد الانصراف و احتمال أن المراد من البيع السابق على هذا الاعتبار لا هذا الاعتبار و عدم استناد السابق عليه إلى المالك ، و من هذا

(١) يأتي من ٨٧ عن الترمذي .

ظهر الإشكال في الاستدلال بقوله تعالى: «إلا أن تكون تجارة عن تراض» اللهم إلا أن يقال: المنصرف عن هذه الآية والآية السابقة على تقدير الإطلاق خصوص البيع والتجارة مع عدم الارتباط بالمالك بوجه، وأمام الارتباط ولو بنحو الإجازة فهما باقيان تحت المطلق ولا ينافي هذا ما سبق من أن عقد الأجنبي ليس منشأ اعتبار العقلاء فإنه نظير الإيجاب قبل لحوق القبول فإنه وإن لم يكن موجبا لاعتبار الملكية عند العقلاء لكنه بحيث لو لحقه القبول كان هو مع القبول موجبا لاعتبار العقلاء، نعم لو لم نحتج إلى الاستناد وقلنا بكفاية الرضا أمكن التمسك بالعمومات، لكنه لا يمكن أن يلتزم فلو عقدا لأجنبي لمن كان مائلا إلى الأزواج من دون إذنه فهل يمكن إلزامه بإعطاء المهر والحكم بورائه كل منهما مع موت الآخر نعم يظهر من بعض الأخبار كفاية الرضا في بعض الموارد كخبر الحميري، وصحيفة ابن مسلم. ففي الأول أن مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله «أن الضيقة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها أو بأمره أو رضاه منه»^(١) وفي الثانية الواردة «في أرض بغم النيل اشتراها رجل وأهل الأرض يقولون: هي أرضنا وأهل الأستان يقولون: هي من أرضنا فقال: لا تشتريها إلا برضا أهلها»^(٢) ولا بد من توجيهها لعدم إمكان الالتزام بظاهرهما ومن جملة ما استدلت به في المقام قضية عروة البارقي حيث «دفع النبي ﷺ إليه دينارا وقال له: اشترينا به شاة للأضحية فاشترى به شاتين. ثم باع أحدهما في الطريق بدينار فأثنى النبي ﷺ بالشاة والدينار فقال له رسول الله ﷺ: بارك الله لك في صفقة يمينك»^(٣) فالبيع وقع فضولا وأن وجه الشراء بنحو يخرج عن الفضولي بأن يقال: إذا كان مأذونا في شراء شاة بدينار فاشترى الشاتين مأذون فيه بطريق أولى وهذا التوجيه لا يخلو عن إشكال حيث إنه يمكن القول بنحوه في شبه المقام كما لو وقف شيء على عالم البلد فهل يمكن

(١) احتجاج الطبرسي ص ٢٧٢ و في الوسائل ابواب عقد البيع ب ١ ح ٨ .

(٢) النهذيب ج ١ ص ١٥٨ . والكافي ج ٥ ص ٢٨٣ والنيل . بالكسر قرية بالكوفة

وبلدة بين بندا وواسط . والاستان أربع كور ببنداد .

(٣) أخرجه البخاري وأورده الخطيب التبريزي في مشكاة المصابيح ص ٢٥٤ .

صرف منافعه في عالم يكون أعلم من عالم البلد من جهة الأولوية ، وقد يستشكل باحتسالي كون عروة وكيلاً مفوضاً إليه في بيعه وقع عن وكالة ويمكن دفع هذا الإشكال بأنه بعد ما عيّن الوظيفة فالتخلف عنها يقع فضولاً وكون التعيين من باب تعدّد المطلوب بعيد فالأولى أن يقال : قضية في واقعة لا نعلم خصوصياتها ، واستدل أيضاً بصحيفة محمد بن قيس ^(١) ، عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب ، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه ، فجاء سيدها الأول وخاصم سيدها الآخر ، فقال : وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال عليه السلام : بالحكم أن يأخذ وليدته وابنها ، فناشده الذي اشتراها فقال : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك ، فلماً رآه أبوه قال له : أرسل ابني قال : لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلماً رأى ذلك سيدها الوليدة أجاز بيع ابنه - الحديث « ولا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال بها إلا ظهورها في تأثير الإجازة المسبوقه بالردّ من جهة ظهور الخاصمة في ذلك ، وإطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ الجارية وأنها من المالك بناء على أنه لو لم يردّ البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الردّ وقد يقال : إن مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة بناءً على اشتراك جميع القضايا المتحددة نوعاً في الحكم الشرعي كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقه بالردّ مانعاً عن الاستدلال بهاموجباً للاقتصار على موردها لوجه علمه الإمام عليه السلام مثل كون مالك الوليدة كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها الحق إلى صاحبه. أمّا لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله « خذ ابنه حتى ينفذ البيع » وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية « فلماً رأى ذلك سيدها الوليدة أجاز بيع ابنه » في أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ فيأول ما يظهر منه الردّ بإرادة عدم الجزم بالإجازة والردّ ، أو كون حبس الوليدة على الثمن أو نحو ذلك .

ويمكن أن يقال : لا نسلم ظهور الصحيحة في كون الإجازة بعد الرّدّ وظهور
المخاصمة وإطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ الجارية وأنّهما من المالك فمن الممكن
أن يكون المخاصمة من جهة وقوع البيع بغير إذن المالك ، فربما لا يأتى المالك عن
بيع ملكه وبأبى عن وقوع البيع بغير إذنه وعن سلب استقلاله بالنسبة إلى ملكه ، و
أمّا إطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ الجارية فلا ظهور له في وقوع الرّدّ . لأنّ
الحقّ في مسألة بيع الفضوليّ بناء على صحته أنّ الإجازة نافذة ، والكشف حكمي
فقبل الإجازة تكون الجارية ملكاً لسيدّها السابق حقيقة ولا حاجة إلى التقييد ، وإن
أبيت هذا أشكال الاستدلال لأنّه بعد احتمال أن يكون ما حكم به الإمام عليه السلام
لوجه علمه مثل كون مالك الوليدة كاذباً في دعوى عدم الإذن و كان حكمه عليه السلام
لا يصلح الحقّ إلى صاحبه بشكل بقاء الظهور المذكور بحاله ، وهذا ممّا يقال من أنّ
اقتران الكلام بما يصلح للقرينة مانع عن ظهور الكلام وبقاء ظهوره بحاله إلا أن يدعى
قوّة الظهور المذكور .

واستدلّ أيضاً بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضوليّ في الحرّ والعبد بالنصّ
والإجماعات المحكيّة فإنّ تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله
أولى بذلك ، ولا يخفى أنّ الألوّيّة ظنيّة وليست قطعيّة لعدم العلم بالملك و يؤيد
الفرق الخبر الوارد في الرّدّ على العامّة القائلين بالفرق بين النكاح و سائر
المعاملات بانعزال الوكيل مع عزل الموكل في النكاح مع عدم بلوغ العزل إلى الوكيل
وعدم انعزاله في غير النكاح فتصحح بيع الفضوليّ مع الإجازة بإطلاق ما في الآية
الشريفة « إلا أن تكون تجارة عن تراض » بالتقريب السابق والصحيحة المذكورة
بالتقريب المذكور .

ويمكن الاستدلال للصحة بموثقة عبدالرحمن عن أبي عبدالله عليه السلام « عن
السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق و يشترط عليه أنّك إن تأتي بما تشتري فماشت
أخذته و ماشت تركته فيذهب فيشتري ثمّ يأتي بالمتاع فيقول : خذما رضيت ، و دع

ما كرهت ، قال : لا بأس » (١) بناءً على أن اشتراء السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق مريضه من الأمتعة وبوفيه دينه ، ولا ينافي هذا احتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر لأن توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته لا بملاحظة هذه القضية ، ويحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بايع الأمتعة ، ويحتمل أن يكون فضولياً فإذا احتل مورد السؤال لهذه الوجوه وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استئصال أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات لكن لا يخفى أن الاحتمالات ليست متساوية بل أظهرها وقوع المعاملة بإذن صاحب الورق مع جعل الخيار له .

واحتج للمنع وبطلان بيع الفضولي بالأدلة الأربعة . أما الكتاب فقوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » .

تقريب الاستدلال به من وجهين : أحدهما مفهوم الحصر بأن يكون المفاد لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فإنه من الباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض . فتدل على بطلان عقد الفضولي بأنه ليس تجارة عن تراض . والثاني سياق التحديد فإن كل وصف ورد في مقام التحديد يدل على اختصاص الحكم بمورد الوصف وإن قلنا بأن الوصف للمفهوم له . أما الوجه الأول فهو مبني على التقدير المذكور صوتاً لاستعمال «إلا» في معناه الحقيقي أعني الاستثناء مع إمكان أن يكون «إلا» بمعنى «لكن» من جهة أن التقدير خلاف الأصل لا يصار إليه إلا بدليل ، وإن حكى عن بعض النحويين .

وأما الوجه الثاني فأجيب عنه تارة بأن القيد وارد مورد الغالب نظير « و ربائبكم اللاتي في حجوركم » وأخرى بأن التجارة هي المسبب واعتبار مقارنة الرضا لإشكال فيه . وأما العقد فلا يطلق عليه التجارة حتى يعتبر صدوزه عن رضا المالك ، ويمكن أن يقال أما وروده مورد الغالب فهو خلاف الأصل فإن الأصل في القيود الاحترازية ولذا تمسك به في عدم صحة عقد المكره ، وأما عدم صدق التجارة

على العقد وهو ممنوع ، نعم يمكن أن يقال : إذا باشر المالك وصار طرفاً للعقد مع مثله يصدق التجارة من جهة اعتبار العقلاء وإذا باشر الأجنبي فقبل تعلق الرضا به من المالك لا يصدق التجارة لعدم اعتبار العقلاء و مع لحوق الإجازة يصدق التجارة و يكون عن تراض فالعقد قبل تعلق الرضا حاله حال الإيجاب الذي لم يلحقه القبول بعد لكنّه بحيث يلحقه القبول ويصير منشأ لاعتبار العقلاء .

و أما السنّة فهي أخبار منها النبويّ المستفيض وهو قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » ^(١) فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه لعدم تملكه فيكون مساوقاً للنبويّ الآخر « لا يبيع إلا فيما يملك » ^(٢) بعد قوله « لا تطلق إلا فيما يملك ، ولا عتق إلا فيما يملك » وما ورد في توقيع العسكريّ صلى الله عليه وآله إلى الصفار « لا يجوز بيع ما ليس يملك » ^(٣) وما عن الحميريّ أنّ مولانا عجل الله تعالى فرجه كتب في جواب بعض مسائله : « أنّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضي منه » ^(٤) و ما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد « في أرض بقم النّيل اشتراها رجل وأهل الأرض يقولون : هي أرضنا وأهل الأستان يقولون : هي من أرضنا فقال : لا تشتريها إلا برضا أهلها » ^(٥) وما في الصحيح عن محمد بن القاسم ابن الفضيل « في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائهم فكتب إليها كتاباً أنّها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها ؟ قال : لي : قل له يمنعها أشدّ المنع فإنّها باعتد ما لم تملكه » ^(٦) و أوجب عن الاستدلال بالنبويّين والتوقيع المبارك بظهورها في النهي عن بيع العين الشخصية التي للغير من المشتري ، ثمّ مضى

(١) أخرجه أبو يعلى كما في كنوز الحقائق .

(٢) أخرجه الترمذي وأبو داود كما في مشكاة المصابيح ص ٢٨٤ .

(٣) التهذيب : ج ٢ ص ١٥٩ و ٨٤ .

(٤) الاحتجاج : ص ٢٧٢ .

(٥) الكافي : ج ٥ ص ٢٨٣ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ١٣٣ ، والتهذيب : ج ٢ ص ١٦٧ .

البائع لأن يشتري من صاحبها ويسلمها إلى المشتري لأن بيع الكلبي سلفاً وحالاً جائزٌ بالاتفاق مع أن المبيع ليس عنده فهذا النهي يدل على اعتبار المالكية في ناحية المسبب وأن المشتري لا يملك ما باعه الدلال من مال غيره، وغير ناظر إلى النهي عن إجراء العقد فلا دلالة فيه على أن المالكية لا تحصل للمشتري بإجازة مالكة، ويمكن أن يقال: لا بد من ملاحظة النصوص الواردة في المقام فمنها صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً قال عليه السلام: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا قال عليه السلام: وأي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال عليه السلام: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه «حالاً» ولا إلى أجل، فقال: لا يسمي له أجلاً إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالاً» (١).

ومنها صحيحة الآخر قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يجيئني يطلب المتاع فأقوله على الربح ثم أشتريه فأبيعه منه، فقال عليه السلام: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: فلا بأس به، قلت: فإن من عندنا يفسده قال: ولم؟ قلت: قد باع ما ليس عنده، قال عليه السلام: فما يقول في السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده، قلت: بلى، قال: فإنما صلح من أجل أنهم يسمونه سلفاً، إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه» (٢).

ومنها خبر أبي الصباح عنه عليه السلام: «في رجل اشترى من رجل مائة من صغراً بكذا وكذا وليس عنده ما اشترى منه، قال عليه السلام: لا بأس به إذا وفاه الذي اشترط عليه» (٣) وخبر ابن سنان عنه عن الرجل يحل يأتمني بريد مني طعاماً أو بيعاً نسيماً وليس

(١) النهديب: ج ٢ ص ١٣١.

(٢) الكافي: ج ٥ ص ٢٠٠.

(٣) الوسائل أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ٤.

عندي يصلح أن أبعه إياه وأقطع له سعره ، ثم اشتريه من مكان آخر فأدفعه إليه ؟ قال **الشيخ** : لا بأس ، ^(١) فالذي يظهر من ملاحظة هذه الأخبار أن عدم جوازها ليس عند البائع كان معروفاً عند العامة و رد الإمام **عليه السلام** عليهم بالنقض بجواز بيع الكلي سلماً ولم يقل : إن هذا الحكم مخصوص ببيع العين الشخصية ، نعم يظهر من بعضها اشتراط المشيئة للمشتري و من بعضها عدم جواز بيع مالا يوجد في غير زمانه ، و من البعيد حمل الأخبار العامة المذكورة بنحو القانون على بعض الصور الغير الغالبة . والحاصل أنه بعد ملاحظة ما ذكر لامجال للتمسك بالأخبار المذكورة لبطلان الفضولي .

وأما رواية الحميري فاجيب عن الاستدلال بها بأن دلالتها على صحة الفضولي أظهر من دلالتها على الفساد ، نعم لا بد من توجيه الرواية من جهة ظهورها في كفاية الرضا بدون الإجازة .

فأما صحيح محمد بن مسلم فلا يدل إلا على أن مورد النزاع لا بد من المعاملة مع الأهل ولا تصح الاشتراء إلا من أهلها ، و مما ذكر يظهر الجواب عن الاستدلال بصحيح محمد بن القاسم .

وأما الإجماع فقد ادعاه الشيخ (قدس سره) في الخلاف معترفاً بأن الصحة مذهب قوم من أصحابنا والجواب عنه بعدم الظن به بعد زهاب معظم القدماء بل الشيخ بنفسه على الصحة .

وأما العقل فاستدل به بتقريب أنه مستقل بقبح التصرف في مال الغير وبيع الفضولي تصرف في مال الغير والرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف . واجيب بأن العقد على مال الغير متوقفاً لإجازته غير قاصد لترتيب الأثر ليس تسرفاً في مال الغير ، نعم لو فرض كون العقد علة تامّة و لو عرفاً كما في بيع المالك والغائب المستقل كان حكم العقد جوازاً ومنعاً حكم معلوله المترتب عليه ، ويمكن أن يقال : تبعية حكم العلة لحكم معلولها على تقدير التسليم تكون في الأفعال التوليدية بحيث

لا تبقى بعد تحقق العلة اختيار بالنسبة إلى المعلول ، وأما في صورة بقاء الاختيار فلا نسلم ، والعلية العرفية لا توجب سلب الاختيار ، وعلى فرض التسليم فالحرمة من جهة التصرف كيف توجب حرمة العقد الموجبة للبطلان فلو باع الفضولي بالمعاطاة في ملك الغير المغضوب فهل يلتزم ببطلان المعاملة على القول بصحة بيع الفضولي من غير هذه الجهة ، ثم إنه بعد الفراغ عن صحة بيع الفضولي يقع الكلام في أن الإجازة المصححة للبيع ناقله أم كاشفة ، وعلى تقدير الكشف هل الكشف حقيقي أو حكمي فالأكثر على الثاني واستدل عليه بأن العقد سبب تام في الملك لعموم قوله تعالى « اوفوا بالعقود » وتامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة فإذا أجاز تبين كونه تاماً فوجب ترتب الملكية عليه وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة ، بل به مع شيء آخر وبأن الإجازة متعلقة بالعقد وهي رضا بمضمونه وليس إلا نقل العوضين من حينه .

وأورد على الوجه الأول بما حاصله أن العقد مع الرضا سبب تام ومع تأخر الرضا لم يتحقق السبب إلا بعد تحققه فقبله كيف يحصل الأثر ، ودعوى أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس وإعطاء الفطرة قبل وقته فضلاً عن تقدم المشروط قبل الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة ، و كغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي على القول به ، مدفوعة بعدم الفرق بين الشرعي وغير الشرعي بحكم العقل فجميع ما ورد مما يوهم ذلك لا بد فيه من التزام أن المتأخر ليس سبباً أو شرطاً ، بل السبب والشرط الأمر المنتزع من ذلك ، لكن ذلك لا يمكن في مقامنا بأن يقال : إن الشرط تعقب الإجازة ولحوقها بالعقد وهذا أمر مقارن لأن لازمه حلية التصرف قبل الإجازة والرضا مع العلم بلحوقهما .

ويمكن أن يقال : ما دفع به الإشكال بالنسبة إلى الأمثلة المذكورة لا يدفع به الإشكال فإن التعقب وإن كان أمراً اعتبارياً لكن له واقعية وليس مجرد الفرض ولا إشكال في أنه متوقفاً على لحوق المتأخر ، فالأولى أن يجاب بأن العمومات لا تنفي بل لا بد من دليل آخر وأورد على الوجه الثاني بأن الإجازة وإن كانت رضا بمضمون

العقد إلا أن مضمون العقد ليس النقل من حينه بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان، وثانياً بأنه يفترع عليه أن مجرد الرضا بنتيجة العقد محض الملكية من غير التفاوت إلى وقوع عقد ثابت ليس بإجازة لعدم الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد والنذر، ومن المعلوم أن المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها ومن المعلوم أن الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي فما لم يجب الوفاء فلا ملك، وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم «أحل الله البيع» فإن الملك ملزوم لحليته التصرف فقبل الإجازة لا يحل التصرف.

ويمكن أن يقال: ما أورد أولاً إن كان النظر إلى عدم اعتبار العقلاء في باب البيع الملكية من حين العقد كما لا يعتبر فيه الملكية بعد زمان فلا إشكال مع إحراز عدم اعتبارهم، وإن كان النظر إلى أن الغالب إنشاء محض الملكية مجرداً عن الزمان فهذا الجواب لا يفيد بالنسبة إلى غير الغالب مع فرض اعتبار العقلاء. وأما ما أورد ثانياً فإن كان النظر إلى أن مجرد الرضا بنتيجة العقد ليست إجازة كاشفة فلا إشكال وإن كان النظر إلى أنه ليست بإجازة أصلاً من جهة عدم الدليل ففيه إشكال من جهة أنه بعد الإجازة لأصل الملكية يصير مشمولاً للأدلة، فبعد عدم تمامية ما ذكر للقول بالكشف نقول: إذا دل الدليل الشرعي غير ما ذكر على الكشف لا بد من حمله على الكشف الحكمي لعدم صحة الكشف الحقيقي وهذا نظير الاستصحاب حيث أن أدلة الاستصحاب يستفاد منها أن يعامل مع المتيقن السابق المشكوك البقاء معاملة البقاء فظاهر صحيحة تهدن قيس المذكورة الكشف، وكذا صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، وإطلاق العزل منضمماً إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» فيبدأن العزل لاحتمال كون زوجة الغير المدركة وارثة في الواقع وكأنه احتياط في الأموال غلبة الشارع على أصالة عدم الإجازة لعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل، ويمكن

أن يقال : أما ظهور صحيحة محمد بن قيس فاستظهار الكشف منها من جهة أخذ المشتري ابنه ويمكن منع الظهور من جهة كون الوطي عن شبهة ظاهراً ، والظاهر أن الولد مع هذا الوصف محكوم بالحرية وإن كان الاستظهار من جهة عدم مطالبة قيمة الولد فالرأية ساكنة عن هذه الجهة لاستفاد منها عدم الاستحقاق وكذا أجرة المثل من جهة كون الوليدة تحت استخدام المشتري بل لا يبعد أن يقال على تقدير الكشف الحكمي يستحق المولى قيمة الولد وأجرة المثل و بعد الإجازة يستحق المشتري على الكشف الحكمي مماثل ما ملك السيد المالك الأول لأعين ما ملك ، فإن قلنا بصحة التهاثر يسقط ومع عدم صحته يستحق كل على آخر .

و أما صحيحة أبي عبيدة فنقول : التعدّي من موردها إلى البيع مبني على عدم احتمال الفرق بينهما وهو مشكل بل لولا التبعّد لأشكل اعتبار الأزواج مع الميئت بعد موته ، والشاهد عليه اعتبار الحلف و اشتراطه في الوراثة وقد يقال في تصحيح الكشف الحكمي على القائدة دون التبعّد أن الإجازة حيث أنها تنفيذ لما وقع توجب تأثيره في ما سبق بالنسبة إلى ما يمكن أن يتعلّق به الإفاز حيث أن موضوع الحكم هو المنفذ والإفاز وما يرجع إليه ناظر إلى المنفذ ، نعم هذا مختص بما إذا كان السابق تمام الموضوع بالنسبة إلى الآثار كما هو كذلك بالنسبة إلى النماء والمنافع ، فبالإجازة ينكشف تحقق حرّية الولد في مسألة الوليدة من قبل ولكنّه لا ينكشف بها أن وطى الزوجة التي عقده الفضولي زناء بذات البعل ، كما أنّه لا ينكشف بها تحقق أصل الزوجة والسر في ذلك هو ما عرفت أن ترتيب الآثار من قبل إنّما هو بالنسبة إلى الآثار التي لها اعتبار بقائه في زمان الإجازة لا الآثار التي ليست كذلك ولا تحقق نفس المنشأ من قبل فتدبر جيداً .

ولقائل أن يقول : الإجازة لها جهتان : جهة تنفيذ بالنسبة إلى العقد السابق وجهة الرضا وطيب النفس الموجبة لحلّيّة المال ، فعلى تسليم ما ذكر بالنسبة إلى الجهة الأولى الإشكال باق بالنسبة إلى جهة الثانية مضافاً إلى أن الإفاز الحاصل بالإجازة يرجع إلى مدخليّة الأمر المتأخّر في مؤثريّة السابق ، فإمّا أن تكون المؤثريّة قبل مجيئها الإجازة فيلزم المحذور العقلي ، وإمّا أن تكون بعد مجيئها الإجازة فالآثار السابقة كيف ترتب وإلى أن التفرقة

بين الآثار إن تصح بالتنزيل والتعبد ومع عدم التنزيل والتعبد ما عقد عليه إماماً أن يكون واقعاً في الخارج ويترتب عليه جميع الآثار ومع عدم الوقوع لا يترتب عليه أثر ولعله لما ذكر أمر بالتدبر وإلى أن الإجازة قد لا تكون بنحو التنفيذ ، بل نظر المجيز إلى حصول محض الملكية من دون نظر إلى العقد السابق ، فالحق في المقام مع ملاحظة الأدلة الخاصة إن تم دلالتها على الكشف الكشفي ومع عدم التمامية النقل .
و أما ولاية المذكورين في المتن فسيجيء الكلام فيها إن شاء الله تعالى .

ولو باع ما لا يملكه مالك كالحر ، وفضلات الإنسان والخنافس والديان لم ينعقد ولو جمع بين ما يملك وما لا يملك في عقد واحد كعبده وعبد غيره صح في عبده وقف [في] الآخر على الإجازة ، أما لو باع العبد والحرة أو الشاة والخنزير صح في ما يملك وبطل في الآخر ، ويقوّمان ثم يقوّم أحدهما ويسقط من الثمن ما قابل الفاسد .
**أما عدم انعقاد البيع بالنسبة إلى ما لا يملكه مالك فوجهه واضح لأن حقيقة البيع لا تصوّر فيه فإن المبادلة بين المالكين وتمليك العين بعوض باعتبار الملكية في الأوّل وتقويم الثاني بها فكيف تصوّر البيع ولا حاجة إلى دعوى الإجماع والمرسل « لا بيع إلا في ملك » لعله ناظر إلى ملكية البايع بقرينة سائر الأخبار لا أصل للملكية لوضوح الأمر .
و أما الأمثلة التي ذكرت في المتن فربما يتأمل في عدم المملوكية بالنسبة إلى بعضها ، أما فضلات الإنسان فلا إشكال في مملوكية اللبن منها والظاهر أن النظر إلى غيره كما تعرّض له في الشرائع ، وأما الدّم فله فائدة قابلة للتوجه عند العقلاء بإدخاله في بدن إنسان قليل الدّم بحيث ربما يشرف على الموت والنجاسة غير مانعة للأصل وما دلّ على حرمة التقلّب بالنسبة إلى الأعيان النجسة الظاهر انصرافه عن مثله ، وقد سبق الكلام في المكاسب المحرّمة ، كما أن الحشرات بعضها له فائدة قابلة للتوجه عند العقلاء كالعلق وبعض الديان لمعالجة المرض .**

وبالجملة إذا كان شيء كان لمنفعة قابلة للتوجه ولو في بعض الأوقات بحيث لا يعدّ بذل المال في مقابله سلفاً ولم يرد نهي بالنسبة إليه فلا مانع من بيعه ، وربما يكون شيء في عصر لاهمالية لمن جهة عدم العثور بفائدته وله مالية في عصر آخر من جهة العثور

كما هو الحال في العقاقير .

و أما صورة الجمع بين ما يملك وما لا يملك في عقد واحد فالمعروف فيها صحة البيع في ما يملك ووقفه على الاجازة في ما لا يملك بناءً على صحة بيع الفضولي ، وقد يستدل على الصحة في ما يملك بما في صحيحة الصفار المكاتبه « رجل له قطاع أرضين فحضره الخروج إلى مكة و القرية على مراحل من منزله ولم يؤت بحدود أرضه وإنما عرف حدود القرية فقال للشهود : اشهدوا عني قد بعثت عن فلان جميع القرية التي حدتها كذا و الثاني و الثالث و الرابع و إنما له بعض هذه القرية ، وقد أقر له بكلها ؟ فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما لا يملك وقد وجب الشراء على البائع على ما يملك » (١) و قد يستشكل في صورة عدم الاجازة و تقييد قصد المشتري بتملك المجموع و ربما لا ينتفع المشتري بالمقدار المملوك كما لو كان المقدار المملوك للبائع العشر مثلاً و إن أمكن الجبران بخيار تبعض الصفقة و الإشكال هنا هو الإشكال المعروف في اشتراط الشرط الفاسد في العقد من أن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد ، و القائلون بالصحة هناك يصححون المعاملة بأنها من باب تعدد المطلوب و فيه إشكال من جهة أنه كثيراً ما يكون من باب وحدة المطلوب بحيث لو كان المشتري و طرف المعاملة متوجهاً لما أقدم على المعاملة ولذا صحح بعض الأعاظم على ما حكى بنحو آخر ليس هنا محل بحثه و ربما لا يخلو ذلك الوجه أيضاً عن الإشكال فإن أمكن الأخذ باطلاق صحيحة الصفار المذكورة و قلنا بالصحة حتى في صورة وحدة المطلوب كما لا يبعد هذه الدعوى في بيع العين المعيبة حيث حكم بالصحة و ثبوت الخيار مع أن الغالب توجه النظر إلى الصحيح بحيث لو التفت المشتري إلى العيب لما أقدم على الشراء فلا كلام و إن لم يفهم الإطلاق بشكل و الإشكال في المسئلتين واحد ، نعم هذا كله مع عدم التفات المشتري ، و أمام الالتفات فلا إشكال ظاهراً وكذلك الكلام في مثيل بيع الشاة و الخنزير إلا أنه مع الالتفات إلى الفساد بشكل الصحة من جهة الجهل بمقدار الثمن ، ثم بعد الفراغ من الصحة فيما يملك طريق التقييد أن يقوم المجموع و يقوم أحدهما فينسب المجموع فبهذه النسبة يقسط الثمن المسمي و

(١) تقدم عن الكافي وغيره .

التقويم في الجميع بين الحرّ والعبد بفرض الحرّ عبداً وفي الشاة والخنزير إن وقع البيع بعنوان الشاتين يفرض الخنزير شاةً ويقوم ، وإن وقع بعنوان الخنزير متوهماً صحة المعاملة فلا يبعد أن يكون التقويم بنظر الكفار الذين يستحلون وللخنزير مائة عندهم ، ثم إن ما ذكر من كيفية التقسيط بحسب الغالب وهو عدم إيجاب هيئة الاجتماع زيادة في قيمة كل من المالين ولا نقيصه. أمالو أوجبت فطريق التقسيط أن يقوم كل منهما منفرداً فيأخذ لكل واحد جزءاً من الثمن نسبتة إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين .

وأما صحة بيع من ذكر من الأب والجد النخ فمبني على ولاية المذكورين فنقول : أما ولاية الأب والجد للأب بالنسبة إلى الصغير فلا إشكال ولا خلاف في ولايتهما في الجملة و يدل عليه ما ورد في الأبواب المتفرقة ففي باب الوصية ينفذ أذن الوالد في المضاربة بمال ولده ففي الموثق عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وإذا له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم فقال : لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي^(١) وفي خبر خالد بن بكر الطويل « قال : دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال : يا بني أقبض مال إخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف و ليس عليك ضمان فقد متني أم ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت : إن هذا يأكل أموال ولدي قال : فقصصت عليه ما أمرني به فقال ابن أبي ليلى : إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ، ثم أشهد عليّ ابن أبي ليلى أن إن أنا حرّ كتبه فأنا له ضامن فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي ، ثم قلت : ماترى ؟ فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده ، وأما في ما بينك وبين الله فليس عليك ضمان^(٢) وفي باب النكاح ينفذ عقد الأب والجد ، وفي باب الوقف دلّ الخبر على كفاية كون المال الموقوف في يد الأب في القبض معللاً بأنه يلي أمره وهو مارواه الشيخ (قد سره) عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال في رجل تصدق على ولده

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٢ تحت رقم ١٩ والتهذيب ج ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦١ تحت رقم ١٦ .

قد أدركوا قال : إنالم يقبضوا حتى يموت وهو ميراث فإن تصدق على من لم يدرك من ولده وهو جائز لأن الوالد هو الذي يلي أمره ، (١) .

ويقع الكلام في جهات ثلاث: الأولى اعتبار عدالتهما وعدمه ، الثانية اعتبار المصلحة أو كفاية عدم المفسدة أو جواز التصرف ولو مع المضرة ، الثالثة اشتراك الجد الأعلى مع الجد في الولاية وعدمه . أمّا الجهة الأولى فالظاهر فيها عدم اعتبار العدالة للإطلاق وترك الاستفصال ونفوذ عقد الجد بدون إذن الأب معللاً بأن البنت وأباها للجد ، وعن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن الرجل يفتقر إلى مال ابنه قال : يأكل منه ما شاء من غير سرف ، قال : وقال في كتاب علي عليه السلام : إن الولد لا يأخذ من مال والده شيء إلا بإذنه والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء ، وله أن يقع على جارية ابنه إن لم يكن الابن وقع عليها ، وذكر أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لرجل أنت ومالك لأبيك » (٢) وروى عن أبي حمزة الثمالي ، عن أبي جعفر عليه السلام : « أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل : أنت ومالك لأبيك ، ثم قال أبو جعفر عليه السلام : ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه إن الله لا يحب الفساد » (٣) وفي الوسائل (٤) عن العلل بإسناده إلى محمد بن سنان « أن الرضا عليه السلام كتب إليه فيما كتب من جواب مسأله وعلّة تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه و ليس ذلك للولد لأن الولد موهوب للوالد في قوله عز وجل : يهب لمن يشاء إناثاً و يهب لمن يشاء الذكور » و ليس حليّة الأخذها كحليّة الأكل من البيوت التسعة ، بل حليّة الأخذ بنحو والتصرف بنحو لا يجوز إلا للمالك أو من له الولاية .

وما ذكر من الأخبار وإن أمكن الخدشة في الاستدلال ببعضها بأنه ليس في مقام البيان من هذه الجهة . لكن في بعضها الآخر غنى وكفاية .

وأما التمسك لاعتبار العدالة بالنهي عن الركون إلى الظالم ودعوى عدم إمكان الولاية للناس بحسب الحكمة ، فلامجال له لمنع كون الولاية ركوناً إلى الظالم ، ومع

(١) التهذيب كتاب الوقوف والصدقات تحت رقم ٢٤ .

(٢) و(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٠٤ والاستبصار ج ٣ ص ٤٨ .

(٤) أبواب ما يكتسب به باب ٧٨ ح ٩ .

اعتبار المصلحة أو عدم المفسدة يمنع من التصرفات الغير المجوزة ، وأما الجهة الثانية ، فقد يقال فيها بثبوت الولاية ولومع المضرة والمفسدة للطفل لاطلاق الأدلة ولأن المستفاد من الأدلة جواز أخذ الأب من مال الابن ما يحتاج إليه و هو ضرر على الطفل و لكنّه يشكل أوّلاً من جهة أن جواز الأخذ إذا كان مع الضمان لا يكون ضرراً والدليل الدال على الجواز لايشمل مالو بذل الأب مال الطفل كغيره ، ولا يشمل الجدة فهذا التصرف للأب لعلّه إرفاق للأب مخصوص بمورده من دون تعدد إلى غير مورده ، هذا مضافاً إلى النهي الوارد في الكتاب العزيز عن القرب إلا بالتي هي أحسن في مال اليتيم وقول الصادق عليه السلام على المحكي في جواب من سأله عما يحل للرجل من مال ولده و هو قوله عليه السلام : « قوته بغير سرف إذا اضطر إليه » . وقول الباقر عليه السلام على المحكي « لا نحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه إن الله لا يحب الفساد » (١) بل لا يبعد أن يقال : ما دل على ولاية الأب و الجدة منصرف إلى صورة الغبطة و المصلحة في غير ما يأخذان لأنفسهما ، وجه الانصراف انصراف توكيل الموكل للوكيل إلى صورة الغبطة و المصلحة للموكل ، غاية الأمر الانصراف إلى صورة إحراز الغبطة ولو كان على خلاف الواقع فيشكل نفوذ التصرفات في غير صورة الغبطة ، وأما الجهة الثالثة فقد يقال فيها لا ينبغي الإشكال في أن الجدة وإن علا يشارك الأب في الولاية عرضاً لأن رواية النكاح شاملة للجدة العالی وإنما الإشكال في أن مع فقد الأب هل الحكم بين الأجداد عرضي أو طولي بمعنى أن الأقرب يمنع الأبعد أم لا فقد تسمك للأول بقوله عز من قائل « واولوالارحام بعضهم أولى ببعض » (٢) والظاهر أن الآية واردة لحكم الإرث و المناطق في عدم مزاحمة الأب مع الجدة في تزويج البنت مشترك بين الأجداد فإن الطبقات النازلة أولاد العالیة ويمكن أن يقال : لعل الجدة المذكور في رواية النكاح منصرف إلى الأدنى عند الإطلاق ومع إرادة الأعلى يقال الجدة الأعلى مع القيد و مع التسليم الإطلاق التعددي من

(١) الكافي ج ٥ ص ١٣٥ . التهذيب ج ٢ ص ١٠٤ واللفظ له .

(٢) الانفال : ٢٦ .

النكاح إلى غيره لا يخلو عن الإشكال فلا يبقى إلا جهة التعبير بقوله وَاللَّيْطُ عَلَى الْمُحْكِي « أنت و مالك لأبيك » وكون الولد موهوباً كما يستفاد من الآية الشريفة ، ولعل النظر إلى الحكمة وإلازم جواز التصرف في أموال الأولاد كتصرف الملاك في أموالهم و مع حصول الشك المرجع الأصل والمعروف أن الأصل في المعاملات الفساد .

و أما ولاية الحاكم فقد يقال فيها لاشبهة في ولايته بالنسبة إلى القصر والغيب في الجملة وإنما الكلام في أن جواز تصرفه من جهة الولاية العامة أو لكون هذا التصرف من شؤون القضاء الثابت له بلا خلاف ، و توضيح ذلك أن للولاية مراتب ثلاث احديها وهي المرتبة العليا مختصة بالنبي و أوصيائه الطاهرين صلوات عليهم أجمعين ، واثنتان قابلتان للتفويض . أما الأولى فهي كونهم أولى بالمؤمنين من أنفسهم بمقتضى الآية الشريفة « النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم » ^(١) وقوله تعالى « وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم » ^(٢) وقوله تعالى « إنما وليكم الله ورسوله الآية » ^(٣) وقوله وَاللَّيْطُ عَلَى الْمُحْكِي في يوم غدیر خم « ألسنت أولى بكم من أنفسكم قالوا بلى ، قال : من كنت مولاه فهذا علي مولاه » ^(٤) والقابلة للتفويض قسم يرجع إلى الأمور السياسية من نظم البلاد وانتظام أمور العباد وسد الثغور والجهاد مع الأعداء والدفاع عنهم و نحو ذلك مما يرجع إلى وظيفة الولاية والأمرأ ، وقسم يرجع إلى الإفتاء والقضاء ومن توابع هذا أخذ المدعى به من المحكوم عليه وحبس الغريم المماطل والتصرف في بعض الأمور الحسبية فبعد الفراغ عن ثبوت هذا القسم للفقهاء الجامع للشرائط يقع الإشكال في ثبوت الولاية العامة أي القسم الأول من هذين القسمين و استدلل لثبوتها للفقهاء في عصر الغيبة بالأخبار الواردة في شأن العلماء مثل « أن العلماء ورتة الأنبياء وإن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ولكن أورثوا أحاديث من

(١) الاحزاب : ٦ .

(٢) النساء : ٥٩ .

(٣) المائدة : ٥٥ .

(٤) الكافي ج ١ ص ٢٩٥ وفي الاحتجاج في احتجاج النبي (ص) .

أحاديثهم فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظٍّ وافر» (١) و«إن العلماء أمناء الرُّسل» (٢) وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكمي «مجاري الأمور بيد العلماء الأمناء على حلاله وحرامه» (٣) وقوله على المحكمي «علماء أمّتي كأنبيا بني إسرائيل» (٤) وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في نهج البلاغة «أولى الناس بالأَنْبياء أعلمهم بما جاؤوا» (٥) و مقبولة عمر بن حنظلة (٦) حيث يستفاد منها جعل المذكور فيها حاكماً كسائر الحكّام المنصوبين في زمان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ والصحابة و التوقيع المروي في كمال الدّين وكتاب الغيبة و احتجاج الطبرسي الوارد في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب وفيها «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا فإنّهم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله» فإنّ المراد بالحوادث ظاهراً مطلق الأمور التي لا بدّ من الرُّجوع فيها إلى الرئيس، و تخصيصها بالمسائل الشرعية بعيد من وجوه منها أنّ الظاهر وكول نفس الحادثة إليه ليباشر أمرها مباشرة أو استنابة لاحكمها ومنها التعليل بكونهم «حجّتي عليكم وأنا حجّة الله» فإنّه إنّما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها الرأى والنظر وإلا كان المناسب أن يقول إنّهم حجج الله، ومنها أنّ وجوب الرُّجوع في المسائل الشرعية إلى العلماء من بديهيّات الإسلام ولا يخفى على مثل إسحاق ابن يعقوب .

و يمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من ثبوت المرتبة العليا للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ والأئمة المعصومين صلوات الله عليهم فهو الظاهر ممّا ذكر لكنّ الظاهر أنّ سيرة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ والأئمة صلوات الله عليهم لم يكن كذلك بل كانوا يعاملون مع الناس معاملة

(١) الكافي ج ١ ص ٣٤ و ابوداود في سننه ج ٢ ص ٢٨٥ و ابن ماجه في السنن

تحت رقم ٢٢٣ .

(٢) د العلماء أمناء ، في الكافي ج ١ ص ٤ .

(٣) تحف العقول ص ٢٣٧ عن الحسين بن علي عليهما السلام .

(٤) البحار ج ٢ ص ٢٢ .

(٥) النهج قسم الحكم تحت رقم ٩٦ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٦٨ .

بعض الناس مع بعض وهو الظاهر من ملاحظة التواريخ والأخبار فلاحظ كلام أمير المؤمنين في نهج البلاغة في جواب أخيه عقيل ومراجعته إلى الأمير صلوات الله عليه .

و أما الأخبار المذكورة لإثبات الولاية العامة للفقهاء بغير ظاهرة كما لا يخفى مع أنها من حيث السند غير نقيّة ولم يظهر اعتماد الفقهاء بها حتى يدعى الانجبار والعمدة المقبولة والتوقيع وما اشتهر من أن السلطان ولي من لولي له . والمقبولة ظاهرة في خصوص باب القضاء ولأقل من عدم الظهور في المدعى بعد ملاحظة الصدر والذيل منها ، غاية الأمر ظهورها في ثبوت ما هو من شؤون قضاة العامة . والتوقيع لم يعلم المراد من الحوادث المذكورة فيها لأن الظاهر أن اللام فيه للعهد وما ذكر من المقرّبات لا يوجب سكون النفس كما لا يخفى بل يستبعد من جهة أن مقتضى الاستظهار المذكور ثبوت الولاية لكل من يروي ويصدق عليه الراوي ، وهل يمكن ثبوت هذا المنصب الخطير له مضافاً إلى أن الراوي لا يصدق على المطلع على كتب الحديث وإلا لصدق على كل من طالع كتب الحديث أنه راوٍ للحديث . وأمّا ما اشتهر من أن السلطان ولي من لولي له فلعل المراد من السلطان ، المنسوب بالخصوص من قبل المعصوم صلوات الله عليه وعلّمه الظاهر في ما ورد من تقدّمه على غيره في الإمامة لصلاة الجماعة في المسجد نعم إن الأحرز لزوم أمر من قبل الشارع وتردد الأمر بين جواز تصدي كل أحد أو خصوص الحاكم الشرعي فهو القدر المتيقن إن قلنا بأن المراجعة إلى عدول المؤمنين في طول المراجعة إلى الحاكم كما هو المعروف ، وأمّا نفوذ تصرفات أمين الحاكم والوصي والوكيل فالدليل عليه ما دلّ على صحّة التوكيل في الأمور التي لا يعتبر فيها المباشرة وما دلّ على نفوذ الوصية و تعيين القيم وقد سبق الموثق المذكور في ولاية الأب .

﴿ الثاني الكيل أو الوزن أو العدد فلو بيع ما يكال أو يوزن أو يُعدُّ لا كذلك بطل ، ولو تعسّر الوزن أو العدد اعتبر بمكيال وأخذ مما بقي بحسابه ولا يكفي مشاهدة الصبرة ولا المكيال المجهول . ﴾

أدعى الإجماع على لزوم العلم بمقدار الثمن والتمن والظاهر أن منشأ

الاتفاق الخبر المشهور بين الفريقين « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر »^(١) والنهي في المعاملات ظاهر في الإرشاد إلى الفساد، وهذه الرواية بعد الشهرة وأخذ الأصحاب بها لا يضر إرسالها، وأما بحسب الدلالة فقد فسّر الغرر بالخطر وبعض جعله من الغرّة بمعنى غفلة وبعض جعله من التغيرير بمعنى الخدعة والإغفال، وقد يرجع إلى معنى واحد بأن يكون نظر البعض إلى المبادي ونظر البعض الآخر إلى الغايات لكنّه لا يخفى أن الخطر في مالم يكن المثلث والثمن من الأشياء الخطيرة لا يصدق والمدعى التعميم من دون فرق بين الخطيرة وغيرها. بل في الأمور الخطيرة أيضاً قد لا يكون خطر كما لو وقع المبادلة بين جنسين متساويين بحسب القيمة والرغبات، ومع احتمال أن يكون المعنى الخطر لا يتم الاستدلال به، نعم في خصوص الكيل والوزن وردت أخبار معتبرة منها الصحيح الحلبي «في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم، ثم إن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته؟ قال: لا يصلح إلا بكيل، قال: وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفةً هذا مما يكره من بيع الطعام»^(٢) وفي رواية الفقيه «فلا يصح بيعه مجازفةً»^(٣) وفي الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة قال: «سألت عن شراء الطعام وما يكال ويوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل ولا وزن فقال: أما إن تأتي رجلاً في طعام قد كيل أو وزن فيشتري منه مرابحة فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم ترنه إذا أخذه المشتري الأوّل بكيل أو وزن، وقلت له عند البيع إنني أربحك كذا وكذا»^(٤) ورواية أبان عن محمد بن حمران قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاماً فزعم صاحبه، أنه كاله فصدّقناه وأخذناه بكيله فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز أن أبيع كما اشتريته بغير كيل؟ قال: أما أنت فلا تبعه حتى تكيله»^(٥) ولا مجال لاحتمال

(١) صحيح مسلم ج ٥ ص ٣.

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٥١ والاستبصار ج ٣ ص ١٠٢ والكافي ج ٥ ص ١٧٩.

(٣) الوسائل أبواب آداب التجارة ب ٥ ح ١.

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٨.

(٥) التهذيب ج ٢ ص ١٢٨.

مدخلية خصوص الطعام في الحكم فمقتضى الأخبار المذكورة اعتبار الكيل والوزن في ما يكال و يوزن من دون لحاظ الغرر، ويمكن استفادة لزوم العد في المعدود من صحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام « أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثم يعدّ ما فيه ، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال : لا بأس به » ^(١) حيث إنه يستفاد منها أن لزوم العد في صحة المعاملة مفروغ عنه ، ومع عدم الاستطاعة هل يصح بالنحو المذكور وقد يقال إن ظهور الأخبار متبوع في ما كان مقدار مالمية الشيء غير محرز إلا بالكيل أو الوزن، وأما إذا أُحرز بالمشاهدة ونحوها فيصح بيعه بلا تقدير ، و لذلك جرت السيرة على بيع مقدار من الدهن و الحبتين و الثلاثة من الحنطة و زبرة من الحديد لخروج هذه الأشياء عن أدلة اعتبار الوزن .

توضيح ذلك أن المخصّص المنفصل إذا كان مجملاً مفهوماً يخصّص العموم به بالقدر المتيقن منه و يتمسك بالعموم في المشتبه ففي المقام مقتضى العمومات عدم اعتبار الكيل والوزن والعد و الذرع والمخصّص لا إطلاق فيه. أمّا دليل العد فلا نته ناظر إلى جهة أخرى، وأما أدلة الكيل والوزن فأظهرها ذيل صحيحة الحلبي ، و هو قوله عليه السلام « و ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفة » ولا يشمل ما كان مناط مالمية العدد و إن كان الوزن فيه ملحوظاً ، ويخصّص أيضاً بما إذا كان عدم كيله مستلزماً للجزافية ، و على هذا يصح المعاملة بالدراهم والدنانير و إن لم يعلم المقدار من حيث الوزن بل بالعدّ يصح وكذا يصح بيع ما يكال أو يوزن بالكيل والوزن المعلومين عند أهل البلد المجهولين لدى الغريب الوارد في البلد ، ويمكن أن يقال : لا يبعد التمسك بصحيح ابن محبوب حيث إن ظاهره السؤال عن شراء الطعام وكل ما يكال و يوزن فالجواب الوارد في خصوص الطعام يكون من جهة أنه أحد الأفراد فعدم البأس مخصوص بصورة وقوع الكيل أو الوزن ، غاية الأمر إخبار البائع طريق من غير فرق بين ما كان معرفة مالمية محرزة بنحو آخر و ما لم يكن محرزة ، وأما ما جرت عليه السيرة من المعاملة بالدراهم والدنانير فلعل وجه الصحة فيبأن الدراهم

والدنانير الواقعة في المعاملات أثماناً غالباً من المعدودات وإن كانت المادة موزونة ، نعم إذا كان الدرهم أو الدينار ناقصاً عن الوزن المعين يكون معيباً و على هذا فيشكل صحة المعاملة مع عدم علم الغريب الوارد في البلد بالمقدار لأن الكيل والوزن المعتبرين في صحة المعاملة المعلومان لدى البائع والمشتري ، ومجرد عدم كون المعاملة جزافية لا يكفي لأن الظاهر في أمثال المقام الصدر، والذي يمتفرع عليه ، و مع الإجمال يؤخذ باطلاق ما ليس فيه هذه العبارة .

وأما ما ذكر من جريان السيرة في مثل مقدار من الدُّهن النخ فالظاهر أن بعض الأشياء لا يوزن من جهة القلّة بل لا يعدُّ مثل الحبتين والثلاث مالا فلا يصحُّ البيع من جهة عدم المالمية وإن قوبل في الصلح بشيء وقد يكون عدم الوزن والكيل من جهة الزيادة الأثرى الفرق بين بيع قطعة من الأرض محدودة تقع المعاملة بالنسبة إليها مع تعيين المقدار بالأذرع والجريب و بين بيع قرية تكون أراضيها مقدار فراسخ مربعة تعسر أو تعذر تقديرها فلا بدّ في مثلها في رفع الغرر والخروج عن الجزافية بنحو آخر من مشاهدة أهل الخبرة و نحوها وإلا لانسدت باب المعاملة إلا بالصلح مع أن الصلح المبني على المدافقة حكمه عند المشهور حكم البيع من جهة اعتبار عدم الغرر ، والحاصل أنه بعد تسلّم الحكم ودعوى الإجماع وإمكان التعميم بملاحظة بعض أخبار الباب يشكّل التفصيل المرقوم مع عدم إشارة في الأخبار إلى ما ذكر من التفصيل . ويمكن الاستدلال لاعتبار العدّ في المعدودات بصحیحة الحلبي المذكورة حيث أنّها وإن كانت ناظرة إلى جهة أخرى إلا أنّها ظاهرة في أن اعتبار العدّ كأنه كان مفروغاً عنه وقرّره الامام بل يمكن الاستدلال للزوم العلم بالتعليل في رواية حمّاد بن ميسرة عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنّه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنّه لا يدري كم الدينار من الدرهم^(١) لولم يخذش من جهة السند والدلالة فإن تمّ الاستدلال بما ذكر من الأخبار الخاصة وإلا فالتمسك بالنبوي المعروف « نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر » بدعوى أن الحكمة في البطلان الغرر فلا يدور البطلان مع وجوده مشكّل للفرق بين ما كان عنوان حكمة

للتشريع وبين ما كان العنوان مأخوذاً في الموضوع فهذا نظير « لاضرر ولاضرار » وقاعدة نفى العرج حيث إن الحكم يدور مدار الضرر الشخصي لا النوعي وكذلك قاعدة نفى العرج، وأما مع التعسر أو التعذر فالمعروف أنه يعتبر بمكيال ويؤخذ مما بقي بحسابه واستدل بالصحيح الحلبي المتقدم و هل هذا على خلاف القاعدة يقتصر عليه في صورة التعسر أو التعذر أو على وفق القاعدة من جهة ارتفاع الغرر و ارتفاع الجهل المضر بالمعاملة من جهة أن عدم الاستطاعة المذكور في كلام الراوي السائل وليس في كلام الإمام عليه السلام ويؤيده رواية عبد الملك بن عمرو قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشتري مائتا راوية من زيت فأعترض راوية أو اثنين فأزنيهما ، ثم آخذ سايره على قدر ذلك : قال : لا بأس»^(١) حيث لم يستفصل إلا أن يقال مثل مورد السؤال غالباً يعسر أن يوزن كل راوية .

بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيالاً أو موزوناً فنسب إلى الأصحاب رضوان الله تعالى عليهم اعتبار الكيل والوزن فيما يبيع بهما في زمن الشارع وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما فما كان مكيالاً أو موزوناً في بلد يباع كذا وإلا فلا . ومنع ذلك وفرق بين باب الرِّبَا وبين المقام ، وإن ما نسب إليهم مخصوص بباب الرِّبَا دون باب شرائط العوضين ، واستشكل على المنع المذكور بأن المداور وجوداً أو عدماً في الرِّبَا على اشتراط الكيل والوزن في صحة بيع جنس ذلك الشيء لشهادة تتبع كلمات الأصحاب قدس الله أسرارهم ويقطع بعد التتبع في كلماتهم أن الموضوع في كلتا المسئلتين واحد ، واستشكل على ما ذكر بمنع تحقق الإجماع المعتبر بنظر المتأخرين و لو سلمنا قيام الإجماع على أن ما كان ربوياً في عصر الشارع فهو ربوي دائماً و سلمنا الملازمة بين كون الشيء ربوياً وكون الكيل أو الوزن شرطاً في صحته يبعه بأن رتبنا القياس وهو أن كل ما كان ربوياً يشترط في صحته يبعه الكيل أو الوزن وهذا ربوي فيشترط في صحته يبعه الكيل أو الوزن إلا أن هذا الإجماع مع هذا القياس لا ينتج إلا ضد ما قصد لأن توقف جريان الرِّبَا في معاملة على كون الكيل أو الوزن شرطاً في صحته يبعه لا يخلو إما أن يكون منشأؤه هو التخلص عن الرِّبَا بحيث إنّه لو جعل الأثمان مقابل هذا الشيء لاجنسه يصح بيعه بالكيل ولا وزن ، وإما أن يكون منشأؤه أن تقوم ماليته بالتقدير

لكونه في غاية العزّة و الغلاء و على كلّ تقدير لا ينتج ما قصد بل التقدير مناقض لما قصد .

أمّا على الأوّل فلأنّ توقّف التخلّص عن الرّبّ با على الكيل أو الوزن لا يلزم كون الشيء مكيلاً أو موزوناً لأنّه يصحّ بيعه بعوض من غير جنسه بلا كيل أو وزن . و أمّا على الثاني فعدم صحّة بيع الشيء بلا كيل و لا وزن لتوقّف معرفة مقدار ماليّته عليهما يقتضي صحّة بيعه بدونهما أذا صار الشيء مبدولاً بحيث لا يتوقّف معرفة مقدار ماليّته عليهما فتوقّف جريان الرّبّ با في معاملة على كون الشيء مكيلاً أو موزوناً من باب توقّف ماليّته على التقدير بهما مناقض لما ادّعي من اعتبار الكيل و الوزن في شيء كان مكيلاً أو موزوناً في عصر الشارع فتدبر جيّداً .

ويمكن أن يقال : أمّا منع تحقّق الإجماع المعتبر عند المتأخّرين فله وجه لكن من لا يجترء على مخالفة الأصحاب لا بدّ له من التسليم، وأمّا ما ذكر من مناقضة القياس المذكور للمقصود الخ فيتوجّه النقص أوّلاً بما لو كان شيء في هذه الاعصار مكيلاً أو موزوناً واشترط صحّة بيعه بالكيل أو الوزن ولا إشكال في جريان الرّبّ با فيه فيقال : اشتراط الكيل أو الوزن إمّا لخصوص التخلّص من الرّبّ با و إمّا لمعرفة مقدار ماليّته من جهة العزّة و الغلاء . فعلى الأوّل لا بدّ من صحّة بيعه إذا كان البيع بغير جنسه لعدم العلة و على الثاني أيضاً يقتضي صحّة بيعه بدون الوزن و الكيل إذا كان مبدولاً و ثانياً نقول : إذا جرت العادة على الكيل و الوزن لأيّ جهة كانت يمكن حكم الشارع بعدم صحّة المعاملة بدونهما و جريان الرّبّ با فحصر جهة الاشتراط فيما ذكر ممنوع ، و على فرض التسليم كون الجهتين المذكورتين من قبيل العلة بحيث كان الحكم دائراً مدار وجودها لا الحكمة ممنوع و ثالثاً لم يعلم وجه ما ذكر من كون اشتراط الكيل أو الوزن من جهة التخلّص عن الرّبّ با مع أن المعروف توقّف جريان حكم الرّبّ با على اشتراط الكيل أو الوزن في صحّة المعاملة ولعله لما ذكر أمر بالتدبر و بما ذكر ظهر وجه ما في المتن من عدم صحّة البيع بالمشاهدة و المكيال المجهول .

و يجوز ابتياع جزء مشاع بالنسبة من معلوم وأن اختلفت أجزاءه ❖ لإشكال

في صحة البيع والابتاع بالنسبة إلى الجزء المشاع من غير فرق بين أن يكون الجملة التي ينسب الجزء إليها متساوية الأجزاء من حيث الذوات والوصف أو مختلفة الأجزاء كنصف العبدین مع اختلافهما وصفاً وقيمة ولا مجال للاشكال في الصورة الثانية بأنه لا بد في نسبة الجزء إلى الكل من وجود مركب حقيقي أو اعتباري باعتبار العقلاء وفيها لا تركيب إلا صرف فرض غير معتبر عند العقلاء فإنه لا مانع من اعتبار البائع والمشتري في مقام المعاملة وإن لم يكن عند العقلاء في غير صورة المعاملة اعتبار تركيب .

ثم إنه يقع الكلام في تصوير الكسر المشاع وإن الشركة بأي كيفية فقد يقال: إن قيل بوجود الجوهر الفرد والجزء الذي لا يتجزأ كما هو مذهب كثير من المتكلمين فلا بد من القول بأن الشريكين كل واحد منهما مالك لجزء معين أو مالك لتمام الجزء بالملكية الضعيفة . وإن قيل بامتناع الجزء الذي لا يتجزأ فحيث أن الجزء قابل للقسمة فمعنى الشركة على الإشاعة أن كل جزء يفرض في الجسم يكون كل منهما مالكا لنصف ذلك الجزء مثلاً فمعنى الإشاعة على مختاره عدم تمييز الكسر المشاع وكونه كلياً قابلاً للانطباق على كل كسر .

ويمكن أن يقال : على القول بوجود الجوهر الفرد أيضاً يمكن الالتزام بملكية كد من الشريكين الجزء الكلي لا الجزء المعين ، و على القول بامتناع الجوهر الفرد يشكل القول بملكية النصف مثلاً من جهة أن النصف الذي فرض ملكاً لواحد منهما قابل للانقسام فما وجه اختصاصه به هذا ، مضافاً إلى أن هذا يكون من قبيل الكلي في المعين والمعروف خلافه : و لذا يلتزمون في صورة بيع الكلي في المعين بجواز تصرفات البائع مادام المصداق للكلي باقياً بخلاف بيع الكسر المشاع ، و قد يفرق بين الكلي المشاع والكلي في المعين بأن المشتري مالك للكلي مع تشخصه بخلاف الكلي في المعين فمن ثمرات الأول أن تعيين المبيع برضا الطرفين حيث أن المشتري مالك للخصوصية بخلاف الثاني ومن الثمرات أنه على الأول إذا وقع التلف وقع على البائع والمشتري بخلاف الثاني حيث أنه مع بقاء ما يصدق عليه الكلي يستحق المشتري ولا موضوع لقاعدة تلف المبيع قبل قبضه ، وفيه نظر من جهة أنه لا يتصور ملكية الأشخاص للبائع مع

خروج الكلي عن ملكه ، وثانياً بعد ما كان الخصوصية أيضاً مملوكة بنحو الكليّة لقائل أن يقول مادام فرد منها باقية لاموضوع لقاعدة تلف المبيع قبل القبض ، ولازم ما ذكرنا الإشكال في جواز تصرفات البايع في الأشخاص حتى في صورة بيع الكلي في المعين ، ثمّ إنّه يتصور في بيع بعض من جملة معيّنة نحواً خروهاً أن يبيع صاعاً من الصيعان أو واحداً من العبدین مثلاً لالجزء المشاع والمشهور فيه البطلان .

واستدل له بوجوه منها الجهالة التي يبطل معها البيع إجماعاً ، ومنها الإبهام ومنها الغرر ، ومنها أن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محلّ تقوم به وقد يقال إن هذه الوجوه لا تجري في موضوع واحد من جهة أن متعلق البيع تارة يكون الأحد المفهومي كما في قول الأمر جثني برجل ، وأخرى الأحد المصدقي من قبيل جاء رجل من أقصى المدينة فإذا كان المبيع من قبيل الأوتل الأحد المفهومي الذي ليس له وجود متّصل ولا منشأ انتزاع أي ليس له ما بهذاء ولا منشأ انتزاع ولا من قيام إحدى المقولات بمحالتها كالتبليّة والبعدية بل كان صرف اعتبار واختراع يجري فيه أن المبيع مبهم وأن الملك صفة وجودية تحتاج إلى محلّ وإن كان من قبيل الثاني أعني المعين في الواقع المجهول عنه أحدهما أو كليهما ، يجري فيه أنه مجهول وأن البيع غرري .

ولعلّ نظر المشهور إلى الصورة الأولى و منشأ البطلان هو أنه وإن لم يقم دليل خاص على أن الإبهام في البيع مبطل إلا أن توقف البيع على وجود محلّ يقوم به لا يمكن إنكاره فإن الملكية وإن لم تكن أمراً خارجياً و صفة وجودية بل من الاعتباريات إلا أن هذا الاعتباري لا بدّ له من محلّ يقوم به فإن البيع الذي هو تبديل طرف الإضافة لا بدّ له من المضاف إليه والأحد المراد الغير المعين لا يعتبره العقلاء طرفاً للإضافة الملكية ولا يقاس ببيع الكلي في الذمّة فإنه وإن لم يكن موجوداً خارجياً إلا أن الذمّة أمرٌ وسيع يعتبره العقلاء ملكاً نعم لو قام دليل تعبدّي على ذلك نقول بالصحة لأنّ للشارع الحكم بملكيّة أحد العبدین وطلاق أحد الزوجتين كحكمه بينونة الزائدة على الأربع فيمن أسلم على الزيادة أمّا ما لم يقم دليل خاصّ فالعمومات لا تقتضي الصحة .

ويمكن أن يقال : إذا فرض العلم بنجاسة أحد الاناثين وكانا في الواقع متنجسين

فهو يمكن القول بأن هذا العلم جهلٌ مركّبٌ من جهة أن الأحد المفهومي لا واقع له خارجاً مع أن النجاسة لا بد لها من محلٍّ وليست من قبيل الملكية فما أفيد من أن الواحد المفهومي لا خارج له أصلاً محلٌّ نظر ، ثم إنّه على تقدير وجود المانع العقلي بالبيان المذكور لا بد من التوجيه في الموارد التي ورد دليل شرعي كصحّة الوصيّة بأحد العبدین ، و بينونة الزائدة على الأربع فيمن أسلم على الزيادة بأن يكون من باب التنزيل كما قيل في باب الاجازة إن الاجازة اللاحقة لا يعقل أن تؤثر في الملكية السابقة بل الملكية تنزيلية كما في باب الاستصحاب لأن القواعد العقلية غير قابلة للتخصيص ، ولازم هذا كون ملكية الورثة للعبد الآخر غير الموصى به أيضاً تنزيلية لأنه مع إبهام الموصى به يكون الباقي أيضاً مبهماً وكذا في صورة إسلام الكافر على خمس مثلاً ويلزم أن لا يقدر المكلف على امتثال أمر المولى في قوله جثني برجل ، و هل يمكن الالتزام بما ذكر .

و أما صورة الأخرى وهو ما كان للمبيع واقع معين مجهول عند البائع والمشتري أو عند أحدهما فالمعروف بالطلان فيها من جهة الجهل أو الغرر ، ويشكل الحكم بالطلان لولا الإجماع لأن الغرر بمعنى الخطر ليس في البين والجهل بمجرد مع عدم الفرق بين طرفي الشبهة يشكل إبطاله وما يظهر من الخبر المتعرّض لاستثناء درهم من الدينار من الفساد لعلمه من جهة اختلاف القيمة فلا يفيد مبطلية الجهل مطلقاً .

﴿ الثالث لاتباع العين الحاضرة إلا مع المشاهدة أو الوصف ولو كان المراد طعمها أو ريحها فلا بد من اختبارها إذالم يفسد به ، ولو بيع ولماً يختبر فقولان أشبههما الجواز وله الخيار لو خرج معيباً ويتعين الأرش بعد الإحداث فيه ولو أدت اختباره إلا إفساده كالجوز و البطيخ جاز شراؤه و ثبت الأرش لو خرج معيباً لا الرد ، و يرجع بالثمن إن لم يكن مكسوره قيمة ﴾ .

لا يخفى أن ما يصح بيعه بالمشاهدة تارةً يعتبر فيه الكيل أو الوزن أو العدد لرفع الغرر فلا يكفي في صحّة بيعه المشاهدة ، وأخرى لا يعتبر فيه من جهة ارتفاع الغرر بالمشاهدة بدون الكيل أو الوزن أو العدد ، وقد يقال بكفاية المشاهدة في الأشياء المبذولة

من جهة كثرتها بحيث يتسامح فيه قلة وكثرة ولا يعدُّ بيعه مجازفة كما أن المشاهدة قد تكون طريقاً معتبراً لمعرفة مقداره بحيث لا يتخلف عادةً إلا بمقدار يتسامح فيه ، وأما لولم يكن كذلك فلا وجه لصحة بيعه ، ويمكن أن يقال : لازم ما ذكر جواز بيع الكيل والموزون والمعدود بالمشاهدة إذا كانت من جهة الكثرة بنحو يتسامح فيه قلة وكثرة كما أنه إن ابلغ شيء يكفي فيه بالمشاهدة ولا يعتبر فيه الكيل والوزن والعد في العزة وقلة الوجود إلى حد لا يتسامح فيه قلة وكثرة فلا يصحُّ بيعه بالمشاهدة وهذا لا يبعد إن كان المدار في الصحة والفساد عدم الخطر والمجازفة ووجودهما ، وأما إن قلنا بلزوم الكيل والوزن والعد في ما تعارف فيه أحدها حتى مع المبدولية وكثرة الوجود فلا بد من مراعاتها كما أنه مع عدم التعارف لا يجب المراعات ، نعم لا بد من رفع الغرر بأي نحو كان ، نعم لو قلنا بلزوم رفع الجهل في صحة البيع من دون توجه إلى الخطر فلا بد من رفعه لكن الدليل عليه الرأية المذكورة سابقة المتعرضة لاستثناء الدرهم من الدنانير غير خال عن الإشكال سنداً ودلالة .

و أما كفاية الوصف عن المشاهدة فهي من جهة ارتفاع الغرر بالوصف وهذا مع الوثوق بقول البائع الواصف بالنسبة إلى العين الشخصية لإشكال فيه ، وأما مع عدم الوثوق فلا يرتفع به الغرر ولذا قد يستشكل في الاعتماد بقول البائع في إخباره بالكيل أو الوزن مع عدم الوثوق به وإن لم يبعد استفادة الاكتفاء بقول البائع في تلك المسألة وإن لم يحصل الوثوق إلا أن تكون المسألة إجماعية .

و أما لزوم الاختبار مع عدم الفساد به في ما أريد طعم العين أو ربحها فلرفع الغرر الحاصل بدون الاختبار نعم من قال بكفاية الوصف في رفع الغرر في غير ما أريد طعمه أو ربحه يقول بالكفاية هنا ولو بيع بغير اختبار و وصف ففيه قولان عدم الصحة للغرر والصحة من جهة الاعتماد على أصل السلامة ، ولا يخفى أن أصل السلامة لا يجري في جميع المقامات لأنه كثيراً ما يكون العين مع سلامتها متفاوتة بحسب الأفراد تفاوتاً يوجب الاختلاف في القيمة و أصل السلامة معتمد عند العقلاء لكن كثيراً ما من جهة بعض العوارض لا يعتمد عليه كوقوع المرض في الحيوانات ، و حصول الآفة للفواكه و

الأثمار ثم إنه على القول بالصحة بدون الاختبار لو خرج معيباً فللمشتري الخيار لأن العيب من أسباب الخيار فهو مخير بين الرد والإمسك بأخذ الأرش وله الإمْضاء ومحل البحث مبحث الخيارات إن شاء الله تعالى أن يوقفنا للتعرُّض لها ، ومع إحداث حدث يتعيَّن الأرش لا الرد كما يبيِّن في محله ومع إداء الاختبار إلى الإفساد كما في الجوز والبطيخ جاز شراؤه من دون اختبار إجماعاً على الظاهر ، ووقع الخلاف في اعتبار اشتراط الصحة في العقد وعدم اعتباره والاكْتفاء بأصالة السلامة ، ويمكن أن يقال : لا إشكال في تحقُّق الغرر بدون الاختبار وأصالة السلامة على فرض الاعتماد عليها نافعة من جهة الصحة والعيب لا من جهة أخرى فإن كان الحكم بالصحة من جهة الإجماع فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن وهو صورة الاشتراط وغير هذه مقتضى عموم النهي عن بيع الغرر عدم صحته ويثبت الأرش لو خرج معيباً دون الرد من جهة إحداث الحدث والأرش ملحوظ بالنسبة إلى العيب قبل الاختبار المفسد لا بعده لوقوع الاختبار بفعل المشتري وعنده ولو كان فاسداً لا قيمة له ينكشف بطلان البيع أصلاً لأن قوام البيع بالمالية الواقعية لا الصورية .

﴿ وكذا يجوز بيع المسك في فأره وإن لم يُفتق ، ولا يجوز بيع السمك في الآجام لجهالته وإن ضم إليه القصب على الأصح ، وكذا اللبن في الضرع ولو ضم إليه ما يحتلب منه وكذا أصواف الغنم مع ما في بطونها ، وكذا كل واحد منها منفرداً وكذا ما يلقح الفحل وكذا ما يضرب الصياد بشبكته ﴾ .

المشهور جواز بيع المسك في فأره وإن لم يُفتق ولعل المستند العمومات بانضمام أصالة السلامة وقد عرفت أن الخصوصيات الموجبة لتفاوت الرغبات وتفاوت القيمة بدون الاختبار خارجة عن الصحة وبدون الإحراز لا يخرج البيع عن الغرر ولا دليل بالخصوص إلا ما أرسله في التذكرة عن الصادق عليه السلام من جواز بيعه لكنه لم يعلم إرادة ما في الفأرة فإنما فرض أنه ليس له أوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة فلا بد من فتقه بإدخال خيط فيها إلا أن تكون المسألة إجماعية ، ثم إنه مع حصول النقص في المسك هل يكون مضموناً أم لا قديني على ضمان النقص في المقبوض

بالسوم إن كان المباشر من يريد الابتياح ، ويمكن الفرق والقول بالضمان في المقام وإن لم نقل بالضمان هناك حيث إن النقص في المقام بالالتلاف لا باليد وفي تلك المسألة الأشكال في الضمان باليد لا بالالتلاف ولا أظن أن يلتزم أحد بعدم الضمان مع الالتلاف فيها ، نعم مع حصول النقص بواسطة الفتق بفعل مالكة لا بفعل من يريد الإشتراء لإشكال .

و أما عدم جواز بيع السمك في الآجام ولومع القصب فهو المشهور لأن المشهور بل المجمع عليه على ما دعي بطلان البيع مع الجهل ، وانضمام المعلوم بالمجهول لا يصح لعدم ارتفاع الجهل ويظهر من بعض تخصيص البطلان بصورة الاستقلال أو الانضمام مع الاستقلال دون صورة التبعية نظراً إلى أن جهالة التابع لا يوجب الفرر ولا صدق اسم المجهول على المبيع ، والمحكي عن جماعة صحة البيع مع الضميمة وحجتهم الأخبار المستفيضة في مسألتي السمك و اللبن وغيرهما ففي مرسله البزنطي التي إرسالها كوجود السهل فيها سهل عن أبي عبدالله عليه السلام ^(١) قال : « إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شيء من سمك فباع وما في الأجمة » .

ومنها رواية معاوية بن عمار « لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب » . ^(٢)
ومنها رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام « في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هي ماء ، قال : تصيدكفأ من سمك تقول : أشتري منك هذا السمك وما في هذه الأجمة بكذا وكذا » ^(٣) .

وهو ثقة سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام كما في الفقيه قال : « سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع ؟ فقال : لا إلا أن يحلب لك منه سكرجة فيقول : اشتر مني هذا اللبن الذي في الاسكرجة وما في ضرعها بثمر مسمى فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة » ^(٤) وعليه يحمل صحيحة عيص بن القاسم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل

(١) الكافي ج ٥ ص ١٩٤ والتهذيب ج ٢ ص ١٥١ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٥٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٩٤ تحت رقم ٦ . و التهذيب ج ٢ ص ١٥١ . و الفقيه باب

له نعم يبيع ألبانها بغير كيل ، قال : نعم حتى تنقطع أو شيء منها «^(١) بناءً على أن المراد بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه أو بيع شيء منه محلوب في الخارج و ما 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 : لأبأس بذلك إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف . »^(٢)

و موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتقبل خراج الرّجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصاعد والسمك والطير وهو لا يدري لعله لا يكون من هذا شيئاً أبداً أو يكون أيشتره ؟ أو في أيّ زمان يشتريه و يتقبل منه ، قال عليه السلام : إذا علمت أن من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به »^(٣) .

واستشكل في الاستدلال بهذه الروايات فإنّ ظاهر الأخيرين كموثقة سماعة أنّ الضميمة المعلومة إنّما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع لأن حيث جهلته فإنّ ما في الاسكرجة غير معلوم بالوزن والكيل ، وكذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكورة في رواية الهاشمي مع أنّ المشهور كما في الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم ، والقائلون بجوازه استدّلوا برواية الكرخي مع منعهم عن مضمونها من حيث ضمّ ما في البطون إلى الأصواف فتبين أنّ الرواية لم يقل أحد بظاها و مثلها في الخروج عن مسألة ضمّ المعلوم إلى المجهول روايتنا أبي بصير و البرزطي فإنّ الكفّ من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون فلذا جعلوه من الرّبويّات و لا ينال ذلك جواز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة لاحتمال أن لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه كالذي لا يدخل في الوزن لكثرة كزبرة الحديد ، و أمّا رواية معاوية بن عمّار فلا دلالة فيها إلاّ بقرينة

(١) الكافي ج ٥ ص ١٩٣ تحت رقم ٥ . والنهذيب ج ٢ ص ١٥١

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٤ تحت رقم ٨ والنهذيب ج ٢ ص ١٣٠ و ١٥١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٩٥ تحت رقم ١٢ . والنهذيب ج ٢ ص ١٥٢ . والفتية باب

البيوع تحت رقم ٦٢ واللفظ له .

روايتي أبي بصير والبنظي اللتين عرفت حالهما فتأمل .

ويمكن أن يقال: أمّا موثقة الهاشمي فالشك فيها من جهتين احديهما احتمال عدم وجود شيء منها والجهل بالمقدار وحمل قول السائل وهو لا يدري. الخ على صورة احتمال عدم مجموع المذكورات بعيد ، بل الظاهر احتمال عدم واحد من المذكورات ، فالجواب بالصحة مع العلم بإدراك شيء واحد يرفع الشك من الجهتين ومع تساوي الاحتمالين الجواب بالصحة كاف مع قابلية الكلام للاحتمالين كترك الاستفصال .

و أما رواية إبراهيم الكرخي فالسؤال فيها قابل لصورة الشك في وجود الحمل والقطع به مع الجهل بالعدد والخصوصيات ، فالجواب بعدم البأس يصحح الجهتين ، وأمّا المنع من جهة أن الصوف موزون فيحتاج إلى دليل مقدّم على هذه الرواية فإنه يمكن أن يكون حال الأصواف حال الأثمار ما دامت على الشجرة تباع بالخرص من دون كيل ووزن و بعد الصرم تباع بالوزن أو العدد أو الكيل والدليل على الصحة هذه الرواية غاية الأمر كون الحكم خلاف المشهور ، وأمّا حديث النهي عن بيع الفرر فهو قابل للتخصيص .

و أما ما ذكر من أن الضميمة تنتفع من حيث عدم الوثوق - الخ « ففيه أنه لم يظهر من الرواية وقوع البيع على ما في السكرجة بوصف مجهولية وعلى فرض الإطلاق يقيد بالدليل الدال على اعتبار الكيل والوزن ، وأمّا ما ذكر من أن رواية الكرخي لا بقل أحد بظاهرها ففيه أن عدم العمل بمضمون الرواية مزجها لا يوجب عدم الأخذ مطلقاً .

و أما ما ذكر في روايتي أبي بصير والبنظي ففيه أنه لم يظهر وجه تسلّم كون السمك من الموزونات بل لعلّ بيعه في كثير من البلاد بالعد ولا أقل من الاختلاف مضافاً إلى أنه ليس في خبر البنظي لفظ الكف فإن فيه قوله «أخرج شيئاً» ولا تعدّ فيه لكيفية بيع الشيء ومع الإطلاق يقيد بالدليل وما ذكر من أن السمك مع الكثرة يباع بلا وزن كزبرة الحديد يظهر منه أن بيع مثل زبرة الحديد بلا وزن بل بالمشاهدة جوازه على القاعدة ، وهذا يحتاج إلى دليل ومجرد عدم تعارف الوزن أو تعسره لا

يوجب رفع اليد عن القاعدة المقتضية للبطلان فتحصل أنه لا مانع من الأخذ بالرأى وإيات وإن أمكن الخدشة في دلالة بعضها ، نعم التعدي إلى غير مورد النص لا مجال له وظهر مما ذكر عدم جواز بيع المذكورات في المتن بالانفراد. بقي الكلام في التفصيل بين صورة الانضمام مع الاستقلال وبين صورة الانضمام بنحو التبعية ، أما وجه التفصيل فهو عدم كون البيع غريباً في الصورة الثانية دون الأولى وهذا في الجملة لا يبعد كما في صورة بيع القرية حيث إنه يتبعها الحریم ومقدار الحریم غير معلوم .

وأما الأمثلة المذكورة في كلماتهم كالحمل و مال العبد إن قلنا بملكية العبد و وقوع البيع على الدابة وحملها فلا يصح للغرر بخلاف وقوع البيع على الدابة و شرط حملها للمشتري فيصح فلم يظهر وجه للتفصيل فيها فإن الغرر حاصل في كلتا صورتين ، بل يمكن جريان الإشكال في مثل بيع القرية مع الجهل بالحریم من حيث أصله أو من حيث المقدار مع اختلاف القيمة و اختلاف القرى من حيث الرغبات .

وأما عدم جواز بيع ما يلقح الفحل فادعى الإجماع عليه ، والظاهر أن المراد بيع ما في بطون الأمهات قبل حصوله لأنه معدوم وليس مقدور التسليم ولأن النبي ﷺ « نهى عن بيع الملاقيح و المضامين » (١) و في الصحيح أو الحسن عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام « لا تبع راحلة عاجلاً بعشرة ملاقيح من أولاد جمل في قابل » (٢) والظاهر أن المضامين المذكورة في النبوي هو بيع ما في الأصلاب و كانوا يبيعون الجنين الذي في بطن الناقة و ما يضرب الفحل في عام أو أعوام و كذا الكلام في بيع ما يضرب الصياد بشبكته .

﴿ الرأى بقدر الثمن و جنسه فلو اشتراه بحكم أحدهما فالبيع باطل و يضمن

(١) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير كما في الجامع الصغير .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٩١ . وملاقيح جمع ملتوح وهي جنين الناقة كما في الدر المنثور

للسيوطي . و جمل بمعنى الناقة هنا . قال في القاموس الجمل - محرركة و قد يسكن ميمه -

معروف و شذ الاثنى فقيل : شربت لبن جملى . والخبر رواه الشيخ في التهذيب ج ٢ ص ١٥١

يأدنى اختلاف في اللفظ .

المشتري تلف المبيع مع قبضه ونقصانه ، وكذا في كل ابتياع فاسد ويرد عليه ما زاد بفعله كتعليم الصنعة والصبغ على الأشبه .

أما لزوم تقدير الثمن وجنسه فوجهه ظهر مما سبق من دليل اعتبار الكيل والوزن حيث أنه يعتبر العلم بمقدار الكيل والوزن للمتبايعين و وقوع البيع بعد العلم والمسألة خالية عن شوب الإشكال .

و أما ضمان المشتري تلف المبيع مع قبضه ونقصانه فالدليل عليه مضافاً إلى الإجماع النبوي المعمول به « على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي » فإن الظاهر أن الظرف مستقر فهو نظير قول القائل لزيد علي عشرة دنانير الظاهر في استقرار المال و ثبوته على المقر وليس من باب الحكم التكليفي الصرف كوجوب نفقة الأقارب ، و استدلل أيضاً بقوله عليه السلام على المحكي في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد ما أولدها المشتري « أنه يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ المشتري ولده بالقيمة » ^(١) فإن حكمه عليه السلام بضمان الولد ليس إلا كونه تابعاً للعين فيقتضى كون العين مضمونة بطريق أولى و قد يقرب بأن الاستيلاء من قبيل منع المالك من السكنون في داره فضمن الولد الذي يرجع إلى ضمان قيمته لكونه حراً إنما هو من جهة تبعية المنافع التالفة للعين المضمونة فيدل الخبر لا بل لا لويته بل لأن ضمان العين صار سبباً لضمان التالف وبالجملة منشأ الضمان إما قاعدة اليد أو الإلتاف أو التسبب والأخيران منتفیان في المقام . أما الإلتاف فلأن الأب لم يستوف المنفعة فإن الولد لا يعد من المنافع ، و أما التسبب فلوضوح أن وطى المشتري ليس سبباً لتلف المنفعة الموجودة المملوكة لمالك الأمة فأنحصر أن يكون المنشأ ضمان اليد فهو كالتالف حيث إنه لو لم يكن حكم الشارع بحرئته كان تابعاً لأمه في الرقيّة . و أما بعد حكمه بها فيكون كالتلف السماوي وفي باب ضمان اليد ويمكن أن يقال لازم ما ذكر أنه لو حبس المشتري الأمة القابلة لأن يوطأ و تأتي بالولد الرقّ التابع لأمه كان ضامناً كحبس الدار القابلة لأن نسكن لأن اليد على العين يد على المنفعة التالفة ، و الظاهر أن ولد الأمة وإن كان رقاً لا يعد من

منافع الأمة وإلا لزم الحكم بالضمان وإن لم تستولد الأمة حيث يحكمون بضمان المنافع الغير المستوفاة فلعل الحكم بأخذ الولد بالقيمة تعبدية لا من باب الغرامة فالاستدلال بهذا الخبر مشكل.

ثم إنه لا بد من بيان معنى الضمان والتعرض لما هو خارج عن قاعدة اليد خصصاً أو تحصيماً فإن اليد تقتضي الضمان ويرفع هذا الاقتضاء في الجملة إذن المالك وتسليطه وهذه المناسبة وقع التعرض للقاعدة ما رفته « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده ، وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده » فالظاهر أن الضمان بمعنى التدارك بالبدل والبدل إما جعلي أو واقعي فإذا وقع البيع صحيحاً بحكم الشارع فما وصل إلى كل من البايع والمشتري متدارك بالبدل الجعلي ، فإذا لم يكن البيع ممضي بأن كان فاسداً فما وصل إلى كل منهما متدارك بالبدل الواقعي بمعنى أنه إذا تلف وجب تداركه بالبدل الواقعي مثله أو قيمته ، ولعل هذه التعبير أنسب من التعبير بالغرامة والخسارة فإن البايع والمشتري لا خسارة عليهما نعم في امتداد الفاسد إذا وقع تلف سماوي لزم التدارك على من تلف عنده فيكون الخسارة عليه . فنقول متقضى عموم على اليد الضمان بالنسبة إلى العين بلا إشكال وكذا بالنسبة إلى منافع الغير المستوفاة . أما منافع المسوفاة فمشمول قاعدة الإلتاف ، وأما شموله للمنافع الغير المستوفاة فلأن اليد على العين يد عليها ألا ترى أنه في باب الإجارة إذا أقبض الموَجِر العين استأجرة المستأجر تحقق قبض منافع وإذا عصبها غاصب يرجع المستأجر إلى الغاصب بخلاف غصب الغاصب قبل قبض العين فكأنه بمنزلة التلف قبل القبض إلا أن تشكك بأنه عني هذا يلزم أن يضمن الآخذ للعين جميع المنافع للعين لا المنافع التالفة في زمان وجود العين ، بل تلك المنافع مع المنافع المتصورة مع فرض بقاء العين وقابليتها للبقاء لا صورة عدم القابلية ، والظاهر أن المراد الفساد والبطلان من الأصل ، وأما البطلان الطاري كما لو تلف المبيع قبل قبضه وكان الثمن مقبوضاً أو كان المبيع مقبوضاً و تلف الثمن قبل قبضه ، وقلنا بانفساخ العقد فثبتت الضمان بقاعدة اليد مشكك من جهة أنه وقع التلف حال كونه ملكاً لمن تلف عنده وقد أخذ مال نفسه ، ثم إن لازم ما

ذكروه من أن كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده عدم ضمان عين المستأجرة بالإجارة الفاسدة حيث إن عين المستأجرة بالإجارة الصحيحة غير مضمونة ، وقد اختلف كلماتهم فيظهر من بعض عدم الضمان لهذه القاعدة ، وعن بعض آخر الضمان .
وقد يقال أن النزاع في ضمان العين وعدمه صغروي فإن قلنا بأن عقد الإجارة متعلق بالمنفعة والعين خارجة عن مورد العقد ولازم ذلك صحة شرط الضمان بالنسبة إلى العين فضمن العين في الإجارة الفاسدة على القاعدة ، وعدم الضمان في الصحيح لأنها أمانة مأذون فيها شرعاً وفي الفاسدة ليست أمانة شرعاً فتكون مضمونة بمقتضى قاعدة اليد وإن قلنا بأن العقد متعلق بالعين أيضاً فنقول: الفاسد أيضاً لا يوجب الضمان كالصحيح لأن العين بناءً على هذا أمانة مالكية ومقتضى كون العين تحت يد المستأجر مجاناً أن يتعلق الضمان بخصوص المنافع لبالعين .

ويقال : أما مبنى القول الأول فهو أن حقيقة الإجارة في جميع الموارد حقيقة واحدة ولا شبهة أن في إجارة الحر لم تتعلق الإجارة إلا بالمنفعة لأن الحر لا يمكن دخوله تحت اليد وكذا في إجارة الدابة والسفينة فلا بد أن يتعلق عقد الإجارة في جميع الموارد بالمنفعة وتكون بالنسبة إلى العين لا اقتضاء ، فيمكن شرط ضمانها على المستأجر لأنه لا ينافي مقتضى العقد ، ولازمه ضمان المستأجر في الإجارة الفاسدة .

ومبنى القول الثاني أن الإجارة إضافة خاصة حاصلة من العقد وهي مشاركة معنوية للملك بالمنفعة والاتفاق والمنفعة عبارة عن أمر وحداني اعتباري عقلائي والاتفاق عبارة عن أمر تدريجي مساوق وجوده مع عدمه وهو الحاصل في الآت كنفس الزمان وهذا الاختلاف لا ينافي اتحاد الحقيقة فعمل الحر من قبيل ملك الاتفاق فإن عمله لا يملكه المستأجر إلا تدريجاً ولذا لا يستحق الحر الموجد الأجرة إلا بمقدار عمله . وأما منفعة الدار فيملكه المستأجر تمام مدة الإجارة ولذا يستحق الموجد الأجرة أيضاً بمجرد العقد ولكون المنفعة داخلية تحت ملك المستأجر في إجارة الدار مقبوضة له بمجرد قبض الدار ضامناً للأجرة بتمام الدار بمجرد القبض ، استشكلوا بأن هذا لا يجتمع مع قولهم لو انهدم الدار انفسخ الإجارة لأنه في حكم تلف المبيع قبل القبض ، و

كيف كان لاشبهة في أن هذين الأمرين يجمعهما حقيقة واحدة وهي ليست إلا إجارة نفس العين ليستوفى منها المنفعة أو الانتفاع إلا أنه لاشبهة أن الأجرة تقع في مثل الدار مقابلاً لكون العين المستأجرة ، تحت يد المستأجر وفي مثل الحرّ في مقابل عمله فلا بد أن يقع العقد في كلتا صورتين على العين والعقد متعرّض لها وإن لم يمكن دخول الحرّ تحت اليد لأن معنى كون الحرّ أجيراً. أنه الذي يستحقّ عمله الغير وأنه العامل فالإجارة تتعلق به ليستوفى عمله وهذا المعنى لا يقتضي كون متعلق العقد تحت يد المستأجر مطلقاً بل يختلف باختلاف الموارد ، فشرط الضمان في ما يكون تحت يد المستأجر مناف لمقتضى العقد فإنّ العقد متعرّض لعدم الضمان بالنسبة إلى العين ومع عدم الاشتراط ففي جميع الموارد لاضمان وفي جميعها مع الشرط هو الضمان ، غاية الفرق أن في ما لا يقتضي كون العين تحت يد المستأجر فصحّة الشرط ، وفيما يقتضي كونها تحت يده ففساد العقد بفساد شرطه ، فإذا كان العقد فاسداً فمقتضى اليد الغير الحقّة هو الضمان ، وعلى أي حال لانقض على القاعدة ، ويمكن أن يقال الذي يظهر من كلمات الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم أنه كل ما كان اليد على الشيء مأذوناً فيها تكون اليد أمانيّة سواء كان الإذن من الشارع أو من المالك فلاحظ باب اللقطة و الوديعة والإجارة والوكالة والمضاربة ، وإن كان يرد الإشكال في المقبوض بالسوم حيث إنّ المعروف الضمان ، ثم إنّ الإذن قد يكون بعنوان الوفاء بعقد فاسد فمع عدم صحّة العقد يكون الإذن كالعدم فسواء قلنا في الإجارة بتعلق العقد بالعين أو بالمنفعة لمّا كان الإذن بعنوان الوفاء بالعقد لا يوجب كون اليد بدأ حقّة بل يبدأ غير حقّة توجب الضمان ، وعلى هذا فكيف يمكن القول بأنّه مع تعلق العقد بالعين تكون العين أمانة مالكيّة مع فساد العقد .

وما ذكر من أنه مع تعلق العقد بالمنفعة تكون بالنسبة إلى العين لاقتضاء فيمكن شرط ضمانها على المستأجر - الخ ، يتوجه عليه أنه يلزم على هذا أن يكون الإذن بلا أثر سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً و عليه يلزم الضمان بمقتضى قاعدة اليد وإن لم يشترط الضمان وما ذكر من الفرق بين المنفعة والانتفاع وأنّ المنفعة وحدانيّة

والانتفاع تدريجي^١ لم نفهم وجهه فإن^٢ المنفعة أيضاً تدريجي^٣ الحصول ولذا يكون بعضه مستوفاة وبعضها تالفة وبعضها مغصوبة .

وما ذكر أيضاً من التفريع وأن^٤ الأجير لا يستحق^٥ من الأجرة إلا بمقدار عمله بخلاف مثل استيجار الدار لم يظهر وجهه الأثرى أن^٦ الأجير للبحج يأخذ الأجرة قبل العمل ويعامل معها معاملة المالك لما يملكه .

ثم^٧ إنه يظهر مما ذكر أن^٨ وجه عدم الضمان اقتضاء نفس العقد من جهة التسليط بالنسبة إلى العين في ما أمكن التسلط عليها ، وشرط الضمان مخالف لمقتضى العقد فيكون فاسداً ومفسداً ، ولا يخفى أنه لا ينافي التسليط مع الضمان كما في العارية المضمونة و مفسدية الشرط الفاسد للعقد محل^٩ الكلام بين الأعلام .

ويمكن أن يقال : المعلوم عدم قابلية الحر^{١٠} لتحقيق اليد عليه وهذا لا ينافي التسلط عليه باستيفاء عمله ، فإن قلنا بأن^{١١} مفاد « آجرت » من الموجر سلطت في جميع الموارد والتسليط باعتبار المنافع بالنسبة إلى ما يملك و باعتبار الأعمال بالنسبة إلى الأحرار ، وكيف كان فالنقض على عكس القاعدة وارد وأيضاً يرد النقص بنقص الأوصاف فإن^{١٢} الأوصاف بملاحظتها يزيد القيمة في الموصوف بها لكنها غير مضمونة في الصحيح ، ولذا لو ظهر العين فاقدة للوصف لم يرجع شيء من الثمن بل يثبت الخيار والأرض في صورة العيب بحكم الشرع ولذا لم يتعين في الثمن وفي صورة فساد البيع يحكمون بالضمان بقاعدة اليد .

وأيضاً يرد النقص بالهبة الفاسدة حيث أن^{١٣} صحيحها لا يوجب الضمان فعلى القاعدة لزم أن لا يوجب فاسدها الضمان مع أن^{١٤} مقتضى قاعدة اليد الضمان وقد يلتزم بعدم الضمان تمسكاً بفحوى ما دل^{١٥} على عدم الضمان مع الاستيمان وهو مشكل^{١٦} من جهة عدم الاستيمان ، وربما لا يرضى الواهب بالتصرف لولا الهبة والاستنكار الرجوع إلى هبته ، حيث إن^{١٧} الراجع إلى هبته كالر^{١٨} أجمع إلى القبيته .

ثم^{١٩} إن^{٢٠} التالف قد يكون مثلياً وقد يكون قيمياً والمثلي مضمون بالمثل والقيمي^{٢١} بالقيمة ، وقد اختلفت الكلمات في الضابط وحيث إن^{٢٢} التضمن أمر يحكم به العقلاء بينهم

مع قطع النظر عن حكم الشرع فالمرجع العرف فيما كان لا يتفاوت أفراد نوعه أو صنفه ولا يتميز كل فرد منه من الآخر يحكمون بلزوم المثل ومع التفاوت يحكمون بلزوم القيمة ، وربما يجعل المداركون الأفراد بحيث لا يتميز بحيث لو امتزج الفردان منه كمنين من الحنطة الخاصة من مالكين حد الشركة القهرية وفيه إشكال. فإن الظاهر أن مثل الكتب المطبوعة مثلية واحتمال حصول الشركة القهرية فيها بعيد ، وما يقال من أن المدار التساوي بحسب النلقه الأصلية بالحبوبات دون ما كان بالضع لم نعرف وجهه ، ومع حصول الشك يشكل الأمر مع أن الحاكم إذا كان العرف كيف يحصل الشك لأن الشك لا يتصور بالنسبة إلى النفس الحاكم كما ذكر في نتيجة دليل الانسداد في الأصول .

و ربما يتمسك بالآية الشريفة « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » على لزوم المثل إلا ما خالف بالدليل وفيه إشكال من جهة أن التضمن بالقيمة لو لم يكن أكثر من التضمن بالمثل لم يكن أقل منه ظاهراً ، والقانون لا يناسب مع هذا بل لا بد من غلبة مورده ، فالظاهر أن يكون المثلية باعتبار المقدار وعدم التعدي عن المقدار ومع الشك لا بد من الرجوع إلى الأصول العملية .

وقد يقال بعد ما كان المثل والقيمي من المتباينين فالأصل هو تخيير الضامن لأنه يعلم إجمالاً باشتغال زمته بواحد منهما وبعد ما قام الإجماع على عدم وجوب الموافقة القطعية في المالبات انتهى الأمر إلى المرافقة الاحتمالية وهي تحصل بأداء كل ما أراد واشتغال زمته بإحدى الخصوصيتين التي اختارها المالك غير معلوم ، فالأصل هو البراءة ، ولو قلنا بأنهما من قبيل الأقل والأكثر بتقريب أن القيمة ليست فيها خصوصية وجودية مثل المثلي بل هي عبارة عن المالبية المشتركة بين كون العين مثلية وقيمية ، فالمقام من دوران الأمر بين الأقل والأكثر في مقام الاشتغال وأصل عدم تعلق الخصوصية في الذمة و المرجع هو البراءة فعلى كلا التقديرين التخيير للضامن وفيه نظر من جهة أن دعوى الإجماع على عدم وجوب الاحتياط في المالبات مشكلة الأثرى أنه لو علم اشتغال زمته بمال مردد بين أن يكون لزيد أولعمرو ، فهل يمكن القول بالاكتفاء بالموافقة الاحتمالية ، وعلى

فرض التسليم فالقدر المتيقن عدم لزوم الجمع بين المثل و القيمة وكفاية كل ما اختاره الضامن مشكلة لأن الأصل عدم وصول حق المالك إليه فالقدر المتيقن الاكتفاء به ما كان برضا الطرفين من المالك والضامن ، وبهذا التقريب يستشكل الاكتفاء بالأقل بالتقريب الآخر المذكور وتخيير الضامن .

وقد يقال أن الأصل اعتبار المماثلة حتى في القيمات إلا ما خرج بالإجماع وذلك إما للعموم الآيه والآية إن قلنا بعدم الإجمال فيهما حيث إن العام يؤخذ به بعد إجمال المخصص المنفصل ومع الإجمال مقتضى الاستصحاب هو هذا ، وقد يوضح بأن المشهور جواز المصالحة على التالف ولو كان قيمياً بأي مقدار من الذهب والفضة ولو كان مجرد تلف القيمي موجباً لانتقاله إلى القيمة للزم الربا فيما إذا كان الذهب أزيد أو أقل وزناً من القيمة وإن مقتضى «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» أن يستقر في عهدة الضامن نفس العين مادامت موجودة ومع التلف وإن لم يمكن كون نفس العين في العهدة إلا أن هذا لا يقتضي الانتقال إلى القيمة والمالية بل يمكن أن يكون غير شخص العين مما هو واجد لصفات العين الشخصية في الذمة ولو طالب المطالب بقوم بقيمة يوم المطالبة وتدفع بدلاً عما في الذمة فمقتضى الاستصحاب ، هذا .

ويمكن أن يقال : أما التمسك بالآية الشريفة فقد سبق الإشكال في استفادة المماثلة بهذا المعنى منها . وأما الرأية فمع احتمال أن يكون المراد منها الخسارة على الآخذ دون نفس العين . وقد سبق أن الحمل على غير هذا المعنى يوجب أن يكون طلب الشيء عميياً بفعله كأن يقال : صل حتى تصلي كيف يستظهر منها ما ذكر .

وأما الاستصحاب فلامبال للتمسك به : الشبهات الحكيمية كما ترى في محله .
وأما التوضيح بما ذكر من شهرة جواز المصالحة ففيه أولاً أن هذا يؤيد عدم جريان الربا في الصلح ويؤيده بعض الرأيات ففيه جواز الضمان والتسالم بمثل ذلك فاعسك ولي ما عندي ، ولولا هذا لما أمكن الجمع بين هذا ودعوى الإجماع على الضمان بالقيمة في بعض الأشياء بدون أن يوجهه بما ذكر وثانياً مجرد الشهرة لا توجب المصير إلى ما ذكر ، وقد يقال في مورد الشك لوجع الضامن بين ما هو مماثل للتالف وبين القيمة

وسلم إلى المالك فهو بريء الذمّة ويشكل بأن المالك حيث إنّه لا يملك غير أحدهما يكون ممنوع التصرف فيهما إلا مع إذن الضامن وهو غير آذن إلا بالنسبة إلى ما هو الحق الواقعي فهذا نظير وضع المدين دين الدائن عنده مع كون الدائن مربوطاً بجبل بحيث لا يقدر على قبضه فإنّ هذا التسليم لا يعدّ تأدية للدّين فلا مجال إلا للتصالح والتسالم والظاهر أنّ القيمة المعتمدة قيمة يوم التلف لقيمة يوم الأداء لأنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة والقائلون باعتبار قيمة يوم الأداء نظرهم إلى ما ذكر من كون نفس العين في عهدة الضامن بالتقريب المذكور وقد سبق الإشكال فيه ، و يؤيد ما ذكر من اعتبار قيمة يوم التلف أنّ التضمين بالقيمة أمرٌ يحكم به العقلاء وبنائهم ظاهراً على القيمة يوم التلف فمع عدم الردع يؤخذ به مضافاً إلى ما سيذكر إن شاء الله تعالى من أخبار الباب .

وبتقريب آخر معنى ضمان العين وجوب تداركه بيده عند التلف حتّى يكون عند التلف كأنّه لم يتلف و تداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له وقد يقال بدلالة صحيحة أبي ولاد على لزوم قيمة يوم الغصب فإنّ تمّ دعوى الاتفاق على لحوق المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب فاللّازم القول بلزوم القيمة يوم القبض فلا بدّ من نقل الصحيحة فروى الشيخ في الصحيح عن أبي ولاد ^(١) قال : « اكرتت بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب فنظرة الكوفة خبّرت أنّ صاحبي توجه إلى النيل فتوجهت نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبّرت أنّه توجه إلى بغداد فأتبعته وظفرت به وفرغت ممّا بيني وبينه ورجعت إلى الكوفة وكان زهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة وأخبرته بالقصة وأخبره الرّجل فقال لي : ما صنعت بالبغلة ؟ قلت : رجعته سليماً قال : نعم بعد خمسة عشر يوماً فقال : فما تريد من الرجل ؟ قال : اريد كرى بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً فقال : إنّي ما أرى لك حقاً لأنّه اكتراه إلى قصر ابن

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧٦ واللفظ له وفي الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ . وفيه : « فقلت :

قد دفعته اليه سليماً » .

هييرة فخالف وركبه إلى النيل وإلى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكرى فلما ردَّ البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى ، قال : فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع فرحمته ممّا أفتى به أبوحنيفة فأعطيته شيئاً وتحللت منه فحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبوحنيفة فقال : في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها قال : فقلت لأبي عبد الله عليه السلام : فما ترى أنت ؟ جعلت فداك ؟ قال أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل و مثل كرى البغل راكباً من النيل إلى بغداد و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة و توفيه إياه ، قال قلت : جعلت فداك فقد علقتك بدراهم فلي عليه علفه قال : لا لأنك غاصب فقلت أرأيت لو عطب البغل أو أنفق أليس كان يلزمني قال : نعم قيمة بغل يوم خالفتك قلت : فإن أصاب البغل كسراً أو دبراً أو عقر قال عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه عليه ، قلت : فمن يعرف ذلك ؟ قال : أنت وهو إماماً أن يحلف هو على القيمة فتلزمك فإن ردَّ اليمين عليك فحلقت على القيمة لزمه ذلك ، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا فيلزمك فقلت : إنني كنت أعطيته دراهم ورضي بها و حللني فقال : عليه السلام إنما رضي بها وحللك حين قضى عليه أبوحنيفة بالجور و الظلم و لكن ارجع إليه فأخبره بما افتيتك به فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك - الخبر .

استدلّ على أن المدار قيمة يوم الأخذ بقوله عليه السلام على المحكي « نعم قيمة بغل يوم خالفتك » سواء كان يوم خالفتك مضافاً إليه نلقيمة أو مضافاً إليه لمجموع المضاف والمضاف إليه ، أو كان قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل أو كان متعلقاً بنعم الذي معناه يلزمك . أمّا على الأولين فواضح لأن معنى الحديث على الأول يلزمك قيمة البغل قيمة يوم المخالفة ، وعلى الثاني يلزمك القيمة الثابتة للبغل يوم المخالفة ، و أمّا بناء على أن يكون متعلقاً بنعم فإنه وإن لم يكن دالاً بالمطابقة على قيمة يوم المخالفة لأن معناه أنه يلزمك يوم المخالفة القيمة ، إمّا قيمة ذلك اليوم أو قيمة يوم التلف أو يوم الدفع فالحديث ساكت عنه إلا بالالتزام يدلّ على أن المدار قيمة يوم

المخالفة فإنه لو لم يكن يوم المخالفة إلا يوم دخول العين في العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب لأن ماليته إذا قدر بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة يكون القيمة قيمة ذلك اليوم لأنه لا يعقل أن يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعلياً و يقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة .

ويمكن أن يقال لا دليل على فعليّة الضمان بالنحو المذكور بل يمكن أن يكون المراد أنه لو عطب البغل ونفق يلزمك القيمة و هذه الشرطيّة تتحقق يوم المخالفة لاقبله فذكر القيمة لا يكون بلا موجب ، ويحتمل أن يكون اليوم مضافاً إليه لمجموع المضاف والمضاف إليه و لا يرد عليه أنه يلزم الجمع بين اللحاظ الالى و الاستقلالي في لحاظ واحد من جهة أن إضافة المضاف هي معنى حرفي و لا بد من لحاظها مستقلاً في الإضافة الثانية لمن اجتماعهما ، في لحاظ واحد ، ألا ترى أنه إذا قال المتكلم هذا غلام زيد لوحظ غلام زيد خبراً لهذا مع احتياج ملاحظة الخبر بالاستقلال ، فبعد احتمال هذه الفقرة من الصحيحة للمعنيين يشكل الاستظهار لاعتبار يوم المخالفة . وأما قوله « أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا » فبعد معلومية عدم مدخليّة يم الاكتراء فلا يعين به يوم المخالفة ولا يوم العقر أو الكسر و لعلّ التعبير لنكتة إقامة الشهود بالسهولة . لأن الاكتراء غالباً يقع بمحضر من الناس .

وربما يستدل على اعتبار يوم التلف بما في الوسائل ^(١) عن أبي حمزة « سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام يتراد أن الفضل ، فقال : كان علي عليه السلام يقول ذلك قلت : كيف يتراد أن ؟ فقال : إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه وإن كان لا يسوى ردّ الرهن ما نقص من حق المرتهن قال : وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك » و فيها ^(٢) أيضاً عن إسحاق بن عمّار « قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو ساوي ثلاثمائة درهم فيهلك . أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مائتي درهم؟ قال : نعم لأنه

أخذ رهناً فيه فضل وضيعة ، قلت : فهلك نصف الرهن ؟ قال : على حساب ذلك قلت :
فيتراد أن الفضل ؟ قال : نعم .

وقد يستظهر من هذين الخبرين أمران أحدهما أن القيمي بمجرد التلف ينتقل
إلى القيمة . الثاني أنه يحتسب التالف قهراً في مقابل الدين والتهاثر القهري .
ويشكل الاستدلال والاستظهار . أما الأول فلعدم التعرض لوقت الفضل والمساوات
بل الظاهر أن المساوات قبل الهلاك ، و أما الاستظهار فلأن عدم الرد بالنسبة إلى
ما يساوي مقدار القرض يجتمع مع الاحتساب وهذا غير التهاثر القهري ، هذا مع عدم
إحراز التمامية من حيث السند والظهور في الضمان مطلقاً مع أن يدالمرتهن يدأمانية
فلا بد من الحمل على الإلتاف أو التعدي والتفريط .

و أما وجوب رد ما زاد بفعله كتعليم الصنعة فلا وجه له إلا احترام مال المسلم و
عمله نظير ما ذكره في المبيع الموجود عند المفلس بعد حجر الحاكم له من أنه إذا زاد
وصفاً بفعل المشتري برد البايع بعد أخذ العين قيمة الزائد ، ويشكل من جهة أن
الأوصاف لا تقابل بالثمن والقيمة وإن زادت القيمة بلحاظها ولذا لو بان المبيع الموصوف
الشخصي فاقداً للوصف لا يرجع المشتري بشيء من الثمن بل يجبر بالخيار . وأما عمل
المسلم فهو محترم إذا كان بأمر الغير وأما مع عدم الأمر فلا يستحق العامل شيئاً .

و أما الصبغ فالعين المصبوغ بها وإن كانت بالدقة موجودة لكنّها بنظر العرف
تالفة فالإشكال المذكور آت فيه ، نعم إذا اعتبر العرف بقاء العين كما قيل في كتابة القرآن
المجيد مع عدم وقوع البيع بل مطلق التملك بالنسبة إلى القرآن الشريف كيف حال عين
ما كتب به حيث إنه كان ملكاً مالم يملكه فلا إشكال .

✽ وإذا أطلق النقد انصرف إلى نقد البلد وإن عيّن نقداً لزم ، ولو اختلفا في قدر
الثمن فالقول قول البايع مع يمينه إن كان المبيع قائماً وقول المشتري مع يمينه إن كان تالفاً .
إذا أطلق النقد وكان البايع والمشتري من أهل البلد انصرف إلى نقد البلد ، وأما
مع عدم كونهما من أهل البلد أو اختلفا بشكل الانصراف ولذا وقع الإشكال في الرطل
المذكور في حد الكر في المياه فمع كون البايع من أهل البلد وبادر في الأيجاب لا يبعد الحمن

على عرفه ومع التعيين لإشكال .

أما صورة الاختلاف في قدر الثمن فمع بقاء العين فالقول قول البايع في صورة دعوى البايع الأكثر و دعوى المشتري الأقل على المشهور و يدل عليه مرسل البرنطي الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام «الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا وكذا بأقل مما قاله البايع القول قول البايع إذا كان الشيء قائماً بعينه مع يمينه» (١) المنعبر بما ذكر وعن إيضاح النافع إن الرواية مقبولة عند أهل الحديث و أبدأ أيضاً بإطلاق الصحيح «وإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتاركا» (٢) والنبوي «إن اختلف المتبايعان فالقول قول البايع و المبتاع بالخيار» (٣) فان كان المدرك المرسل المذكور فلا إطلاق له يشمل صورة اختلافهما مع ادعاء البايع الأقل و المشتري الأكثر كما يتفق لغرض صحيح كما أن مفهومه ليس تقدم قول المشتري مع عدم كون المبيع قائماً ، بل يمكن كون كل منهما مدعياً و منكرأ فلا بد من التكلم بحسب القاعدة مع قطع النظر عن النص فقد يقال مقتضى القاعدة تقدم قول من يدعي الأقل لأصالة البراءة عن الزائد، وفيه إشكال من جهة أن مصب الدعوى وقوع العقد على كل من ما يدعي وهو خلاف الأصل ومجرد الاتفاق على الأقل لا يوجب كون من يدعي الأقل منكرأ أو من يدعي الأكثر مدعياً و أيضاً مدعي الأكثر لا يقر بكون تمام المبيع في مقابل الأقل بل يدعي أن مقداراً منه في مقابل القدر الزائد حسب ما يقتضي التقسيط ومجرد الاشتراك في جهة لا يدفع الإشكال الأتري أنه يستشكل في كفاية الأذن الموجود في ضمن التوكيل المعلق فمقتضى القاعدة التحالف إلا في مورد النص أعني المرسل المذكور وبه يخص إطلاق الصحيح المذكور والنبوي المذكور مع قطع النظر عن سنده ثم إن المذكور في المرسل اعتبار كون الشيء قائماً بعينه ومقابل له ليس خصوص كونه تالفاً ، بل يعم صورة التغيير بدون التلف كما ذكر في طبي مسقطات الرد في خيار العيب .

ويوضع لظروف السمن والتمر ما هو معتاد لا ما يزيد .

(١) و (٢) الوسائل أبواب احكام القود ب ١١ ح ١ و ٢ .

(٣) أخرجه الترمذي في السنن ج ١ ص ١٥٣ طبع الدهلي .

قد تعارف عند التجار في بيع مثل السمن و نحوه أن يوزن المظروف مع ظرفه ثم إسقاط مقدار من جهة الظرف وبيع المظروف فتارة يباع المظروف جملة و يكتفى بالعلم بمجموع الظرف و المظروف و أخرى يباع على وجه التسعير بأن يقال بعته كل رطل بدرهم مثلاً ، قد يقال بعدم الحاجة في الصورة الأولى إلى الانداز فتصح بيع المظروف فقط مع عدم العلم بمقداره بالخصوص بل يكفي العلم بمقدار مجموع المظروف مع ظرفه وإنما الحاجة في الصورة الثانية لتعيين ما يستحق البايع من الثمن ، ويمكن أن يقال : لإشكال في أن الصحة في كلتا صورتين على خلاف القاعدة لحصول الفرر خرجنا عنها من جهة النصوص و دعوى الإجماع على الصحة في الصورة الأولى مشكلة من جهة أنه يظهر من بعض الكلمات تصحيح المعاملة بالإنداز إلا أن يقال : أن ظاهر الموثقة من أخبار المسئلة أنه يحسب النقصان بعد الأستراء فالمعاملة رقت صحيحة بمقتضى التقرير إلا أن يقال بعد وقوع البيع و الأستراء بالثمن المعلوم لا وجه للنقصان إلا بالبراء و الهبة ، أو كان المعاملة بنحو التسعير لكن هذا خلاف إطلاق الصدر ومع الأبراء أو الهبة لا يبعد حمل النهي مع الزيادة على الكراهة تبعداً و من المعلوم حينئذ الحاجة إلى التراضي ، و عليه يحمل التراضي المذكور في غير الموثقة و من المعلوم أن هذا التراضي غير التراضي بأصل المعاملة ، و على هذا فلا إنداز ليس لازماً لصحة المعاملة بل هو من باب الترخيص و أخبار المقام منها موثقة حنان قال : «سمعت معمر الزيات قال لأبي عبدالله عليه السلام : إنا نشترى الزيت في زقاقه فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له : إن كان يزيد و ينقص فلا بأس و إن كان يزيد ولا ينقص فلا تقر به» (١) .

ومنها رواية علي بن أبي حمزة قال : «سمعت معمر الزيات سأل أبا عبدالله عليه السلام قال : جعلت فداك نظرح ظروف السمن و الزيت كل ظرف كذا و كذا رطلاً فربما زاد وربما نقص فقال : إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس» (٢) .

و منها خبر علي بن جعفر عليه السلام المحكي عن قرب الإسناد عن أخيه موسى عليه السلام

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٥٣ و ١٢٩ . والكافي ج ٥ ص ١٨٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٥٣ .

«عن الرجل يشتري المتاع وزناً في الناسية والجوالق فيقول: ادفع للناسية رطلاً أو أكثر من ذلك أيحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضيا» (١) ولا يخفى عدم التعرض في هذه الأخبار لخصوص صورة البيع على نحو التسعير بل لعلها أظهر في الصورة الأولى، ثم إن الموثقة وإن لم يذكر فيها التراضي لكن الظاهر منها صورة التراضي فلا مخالفة بين الأخبار من هذه الجهة، نعم تقع المخالفة من جهة التصريح في الموثقة بعدم القرب مع العلم بالزيادة والخبران يظهر منهما باطلاقهما الجواز في صورة العلم بالزيادة والصحة مع التراضي فيه والأمر دائر بين تخصيصهما بالموثقة أو حمل النهي عن القرب في الموثقة على الكراهة والأظهر الحمل على الكراهة لما ذكر آنفاً من الحاجة إلى الهبة أو الإبراء وعليه فلا فرق بين صورة احتمال الزيادة والنقصان وصورة القطع بأحدهما وصورة القطع بعدم أحدهما إلا من جهة الكراهة في صورة العلم بالزيادة إلا أن تحمل الأخبار على خصوص صورة البيع على نحو التسعير وهو بعيد جداً.

✽ الخامس القدرة على تسليمه فلو باع الآبق منفرداً لم يصح ويصح لو ضم إليه شيئاً ✽ .

قد يقال في رد ما ربما يقال من أن الأُنسب عدُّ القدرة من شروط المتعاقدين لرجوعها إلى مانعية عجز البائع عن صحة العقد الأولى ما صنعة الأساطين لأن مناط ماليتها المال هو كونه بحيث يتسلط مالكة على قلبه وانقلابه بأي نحو من أنحاء التصرف ومع عدم تمكنه من التصرف كالسمك في البحر والطيور في الهواء لا يعدُّ من الجدة الاعتبارية فإن المالمية وإن لم يكن من الجدة الاصطلاحية إلا أنها مثلها في مقام الاعتبار العقلائي فلو لم يكن الشيء قابلاً للتصرف إلا بنحو العتق الذي لا يعدُّ أثر المالمية لا يكون مالا، ويمكن أن يقال: إن الجدة الاعتبارية هي الملكية والملكية محفوظة وإلا لانتفت حقيقة البيع والمبادلة فلا ينبغي جعلها من الشروط ولا تعتبر في المالمية القدرة على جميع التصرفات فإن العين المرهونة مال للرأهن مع أنه ممنوع من التصرف وكذا أمُّ الولد، نعم مثل السمك في البحر والطيور في الهواء مع اليأس عن

الظفر بهما لا يعد أن مالاً بل ولا ملكاً ، نعم بعد الظفر بهما مع سبق المايّة والمليّة يعود المليّة والماليّة من باب إعادة المعدوم بنظر العرف والشاهد على ما ذكر من احتفاظ المايّة والمليّة الاكتفاء بقدره المشتري على التسلم وإن لم يقدر البايع على التسليم وعلى ما ذكر لا بدّ من الدليل على المنع وعدم الصحة لا التمسك بما ذكر من انتفاع المايّة بل في باب الرهن أيضاً لولا الدليل على المنع لا يمكن تصحيح البيع غاية الأمر صيرورة المشتري بمنزلة الرهن تعلق بما له حق الرهانة وتكون منافع العين المرهونة له فاستدلّ للاشتراط بالنبي المشهور « نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر » ولا يضرّ إرساله بعد أخذ الأصحاب به ، وأمّا من حيث الدلالة فلا بدّ من ملاحظة كلمات أهل اللغة في تفسير الغرر فبعضهم جعله من الغرّة بمعنى الغفلة وبعضهم من التغيرير بمعنى الخدعة والاغفال وبعضهم فسره بمعنى الخطر ولا يخفى أنّه إن كان المراد منه الغفلة أو الخدعة فلا مجال للاستدلال به لأنّه مع التفات المشتري لاغفلة ولا خدعة ولا اغفال ، نعم لو كان بمعنى الخطر لا يمكن الاستدلال به ، ويمكن منع الخطر أيضاً فإنّه لو اشترى العبد الآبق بشمن بخص برجاء الاستيلاء عليه لا يعدّ عند العقلاء اشتراؤه خطرياً إلاّ أن يتمسك بفهم الأصحاب والظاهر أنّه بعد الفراغ من هذه الجهة لا مجال للخدشة في دلالة النهي على الفساد باحتمال أن يكون حفظاً للنظام وسياسة للعباد بل النهي فيه ظاهر في الارشاد إلى الفساد كالنهي في قوله عليه الصلاة والسلام على المحكي « لا تبع ما ليس عندك » (١) وقد يستدلّ بهذا الخبر المشهور عن النبي ﷺ بناء على أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب والسلف فهي كناية لا عن مجرد الملك لأنّ المناسب حينئذٍ لفظة اللام ولا عن مجرد السلطنة عليه والقدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العقلاء على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثمّ شراؤها من مالكها فإنّ السلطنة حاصلة مع أنّهم مورد الرّواية فتعيّن أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد وعلى هذا فلا مجال للإيراد بأنّ المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ،

(١) أخرجه أبو يعلى في مسنده كما في كنوز الحقايق .

ثمَّ تحصيله بشرائه و نحوه لعدم الشاهد على الاختصاص بهذا المورد .

وقد يعترض على هذا الجواب بمنع عموم للكلام ولم أفهم كيف يمنع العموم مع تسليم أن معنى الخبر ما ذكر ، و يمكن أن يقال : لا مانع من كون المراد من كون الشيء عنده كناية عن الملكية لأن المالك للشيء يعبر بلفظ عندي و مجرداً أنسيبة اللام على فرض التسليم لا يوجب الظهور فيما ذكر ، و على هذا فيخرج الفضولي بأدلته ، أو يقال : المراد عدم وقوع البيع لنفس البائع وفي الفضولي لا يقع للبائع ، وقد يقال : إن المداركون من اتقل عنه الملك واجداً للملكية و القدرة لا مجرى العقد لأنه أجنبي فلا حاجة إلى الإخراج بالدليل و فيه نظر لعدم صدق البائع على المجيز ، و لازم ما ذكر صحة بيع الفضولي مع الجهل بمقدار العوض و المعوض مع فرض علم المالكين ولا أظن أن يلتزم به ، ثم إن ظاهر كلماتهم فساد البيع مع عدم القدرة بحيث لا يفيد حصول القدرة بعد البيع و استظهر هذا من النهي و أورد عليه بلزوم التخصيص بالبيع الفضولي و بيع العين المرهونة مع افتكك الرهن بعد البيع و بيع العبد الجاني فيدور الأمر بين رفع اليد عن ظاهر النهي و عدم التخصيص و بين الأخذ بالظاهر و الالتزام بالتخصيص ولا رجحان .

وأورد على ما ذكر من لزوم التخصيص بأن البائع في مثل العبد الجاني و العين المرهونة قادر على تسليم ماله من الحق نظير بايع المال المشترك حيث إنه لا يقدر على تسليم جميع المال و هذا لا يضر بالبيع لأن المناط هو القدرة على مقدار المبيع فلو قيل في باب الرهن بأن للمرتهن حصّة من الإضافة المالكية و للرهن أيضاً حصّة فبالمقدار الذي للرهن يقدر على تسليمه و توقّف تسليمه إلى المشتري على إجازة المرتهن أوفك الرهانة لا يوجب عجز الرهن عن تسليم مقدار حقه .

ويمكن أن يقال : أمّا ما ذكر في دوران الأمر بين حمل النهي على الفساد مراعى بعدم حصول القدرة و بين التخصيص فالظاهر رجحان الثاني فيه كما لا يخفى فإنه مع قيام الحجّة على الفساد أصلاً من دون أن يكون مراعى بملاحظة ظهور النهي خصوصاً بملاحظة مورده الخاص أعني بيع العين الخارجية الغير المملوكة لنفسه بقصد أن يشتري

بعد البيع لنفسه من مالكة لوجه لرفع اليد بملاحظة خروج ما خرج ، و أمّا ما ذكر من الإيراد على كلام المذكور فيه أنه بعد استظهار السلطنة التامة الفعلية من اللفظ المذكور في الخبر لا يتوجه ما ذكر مع أن لازم ما ذكر عدم الحاجة في بيع العين المرهونة إلى الإجازة سواء كان البايع الرأهن أو المرتهن ولا يلتزم به ، ثم إنه يتفرّع على ما ذكر من عدم صحة بيع غير المقدور على تسليمه من غير فرق بين أن يكون مبيعاً مستقلاً و باً فرداً أو انضم إليه شيء آخر إلا أنه ورد النص على جواز بيع الآبق مع الضميمة ففي صحيحة رفاة النخاس « قلت لأبي الحسن عليه السلام : أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا ؟ فقال : لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم ثوباً أو متاعاً فتقول لهم : أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً ، فإن ذلك جائز » ^(١) و موثقة سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله ؟ قال : لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ، و يقول : أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا درهماً ، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده في ما اشتراه معه » ^(٢) وقد يقال ظاهر السؤال في الصحيحة و الجواب في الموثقة الاختصاص بصورة رجاء الوجدان و هو ظاهر من معاهد الإجماعات المنقولة فالمايوس عادة من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله جزءاً من المبيع للنهي عن الفرع السليم عن المخصّص ، نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط و نحوه و يمكن أن يقال : نمنع ظهور الجواب في الموثقة في الاختصاص فإنه يصح التعبير بأن لم يقدر لشمول الحكم لصورتي الرجاء واليأس فلا يبعد الأخذ باطلاق إلا أن يشتري معه شيئاً ، و أمّا الصحيحة فالاختصاص فيها في كلام السائل لا في الجواب إلا أن يقال : مع اليأس جعل جزء من الثمن في مقابله يعدّ سفهاً و أكلاً للمال بالباطل ولازم هذا عدم صحة التملك بنحو الاشتراط أيضاً و مع ذلك ليس بمنزلة التالف لا يمكن العتق خصوصاً مع التملك بالثمن الرخيص حيث إنه يرغب حينئذ في التملك و إن ارتفع

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٥١ ، والكافي ج ٥ ص ١٩٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٥١ .

الموضوع في العصر الحاضر ، وعلى أي تقدير لابد أن تكون الضميمة قابلة لأن تباع بالاستقلال فلا تكفي ضم المنفعة .

﴿ وأما الآداب فالمستحبُ التفقه فيه ، والتسوية بين مبتاعين ، والإقالة لمن استقال والشهادتان والتكبير عند الابتاع وأن يأخذ لنفسه ناقصاً ويعطي راجحاً ﴾ .

أما استحباب التفقه في مسائل الحلال والحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده ويسلم من الرِّبِّ بما فهو المعروف للتعبير في كلماتهم بلفظ ينبغي لكنّه بعد ملاحظة أن معرفة الحلال والحرام واجبة على كلِّ مكلف بالنسبة إلى أمور تكون مبتلا بها بالنسبة إليه فإنَّ المكلف معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلم وإن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه فإنَّ التفاته السابق وعلمه بعدم خلوه ما يزالها من الأفعال كاف في حسن العقاب وقد ورد ذمُّ الغافل المقصر في معصية في غير واحد من الأخبار وقد ورد في ما نحن فيه أخبار منها ما روى الصدوق عن الأصبغ بن نباتة قال: سمعت علياً عليه السلام يقول على المنبر: « يا معشر التجار الفقه ثمَّ المتجر ، الفقه ثمَّ المتجر والله للربِّ با في هذه الأمة ديبٌ أخفى من ديب النمل على الصفا ، شوبوا أموالكم بالصدقة ، التاجر فاجر والفاجر في النار إلا من أخذ الحقَّ وأعطى الحقَّ »^(١) وقال الصادق عليه السلام : على ما رواه المفيد في المقنعة^(٢) « من أراد التجارة فليتفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحلُّ له ممَّا يحرم عليه ومن لم يتفقه في دينه ثمَّ أتجر تورط في الشبهات » ومن قال : بقبح عتاب الجاهل الغافل حين فعله يلتزم بوجود تعلم الأحكام . وقد يقال : إنَّ المقام يزيد على غيره بأنَّ الأصل في المعاملات الفساد فالمكلف إذا أراد التجارة وبنى على التصرف في ما يحصل في يده من أموال على وجه العوضيّة يحرم عليه ظاهر الإقدام على كلِّ تصرف منها بمقتضى أصالة عدم انتقاله إليه إلا مع العلم بما مضى الشارع لتلك المعاملة ، ويمكن أن يقال : الرجوع إلى الأصول يكون بعد الفحص لأقبل الفحص وبعد الفحص وعدم الظفر بدليل اجتهادي أصالة عدم الانتقال تجري بناء على جريان الاستصحاب

(١) العقبه باب التجارة وآدابها وفضلها تحت رقم ١٥ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٢٠ .

(٢) المصدر ص ٩٢ .

في الشبهة الحكمية وفيه إشكال بين في محله ، و على فرض الجريان لولم يكن منشأ الشبهة مشمولاً لحديث الرّفْع ومع له لا مجال للاستصحاب وإن كان الاستصحاب في موارد جريانه مقدماً على بعض الأصول وهذا كما إذا غسل الثوب المتنجس بالماء المحكوم بالطهارة من جهة قاعدة الطهارة حيث إنّه لا مجال لاستصحاب تنجس الثوب لارتفاع الشك فيه ، نعم لو فرض كون التاجر في تجارته محتاطاً غير متفقه في تجارته بحيث يحتاط في كلّ مورد شك في الصحة والفساد أمكن القول بعدم وجوب التفقه كما اشتهر أنّ المكلف لا بدّ أن يكون مجتهداً أو مقلداً أو محتاطاً لكنّه يقع في مضيق شديدة .

و أما التسوية بين المبتاعين فاستجابها قد يستفاد ممّا رواه في الكافي (١) عن عامر ابن جذاعة عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال : « في رجل عنده بيع فسعره سعراً معلوماً فمن سكت عنه ممن يشتري باعه بذلك السعر ومن ماكسه فأبى أن يبتاع منه زاده ، قال : لو كان يزيد الرّجلين والثلاثة لم يكن بذلك بأس ، وأمّا أن يفعله بمن أبى عليه وكايسه ويمنعه ممن لم يفعل ذلك فلا يعجبني إلّا أن يبيعه بيعاً واحداً » .
ولعلّ الظاهر من الخبر الكراهة مع عدم التسوية لاستجاب التسوية لأنّ الإعجاب في المستثنى ظاهر في أنّ المستثنى ليس حاله حال المستثنى منه حتّى يكون مكروهاً .

و أما استجاب الإقالة لمن استقال فيدلّ عليه ما روي في الكافي (٢) عن عبدالله ابن القاسم الجعفري عن بعض أهل بيته قال : « إن رسول الله ﷺ لم يأذن لحكيم بن حزام في تجارة حتّى ضمن له إقالة النادم وإنظار المعسر وأخذ الحقّ وافيّاً و غير واف » .

و عن هارون بن حمزة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « أيّما عبد أقال مسلماً في بيع أقاله الله تعالى عشرته يوم القيامة » (٣) .

(١) المصدر ج ٥ ص ١٥٢ ، والنهذيب ج ٢ ص ١٢٠ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ١٥١ تحت رقم ٤ ، وفي النهذيب ج ٢ ص ١٢٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٥٣ ، والنهذيب ج ٢ ص ١٢١ .

وأما استحباب الشهادتين للبايع فيدل عليه رواية ثقة الإسلام والصدوق في كتابيهما عن سدير قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: يا أبا الفضل أما لك مكان تقعد فيه فتعامل الناس قلت: بلى؟ قال: ما من رجل مؤمن يروح ويغدوا إلى مجلسه و سوقه فيقول حين يضع رجله في السوق «اللهم إني أسئلك من خيرها وخير أهلها وأعوز بك من شرها و شر أهلها» إلا وكل الله عز وجل من يحفظ عليه حتى يرجع إلى منزله فيقول قد أجرتك من شرها و شر أهلها يومك هذا باذن الله تعالى وقد رزقتك خيرها وخير أهلها في يومك هذا. فإذا جلس مجلسه قال حين يجلس: «أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، اللهم إني أسئلك من فضلك حلالاً طيباً و أعوز بك من أن أظلم أو أظلم وأعوز بك من صفقة خاصرة ويمين كاذبة» وإذا قال ذلك قال له الملك الموكل به: أبشر فما في سوقك اليوم أحدٌ أوفر منك حظاً قد تعجّلت الحسنات و محيت عنك السيئات و سيأتيك ما قسم الله لك مؤقراً حلالاً طيباً مباركاً فيه» (١).

وظاهر هذا الخبر وغيره مما أثرنا عليه ليس إلا استحباب الشهادتين أو الشهادة بالوحدانية في ضمن الدعاء.

وأما استحباب التكبير عند الإتياع فيدل عليه ما روى الصدوق في الفقيه عن العلاء عن محمد بن مسلم قال: قال أحدهما عليه السلام: «إذا اشتريت متاعاً فكبر الله ثلاثاً ثم قل: «اللهم إني اشتريته ألتمس فيه من خيرك فاجعل لي فيه خيراً، اللهم إني اشتريته - الحديث» (٢).

وأما استحباب الأخذ لنفسه ناقصاً والإعطاء راجحاً فلعله للاحتياط قال الصادق عليه السلام على المحكي في خبر صفوان: «إن فيكم خصلتين هلك بهما من قبلكم من الأمم، قال: وماهما يا ابن رسول الله؟ قال: المكيال والميزان» (٣) ولما عساه يفهم من قوله

(١) الكافي ج ٥ ص ١٥٥، والفقيه ج ٣ ص ١٢٤.

(٢) المصدر ج ٣ ص ١٢٥.

(٣) قرب الإسناد ص ٢٧.

تعالى « ويل للمطففين الذين - الخ » من حسن خلافه ، ولا يخفى أنه لا يستفاد مما ذكر الاستحباب الشرعي .

﴿ والمكروه مدح البايع و ذم المشتري ، والحلف ، والبيع في موضع يسترفيه العيب ، والرّبح على المؤمن إلا مع الضرورة ، وعلى من يعده بالإحسان ، والسوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، ودخول السوق أوّلاً ومبايعة الأدين وذوي العاهات والأكراد ، والتعرض للكيل والوزن إذا لم يحسن ، والاستحطاط بعد الصفقة ، والزّيادة وقت النداء ، ودخوله في سوم أخيه وأن يتوكّل الحاضر للباي ، وقيل يحرم وتلقّي الرّكبان ، وحدّه أربعة فراسخ فمادون ، ويثبت الخيار إن ثبت العبن ، والزّيادة في السلعة مواطاة للبايع وهو النجش ﴾ .

أمّا كراهة مدح البايع و ذمّ المشتري والحلف فيدلّ عليها خبر السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام « من باع واشترى فليحفظ خمس خصال وإلا فلا يشتري ولا يبيع : الرّبا ، والحلف ، وكتمان العيب ، والحمد إذا باع ، والذّم إذا اشترى » ^(١) .

وفي النبويّ « أربع من كنّ فيه طاب مكسبه : إذا اشترى لم يعب ، وإذا باع لم يحمد ، ولا يدلس ، وفيما بين ذلك لا يحلف » ^(٢) .

وأمّا كراهة البيع في موضع يسترفيه العيب فيدلّ عليها خبر هشام بن الحكم : « كنت أبيع السابريّ في الظلال فمرّ بي الكاظم عليه السلام فقال : يا هشام إنّ البيع في الظلال غشّ والغشّ لا يحلّ » ^(٣) .

وأمّا كراهة الرّبح على المؤمن إلا مع الضرورة وعلى من يعده بالإحسان فلقول الصادق عليه السلام على المحكيّ « ربح المؤمن على المؤمن رباً إلا أن يشتري بأكثر من مائة درهم فاريح عليه قوت يومك أو يشتريه للتجارة فاربحوا عليهم وارفقوا بهم » ^(٤) .

(١) الكافي ج ٥ ص ١٥٠ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٢٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٥١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٦٠ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٢٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٥٤ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٢٠ .

وفي خبر ميسرة « قلت : لأبي جعفر عليه السلام : إنَّ في من يأتيني من إخواني فحدَّ لي من معاملتهم ما لا أجوزُه إلى غيره ؟ فقال : إن وَّليت أخاك فحسُنْ وإلا فبع بيع البصير المداق » (١) بناءً على أنَّ المراد منه إنَّ بعت أخاك فلا تبيع عليه بل وَّله أي بعه برأس المال وإن لم يكن أخاك فبع بيع البصير المداق له ، أو أنَّ المراد إنَّ وَّليت أخاك فحسُنْ وإن تركت الحسن فبعه بيع البصير المداق بأن تلاحظ ما يخصه من قوت يومك الَّذي تريد أن توزعه على إخوانك المعاملين لك ، لكن في خبر سالم « سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الخبر الَّذي يُروى « أنَّ ربح المؤمن على المؤمن ربا » ما هو ؟ قال : ذاك إذا ظهر الحقُّ وقام قائمنا أهل البيت فأما اليوم فلا بأس أن تبيع من الأخ المؤمن و تبيع عليه » (٢) وفي خبر عمر بن يزيد بيَّاع السابري « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك إنَّ النَّاس يزعمون أن الرِّبْح على المضطرِّ حرامٌ وهو من الرِّبَا ، فقال : فهل رأيت أحداً يشتري غنياً أو فقيراً إلا من ضرورة يا عمر وقد أحلَّ الله البيع وحرَّم الرِّبَا فاربح ولا تربه » (٣) .

و لقول الصادق عليه السلام على المحكيِّ إذا قال الرِّبْح للرجل للرجل هلم : أحسن بيعك يحرم عليه الرِّبْح » (٤) .

و أما كراهة السوم بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس فلمرفوع ابن أسباط (٥) من نهي النبي صلى الله عليه وآله عن ذلك مؤيداً بأنَّه وقت التعقيب الَّذي هو أبلغ في طلب الرِّبْح من الضرب في الأرض .

و أما كراهة دخول السوق أو لاً فلمنافاته مع الإجمال في الطلب وغيره ممَّا ورد الأمر به .

و أما كراهة مبايعة الأدين و ذوي العاهات و الأكراد فلما عن الصادق عليه السلام

(١) الكافي ج ٥ ص ١٥٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٦٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٢٣ ، والاستبصار ج ٣ ص ٧٢ .

(٤) و (٥) الكافي ج ٥ ص ١٥٢ .

«أبناك ومخالطة السفلة فإن السفلة لا تؤول إلى خير» (١) وعنه عليه السلام «لا تعامل ذاعاهة فإنهم أظلم شيء» (٢) وفي خبر الوليد عنه عليه السلام أيضاً «يا وليد لا تشتري من محارف فإن صفقته لا بركة فيها» (٣) وعن الفقيه خلطته و التهذيب حرفته و عنه أيضاً «لا تخالطوا ولا تعاملوا إلا من نشأ في الخير» (٤) وعنه عليه السلام أيضاً لقهرمان له استقرض من رجل طعاماً فألح بالتقاضي فقال له: «ألم أنبك أن تستقرض لي ممن لم يكن له فكان» (٥) ففي خبر أبي الربيع الشامي «سئلت أبا عبد الله عليه السلام فقلت له: إن عندنا قوماً من الأكراد فإنهم لا يزالون يجيئون بالبيع فنخالطهم و نبايعهم؟ فقال: يا أبا الربيع لا تخالطوهم فإن الأكراد حي من أحياء الجن كشف الله تعالى عنهم الغطاء فلا تخالطوهم» (٦) و عن بعض متأخري المتأخرين تأويل الخبر بأنهم لسوء أخلاقهم و حيلهم أشباه الجن فكانتهم منهم كشف الغطاء عنهم انتهى .

وأمّا كراهة التعرض للكيل و الوزن إذا لم يحسن فلمرسل المثني الحنط عن أبي عبد الله عليه السلام «قلت: رجل من نيته الوفاء و هو إذا كان لم يحسن أن يكيل: قال: فما يقول الذين حوله؟ قلت: يقولون لا يوفى، قال: هذا لا ينبغي أن يكيل» (٧) و عن بعض تحريمه إذا أدى إلى الزيادة والنقصان .

وأمّا كراهة الاستحطاط بعد الصفقة فلخبر إبراهيم بن أبي زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «اشتريت له جارية فلما ذهبت أنقدهم الدرهم قلت: استحططهم قال: إن رسول الله ﷺ نهى عن الاستحطاط بعد الصفقة» (٨) وفي خبر الشحام «أتيت أبا عبد الله عليه السلام بجارية أعرضها فجعل يساومني وأساومه حتى بعته إياها و قبض على يدي فقلت: جعلت فداك إنما ساومتك لأنظر المساومة تنبغي أو لا تنبغي، وقد حططت عنك عشرة دنانير،

(١) الكافي ج ٥ ص ١٥٨، وعلل الشرايع ص ١٧٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٥٨ .

(٣) الى (٦) الكافي باب من تكره معاملته و مخالطته ص ١٥٧ و ١٥٨ .

(٧) الكافي ص ١٥٩ .

(٨) التهذيب ج ٢ ص ١٨١ و الكافي ج ٥ ص ٢٨٦ .

فقال . هيهات إلا ما كان قبل الصفقة أما بلغك قول النبي ﷺ : الوضعية بعد الصفقة حرام»^(١) ومن هنا قال بمعنى بالحرمة .

وَأما كراهة الزيادة وقت النداء فلخبر أمية بن عمر الشعيري عن أبي عبد الله ﷺ قال : « كان أمير المؤمنين ﷺ يقول : إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد وإنما يحرم الزيادة النداء ويحلها السكوت»^(٢) وقد حمل على شدة الكراهة .

وَأما كراهة دخول المؤمن في سوم أخيه باعاً كان أو مشترياً على الأظهر الأشهر بل على المشهور فلخبر الحسين بن زيد عن الصادق ﷺ « نهى رسول الله ﷺ أن يدخل الرجل في سوم أخيه»^(٣) المحمول على الكراهة من جهة العمومات خلافاً لبعض، قيل : والمراد به هنا الزيادة مثلاً في الثمن أو بذل مبيع غير ما بذله البائع أو لئلا يكون البيع له بعد تراضى الأوتلين وحينئذٍ فمع عدم التراضى لا سوم وقال في المبسوط ، وأما السوم على سوم أخيه فهو حرام لقوله « لا يسوم الرجل على سوم أخيه » هذا إذا لم يكن المبيع في المزايدة فإن كان كذلك فلا تحرم المزايدة ومقتضى الحرمة مطلقاً في غير حال المزايدة فأما فيها فظاهره عدمه قبل التراضى اللهم إلا أن يريد ذلك حتى بعد التراضى ولا ريب في صدق السوم على مجرد إرادة الشراء والتشاغل في قطع الثمن ومنه المقبوض بالسوم ومقتضى الخبر المذكور حرمة أو كراهته مطلقاً خرج صورة المزايدة من جهة خبر أمية بن عمر المذكور، وفي المسالك إنَّما يحرم أو يكره بعد تراضيهما أو قربه فلو ظهر منه ما يدل على عدم الرضا وطلب الزيادة أو جهل حاله لم يحرم ولم يكره إتفاقاً .

ويمكن أن يقال : مع قطع النظر عن دعوى الاتفاق أما المنع بنحو التحريم فلا يمكن الالتزام به ، وأما الكراهة فلا يبعد ، وأما مع الجهل فلا مانع من الالتزام به لأن رضى الطرفين وعدمه مسبوق بحالة يحرم أو يكره معها الدخول .

وَأما كراهة توكل الحاضر للبادي فلخبر عروة بن عبد الله^(٤) عن أبي جعفر

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٠ ، والكافي ج ٥ ص ٢٨٦ ، والفتاوى ج ٣ ص ١٤٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٠٦ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٨٠ ، والفتاوى ج ٣ ص ١٧٢ .

(٣) الوسائل عن الفقيه أبواب آداب التجارة ب ٥٠ ج ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٦٨ .

عَلَيْهِ السَّلَامُ » قال : قال رسول الله ﷺ : لا يتلقى أحدكم تجارة خارجاً من المصر ولا يبيع حاضر لباد والمسلمون يرزق بعضهم من بعض « واختار جماعة القول بالحرمة لظاهر النهي و حمل على الكراهة لضعف سنده وسند غيره وإشعارها فيه .

و أما كراهة تلقي الركبان القاصدين بلداً للشراء منهم فيدل عليها خبر عروة المذكور وما رواه في الكافي والتهذيب عن منبهال القصاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا تلق ولا تشتري ما تلقى ولا تأكل منه » (١) وما رواه في الكافي والتهذيب عن منبهال القصاب قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام : لا تلق فإن رسول الله ﷺ نهى عن التلقى ، قلت وما حد التلقى ؟ قال : ما دون غدوة أو روحة ، قلت : وكم الغدوة والروحة ؟ قال : أربعة فراسخ ، قال ابن أبي عمير : وما فوق ذلك فليس بتلق » (٢) و حملت الأخبار على الكراهة من جهة إشعارها في خبر عروة و «المسلمون يرزق بعضهم من بعض» وما في خبر منبهال «ولا تشتري ما تلقى ولا تأكل منه» حيث لا يلتزم ببطلان الإشتراء و حرمة الأكل مضافاً إلى ضعف السند وإلا فلا بد من القول بالتحريم كما نسب إلى الشيخ وابن البراج وابن إدريس قدس الله أسرارهم وأما التحديد بأربعة فراسخ وما دون فهو المعروف بل ادعى عدم الخلاف فيه والمستفاد من رواية منبهال القصاب المذكور ما دونها فحد التلقى المحرم أو المكروه دون أربعة فراسخ لأربعة فراسخ .

وأما ثبوت الخيار مع ثبوت الغبن فلما سيأتي في محله إن شاء الله تعالى و حكى عن ابن إدريس قدس سره أن التلقى محرم والبيع صحيح و يتخير البائع . ولعل المستند ما روي من طريق العامة عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار » (٣) و أجاب عنه في المنتهى بأن المفهوم من جعل الخيار إذا أتى السوق إنما هو لأجل معرفة الغبن بالسوق ولولا ذلك لكان له الخيار من حين البيع .

و أما كراهة النجش أو تحريمه على المشهور فلما رواه في الكافي عن عبدالله بن سنان

(١) و (٢) الوسائل أبواب آداب التجارة ب ٣٦ ح ٢ .

(٣) صحيح مسلم ج ٤ ص ٥ من حديث أبي هريرة .

عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله الواشمة والموثمة والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه وآله » (١).

وروى في كتاب معاني الأخبار بإسناده عن القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبي صلى الله عليه وآله قال : « لاتناجشوا ولا تدابروا » قال : « ومعناه أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ليسمعه غيره فيزيد زيادته و الناجش خائن ، والتدابر الهجران » (٢) واستفادة الحرمة من الخبرين مشكلة لذكر التدابر في الخبر الثاني ولا أظن أن يلتزم أحدٌ بحرمة بالمعنى المذكور ، فمع وحدة السياق يشكل حمل النهي على الحرمة ، والخبر الأول لسانه موافق مع الأخبار الواردة في المكروهات نعم علل الحرمة في الكلمات بأنه غشٌ وخدعة وتدليس وإغراء وخيانة للمسلم .

❖ الاحتكار وهو حبس الأوقات وقيل : يحرم وإنما يكون في الحنطة والشعير و التمر والزبيب والسمن ، وقيل : وفي الملح . وتحقق الكراهية إذا استبقاه لزيادة الثمن ولم يوجد بايع غيره . وقيل : إن تستبقه في الرخص أربعين يوماً وفي الغلاء ثلاثة ، و يجبر المحتكر على البيع وهل يسعّر عليه الأصح لا .

لا خلاف في مرجوحية الاحتكار فقيل بالكراهة وقيل بالحرمة والتحريم أقوى مع عدم باذل الكفاية لصحيفة سالم الحنطاط (٣) قال : « قال لي أبو عبدالله عليه السلام : ما عملك ؟ قلت : حنطاط وربما قدمت على نفاذ وربما قدمت على كساد فحبست قال : فما يقول من قبلك فيه ؟ قلت : يقولون يحتكر ، قال : يبيعه أحد غيرك ؟ قلت : ما أبيع من ألف جزء جزءاً قال : لا بأس إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمرّ عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال له : يا حكيم ابن حزام إنيك أن تحتكر » فإن الظاهر أن عدم البأس في كلام الإمام عليه السلام من جهة وجود البازل ولولاه حرم كما يستفاد من كلام النبي صلى الله عليه وآله وصحيفة الحلبي

(١) المصدر ج ٥ ص ٥٥٩ .

(٢) الوسائل أبواب آداب التجارة ب ٤٩ ج ٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٦٥ .

عن أبي عبدالله عليه السلام « أنه سئل عن الحكرة فقال : إنما الحكرة أن تشتري طعاماً و ليس في المصر غيره فتحكره فإن كان في المصر طعاماً غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل » ^(١) و زاد في الصحيحة المحكية عن الكافي و التهذيب ^(٢) « قال : وسألته عن الزيت قال : إن كان عند غيرك فلا بأس بما ساكه » .

وعن أمير المؤمنين صلوات الله عليه و على أولاده الطاهرين في كتابه إلى مالك الأشر « فامنع من الاحتكار فإن رسول الله صلى الله عليه وآله منع منه وليكن البيع بيعاً سمحاً في موازين عدل لا يحجف بالفريقين البايع والمبتاع فمن قارف حكرة بعد نهيك إيما فنكلك به وعاقب في غير إسراف » .

و صحيحة الحلبي « قال عمن يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك ؟ قال : إن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر و يترك الناس ليس لهم طعام » ^(٣) وقد يقرب دلالة هذه الصحيحة على الحرمة بأن الكراهة في كلامهم وإن كانت تستعمل في المكروه و الحرام إلا أن في تقييدها بصورة عدم باذل غيره مع ما دل على كراهة الاحتكار مطلقاً قرينة على إرادة التحريم ، و يمكن أن يقال هذا على فرض القطع بكراهة الاحتكار . و أما إن كان الكراهة بنحو الإطلاق من جهة الإطلاق فلا مانع من تقييد المطلق و القول بعدم الكراهة في صورة باذل البازل بل ظاهر صحة الحلبي السابقة نفي الحكرة مع وجود الطعام في المصر غيره ، ثم إن مورد الاحتكار بحسب بعض الأخبار الطعام ، و في رواية غياث بن إبراهيم « ليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير و التمر و الزيت » ^(٤) و عن الفقيه زيادة الزيت . و قد تقدم في بعض الأخبار أيضاً دخول الزيت أيضاً و في المحكي عن قرب الإسناد برواية أبي البخري عن علي

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٦٨ ، و التوحيد للصدوق ص ٣٩٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٦٥ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٦١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٦٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٦٤ .

«ليس الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن» (١).
 وادعى عدم الخلاف في ثبوت الحكرة في الغلات الأربع . وأما الزيت فقد تقدم
 في بعض الأخبار ، ويمكن أن يقال على القول بالتحريم كان مورده الطعام وصدق الطعام
 على التمر والزبيب والسمن غير معلوم فلا بد من إقامة الدليل على الحرمة ، وأما الملح
 فلم نقف على دليل يدل على كراهة أو حرمة احتكاره ، ولعلها يستفاد من التعليل
 الوارد في بعض الأخبار من حاجة الناس . ثم إن تقييد الاحتكار بالاستبقاء لزيادة الثمن
 وتحقق الكراهة في هذه الصورة بالخصوص لم يظهر وجهه إلا الغلبة ، نعم ربما يظهر
 من خبر أبي مريم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «قال رسول الله ﷺ : أيا ما رجل اشترى
 طعاماً فكبسه أربعين صباحاً يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمره لم يكن كفارة
 لما صنع» (٢) .

لكن ضعف السند مانع عن الأخذ به مع قطع النظر عن ضعف الدلالة ، ومجرد
 الغلبة لا توجب تقييد المطلقات ولم نقف على دليل يفصل بين الرخص والغلاء كما ذكر في المتن
 إلا خبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام «الحكرة في الخصب أربعين يوماً وفي الغلاء
 والشدة ثلاثة أيام فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب فصاحبه ملعون ، وما زاد
 في العسرة على ثلاثة أيام فصاحبه ملعون» (٣) لكن ضعف السند مانع عن الأخذ
 بمضمونه .

وأما إجبار المحتكر على البيع فالظاهر عدم الخلاف فيه حتى على القول
 بالكراهة بل عن بعض دعوى الإجماع عليه ، نعم لا يسعّر عليه . وادعى عليه الإجماع
 كما عن السرائر وزاد وجود الأخبار المتواترة ، وعن جماعة أنه يسعّر عليه إن
 أجمف بالثمن لنفي الضرر ، وعن الميسري والشهيد الثاني رحمهما الله أنه يؤمر بالنزول
 جمعاً بين النهي من التسعير في الخبر ونفي الإضرار ولعل هذا أقرب من جهة أن قاعدة

(١) المصدر ص ٦٣ .

(٢) قرب الاسناد ص ٦٣ ، مجالس الشيخ ص ٦٦ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٦٥ .

نفي الضرر وإن كانت حاكمة على قاعدة السلطنة لكنه حيث أن "المجبور على البيع لعله بحسب الغالب يجحف في الثمن فمع حكومة قاعدة نفي الضرر يكون الباقي تحت النهي غير الغالب وهو بمنزلة طرح الأخبار الناهية عن التسعير والأمر بالنزول ليس تسعيراً ويمكن أن يكون هذا مراداً من الكلام المنسوب إلى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في كتابه إلى مالك الأشر في أخبار المسئلة .

الفصل الثالث في الخيار والنظر في أقسامه وأحكامه . و أقسامه ستة الأول

خيار المجلس و هو ثابت للمتبايعين في كل مبيع لم يشترط فيه سقوطه ما لم يفترقا * .
الخيار حق خاص و هو إضافة بين العقد و طرفه و من أحكامه السلطنة فإنه يورث و يقبل الإسقاط لا السلطنة كالسلطنة على الأموال فإنها غير قابلة للتوريث و النقل و الإسقاط و هل يكون ذوالخيار مسلطاً على الفسخ و عدمه أو يكون مسلطاً على الفسخ و تثبيت العقد بحيث يصير لازماً بعد التزلزل ، الظاهر الثاني و لعله يستفاد من التعبير في بعض الأخبار بأنه رضي بالمبيع حيث تصرف ذوالخيار والحمل على إسقاط الخيار بعيد . ثم إنه ذكر في كلام الأكرابن "الأصل في البيع اللزوم ، وقبل توجيه هذا الأصل لأبس بذكر بعض الكلام فقد يقال : إن العقود في مقام الثبوت على أقسام ثلاثة منها ما يقتضي اللزوم ذاتاً ومنها ما يقتضي الجواز كذلك ، ومنها ما لا يقتضي شيئاً منهما فما كان من الأول فشرط الخيار فيه ينافي مقتضاه ولا يقبل الفسخ ولا الإقالة ، وما كان من الثاني فشرط اللزوم ينافي مقتضاه وما كان من الثالث فلا ينافي كل واحد من الشرطين فيه ، وأما بحسب الإثبات فقد استكشفنا من الأدلة أن "عقد النكاح والضمان من الأول ولذا لا يصح" فيهما جعل خيار الفسخ ولا يقبلان العقالة والهبه من الثاني والبيع من الثالث ، ثم إذا كان العقد مقتضياً للزوم أو الجواز فاللزوم والجواز حكيمان ولا يقبلان الإسقاط ، و أما ما لا اقتضاء له فاللزوم والجواز فيه حقني قابل لجعل الخيار فيه و إسقاطه ، ثم إن الالتزام بما اقتضاه ذات العقد من اللزوم أو الجواز أو الالتزام بمضمون المعاوضة في العقد الذي لا يقتضي أحدهما إنما هو بالدلالة الالتزامية و توضيح ذلك أن ما ينشأ بالعقد إما مدلول مطابق وإما التزامي . أما المطابق وهو في البيع نفس تبادل المال

بالمال الذي يحصل بالمعاطاة ، وأما التزامي فهو التعهد بما أنشأ الالتزام به وهذا هو العقد والعهد الموثق لا المعنى المطابق الحاصل بالفعل ولذا قلنا في المعاطاة بأنها بيع لا عقد وقلنا بأنها تفيد الجواز ، وهذه الدلالة الالتزامية ناشئة من بناء العرف والعادة على أن من أوجد معنى بالعقد يلزم أن يكون ثابتاً وإلا لم يقدم على المعاملات الخطيرة فكل عقد كان اللزوم من مقتضيات ذاته يصير هذا الالتزام مؤكداً لئلا كالتكاح والضمان وكل عقد كان الجواز من مقتضياته كالهبة يخرج عن عموم «أوفوا بالعقود» بالتخصيص وكل عقد لا اقتضاء له يصير بهذه الدلالة ذات اقتضاء وقوله عز اسمه «أوفوا بالعقود» ناظر إلى هذه الدلالة لا الدلالة المطابقة لأن وجوب الوفاء في البيع بلحاظ معناه المطابق إنما هو لحرمة التصرف في مال الغير لا لأنه عقد وعهد موثق انتهى ما أردنا نقله ملخصاً .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من تقسيم العقود فيتوجه عليه أنه فإن كان النظر إلى أن العاقد حين عقده ينشأ بالأثناء المذكورة فإننا لانجد في التكاح إنشاء علاقة الزوجية وفي الضمان إنشاء نقل ما في ذمة الغير إلى ذمته ومجرد ما ذكر لا يلزم لذاته شيئاً آخر وإن كان النظر إلى الالتزام كما ذكر في البيع بالصيغة فلا فرق بين التكاح والبيع حينئذ وإن كان النظر إلى حكم الشارع بعدم قبولهما للفسخ والإقالة فالحكم لا يعد من اللوازم الذاتية وإلا فلا بد من القول بأن التكاح مع وجود أحد العيوب المجوزة للفسخ من لوازمه الذاتية قبوله للفسخ، وكذلك الضمان مع اعسار الضامن وجهل المضمون له والهبة من لوازمها الذاتية عدم قبولها للجواز إذا كانت لذي رحم أو معوضة أو كانت العين الموهوبة تالفة ، وكذلك البيع بعد افتراق المتبايعين ، وأما ما ذكر من التفرقة بين البيع العقدي الواقع بالصيغة وبين البيع بالمعاطاة وإن الأول له مدلولان مطابقين والتزامي دون الثاني والأول مشمول للآية الشريفة «أوفوا بالعقود» دون الثاني فيتوجه عليه أننا لانجد فرقاً في بيع الأشياء الخطيرة بين الصيغة والمعاطاة حيث إنه لا ينظر البائع والمشتري إلا بالمبادلة ، غاية الأمر أنهما يريا المعاملة لازمة بنظرهما وإن أفتى المفتي بعدم اللزوم في المعاطاة يقبلان تسليمياً لحكم الشارع فإن تم

الإجماع على عدم اللزوم في المعاطاة فلا بد من تخصيص الدليل لأنه على فرض عدم شمول الآية الشريفة لإشكال في شمول ما دل على لزوم البيع بعد الافتراق لصدق البيع. و أما ما ذكر من أن كل عقد كان الجواز من مقتضياته يخرج عن عموم أوفوا بالتخصيص فيتوجه عليه أنه مع كون الجواز من مقتضيات مثل الهبة ما لزم الواهب على نفسه كونه ثابتاً على هبته فأين العهد المشدد حتى يكون تخصيصاً للآية ، ثم إن الأصل في البيع اللزوم و يكفينا في المقام قاعدة السلطنة كما استدل بها في لزوم القرض والأخبار المستفيضة الدالة على وجوب البيع بعد الافتراق و إن أمكن الاستدلال بالآيات الشريفة « أوفوا بالعقود » ، و « أحل الله البيع » و « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض » . وقد نوقش في دلالة قوله تعالى « أوفوا بالعقود » بأنه بعد فسخ العقد من أحد طرفيه يشك في بقاء العقد فيكون التمسك بالإطلاق من باب التمسك في ما لا يعلم انطباق المطلق عليه ، و أجيب بأن هذا لو كان متعلق الوفاء العقد بمعنى اسم المصدر . وليس كذلك بل متعلق الوفاء المصدر الذي هو فعل المكلف فإذا كان الوفاء به واجباً فلازمه بقاء ما تعهد به . ويمكن أن يقال : المصدر لا بقاء له بل هو معدوم والباقي بنظر العرف هو أثره ، و ثانياً لإشكال في أنه في موارد صحة الفسخ لا يعتبر بقاء للعقد بأي معنى كان فمع احتمال صحة الفسخ يشك في بقاء الموضوع .

و أما الخيار فأقسام ذكر في المتن ستة منها و المعروف سبعة و المذكور في بعض الكتب أربعة عشر مع عدم ذكر لبعضها الأول خيار المجلس والمراد من المجلس مطلق مكان متبايعين ولا خلاف لثبوت هذا الخيار للنصوص المستفيضة منها قول الصادق عليه السلام على المحكي في صحيحه ابن مسلم و زرارة عن رسول الله ﷺ « البيعان بالخيار حتى يقترقا » ^(١) والموثق الحاكي لقول علي صلوات الله عليه « إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب » ^(٢) ما أول يرد علمه إلى أهله ولا إشكال في ثبوت هذا الخيار للمتبايعين

(١) الكافي ج ٤ ص ١٧٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٢٤ ، والاستبصار ج ٤ ص ٧٣ .

إذا كانا أصيلين ، وهل يثبت للوكيلين مطلقاً أو في الجملة . قديقال : إن الوكيل في مجرد إجراء الصيغة لا يثبت له الخيار لأنه ليس بيعاً حقيقة . بل هو بمنزلة الآلة للموكل كلسانه والذي أخذ موضوعاً للخيار أخذ بعد مفروغية مالكيته لالتزام الطرف المقابل وقدرته على الإقالة و رد التزام الطرف المقابل و بعبارة أخرى بعد قدرته على النقض والإبرام و رد ما التزم به الآخر و الوكيل في مجرد إجراء الصيغة ليس له هذا الشأن و من هنا ظهر حال الوكيل في مجرد الشراء بأن يوكله الموكل في المعاوضة مثلاً بأي مقدار من الثمن و من أي مشتري فحاله حال الأوتل و إن كان الوكيل بحيث فوض إليه جميع التصرفات كعامل القراض و أولياء القاصرين فله الخيار لعموم النص لأنه يبيع حقيقة ، و يمكن أن يقال : أولاً نمنع صدق البيع حقيقة على الأخير ، و لذا قيل : إن إطلاق البيع عليه وعلى الموكل على نحو عموم المجاز .

و ثانياً نقول من أحكام الخيار أن يكون موروثاً بعد موت ذي الخيار و الوكيل في جميع التصرفات كانت تصرفاته و سلطنته عليها من جهة الوكالة و الوكالة تمت بموته فوارثه أجنبي ، فكيف يثبت السلطنة و النقض و الإبرام له ، و كذلك صورة عزل الموكل إياه بعد تمامية العقد ، و إن قلت : هذه السلطنة ثابتة للوارث و للوكيل بعد العزل من جهة أنها من أحكام الخيار الثابت له بالدليل لامن جهة الوكالة قلنا : على هذا نقول في الوكيل في مجرد المعاوضة لا مجرد إجراء الصيغة إنه يصدق عليه البيع و لا حاجة في ثبوت سلطنته على النقض و الإبرام إلى و كالتة في جميع التصرفات فيثبت له الخيار ، و من أحكامه السلطنة على النقض و الإبرام . إن قلت : إن وجه عدم التوريث بالنسبة إلى الوكيل أن الوكيل بمنزلة المالك و ليس هو بنفسه مستحقاً لهذا الحق . قلت : على هذا فلا بد من الالتزام بأن المالك و إن لم يكن حاضراً في مجلس العقد و لم يكن مجتمعاً مع الطرف الآخر مستحقاً لحق الخيار و يتمكن من النقض و الإبرام و كيف يجتمع القول بعدم الخيار للمالك في هذه الصورة مع ثبوت الخيار لمن هو نائب عنه ، و بعبارة أخرى كيف يتصور أن يكون المنوب عنه لا يتمكن من أعمال حقه و النائب عنه يتمكن ، نعم هذا يتصور في حق القاصر و ليس المنوب عنه هنا قاصراً و

لومات الموكل بعد العقد يلزم سقوط حق الخيار لأن الحق على ما ذكر للوكيل من جهة الوكالة و بموت الموكل بطلت الوكالة ، ولم يكن الحق لنفس الموكل حتى يرثه الوارث ، و كذا في صورة العزل بعد العقد .

ولو شرط في ضمن عقد البيع سقوط الخيار فالمعروف سقوط الخيار و يمكن الاستدلال عليه بعموم المستفيضة « المؤمنون - أو المسلمون - عند شروطهم » ^(١) وحيث إن الخيار من الحقوق القابلة للإسقاط والإسقاط لا يحتاج إلى سبب خاص كالنكاح و الطلاق و نحوهما فلا مانع من شرط السقوط بنحو شرط النتيجة ، نعم يقع الإشكال من جهة أخرى و هي أنه من باب إسقاط مال يجب ، و قد يجاب عن هذا بأن المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط ولا يخفى أنه على هذا لا حاجة إلى دليل صحة الشرط ، و تارة أخرى بالاستيناس من صحيحة مالك بن عطية قال : « سئلت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كان له أب مملوك و كان تحت أبيه جارية مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد : هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تودّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعد ذلك على أبي إذا أنت ملكت نفسك ، قالت : نعم فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ما ملك ؟ قال عليه السلام : لا يكون لها الخيار ، المسلمون عند شروطهم » ^(٢) .

و يمكن أن يقال : هذه الصحيحة ظاهرة في لزوم العمل بالشروط الابتدائية مع أن المعروف أنه كالوعد لا يجب الوفاء به مادام لم يشترط في ضمن عقد ، بل ادعى عليه الإجماع والحمل على صورة الاشتراط في ضمن العقد بعيد جداً ، وثانياً يظهرها اشتراط عدم الخيار لا اشتراط السقوط ، وهذا بحسب الظاهر يكون مخالفاً للسنة ، و قد يقال : إن إسقاط مال يجب الرجوع إلى هبة مالا يملكه الواهب هو إسقاط حق لم ينشأ سببه أصلاً كإسقاط قبل العقد ، وأمالو وجنسيه ولولم يحصل فعلاً فلا مانع من إسقاطه ، قال في التذكرة : لو وكله في شراء و عتقه ، وفي تزويج امرأة و طلاقها واستدانة

(١) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ . والنهذيب ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨٨ .

دين و قضاؤه صح انتهى .

و يمكن أن يقال: بمجرد إيجاب البايع المقرون بإسقاط الخيار لم يحصل السبب ولا المقتضي ، وباب الوكالة مغاير لما نحن فيه ، ألا ترى أن عامل القراض وكيل ومختار في البيوع ، وإسقاط الحق بعد تمامية البيع مع أن البيوع المستقبلة لم تتحقق بعد ، و الحاصل أن العقلاء يعتبرون الوكالة في الأمور التي لم تتحقق بعد لأسبابها ولا مقتضياتها ، و أما إسقاط الحق مع عدم تحقق السبب و المقتضي بمجرد تحقق جزء السبب فقد يقع الشك في اعتباره .

و أما انتهاء زمان الخيار بالافتراق فيدل عليه الأخبار المستفيضة . و منها قول الصادق عليه السلام على المحكي في صحيحه ابن مسلم و زرارة المتقدمين .

و الثاني خيار الحيوان و هو ثلاثة أيام للمشتري خاصة على الأصح و يسقط لو شرط سقوطه أو أسقطه المشتري بعد العقد أو تصرف فيه المشتري سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع ، أو غير لازم كالوصية والهبة قبل القبض .

المشهور اختصاص خيار الحيوان بالمشتري واستدل عليه بصحيفة الفضيل بن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : « ما الشرط في الحيوان ؟ قال : ثلاثة أيام للمشتري » قلت : ما لشرط في غير الحيوان ؟ قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما ^(١) ورواية علي بن أسباط ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري » ^(٢) وصحيفة ابن رثاب المحكية عن قرب الإسناد قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار ؟ للمشتري ؟ أو للبائع ؟ أولهما كليهما ؟ قال : الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظراً فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء » ^(٣) .

وعن السيد المرتضى و ابن طاووس - قدس سرهما - ثبوته للبائع و المشتري و

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٠ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٢٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٦ .

(٣) قرب الإسناد ص ٧٨ .

استدلَّ بصحیحة محمد بن مسلم « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفي ما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا »^(١).

وفي المسألة قول ثالث : وهو ثبوت خيار الحيوان لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مثنماً لصحیحة محمد بن مسلم « المتبايعان بالخيار مالم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام »^(٢) لا يخفى أنه يمكن الجمع بين الأخبار الدالة على ثبوت الخيار للمشتري و هذه الصحیحة الأخيرة بحمل تلك الأخبار على الغالب من كون المبيع الحيوان فصاحب الحيوان هو المشتري . و أما الأخبار المستدلُّ بها للقول المشهور و هذه الصحیحة و الصحیحة المستدلُّ بها للقول السيدين لا يمكن الجمع بينها و لا مجال للترجيح لرجحان أحد الطرفين من حيث السند و رجحان الطرف الآخر من حيث الأکثرية ، قد يقال بعد التكافؤ المرجح عموم ما دلَّ على لزوم العقد بالافتراق .

و يمكن أن يقال : العام ليس مثل الأصل حيث أن الأصل موافقاً كان للدليل أو مخالفاً لا مجال للتمسك به مع وجود الدليل ، و العام دليل مثل الخاص . غاية الأمر لا يعارض الخاص المخالف غالباً لكون الخاص أظهر . فيقع المعارضة بين العام و الخاص الموافق له و بين الخاص المخالف ، فمع عدم الترجيح لا مجال للأخذ بعموم العام فلا بد من التخيير إلا أن يقال : يكون العام موجباً للترجيح من جهة الأمر بالأخذ بما يوافق السنة مع أنه قد يتأمل في صدق الموافقة من جهة احتمال أن يكون النظر إلى اللزوم العقدي مع قطع النظر عن الجهات الاخر و يتأمل في صدق الموافقة بهذا المقدار .

و أما اشتراط السقوط في ضمن العقد فالكلام فيه هو الكلام في اشتراط السقوط في خيار المجلس ، و أما السقوط بالإسقاط بعد تمامية العقد فلا إشكال فيه بعد كون الخيار حقاً قابلاً للإسقاط .

و أما السقوط بالتصرف فلا خلاف فيه و لا إشكال في الجملة و يدلُّ عليه الأخبار منها صحیحة ابن رثاب « فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك

(٢) قد تقدم .

(١) النهديب ج ٢ ص ١٢٥ .

رضاً منه فلا شرط له ، قيل له : و ما الحدث ؟ قال : أن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء » (١).

و منها صحيحة الصفار « كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام في الرجل اشترى دابة من رجل فأحدث فيها من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردّها في الثلاثة أيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدثها أو الركب الذي يركبها؟ فوقع عليه السلام إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى » (٢) و في ذيل الصحيحة المتقدمّة عن قرب الإسناد « قلت له : رأيت إن قبّلها المشتري أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انتقض الشرط و لزم البيع » .

إنّما الإشكال في أنّ مطلق التصرف موجب لسقوط الخيار حتّى مثل قول المشتري اسقني أو أغلق الباب مع أنّه خلاف المتبادر من لفظ الحدث فيلزم جعل الخيار كاللغو مع أنّ الظاهر أنّ الحكمة في هذا الخيار الإطلاع على أمور خفيّة ، أو أنّ مطلق التصرف مسقط بشرط دلالة على الرضا بلزوم العقد زائداً على الرضا بأصل الملك فقد ذكر وجوه في قوله عليه السلام على المحكي : « فذلك رضاً منه ولا شرط له » أحدها أن يكون الجملة جواباً للشرط فيكون حكماً شرعياً بأنّ التصرف إلتزام بالعقد و إن لم يكن إلتزاماً عرفياً ، الثاني أن يكون توطئة للجواب وهو قوله: ولا شرط له لكنّه توطئة لحكمة الحكم . الثالث أن يكون إخباراً عن الواقع نظراً إلى الغالب ويكون علّة للجواب و بعد وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدّي علته دلّ على اختصاص الحكم بالتصرف الذي يكون دالاً بالنوع على التزم العقد و إن لم يدلّ في شخص المقام . الرابع أن يكون إخباراً عن الواقع و يكون العلّة نفس الرضا الفعلي الشخصي و يكون إطلاق الحكم مقيداً بتلك العلّة .

و يمكن أن يقال : إنّ الوجه الأوّل والثاني لا فرق بينهما بحسب النتيجة ، ويشكل الوجه الثاني بحسب القواعد حيث إنّ عليه كان المناسب ذكر الفاء في الجزاء ،

(١) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ .

و أمّا الوجه الثالث فالحكم بالسقوط معللاً بالرّضا مناسب لمقام الإثبات لا مقام الثبوت، والظاهر أنّ النظر إلى مقام الثبوت . و أمّا الوجه الرابع فلا يناسب الإخبار عن الواقع وكون العلة نفس الرّضا الشخصي ومع الإجمال لا يبعد الأخذ بإطلاق الصحيحة الثانية ولو مع القطع بعدم الرّضا بلزوم العقد ، وحمل الصحيحة الأولى على التنزيل أو من باب ذكر الحكمة ، غاية الأمر انصراف الحدث عن مثل أغلق الباب أو اسقني الماء ، وقد يقال : حيث إنّ الإجازة من الإيقاعات ولا بدّ في تحققها خارجاً من إنشاء لفظي أو فعلي ، فكل فعل كان مصداقاً لتحقيقها خارجاً وفي عالم الاعتبار تقع به ، و من أوضح مصاديق الأفعال التي تقع هذه بها التصرف فإنه إجازة فعلية ، نعم يشترط أن يكون التصرف مالكيّاً كتصرف المالك في أملاكهم لا التصرف الاختباري ولا التصرف الصادر من الاشتباه الموضوعي ، و ليس التصرف مسقطاً تعبدياً و إلا لوجب الاقتصاد على مورده و هو التصرف في ما انتقل إليه ، وفي خصوص الحيوان فالتعدّي عنه ، والقول بأنّ تصرف المالك في كلّ معاملة في ما انتقل عنه فسخ و فيما انتقل إليه إجازة ليس إلا لأنّ التصرف بنفسه إجازة و إنشاء فعلي فيما انتقل إليه .

و يمكن أن يقال : إن كان النظر إلى أنّ التصرف المالكي مع القصد إلى لزوم البيع وإبرامه مصداق للإجازة الفعلية فلا كلام فيه ولا إشكال . لكنّه ليس كلّ تصرف مالكي و بعبارة أخرى كلّ حدث أحدث المشتري مع القصد و إن كان النظر إلى أنّه مصداق ولو كان بلا قصد إلى إبرام البيع و إلزامه كما هو المصرّح به فهو محلّ إشكال والحال أنّ الإنشائيّات عقوداً كانت أو إيقاعات محتاجة إلى القصد . و أمّا التعدّي من موارد النصّ إلى غيرها فإن كان من جهة عدم احتمال مدخلية خصوص الحيوان و خصوص باب الإجازة فلا إشكال فيه ، ومع تقوية هذا الاحتمال لا يتعدّي و مجرد التعدّي لا يوجب رفع اليد عن الظاهر أعني التنزيل و تطبيق الأخبار على القاعدة .

ثمّ إنّّه بعدما كان المالك التصرف المالكي لا فرق بين أن يكون لازماً كالبيع أو غير لازم كالهبّة قبل القبض . و أمّا الوصية فربما يتأمل في صدق الحدث عليها من دون توجه الموصي إلى إبرام البيع بل ربما يتأمل في صدق الحدث على الهبة الواقعة بالصيغة و

لذا قالوا : إنَّ العقد الفضولي لا يعدُّ تصرُّفاً في ملك الغير إلا أن يقال ، بالصدق من جهة ترتب الأثر .

﴿ الثالث خيار الشرط وهو بحسب ما يشترط ، ولا بدَّ أن تكون مدته مضبوطة ، ولو كانت محتملة لم تجز كقدوم الغزاة و إدراك الثمرات ، ويجوز اشتراط مدته يردُّ فيه البايع الثمن ويرتجع المبيع ولو انقضت و لما يردُّ لزوم البيع ، و لو تلف في المدَّة تلف من المشتري ، و كذا لو حصل له نماء كان له ﴾ .

الظاهر عدم الخلاف في صحَّة جعل الخيار بالشرط والأصل فيه الأخبار العامَّة الموسوعة لاشتراط كلِّ شرط إلا ما استثنى ، والأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة ، فمن الأولى الخبر المستفيض الذي لا يبعد تواتره « أنَّ المسلمين عند شروطهم » (١) و يزيد في صحیحة ابن سنان « إلَّا كَلَّ شرط خالف كتاب الله فلا يجوز » (٢) و في موثقة إسحاق بن عمار « إلَّا شرطاً حرِّمَ حلالاً أو حلَّلَ حراماً » (٣) و في صحیحة أخرى لابن سنان « من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله » (٤) لكنَّ الظاهر أنَّ المدار الصدر ، والذي يل من فروعه .

و من الثانية صحیحة ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « وإن كان بينهما شرطاً يوماً معدوداً فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البايع » (٥) ورواية السكوني « أنَّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بالشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد يبعه قال : لشهيد أنَّه قد رضيه فاستوجه ثمَّ ليبيعه إن شاء فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه » (٦) والأخبار المستفيضة الواردة في اشتراط

(١) تقدم غير مرة .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٢٤ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ٢٤٤ ، الوسائل أبواب الخيار ب ٦ ح ٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ١٢٥ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ١٧٣ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٢٥ .

الفسخ برد الثمن .

واستشكل في التمسك بالأخبار العامة بأن شرط الخيار مخالف للسنة الدالة على لزوم البيع بالافتراق ، وأجيب بأن الضابط أن كل حكم تكليفي غير اقتضائي وكل حكم وضعي قابل للاشتراط و اللزوم في المقام حقّي للاحكامي فنقول : اللزوم في باب النكاح و الضمان حكمي لا حقّي و الكاشف عنه عدم جريان الاقالة فيهما . و أمّا اللزوم في البيع فهو حقّي لأنّه حكم شرعي متعلق بما ينشئه المتعاقدان بالدلالة الالتزامية ، قلت : قد سبق بعض الكلام في ما تقدّم و أنّه لافرق في نظر المتبايعين بين البيع بالصيغة و البيع بالمعاطة في المعاملات الخطيرة وغيرها و كثيراً لا يتوجه البايع إلى الالتزام بشيء غير المعاوضة فالترفة بين البيع بالصيغة و المعاطة بتحقيق الالتزام في الأول دون الثاني مشكلة ، و لازم ما ذكر أنّه لو أسقط البايع أو المشتري حق اللزوم من قبله سقط اللزوم من قبله بحيث لورجع عن بنائه قبل تحقق الإقالة كان رجوعه بلا فائدة و كان العقد من طرفه غير لازم ، و لا أظن أن يلتزم به فالأولى في الجواب عن الإشكال أنّه بعد ورود الأخبار الخاصة نستكشف عدم المخالفة لآباء الأخبار العامة عن التخصيص بالنسبة إلى بعض أفراد خيار الشرط فشرط الخيار ليس مخالفاً للسنة و تحليلاً للحرام .

و أما لزوم كون المدّة مضبوطة فالظاهر عدم الخلاف فيه و استدّل عليه بأنّه مع عدم الضبط يسير البيع غريباً و لا عبرة بمسامحة العرف في بعض المقامات وقد يستدل عليه بأنّه يعتبر العلم بالعوضين بدليل خاص و الدليل وإن كان ناظرأ إلى نفس العوضين إلا أن الشرط بمنزلة الجزء فهو راجع إلى ضميمته إلى أحد العوضين فالجهل به يسري إليهما ، وقد يقال : إن الأخبار الدالة على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم و موثقة غياث « لا بأس بالسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم و لا تسلمه إلى دياس أو إلى حصاد »^(١) تشير إلى الاعتبار و إن تسامح العرف في غير مقام المدّة .

و يمكن الخدشة في ما ذكر من الأدلة فإن الغرر إن كان من جهة تزلزل البيع فالترزل حاصل في المعاطة فإن المعروف بين المحققين بتحقيق البيع بالمعاطة و المعروف

عندهم عدم الكزوم إلا بعد التصرف في أحد العوضين ، و أما ما دل على لزوم العلم بالعوضين مع قطع النظر عن الغرر فيرد عليه أننا لا نسلم كون الشرط بمنزلة الجزء ولذا لو نقص أحد العوضين ينقص ما يقابلها وفي الشروط مع عدم الوفاء بالشروط لا ينقص شيء .
و أما الأخبار الواردة في باب السلم فلعل اعتبار تعيين المدّة فيها مخصوص بالسلم كما اعتبر فيه قبض الثمن فالعمدة تسلم الحكم عند الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم .

و أما جواز اشتراط مدّة يرد فيها البايع الثمن ويرجع المبيع فيدل عليه النصوص المستفيضة منها موثقة إسحاق قال : « سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام يقول : وقد سأله عن رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى إلى أخيه فقال له : أبيعك داري هذه ويكون لك أحب إليّ من أن يكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة تردّها عليّ قال : لا بأس بهذا إن جاء بثمانها ردّها عليه ، قلت : أرايت لو كان للدّار غلّة لمن يكون ؟ قال للمشتري ألا ترى أنّها لو احترقت كانت من ماله » (١) .

ومنها رواية معاوية بن هيسرة قال : « سمعت أبي الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً من رجل وكان بينه وبين الذي اشتري الدّار خلطة فشرط أنك إن أتيتني بمالي ما بين الثلاث سنين فالدّار دارك فأتاه بماله . قال : له شرطه ، قال له أبو الجارود : فإنّ هذا الرّجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين ، قال : هو ماله ، وقال عليه السلام : أرايت لو أنّ الدّار احترقت من مال من كانت يكون الدّار دار المشتري » (٢) .

وعن سعيد بن يسار في الصحيح قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إننا نخالط أُناساً من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم في العشرة اثني عشر والعشرة ثلاثة عشر أو نحو ذلك في ما بيننا وبينهم السنة ونحوها ، ويكتب لنا رجل منهم على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منّا شراءً قد باع وقبض الثمن منه فنعدّه إن هوجاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نردّه عليه الشراء . فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدّراهم فهو لنا فما ترى في ذلك الشراء ؟ قال : أرى أنّه لك إن لم يفعل ، وإن جاء بالمال للوقت

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧١ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٢٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٦٦ .

فرداً عليه» (١).

وعن أبي الجارود ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «إن بعث رجلاً على شرط فإن أتاك بمالك وإلا فالبيع لك» (٢).

ثم إن اعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه: أحدها أن يؤخذ قيداً للخيار على وجه التعليق و التوقيت فلا خيار قبله ، ويكون مدة الخيار منفصلة دائماً عن العقد ولو بقليل ولا خيار قبل الرد ، والمراد برد الثمن فعل ماله دخل في القبض من طرفه وإن أبيع المشتري الثاني أن يؤخذ قيداً للفسخ بمعنى أن له الخيار في كل جزء من المدة المضروبة والتسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو تأخره عنه . الثالث أن يكون رد الثمن فسخاً فعلياً بأن يراد منه تمليك الثمن ليمتلك منه المبيع . الرابع أن يؤخذ رد الثمن قيداً لانفساخ العقد ، الخامس أن يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري ، والرأيان لصراحة لها في الأثناء المصورة ، فمع الاحتمال في سؤال الراوي لا يبعد صحة الجميع من أن مورد السؤال إذا كان محتملاً لوجوه عديدة و لم يسأل الامام عليه السلام عن مقصوده وحكم بالصحة لزم صحة الجميع نظير ترك الاستفصال فلا حاجة إلى التمسك بعموم «المؤمنون - أو المسلمون - عند شروطهم» .

وقد يستشكل في صحة الوجه الأول من جهة أنه من قبيل شرط الخيار بدون ضبط المدة ، ويستشكل في الوجه الرابع من جهة أن الانفساخ بلا سبب لا يصح والسبب إن كان نفس الشرط فهو يوجب انفساخ البيع بهذا الشرط فلا بيع حتى يشترط في ضمنه انفساخه برد الثمن ، ولو سلم أن إنشاء الفسخ على تقدير غير حاصل لا يلزم من وجوده عدمه لأن ظرف وجود الانفساخ متأخر يشكل من جهة أنه يجب أن يكون الشارط مالكاً لهذا الشرط كالبايع إذا باع وارتهن قبل قبول المشتري والشارط هنا ليس مالكاً . ويمكن أن يقال : أما الأشكال في الوجه الأول فقد سبق في لزوم ضبط المدة ما يرفع به هذا الاشكال وإن العهدة التسلم عند الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم لا الغرر ،

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٢ . والتهذيب ج ٢ ص ١٢٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٢٥ .

وفي المقام لا تسلم ، وأما الإشكل في الوجه الرابع فلا يرد ما ذكرنا أولاً في وجه الإشكل كما لا يخفى ، وأما ما ذكر أخيراً من عدم مالكيّة الشارط فيتوجه عليه أنه ما الفرق بين الفسخ والانفساخ حيث صحّ الأوّل دون الثاني .

وأما سائر ما ذكر في المتن من لزوم البيع مع انقضاء المدّة وعدم ردّ الثمن وكون تلف المبيع من مال المشتري وكون نمائه له ، وهو مضمون الأخبار الخاصّة المذكورة في المقام .

الرابع خيار الغبن ومع ثبوته وقت العقد بمالا يتغابن به غالباً وجهالة المغبون يثبت له الخيار في الفسخ والإمضاء .

المعروف ثبوت هذا الخيار واستدلّ له بوجوه وقد يقال : أتمّ المدارك له هو حصوله من جهة تخلف الشرط الضمنيّ وذلك أنه لما كان تغيّش بني آدم موقوفاً على تبديل الأموال وبناء المتعاقدين على تساوي العوضين في الماليّة فيناط التبديل بالتساوي وحيث كان هذا البناء نوعياً بحسب العرف والعادة جرى نفس إجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما في الماليّة بحيث لو علم المغبون بالحال لم يرض فالبناء بمنزلة الصغرى والكبرى إن تخلف البناء يوجب عدم التراضي بالمعاملة ولما ثبت في باب الفضوليّ والمكره أن الرضا اللاّحق لهم كالسابق فلم يكن تخلف البناء موجباً لفساد البيع فله اقرار العقد واختيار نتيجته وله ردّه . ويجاب عن المناقشة في الصغرى بأن الوصف المذكور أعني كون العوضين متساويين في الماليّة ليس إلّا من قبيل الدّاعي بأن اشتراط التساوي إذا كان نوعياً يكون من قيود المراد ويدخل تحت الالتزام ، وعن المناقشة في الكبرى بأنه إذا لم يذكر القيد في متن العقد لم يوجب خياراً بأنه إذا أخذ فيه إجمالاً وبالدلالة الالتزامية يكون بمنزلة إنشائه في متن العقد .

ويمكن أن يقال : لأشكال في أنّ خيار الغبن ليس كخيار العيب . فإنّ المعيب قابل للردّ حتّى عند من لا يتدبّن بدين ، وعدم القبول يعدّ ظلماً عند الناس فكأنّه تعاقد البايع والمشتري على وصف الصحّة وهذا بخلاف صورة الغبن خصوصاً مع جهل الغابن فإنّه لو لم يقبل الغابن لا يعدّ عدم قبوله ظلماً ، ولذا ليس هذا من قبيل تخلف وصف

الكتابة بالنسبة إلى العبد فإنه مع التخلف لورد المشتري يكون البائع ملزماً بالقبول وعدم قبوله يعد ظلماً .

وأما ما ذكر من تنظير المقام ببيع الفضولي والمكره وكفاية الرضا الأحق فيشكل من جهة أنه فيهما قبل لحوق الرضا الإجازة لا يجوز تصرف في المبيع بل في صورة الإكراه يشكل التصحيح بلحوق الرضا فإنه لا يبعد فساد بيع المكره أصلاً من جهة حديث الرافع وهذا بخلاف صورة الغبن فإنه لا إشكال في جواز التصرف ما لم يتحقق الفسخ من المغبون ، ومن هنا ظهر أنه لا مجال للتمسك بالآية الشريفة «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل - النح» لأنه إن كان النظر إلى الرضا الفعلي مع عدم العلم المغبون بالغبن فالرضا حاصل ، وإن كان بالنظر إلى عدم الرضا التقديري حيث إن المغبون لو كان ملتفتاً إلى غبنه لم يرض فاللازم بطلان البيع وعدم جواز تصرفه ولا يلتزم به ، فالتمسك بالآية لإثبات الخيار لا وجه له ، وقد يقرب الاستدلال بالآية الشريفة بمجموع المستثنى والمستثنى منه بأن تكون الآية في قوّة أن يقال : لا تملكوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فإنه باطل إلا على وجه التكبّب عن رضا . فالتمسك بدون رضا المغبون تملك بالباطل ومع رضاه تملك صحيح والرضا بالتجارة بمعناه الاسم المصدرى هو المعتبر في العقد ورضا المغبون بها حاصل مع عدم علمه بالغبن ومع علمه إذا كان حاصل دخل في عقد المستثنى وإلا دخل في المستثنى منه ، ولا نعني بالخيار في المقام إلا ذلك .

ويمكن أن يقال : إن اكتفى بالرضا الفعلي الحاصل حال عدم علم المغبون بالغبن في صحة العقد فعدم الرضا بعد العلم لا يضر ، وإلا لزم إضرار عدم الرضا المسبوق بالرضا المقارن للعقد الصحيح كما لو باع داره بالرضا وطيب النفس ثم بعد تمامية العقد ندم لامن جهة الغبن بل من جهة أخرى غير موجبة للخيار ، هذا مضافاً إلى أن الآية الشريفة ليست ظاهرة في المعنى المذكور .

واستدل أيضاً لثبوت الخيار في المقام بقاعدة نفي الضرر حيث إن لزوم الوفاء بالعقد على المغبون ضرر عليه فهو مرفوع و نوقش بأنه إن كان التساوي بين الأموال من الشروط الضمنية فالاستدلال بالضرر في محله لأن مفاده أن الحكم الذي ينشأ منه الضرر

مرفوع والحكم بلزوم العقد مع عدم التزام المغبون بالمغبن ضرري عليه ، وأما لو كان اعتبار التساوي من الأمور البنائية أو الدواعي التي لإشارة في العقد إليها لا مطابقة ولا التزاماً فلا وجه للاستدلال بالاضرر لاثبات الخيار من جهة لأن مفاده أن الحكم الذي يكون الضرر عنواناً ثانوياً له مرفوع وفي المقام يكون الضرر عنواناً لنفس الفعل وباختيار صدر الفعل عن المكلف ولو كان جاهلاً بالضرر ومنشأ ضرره ليس وجوب الوفاء بالعقد بل تخيله التساوي بين المالمين ، وبعبارة أخرى كل حكم تكليفي أو واعي كان هو تمام العلة للضرر أو الجزء الأخير منها فهو مرفوع ، وأما لو كان معداً فلا معنى لدفعه ، ومجرد صيرورة الفعل ضررياً باعتبار بقاءه على حاله بعد صدوره اختياراً لا يوجب أن يرتفع حكمه وإلزام أن يرتفع حكم الضمانات والإلتفات إذا صدر الفعل عن المكلف جهلاً بأن المال من غيره فإن آكل مال الغير بتوهم أنه ماله قد صدر عنه موضوع إذا حكم الشارع بوجود الخسارة عليه يكون حكماً في الموضوع الضري مع أنه لا يمكن أن يكون هذا الحكم مرفوعاً ولا وجه له إلا أن الإقدام صار منشاء للضرر لا الحكم .

ويمكن أن يقال : إن كان التساوي بين المالمين من الشروط الضمنية ليس المغبون ملزماً بالوفاء حتى يحتاج إلى التمسك بالضرر لأن لزوم الوفاء في صورة احتفاظ الشرط ، وبعبارة أخرى المغبون أقدم على المعاوضة بين المتساويين لا المختلفين ولهذا يشكل ما يقال في البيع الفضولي قبل الإجازة من لزوم العقد من طرف الأصيل لأن الوفاء من طرفه بأن يعامل مع ما انتقل من طرفه معاملة مال الغير وليس أخذ العوض وفاء .

وجه الإشكال أن الأصيل أقدم على المعاوضة لا الإيعاء بالعوض وقبل الإجازة يكون الأصيل ممنوعاً من العوض ، ألا ترى أن غير المتدينين في صورة تخلف الشروط لا يرون إلزاماً على من له الشرط وإن لم يكن التساوي من الشروط الضمنية فلزوم الوفاء متوجه ويكون ضررياً وإن كان منشأ الضرر ما صدر عن المكلف جهلاً . ألا ترى أنه من سافر إلى محل بارد يكون الغسل أو الوضوء فيه ضررياً لا يحكم عليه بلزوم الغسل أو الوضوء لأن منشأ الضرر جهله ، وأما عدم ارتفاع حكم الضمانات مع الجهل فعمله من جهة أن وضع أحكام الضمانات على الضرر نظير حكم الجهاد ونظير وجوب الصوم

في الصيف في البلاد الحارة مع طول الأيام حيث إن قاعدة نفي الحرج لا ترفعه فظهر أنه يصح الاستدلال بحديث لا ضرر .

وقد يستشكل بأنه مع شمول حديث لا ضرر للمقام ما وجه رفع اللزوم دون رفع الصحة .

و يجاب بأن اللزوم متأخر عن الصحة و بمجرد الصحة ما لم يتحقق اللزوم لم يتحقق الضرر ، و ليس بقاء الصحة مع ارتفاع اللزوم من قبيل بقاء الجواز مع نسخ الوجوب لأن الجواز في ضمن الوجوب من قبيل الجنس و الجنس لا يبقى مع ارتفاع فصله ، ويمكن أن يقال : إن كان دليل الصحة واللزوم واحداً كدليل وجوب الوفاء بالعقود حيث يستفاد منه الصحة واللزوم فلا فرق بين المقام ومسألة بقاء الجواز بعد نسخ الوجوب ، ويمكن الخدشة فيما ذكر لعدم بقاء الجواز بأن الجنس لا بهامه لا يبقى مع ارتفاع الفصل لكن المادة التي تكون منشأ انتزاع الجنس لا ترفع بارتفاع الصورة و إن كان دليل الصحة غير دليل وجوب الوفاء كان يتمسك للصحة بمثل قوله تعالى «أحل الله البيع» و «إلا أن تكون تجارة عن تراض» فلا مانع من الصحة إلا أن يدعى أن نفس خروج المال عن ملك المغبون مع عدم التساوي في المالمية ضرر عليه لأنه نقص من ماله شيء ، غاية الأمر مع عدم اللزوم يكون المغبون قادراً على رفع ضرره و حديث لا ضرر يدل على نفي الحكم الضري إلا أن يدعى الإجماع على الصحة ، وأما احتمال رفع الضرر برد مقدار من عين الثمن أو المثلين أورد ما به يتدارك ضرر المغبون ولومن غير جنس الثمن أو المثلين فلا مجال له لأن الأثر خلاف مقتضى المعاوضة ، و الثاني لا يخرج عن هبة مستقلة و الهبة من الغايب لا يخرج المعاملة عما وقعت عليه من الغبن ، ثم بعد تمامية التمسك بلا ضرر لا يثبت الحق القابل للتوريث أعني الخيار كما لا يخفى حيث إن نفي اللزوم أعم من ذلك ، ثم إن بعد البناء على ثبوت خيار الغبن قيد الغبن بشوته وقت العقد و كونه بما لا يتسامح فيه و جهالة المغبون .

أما وجه التقييد بالأثر فهو أنه لا بد من كون البيع ضرورياً أو مشروطاً فيه التساوي بين المالمين فمع التساوي حال العقد لا ضرر من قبل العقد ولا مخالفة للشرط الضمني ،

ويشكل مع توقف الملك على القبض كما في الصرف إذا فرض عدم الغبن حين العقد وتحقق حين القبض حيث أن البيع ضرري^٥.

وأما وجه التقييد بالثاني فلا تته مع التفاوت اليسير المتسامح فيه ليس البيع ضررياً ، نعم إن كان الوجه الشرط الضمني لا يجد الفرق بين التفاوت المتسامح فيه والغير المتسامح فيه لعدم احتفاظ التساوي في المالبية . ألا ترى أنه بعد اعتبار التساوي في مبادلة المثليين يكون التفاوت اليسير موجباً للبطلان من جهة الرأب .

وأما وجه التقييد بالثالث فلا تته مع العلم أقدم المغبون على ضرره فلم يتوجه من قبل حكم الشرع ضرر عليه ، ويقع الإشكل في صورة الظن والشك والمدار صدق حصول الضرر من قبل حكم الشرع .

ثم إنه يقع الكلام في أنه بعد ثبوت الخيار هل يكون الخيار فورياً أم لا بل على التراخي واستند للأول وهو المشهور ظاهراً إلى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن وقرره في جامع المقاصد بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة وإلا لم ينفع بعمومه ، وللقول الثاني إلى الاستصحاب ، ونوقش في ما ذكر في جامع المقاصد من عموم الأزمنة بأن استمرار الحكم في جميع الأزمنة بدليل الحكمة فرع بقاء الفرد ودخوله تحت العموم ، فإذا فرض خروجه عن حكم العام فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكمه دائماً ، أو في زمان ما . إذ ليس في خروجه دائماً زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن .

وأجيب عن هذه المناقشة بأن الخارج بعض أزمنة الفرد لا خروج الفرد رأساً ، ألا ترى أن خيار المجلس أو خيار الحيوان يوجبان خروج المبيع عن تحت العموم بحسب زمان الخيار ولا يوجبان خروجه عن تحت العموم رأساً ولا فرق بين الزمان الأول وبين الزمان الوسط والآخر ، وقد يقال في رد هذا الجواب بعد ذكر مقدّمات : لو كان الزمان ظرفاً للمتعلق لكان استفادة العموم الزماني من الدليل الدال على وجوب المتعلق في مقام اللفظ بمكان من الإمكان فيصح أن يقال : أكرم العلماء دائماً أو في كل زمان ، وأما إذا لم يكن ظرفاً للمتعلق فلا يمكن استفادة العموم إلا من دليل خارجي^٦

من حكمة وغيرها ، وهذا لا إشكال فيه . إنما الكلام في تمييز الموارد التي يكون الزمان ظرفاً للحكم عن غيرها فنقول جميع الأحكام الوضعية لا بد أن يكون الزمان فيها ظرفاً للحكم كقوله : هذا نجس ، وهذا طاهر ، وهذا ملك زيد ، والعقد لازم لعدم ثبوت متعلق فيها حتى يردّد بين كون الزمان ظرفاً له أو للحكم . بل هناك حكم و موضوع فيجب أن يكون الزمان ظرفاً للحكم .

فإن قلت : هذا لو قيل بتأصيلية الأحكام الوضعية ، وأما لو قيل بانتزاعيتها من الأحكام التكليفية فلا محالة كل حكم تكليفي له متعلق فيمكن أن يكون الزمان ظرفاً له للحكم .

قلت أوّلاً : إنه لا يمكن أن يكون مثل النجاسة والطهارة و لزوم العقد والملكية والزوجية وأمثالها منتزعة لعدم صحة انتزاع النجاسة المترتبة عليها آثار مختلفة كحرمة شربها وفساد بيعها و عدم جواز الصلاة معها من حكم تكليفي فإن مثل قوله اجتنب عنه أولاً تشربه أو غيرهما لا يشمل جميع الآثار ، و ثانياً أن الحكم التكليفي المنتزع عنه لزوم العقدكأوفوا بالعقود ليس له متعلق صادر عن المكلف خارجاً لأن الوفاء ليس من أفعال المكلف حتى يمكن أن يكون دائماً بلحاظ كل آن من الآفات إلى أن وصل إلى هذا الكلام ، وأما لو كان الزمان ظرفاً للحكم فبنفس تشريع الحكم لا يمكن لحاظ بقاءه في كل آن ، بل لا بد من تشريعه أوّلاً ، ثم لحاظه كذلك لأن بقاء الحكم كالعلم والجهد به من الطواري المتأخرة عن رتبة الجعل فلا بد من ثبوت الموضوع أوّلاً ثم الحكم ببقائه ، وإذا جعل الزمان ظرفاً له بجعل آخر فلو شك في أصل تخصيصه أو في مقدار المخصص فالمرجع ليس عموم العام بل استصحاب حكم العام إذا شك في أصل التخصيص ، و استصحاب حكم المخصص إذا شك في مقدار المخصص .

ويمكن أن يقال : أما ما أفيد من أن جميع الأحكام الوضعية لا بد أن يكون الزمان فيها ظرفاً للحكم لعدم ثبوت متعلق فيها حتى على القول بانتزاع الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية ، فيتوجه عليه أنه لا يلزم أن يكون المنتزع عنه

حكماً تكليفاً واحداً ، بل يمكن أن يكون أحكام تكليفية ينتزع عن مجموعها حكم وضعي فمع إجازة الشارع للأب بيع مال الولد وإجارته وغيرهما من أنواع التصرف ينتزع عنها الولاية ، ومع نهي الشارع عن الشرب وفساد البيع وغيرهما ينتزع النجاسة الأثرية أن العرف ينتزع السلطنة لمن يتصرف في أمور المملكة كيف شاء ، وما أفيد من أن مثل أوفوا بالعقود ليس له متعلق فمشكل من جهة أنه بعد تمامية الإيجاب والقبول واجتماع الشرائط يعتبر معاهدة بين البائع والمشتري تكون باقية مالم يحصل الفسخ أو الانفساخ ويجب شرعاً وعند العقلاء الوفاء والوفاء بأن يعامل البائع مع المبيع معاملة مال المشتري وكذلك المشتري ، وأما ما ذكر من أن الزمان لو كان ظرفاً للحكم فبنفس تشريع الحكم لا يمكن لحاظ بقائه - الخ فيشكل من جهة أن الزمان تارة يلاحظ بنحو الطولية بأن يكون الدليل متكفلاً لأصل الحكم أو لا ثم بقائه إلى الأبد أو إلى مدة فلا بد من لحاظين وأخرى الزمان يلاحظ لا بنحو الطولية بأن يكون الدليل متكفلاً لثبوت الحكم في جميع الأزمنة الغير المحدودة أو المحدودة فلا حاجة إلى لحاظين ، ألا ترى أن مثل «كل شيء لك حلال حتى تعلم أنه حرام» و «كل شيء طاهر حتى تعلم أنه قذر» يكون كل منهما متكفلاً لثبوت الحكم إلى حصول العلم وفي مسئلتنا «البيعان بالخيار مالم يفترقا ، وإذا افترقا وجب البيع» ثم إنه مع قطع النظر عن جميع ما ذكر يكفي دليل الحكمة ولذا قال في جامع المقاصد في الاستدلال على مذهبه من كون الخيار فورياً وإلا لم ينفع بعموم وقد يقال : دليل الحكمة يقتضي أن يكون الدوام ظرفاً للحكم لا للمتعلق لأن المتعلق معنى إفرادي وقرينة الحكمة تجري في الجمل فلا معنى لدوام شرب الخمر مثلاً فالحكمة تقتضي دوام النهي عن شرب الخمر ، وكذا الكلام في الأوامر إلا أن يدل دليل على كون الزمان ظرفاً للمتعلق ، ويمكن أن يقال بعد ما كان تحريم شرب الخمر مثلاً آنأماً لغواً فالحكمة يقتضي الدوام فيمكن أن يلاحظ ترك الشرب أبداً وتعلق النهي به بنحو تعدد المبعوض ، وليس هذا ملاحظة الدوام بالمعنى الافرادي بل بلحاظ الجملة و يمكن لحاظه في طرف الحكم ولا ترجيح فالأظهر في المسألة ما هو المشهور ظاهراً من فوريتها

الخيار إلا أن يقال : إن تأخير الفسخ لا يخرج البيع عن كونه ضرورياً لكن ما ذكر في تقوية القول المشهور ينفع في سائر المقامات .

﴿ الخامس من باع ولم يقبض الثمن ولا قبض المبيع ولا اشترط التأخير فالبيع لازم ثلاثة أيام ومع انقضائها يثبت الخيار للبايع ، فإن تلف قال المفيد : يتلف في الثلاثة من المشتري وبعدها من البايع ، والوجه تلفه من البايع في الحالين لأن التقدير أنه لم يقبض ﴾ .

في المقام أخبار مستفيضة منها رواية علي بن يقطين قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن قال : الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبضه يبعه وإلا فلا يبيع بينهما » ^(١) .

و رواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام قال : « من اشترى يبعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا يبع له » ^(٢) .

و رواية ابن الحجّاج قال : « اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن و تركته عند صاحبه ثم احتبست أياماً ثم جئت إلى بايع المحمل لآخذه فقال : قد بعته فضحكت ، ثم قلت : لا والله لأدعك أو أقاضيك فقال لي : أترضى بأبي بكر بن عياش ؟ قلت : نعم ، فأثيناها فقصصنا عليه قصتنا ، فقال أبو بكر : بقول من تحب أن أقضي بينكما أبقول صاحبك أو غيره ؟ قلت : بقول صاحبي قال : سمعته يقول : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا يبع له » ^(٣) .

و صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قلت له : « الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول : آتيك بثمنه ، قال : إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا يبع له » ^(٤) و ظاهر هذه الأخبار بطلان البيع كما فهمه في المبسوط ، وقد يقال : لا يخفى على المتأمل أن بعد القطع بأن تشريع هذا الخيار لخصوص البايع دون المشتري

(١) و(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٢٤ والاستبصار ج ٣ ص ٧٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٢ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ١٢٧ . والكافي ج ٥ ص ١٧١ .

إنما هو لأجل الإرفاق على البايع إما لكون المبيع قبل القبض في ضمانه ، وإما لتوقيف ثمنه و عدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه لا يقتضي أزيد من خياره مضافاً إلى ظهور قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي « لا يبيع له » في عدم البيع للمشتري المنتج لثبوت الخيار في طرف البايع ، و يمكن أن يقال : ما ذكر لا يوجب صرف الأخبار المذكورة عن ظاهرها وكذلك فهم الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم فالمسألة محل التوقف و حكي عن المحقق الأردبيلي - قدس سره - التوقف .

ثم إنه اشترط في هذا الخيار أمور : أحدها عدم قبض المبيع والظاهر عدم الخلاف فيه و استدلل عليه بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي في صحيحة علي بن يقطين المتقدمه « فإن قبض يبعه وإلا فلا يبيع بينهما » بناء على أن البيع بمعنى المبيع و قبض بالتشديد و احتمال كون قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد بأن يراد قبض الثمن و استبعد من جهة ندرة مجيء استعمال البيع مفرداً بالتشديد و أصالة عدم التشديد كما قيل بأصالة عدم المد في البكاء .

ويمكن أن يقال : مجرد الاستبعاد لا يوجب الوثوق بكيفية اللفظ الصادر ، والأصل المذكور معارض بأصالة عدم التشديد في لفظ قبض أو لا ، و ثانياً نقول : إن كان هذا الأصل راجعاً إلى عدم تكلم المتكلم بهذا النحو فلا حالة سابقة حتى تستصحب و إن كان راجعاً إلى أن الكاتب لم يغلط في كتابته و هو أصل قابل للتوجه لكن التشديد ليس مما يلتزم في الكتابة كتابته و حذفه في الكتابة ليس من قبيل حذف مثل الواو هذا مع إطلاق الأخبار و خصوص صحيحة زرارة المذكورة حيث أن قول الراوي فيها « ثم يدعه عنده » يلائم مع قبض المبيع و إعطائه و دعيه فيشكل الحكم بلزوم هذا الشرط ، ثم إن قلنا باشرطه يجيء الكلام في بعض الفروع منها أنه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البايع بأن بذله الثمن فامتنع من أخذه و إقباض المبيع هل هو مشمول للأخبار ؟ فقد يقال : الظاهر عدم الخيار لأن ظاهر النص و القنوى كون هذا الخيار إرفاقاً للبايع و دفعاً لتضرره فلا يجري فيما إذا كان الامتناع من قبله ، و فيه إشكال من جهة عدم العلم بالمناط إلا أن يدعى انصراف الأخبار عن هذه الصورة و الانصراف أيضاً مشكل .

ومنها أنه لو قبض المشتري على وجه يكون للبايع استرداده كما إذا كان

بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن هل هو كالا قبض مطلقاً أو مع استرداده أو هو قبض وجوه . رابعها ابتناء المسئلة على أن هذا القبض يوجب ارتفاع الضمان عن البايع أو لا وقد يقوى عدم الخيار لعدم الضمان فيه إشكال لعدم العلم بالمناط إلا أن يدعى الانصراف وهو أيضاً مشكل .

ومنها أنه لو مكّن المشتري من القبض فلم يقبض هل هو مشمول للأخبار وقد يقوى ابتناء المسئلة على ارتفاع الضمان وعدمه وقد عرفت الإشكال فيه آنفاً ، و أما عدم قبض مجموع الثمن و اشتراطه فمجمع عليه نصاً و فتوى هكذا يقال ، و يمكن أن يقال : استفادة اشتراطه من الأخبار المذكورة مشكل لأن ، رواية علي بن يقطين وإن فرض السائل فيها عدم قبض الثمن لكن المدار كلام الإمام عليه السلام فمع احتمال أن يكون الحكم بالخيار أو بالفساد تابعا لعدم إقباض المبيع كيف يشترط عدم قبض الثمن . و أما رواية إسحاق بن عمار فهي ساكنة عن قبض الثمن فيمكن أن يكون النظر إلى عدم مجيء المشتري لقبض المبيع . و أما رواية ابن الحجاج فيشكل الإعتداد عليها من جهة ضعف السند ولم يحرز اعتماد المشهور عليها ، و أما صحيحة زرارة فقولها عليه السلام فيها على المحكي « إن جاء ما بينه - الخ » قابل لأن يكون من جهة قبض المبيع ولأن يكون من جهة قبض الثمن ولأن يكون من جهة قبضهما ، فمع الإجمال كيف يحكم بالاشتراط والحاصل أن رواية علي بن يقطين على الاحتمال المعروف يظهر منها أن المناط في الخيار أو انفساخ البيع عدم قبض المبيع ليس غير ، و على الاحتمال الآخر يظهر منها أن المناط عدم قبض الثمن فاعتبار عدم قبض المبيع والثمن مشكل ، وبناء على اعتبار عدم قبض الثمن فهل يكون قبض البعض كالا قبض؟ فيه إشكال ألا ترى إذا كان أحد مدينين الآخر وأدّى مقداراً من الدين إذا سئل هل أدّى دينك لا يقول ما أدّى ديني من جهة أنه ما أدّى المجموع بل يجيب أدّى مقداراً منه ، وفهم أبي بكر بن العياش ليس حجة فتأمل . و الكلام في القبض بلا إذن هو الكلام السابق ، الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين لأن المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر على المتيقن ، الرابع أن يكون المبيع عيناً أو شبهه كصاع من الصبرة قد استظهر اشتراط هذا الشرط من كلمات الفقهاء (ره)

والأخبار ، وجه الاستظهار من الأخبار أن روايتي ابن يقطين و ابن عمّار مشتملتان على لفظ البيع والمراد به المبيع الذي يطلق على العين المعرضة للبيع ولا مناسبة في إطلاقه على الكلي . ورواية زرارة ظاهرة في الشخصي من جهة لفظ المتاع وقوله « يدعه عنده » والظاهر من لفظ الشيء في رواية أبي بكر بن العياش الشيء الموجود الخارجي ولو في ضمن أمور متعدّدة ، و بعبارة أخرى ظاهر لفظ الشيء كلفظ المبيع و المتاع أن يكون المبيع معنواً بهذا العنوان قبل البيع والكلي الثابت في الذمة لا يكون قبل البيع شيئاً بل اعتبار يحدث بالعقد ، ويمكن أن يقال أمّا كلمات الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم فلا يظهر منها اتفاق ، وأمّا الأخبار فإن كان النظر إلى اعتبار كون الشيء قبل وقوع العقد معنواً بالعنوان المذكور فليس كذلك فإن العين الشخصية ليس معنواً بعنوان البيعية وإن اكتفى بالأول والمشاركة فلا إشكال في أن الكلي أيضاً يصدق عليه العنوان ويعدّ من الأموال وكذلك الشيء ، هذا مضافاً إلى أن هذا الكلام يجري في الثمن أيضاً ولا يعتبرون فيه العين الشخصية ، ودعوى الإجماع على عدم الاعتبار في الثمن بالخصوص مشكلة .

و أما تلف العين المبيعة في الثلاثة و بعدها فهو على البايع للرؤية النبوية المشهورة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه »^(١) وإطلاقه يشمل صورة تلفه في حال الخيار و بعد بطلانه كما لو قلنا بكون الخيار على الفور وقد يعارض الرؤية بقاعدة الملازمة بين النماء و الدرك المستفادة من النص و القاعدة المجمع عليها أن التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له لكن القاعدة مختصة بخيار المجلس و الشرط و الحيوان ، والرؤية أخص من القاعدة الأولى ، وقد يقال: لا معارضة بينهما لأن الآن قبل التلف يفسخ البيع على البايع .

ويمكن أن يقال : هذا مبني على تصوير الشرط المتأخّر حيث أنه مسبب عن التلف ، و مع المنع عن شرطية الأمر المتأخّر لا بدّ من الالتزام بالتنزيل في الموارد الموهمة كما قيل في إجازة العقد الفضولي . فيكون من باب التخصيص لا التخصّص .

(١) لم تجده و لعله قاعدة مصطادة .

و أما ما نسب إلى المفيد - قدس سره - من أن التلّف في الثلاثة من المشتري بل نسب إلى جماعة من القدماء فلاجماع المدّعى مع قاعدة ضمان المالك لما له يصحّ حجة له . والإجماع موهون و القاعدة مخصّصة بالرّواية النبويّة ، مضافاً إلى رواية عقبة بن خالد « في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال : آتيك غداً إن شاء الله . فسرق المتاع ، من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتّى يردّ إليه ماله » (١) .

﴿ ولو اشترى ما يفسد من يومه ففي رواية يلزم البيع إلى الليل فإن لم يأت بالثمن فلا يبيع له ﴾ .

الظاهر أنّ الرّواية المشار إليها هي مرسلّة محمد بن أبي حمزة « لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا يبيع له » (٢) و ظاهرها الانفساخ كالأخبار الواردة في المسألة السابقة وإن حملت على نفي اللزوم و استدلتّ عليه أيضاً بقاعدة نفي الضرر حيث إنّ البايع ضامن للمبيع ممنوع عن التصرف محروم عن الثمن و مقتضاها ثبوت الخيار في غير مورد النصّ كما لو كان المبيع يفسد نصف يوم ، و قد يقال : إنّ ظاهر النصّ يوهم خلاف ما ذكر لأنّ الموضوع فيه ما يفسد من يومه والحكم فيه بثبوت الخيار من أوّل الليل . فيكون الخيار في أوّل أزمّة الفساد ، و من المعلوم أنّ الخيار حينئذ لايجدى للبايع شيئاً لكن المراد من اليوم اليوم وليلته ، فالمعنى أنّه لايبقى على صفة الصلاح أزيد من يوم بليته فيكون المفسد له المبيت لامجرّد دخول الليل فإذا فسخ البايع أوّل الليل أمكن له الانتفاع به و يبدله ، ويمكن أن يقال لم يظهر من الرّواية كون الانفساخ أو الخيار أوّل الليل حتّى يحتاج إلى التأويل المذكور فيمكن حملها على أنّ المشتري إن جاء بالثمن بين اليوم و بين الليل بحيث لايتضرّر البايع و إلا فلا يبيع له .

(١) الكافي : ج ٥ ص ١٧١ . والنهذيب : ج ٢ ص ١٢٤ و ١٨٠ .

(٢) راجع الكافي : ج ٥ ص ١٧٢ . والنهذيب : ج ٢ ص ١٢٥ .

السادس خيار الرؤية وهو يثبت في بيع الأعيان الحاضرة من غير مشاهدة ، ولا يصح حتى يذكر الجنس والوصف ، فإن كان موافقاً لزم ، وإلا كان للمشتري الرّد . وكذا لو لم يره البايع واشترى بالوصف كان الخيار للبايع لو كان بخلاف الصفة و سيأتي خيار العيب إن شاء الله تعالى . *

استدل على ثبوت هذا الخيار قبل الاجماع بحديث نفي الضرر و بأخبار منها صحيحة جميل بن درّاج قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقبلها ، ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقبله فقال أبو عبد الله عليه السلام : إنه لو قلب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية » (١) .

واستدل أيضاً بصحيفة زيد الشحام قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال عليه السلام : لا يشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج » (٢) أما التمسك بحديث لا ضرر فيشكل من جهة أنه كثيراً ما لا يتوجه الضرر على المشتري والمدار الضرر الشخصي ، وأما صحيفة جميل فلا تعرض فيها لتخلف الوصف وقد حملت على صورة ذكر الأوصاف التي يرتفع معه الفرر ، والأوصاف التي يختلف بملاحظتها الرغبات فإن كانت العين الغائبة الموصوفة بعد الرؤية مطابقة لما وصفت ، ومع عدم المطابقة يثبت خيار الرؤية ، واستشكل ظاهراً في دلالة صحيفة زيد بأن المشتري لسهم القصاب إن اشترى مشاعاً فلا مورد لخيار الرؤية ، وإن اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين وهو باطل ، وعلى الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع ، ويمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة ، ويكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم . ويمكن أن يقال : إن كانت الصحيفة ناظرة إلى ثبوت الخيار تعبداً فلا مجال للتعدّي إلى كل عين غائبة وإلى ثبوته للبايع بل ولا التخصيص بتخلف الوصف وإن

(١) التهذيب : ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٠ . والكافي : ج ٥ ص ٢٢٣ .

لم تكن ناظرة إلى ثبوت الخيار تعبدًا فما المانع من ثبوت خيار الرؤية في المشاع والكلي في المعين ، وأما الحمل على خيار الحيوان فبعيد من جهة أن خيار الحيوان ثابت بعد العقد لابتداء خروج السهم وعين فيه مدة الخيار وفي الصحيحة لم تعين المدة ثم إنه اشترط في صحة بيع العين الغائبة الذي يثبت فيه خيار الرؤية ذكر الأوصاف التي يرتفع به الغرر حيث إنه بدونها يتحقق الغرر الموجب لبطلان البيع ، واستشكل فيه بأنه بمجرد ذلك لا يرتفع الغرر . وأجيب عن الإشكال تارة بالفرق بين التقييد والاشتراط . فعلى التقييد لا يرتفع الغرر بخلاف الثاني ، وأخرى بأنه من باب الاعتماد بقول البائع في المقدار ، ويمكن أن يقال : لاجد الفرق بين التقييد والاشتراط حيث إنه مع عدم الوثوق باتصاف العين بالأوصاف المذكورة بالخطر والجهل متحقق سواء كان أخذ الوصف المذكور بنحو التقييد ، أو الاشتراط ، وأما الاعتماد بقول البائع فمع عدم الوثوق في الأخبار بالمقدار مشكل ، والظاهر في دليله التقييد بصورة الوثوق ، ومع إطلاق الدليل لوجه التعدّي إلى غير مورد ، ويكون تخصيصاً في دليل نفي الغرر فإنه قابل للتخصيص كما في بيع الأثمار إلا أن يتمسك بصحيفة جميل المذكورة حيث حكم فيها بخيار الرؤية من دون تقييد بحصول الوثوق بأوصاف القطعات لكن التعدّي من مورد الصحيحة إلى كل عين غائبة مشكل . ألا ترى الفرق بين الأشياء الغالية بحسب القيمة وبين غيرها حيث إن الأشياء الغالية يداق في تعيين مقدارها ولا يداق في غيرها تلك المداقة . ثم إنه بعد الفراق عن الصحة لو بانّت العين بعد الرؤية على خلاف الوصف المذكور . فالمعروف الخيار والتخيير بين الرد والإمسك بدون الأرض ، وقد يقال : بالبطلان مع تخلف الوصف واستضعف بأنه لا دليل على البطلان بعد وقوع البيع صحيحاً ، عدى ما في مجمع البرهان ، وحاصله وقوع البيع على شيء مغاير للموجود فالمعقود عليه غير موجود ، والموجود غير معقود عليه ، وأجيب عن هذه الشبهة تارة بأن البيع على الموصوف من باب تعدّد المطلوب ولا يخفى الإشكال فيه حيث إن المشتري غالباً لا يرضى بالفاقد للوصف . فكيف يكون من باب تعدّد المطلوب ، وأخرى بأنه وإن لم يكن بنحو تعدّد المطلوب بل بنحو وحدة المطلوب إلا أنه لا

يمنع عن وقوع العقد و النقل بالنسبة إلى العين الخارجية كمن أراد رسم خط بمقدار خاص بتوسط آلة على الأرض ، ولم تكن الأرض مستوية فما ارتسم ليس خارجاً عن قصده ، وإن كان قصده إلى الخاص بنحو وحدة المطلوب ولم يتحقق المطلوب ، ويمكن أن يقال : هذا من تقديم الإشارة على الوصف ولازمه صحة البيع حتى مع مغايرة العين الخارجية مع المذكور في العقد بحسب الحقيقة كما لو باع ما في الدار على أنه عبد حبشي فبان أنه حمار وحشي ولا يلتزم به .

ويمكن أن يقال بعدم مساعدة العرف على وقوع البيع بالنسبة إلى المشار إليه مع الاختلاف بحسب الحقيقة وإن كان المشار إليه في الخارج مورد النقل و الانتقال بالدقة بخلاف ما إذا كان الاختلاف بحسب الوصف وإن كان بنحو وحدة المطلوب وهذا هو المستفاد من النصوص والإجماعات في الموارد المتفرقة كالحكم بمضي العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح و كذا الحكم في النص و الفتوى بتبعض الصفقة إذا باع ما يملك و ما لا يملك مع أن المشتري لو كان عالماً لم يقدم على الابتياح .

﴿ **وأما الأحكام** فمسائل : الأولى خيار المجلس . يختص البيع دون غيره . الثانية التصرف يسقط خيار الشرط . الثالثة الخيار يورث مشروطاً كان أو لازماً بالأصل . الرابعة المبيع يملك بالعقد ، و قيل به وبانقضاء الخيار ، وإذا كان الخيار للمشتري جاز له التصرف وإن لم يوجب البيع على نفسه . الخامسة إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال البائع ، وكذا بعد قبضه و قبل انقضاء خيار المشتري ما لم يفرط ، ولو تلف بعد ذلك كان من المشتري . السادسة لو اشترى ضيعة رأى بعضها و وصف له سائرها كان له الخيار فيها أجمع إن لم يكن على الوصف ﴾ .

أما اختصاص خيار المجلس بالبيع فلا خلاف فيه ظاهراً و لا إشكال و يكفي في المقام عدم الدليل على ثبوته بالنسبة إلى سائر العقود إلا أنه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار والتي لا يدخلها قال : « و أمّا الوكالة و الوديعة و العارية و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيار فيها مانع انتهى » و مراده خيار

المجلس والشرط ، وحكي نحوه عن القاضي . وكلام الشيخ - قدس سره - مأول بقريته
تصريحه في غير موضع من المبسوط وقد يأول بأن المراد دخول الخيارين في العقود
المذكورة إذا وقعت في ضمن عقد البيع فتفسخ بفسخه في المجلس .

وأما إسقاط التصرف خيار الشرط فإن كان التصرف مع القصد إلى إبرام العقد
فلا إشكال فيه حيث إنه إبرام وإلزام للعقد بالفعل ، وأما بدون القصد فإن أخذاً بطلاق
ما ورد في خصوص خيار الحيوان و حمل على التبعيد والتنزيل فالتعدي عن خيار
الحيوان إلى غيره مشكل ، ولا بد أن يكون التصرف المسقط في الثمن الميعن مع
اشتراط رد العين أو حمل الإطلاق عليه أو الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل
الإطلاق على اعتبار رد عين المدفوع و وقوع التصرف في زمان الخيار ، و أما
التصرف قبل زمان الخيار فيجاء فيه بالإشكال حيث إنه إسقاط لما لم يجب .

وأما وراثة الخيار مشروطاً كان أولاً فلائنه من الحقوق ، واستدل على
الوراثة بالنبوي « ما ترك الميت من حق فلوارثه »^(١) لكن مجرد كونه حقاً لا
يكفي بل لابد أن يكون متروكاً وقابلًا للانتقال ، وإثبات هذا بغير الإجماع مشكل .
ثم إنه وقع الإشكال في كيفية الوراثة مع ملاحظة أن الخيار حق واحد غير قابل
للتقسيم بين الوراث المختلفة فذكر وجوه :

الأول ما اختاره بعضهم من استحقاق كل من الورثة خياراً مستقلاً كمورثته
بحيث يكون له الفسخ في الكل وإن أجاز الباقيون نظير حد القذف الذي لا يسقط
بعفو بعض المستحقين ، وكذلك حق الشفعة على المشهور ، واستند في ذلك إلى ظاهر
النبوي المذكور لتعقل تعدد من لهم الخيار بخلاف المال الذي لابد من تنزيل مثل
ذلك على إرادة الاشتراك لعدم تعدد الملاك شرعاً لمال واحد .

الثاني استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً في نصيبه فله الفسخ فيه دون باقي
الحصص غاية الأمر مع اختلاف الورثة في الفسخ والإمضاء تبعض الصفقة على من عليه
الخيار فيثبت له الخيار ، ووجه ذلك أن الخيار لما لم يكن قابلاً للتجزية وكان

مقتضى أدلة الإرث اشتراك الورثة فيما ترك المورث تعيين تبعه بحسب متعلقه فيكون نظير المشتريين بصفقة واحدة إذا قلنا بثبوت الخيار لكل منهما .

الثالث استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدد بالنسبة إلى جميع المال ولا بالنسبة إلى حصة كل منهم لأن مقتضى أدلة الإرث في الحقوق الغير القابلة للتجزية والأموال القابلة لها أمر واحد فهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة إلا أن التقسيم في الأموال لما كان أمراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع إلى اختصاص كل منهم بحصة مشاعة بخلاف الحقوق فإنها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لافي الكلف ولا في حصته فافهم وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع وهو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لامن حيث كونه مجموعاً فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ مالم يجز الآخر لتحقيق الطبيعة في الواحد وليس له الإجازة بعد ذلك كما أنه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده لأن الخيار الواحد إذا قام بما هيته الوارث واحداً كان أو متعدداً . كان إمضاء الواحد كفسخة ماضياً ، فلا عبرة بما يقع متأخراً عن الآخر لأن الأول قد استوفاه ولو اتحدا زماناً كان ذلك كالإمضاء والفسخ من ذي الخيار بتصرف واحد لأن الفاسخ مقدّم لا إشكال في عدم مساعدة أدلة الإرث على الاستحقاق على الوجه الأول مع قطع النظر عن استحالته عقلاً في الملك والحق كما ادّعت وإن لم نجد مانعاً عقلياً فإن الملكية عند العقلاء تنتزع من تسلط المالك على الشيء كيف شاء فإذا كان شيء بالحيازة تحت تسلط شخصين بهذا النحو تعتبر الملكية العرفية وإن لم يكن محل إمضاء الشرع ولم يكن استيلاء أحدهما وتصرفه الموجب لانعدام الشيء موجباً لرفع ملكية الآخر مادام الشيء موجوداً كما أن تصرف ذي الخيار لا يوجب سلب ملكية المالك حين وجوده ولا نفهمها يقال في المقام من تنظيره بتوارد العلتين على معلول واحد ، وكذلك الكلام في الحق فإن البيوعين يستحق كل منهما بنحو الاستقلال الخيار ولم يؤخذ في الاستقلال كون ذي الحق بحيث يكون له منع الآخر عن التصرف لأن المراد بالوارث فيما أفرد فيه لفظ الوارث هو الجنس المتحقق في ضمن الواحد والكثير ،

وقيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه المختلفة ، وأما ما ورد في لفظ الورثة وهو أيضاً قابل للحمل على الوجوه المختلفة مضافاً إلى أن مفاد الأدلة بالنسبة إلى المال والحق واحد فإرادة الاشتراك في المال والاستقلال في الحق مستلزم لاستعمال اللفظ في معنيين . ويمكن أن يقال : مادلاً على الاشتراك لعله مخصوص بالمال القابل للشركة ولا يشمل الحقوق الغير القابلة للتجزية ، ولا ينافي مادلاً على استحقاق جنس الوارث للحق من دون تعرض لنحو الاستحقاق كالنبوي .

وأورد على الوجه الثاني بعدم دلالة أدلة الإرث على تجزئة حق الخيار بحسب متعلقه فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ في المجموع وإلا فلا دليل على الانفساخ في شيء منه ، ومن ذلك يظهر أن المعنى الثاني للوجه الثالث أيضاً لا دليل عليه ، ويمكن أن يقال : لا بد من الالتزام بأحد أمرين : إما عدم شمول أدلة الإرث بناء على اتحاد مفادها للحقوق من جهة عدم قابليتها للقسمة ، وإما شمولها لها والتجزئة بحسب الحصص لكن التجزئة بحسب الحصص تشكل من جهة أنه لم يكن للمورث هذا الحق فكيف يستحق الوارث إلا أن يمنع و التزم بجواز فسخ ذي الخيار البيع في بعض المبيع ولا أظن أن يلتزم به وعلى فرض عدم جواز التبعض في الخيار وشمول أدلة الإرث للحقوق لا بد من الاقتصار على القدر المتيقن كما ذكر . لكن في غير هذه الصورة يشكل حال العقد من جهة اللزوم وعدمه مع عدم التمسك بالاستصحاب في الشبهات الحكمية .

و أما تحقق الملكية بالنسبة إلى المبيع بنفس العقد لا بانقضاء الخيار فهو المشهور و استدلل له بعموم إدلة حل البيع و أكل المال إذا كانت تجارة عن تراض و غيرهما و استدلل للقول الآخر بما دل على كون تلف المبيع من مال البايع في زمان الخيار فيبدل بضميمة قاعدة كون التلف عن المالك لأنه مقابل الخراج على كونه في ملك البايع مثل صحيحة ابن سنان «عن الرجل يشتري العبد أو الدابة ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه الحدث على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البايع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري شرط له البايع أو لم بشرط وإن كان بينهما شرط

أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع» (١) .
و رواية عبد الرحمن بن إبي عبدالله « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل
اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون
الضمان ؟ فقال : ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي لشرطه» . (٢)

و رسالة ابن رباط « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع» (٣) .
والنبيوي المروي في قرب الإسناد « في العبد المشتري بشرط فيموت قال : يستحلف بالله
ما رضىه ثم هو بريء من الضمان» (٤) فهذه الأخبار إما أن تجعل منحصصة لأدلة المشهور
بضميمة قاعدة تلازم الملك والضمان أو منحصصة لقاعدة التلازم بضميمة أدلة المسألة فيرجع
بعد التكافؤ إلى أصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار ولكن هذا فرع التكافؤ
المفقود في المقام من جهات أعظمها الشهرة المؤيدة بالاجماع المحكية عن السرائر هكذا
حقق في المقام .

ويمكن أن يقال : لا دليل على تخصيص أدلة المشهور لأن التخصيص بواسطة
الأخبار المذكورة بانضمام قاعدة التلازم والقاعدة لا تتم فإن مدركها النبوي و بعض
الأخبار الدالة على أن منافع العين لمن يتلف منه العين ولا مجال للتمسك بالنبوي لأن
تقريب دلالة النبوي المشهور « الخراج بالضمان» (٥) بالانعكاس بعكس النقيض إلى
أن من ليس ضامناً ليس الخراج له. ولا نسلم التمسك بالعموم في أمثال المقام حيث إن
الحكم بعدم الضمان للمشتري معلوم ولم يعلم أنه مالك و خرج عن العموم تخصيصاً
أوليس بمالك و خروجه من باب التخصص وأصالة العموم والإطلاق غير متكفلة لاثبات
كون الخروج بنحو التخصص ولا أقل من الشك في بناء العقلاء في أمثاله ، وهذا نظير

(١) الكافي : ج ٥ ص ١٦٩ . والتهذيب : ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢) الكافي : ج ٥ ص ١٧١ . والتهذيب : ج ٢ ص ١٢٥ .

(٣) التهذيب : ج ٢ ص ١٣٦ .

(٤) ورواه الشيخ في التهذيب ج ٢ ص ١٣٦ .

(٥) أخرجه البخاري ومسلم واحمد والنسائي وابن ماجه كما في الجامع الصغير .

ما يقال في قبال ما يتمسك علم الهدى السيد المرتضى - قدس سره - من أصالة الحقيقة لاثبات كون المعنى المستعمل فيه حقيقة من أن الاستعمال أعم من الحقيقة وإن كان قد يقرب مقالة السيد (قدسه) و كذلك الكلام في سائر الأخبار حيث يظهر منها أن منافع العين للمشتري بملاحظة أن تلفها عليه إلا أن يقال : إذا كان التلف على البائع فالمنافع له و لازم هذا عدم خروج العين من ملكه فلم يدخل بعد في ملك المشتري فلا حاجة إلى الانعكاس بعكس النقيض حتى يتوجه عليه ما ذكر فالأولى التمسك للمشهور بالأخبار الخاصة لصحيفة بشار بن يسار « عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه ؟ قال : نعم لا بأس به، قلت : أشتري متاعي !؟ فقال : ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك » (١)

وجه الاستدلال شمولها لصورة وقوع الاشتراء في المجلس مع ثبوت خيار المجلس و التعبير بقوله ^{عَلَيْهِ} عَلَى الْمُحْكَمِ « ليس هو متاعك ولا بقرك » و ما دل على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار إلى ما لا يحل له قبل ذلك فلو لم يكن مالكا لكون العقد خيارياً لكان النظر إليها حراماً .

و أما جواز التصرف للمشتري ذي الخيار و إن لم يوجب البيع فلا إشكال فيه لحصول الملكية . وقاعدة السلطنة تقتضي جواز التصرف . نعم مع وجود الخيار للبائع فالصرفات الغير الموجبة للانتقال نفس العين عن ملك المشتري لا إشكال فيها ، و أما التصرفات الناقلة للعين فربما يقع الإشكال فيها من جهة احتمال تعلق حق البائع متعلق بنفس العين المبيعة فلا يجوز تفويت متعلق الحق كتفويت متعلق حق الرهانة فنقول في الخيارات الأصلية الظاهر أن الخيار متعلق بنفس العقد لا بالعين فمع فسخ العقد من طرف البائع إن كان العين باقية يرجع العين إلى مالكيها الأول وإن كانت تالفة حقيقة يرجع المثل أو القيمة إلى المالك الأول وإن كانت بحكم التالف من جهة النقل إلى الغير يرجع إلى المثل أو القيمة جمعاً بين دليل الخيار و صحة الفسخ و ما دل على جواز التصرف من قاعدة السلطنة ، و أما الخيارات المجمعولة بالشرط فالظاهر من الاشرط إرادة إبقاء الملك ليسترد عند الفسخ فلا يجوز التصرف الناقل ولا ينافي ذلك جواز الفسخ وبقاء

الخيار مع التلف الحقيقي و الرجوع إلى المثل أو القيمة كما لو أتلّف العين المرهونة بائتلاف متلف وقد يقال : إن الخيار وإن كانت سلطنة على حلّ العقد وإبقائه إلا أنه يمكن أن يكون هذا المعنى طريقياً أو موضوعياً و على الطريقيّة يمكن أن يكون الغرض منه استرجاع المال بالأعمّ من العين أو المثل أو القيمة وأن يكون الغرض منه استرجاع نفس العين فلو كان مرضوعياً صرفاً يجوز التصرف من عليه الخيار بجميع أنحاء التصرفات كما لا يخفى إلا أن ذلك باطل جداً لأنه لو كان هذا بنفسه من الاعتبارات العقلانيّة وجب إما أن ترثه الزوجة مطلقاً وأن يرثه وارث الأجنبيّ . وإما أن لا يرثه الوارث أيضاً لأنّ الاعتبار العقلائي تارة من قبيل الولاية أو القيمومة التي هي عبارة عن نفس السلطنة فهذا لا ينتقل إلى الغير ولو كان وارثاً للمال ، و أخرى اعتباره باعتبار متعلقه فلا بد أن ينتقل إلى وارث ذي الحقّ ولو لم يكن وارثاً للمال فانهصر في الوجهين على الطريقيّة ومبنى الوجهين أنه لو قلنا في باب الضمان بأنّ المدار فيه على قيمة يوم الأداء إما لبقاء العين التالفة بخصوصيّتها الشخصيّة في عهدة الضامن ، أو بماليّتها الغير المقدّرة بالمقدار فلازمه أن يجب عليه حفظها لتمكّن المضمون له عن استرجاع نفس العين فلا يجوز التصرفات المتلفة والناقلة ، ويكون حفظها من قبيل المقدّمات الوجوديّة للواجب المطلق ، و أمّا لو قلنا بأنّ المدار على قيمة يوم التلف فلازمه أن يكون ماليّتها المقدّرة في عهدة الضامن فيجوز له إتلافها و نقلها إلى الغير لأنّ ما في ذمّة الضامن هو القدر المشترك بين العين و المثل أو القيمة ، ويكون حفظ العين من المقدّمات الوجوبيّة للواجب و حيث اخترنا في مسألة الضمان أنّ المدار على قيمة يوم الأداء فلا يجوز له التصرفات المانعة عن الاسترداد .

ويمكن أن يقال : في الخيارات المجعولة بالأصل لا من باب الشرط لا دليل على أزيد من جعل الحقّ لذّي الخيار بالنسبة إلى نفس العقد حلّه أو إبرامه ، و أمّا تعلق حقّ بالنسبة إلى نفس العين فلا دليل و يترتب على حلّه رجوع كلّ من المعوّض و العوض مع البقاء إلى صاحبه السابق ومع التلف المثل أو القيمة ولا نجد فرقاً بين الخيار و الإقالة وكما أنّ جواز الإقالة لا يثبت حقاً كذلك الخيار ، و أمّا تورّث هذا الحقّ فإن كان من

لوازمه التي لا تنفك عنه فلا مانع من وراثة المرأة مطلقاً والأجنبي ولو لم يكن كذلك فلا إشكال ولا استبعاد في الانفكاك حيث يقال بثبوت الخيار لمثل عامل المضاربة ولا يلتزم بتوريثه للوارث الأجنبي، وكذلك لو جعل الخيار للأجنبي ومجرد كون الغرض من الخيار استرجاع المال لا يثبت حقاً بالنسبة إلى العين كما أن الغرض من جواز الإقالة استرجاع المال ولا يثبت حقاً بالنسبة إلى العين، وما ذكر من مبنى الوجبهن على الطريقيّة واعتبار قيمة يوم الأداء مبني على شمول حديث «على اليد ما أخذت» لما نحن فيه واستفادة ما اختير منه وعلى فرض تسليم تعلق الحق بنفس العين وتسليم شمول «على اليد» للأعيان المملوكة للآخذ المتعلقة لحق الغير نمنع استفادة ما ذكر من المختار لما ذكر سابقاً من أنه يصير المعنى على هذا من قبيل قول الآمر: «أدّ دينك حتى تؤدّي».

لا يقال: على هذا لادليل على الغرامة لو فسخ ذو الخيار وكان العين تالفة في يد المشتري لأنه يقال ليس دليل التبريم منحصرأ بقاعدة اليد والاتلاف ألا ترى أنه إذا انفسخ البيع من جهة الطلب قبل القبض يجب على البائع أن يرد المثل أو القيمة مع تلف الثمن مع أن يده على ماله الغير المتعلق لحق الغير، والظاهر أن وجهه أن المالك ما أقدم على التملك مجاناً بل مع العوض الأعم من الجعلي والواقعي فمع بقاء المعاملة يكون العوض العوض الجعلي، ومع عدم بقائها يكون العوض عوضاً واقعياً.

وأما كون تلف المبيع قبل قبض المشتري من مال البائع فالظاهر تحقق الإجماع عليه، وبدل عليه قبل الإجماع النبوي المشهور «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» وظاهره أنه بعد التلف يسير مالاً للبائع بناءً على كون «من» للتبعيض وإطلاق المال على التالف باعتبار كونه مالاً عند التلف، وبهذا الاعتبار يصح أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلغه الغير ومرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف آناً لعدم تعقل كون التالف مالاً بعد التلف فيرجع إلى تجدد انتقال المال إلى البائع بجزء لا يتجزأ من الزمان، وربما يقال: إن ظاهر كونه من مال البائع كون تلفه من ماله بمعنى كون دركه عليه فالضمان بالمعنى الأوّل ضمان المعاوضة وبالمعنى الثاني ضمان اليد كما في المغصوب وقد يقال: إن الانفساخ مطابق للقاعدة لامن جهة التعبد وورود النص لأن المعاوضة

تتضمن التزامات مطابقة و التزامات ضمنية و من الالتزامات الضمنية تسليم البايع المثلثن إلى المشتري خارجاً فإذا لم يمكنه التسليم يبطل العوضيّة ، ولا يقاس صورة عدم قابليّة المبيع للتسليم من جهة التلف بصورة إمكان التسليم و التعذّر بالعرض كصورة إباق العبد مع رجاء رجوعه و صورة سرقة المبيع لبقاء القابليّة فالقياس مع الفارق .

ويمكن أن يقال : لانسّم تضمّن البيع لهذا الالتزام وليس كل بايع متوجّهاً إلى هذا الالتزام . ألا ترى أنّه قد لا يقدر البايع على التسليم و يكون المشتري قادراً على التسلم فيحكم بالصحة مع أنّه لا معنى للالتزام بأمر غير مقدور كما أنّه قد يكون المبيع عند المشتري و لا يقدر البايع على التصرف فيه بغير النقل المعاضّي فكيف يلتزم بالتسليم نعم مقتضى العدل التزام كل من المتعاملين تسليم ما عنده بمعنى عدم ظلمه بالنسبة إلى طرفه كالالتزام بعدم التصرف في ساير الأموال وهذا غير الالتزام في ضمن العقد مضافاً إلى أن تخلف الشرط من جهة عدم التمكّن لا يوجب انفساخ العقد و على هذا فليس الانفساخ إلا من جهة النصّ والتعبّد ، ثم إن ظاهر النصّ أعني النبوي المذكور ، و كذلك رواية عقبة بن خالد عن أمي عبدالله رضي الله عنه « في رجل اشترى متاعاً من رجل و أوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال : آتيك غداً إن شاء الله ، فسرق المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه » (١)

حصول الانفساخ من جهة التلف أو ما في حكم التلف و صيرورة العين التالفة ملكاً لصاحبه الأوّل فيتوجه الاشكال المتوجه على القائلين بالكشف الحقيقي في مسألة البيع الفضولي بعد الإجازة و كيف يوجب التلف المتأخّر الملكيّة السابقة عليه إلا أن يلتزم بالتنزيل كباب الفضولي و لعلّ هذا ليس أولى من حمل الرّوايتين على ضمان اليد ، و يمكن تأييد هذا برواية عقبة المذكورة حيث أنّ السائل يسأل من مال من يكون فهو مردّد بين أن يكون من مال البايع أو من مال المشتري و كونه من مال المشتري لا معنى له إلا توجه الخسارة الواردة من جهة السرقة التي تكون بمنزلة التلف على المشتري ولا

معنى لانفساخ العقد حينئذٍ وطرف هذا الترديد وقوع الخسارة على البايع ، ولعلّ التعبير بلفظ « من » من جهة إشراب الخروج فلا يتوجه أنّه لو كان من بان ضمان اليد للزم التعبير بلفظ على لابلغ من ، ويشهد لما ذكر أنّه في الأخبار المبستدلّ بها لعدم الملكيّة في زمان الخيار كصحيحة ابن سنان عبّر نارة بلفظ « على » وأخرى بلفظ « من » مضافاً إلى أنّه لا يتعارف ظاهراً في الضمان المعاوضي التعبير بلفظ الضمان ، هذا ولكن المشهور كون الضمان الضمان المعاوضي .

و أما ضمان البايع بعد القبض و قبل انقضاء خيار المشتري فهو في الجملة مسلم ويدلّ عليه الأخبار المذكورة المستدلّ بها للقول بتوقف الملكيّة على انقضاء الخيار وهي صحيحة ابن سنان « عن الرّجل يشتري الدّابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدّابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البايع حتّى ينقضي الشرط ثلاثة أيّام ويصير المبيع للمشتري شرط له البايع أو لم يشترط قال : وإن كان بينهما شرط أيّاماً معدودة و هلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البايع » (١) و رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون الضمان فقال : ليس على الذي اشترى ضمان حتّى يمضي بشرطه » (٢) و مرسله ابن رباط « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيّام فهو من مال البايع » (٣) والنبويّ المررويّ في قرب الإسناد « في العبد المشتري بشرط فيموت قال : يستحلف باللهما رضيه ثمّ هو بريء من الضمان » (٤) .

ثمّ إنّ المعروف أنّ كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار من القواعد المسلّمة ويقال : لا إشكال في أنّها لا تشمل ما إذا كان الخيار للطرفين و إنّما الإشكال من جهات

(١) الكافي ج ٥ ص ١٦٩ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٢٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧١ ، و التهذيب : ج ٢ ص ١٢٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٣٦ .

(٤) قد تقدم .

أخرى الأولى في شمولها للخيار الثابت للبايع أو اختصاصها بالمشتري بأن يكون تلف المبيع في زمان خيار المشتري على البايع . الثانية في شمولها لجميع الخيارات أو اختصاصها بالخيار الزماني كخيار الحيوان والشرط أو تعمه ، و ما كان متوسطاً بين الزماني كخيار المجلس ، الثالثة في كونها تعبدية أو أنها مقتضاة المعاوضة أيضاً ، الرابعة أن الضمان فيها ضمان المعاوضة أو ضمان اليد والمشهور في الجهة الأولى و الثانية الاختصاص وفي الجهة الثالثة مقتضى القاعدة ارتفاع الضمان بالقبض فبقاء الضمان لا بد له من دليل تعبدية فانحصر المدرك في الأخبار المذكورة وهي مختصة بخيار الحيوان والشرط ، ولا تعتم خيار المجلس فضلاً عن غيره من الخيارات .

ويمكن أن يقال : بعدما كان الضمان من باب التعبد والنصوص الخاصة وهي مختصة بخيار الحيوان ثلاثة أيام أو الشرط أياماً معدودة في خصوص الحيوان فالتعدي إلى خيار الشرط أياماً معدودة في غير الحيوان يحتاج إلى إلقاء الخصوصية للقاء بالتعميم أن يستفيد من قوله عليه السلام على المحكي في صحيحة ابن سنان «على البايع حتى ينقضي الشرط»^(١) أنه مادام لم ينقض الشرط أي الخيار الضمان على البايع و للمنكر منع استفادة العمليّة مما ذكر كما أنه يمكن منع استفادة التعميم بالنسبة إلى غير الحيوان من قوله عليه السلام على المحكي و إن كان بينهما شرط أياماً معدودة ، والظاهر مسليمة الحكم في خيار الحيوان وخيار الشرط سواء كان في الحيوان أو في غيره وفي خيار المجلس يقع الإشكال .

و أما تخصيص الحكم بصورة اختصاص الخيار بالمشتري فيشكل لإطلاق الرّوايات و أما كون الضمان ضمان اليد أو ضمان المعاوضة فظاهر الكلمات أن الضمان معاوضي كضمان البايع المبيع لو تلف قبل القبض فينفسخ العقد قبل التلف آناً و قد عرفت الإشكال فيه مضافاً إلى ما ذكرنا من عدم تعارف التعبير عن الضمان المعاوضي بلفظ الضمان ، فالظاهر أن الضمان ضمان اليد من دون انفساخ العقد و أما التقييد في المتن بعدم التفريط فلعله من جهة انصراف الأخبار عن صورة التفريط .

و أما ألتلف بعد انقضاء الخيار فلا إشكال في أنه على المشتري للأخبار المذكورة

حيث أن الضمان معيّن بانقضاء الشرط .

وأما المسألة الثالثة فقد مضى الكلام فيها في خيار الرؤية .

الفصل الرابع في لواحق البيع وهي خمسة : الأول النقد والنسيئة : من ابتاع

مطلقاً فالثمن حالٌ كما لو شرط تعجيله . ولو شرط التأجيل مع تعيين المدّة صحّ ، ولو لم يعيّن بطل . وكذا لو عيّن أجلاً محتملاً كقدوم الغزاة ، وكذا لو قال بكذا نقداً ، و بكذا نسيئة ، وفي رواية : له أقلّ الثمنين نسيئةً ولو كان إلى إجّلين بطل * .

قال في التذكرة : ينقسم البيع باعتبار التأخير والتقديم في أحد العوضين إلى أربعة أقسام بيع الحاضر بالحاضر وهو النقد ، وبيع المؤجّل بالمؤجّل وهو بيع الكالي بالكالي ، و بيع الحاضر بالثمن المؤجّل وهي النسيئة ، و بيع المؤجّل بالحال وهو السلم . و المراد بالحاضر أعمّ من الكالي ، وبالمؤجّل خصوص الكلي انتهى . ثمّ إنّ إطلاق العقد يقتضي النقد و علل بأنّ قضيّة العقد انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طوّل صاحبها فيكون المراد من النقد عدم حقّ للمشتري في تأخير الثمن و المراد المطالبة مع الاستحقاق بأن يكون قد بذل المثلن أو مكّن منه على الخلاف في زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري ويدلّ على الحكم أيضاً الموثق «في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمّى ثمّ افترقا قال : وجب البيع والثمن إذالم يكونا شرطاً شرطاً فهو نقد»^(١) قلت : لعلّ التعبير بالحاضر لا يخلو عن مسامحة فإنّ بيع الغائب بالغائب مع عدم اشتراط الأجل نقد فالمراد ما يكون في مقابل المؤجّل ، ولعلّ المراد من إطلاق العقد خلوّ العقد عن التأجيل و إلّا فمن كان غالب بيوعه مع التأجيل لا ينصرف بيعه إلى النقد فلوفرّض شخص يكون غالب بيوعه مع التأجيل إلى ستّة أشهر مثلاً إذا أطلق ربما ينصرف إلى ما هو الغالب و ما ذكر من أنّ المراد المطالبة مع الاستحقاق - الخ فهو مبنيّ على استحقاق طرفي العقد حبس ماعنده و عدم تسليمه حتّى يتسلّم مقابله فلو اشترط تعجيل الثمن كان تأكيداً لمقتضى الإطلاق . و ذكر الشهيد - قدّس سرّه - أنّ فائدة الشرط ثبوت الخيار إذا عيّن زمان النقد فأخلّ المشتري به ، وقوىّ الشهيد الثاني - قدّس سرّه -

ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً يعني عدم تعيين الزمان إذا أُخِلَّ به في أوَّل وقته ، ويمكن أن يقال : مع عدم إفادة الشرط أمراً زائداً على ما يقتضيه الإطلاق كيف يوجب تخلفه الخيار بل كيف يصحُّ هذا الشرط بل يلزم كون تأخير التسليم بدون الشرط موجباً لثبوت الخيار ، و لو شرط التأجيل صحَّ مع تعيين المدَّة و بدون التعيين يحكمون بالبطلان من جهة لزوم الغرر ، و ربما يتأمل في البطلان فإنَّ العين المستأجرة يجوز بيعها وربما لا يلتفت البائع مدَّة الاجارة و في هذه الصورة لا يتمكَّن البائع من التسليم و كذا يجوز ظاهراً بيع العين المحبوسة مع عدم العلم بزمان التمكَّن من التسليم نعم لا بدَّ أن يكون بحيث لا يخرج عمّا هو متعارف عند العقلاء و لعلَّ الاشتراط مدَّة زائدة على العمر عادة خارج عن المتعارف بل الاشتراط بهذا النحو سفهي ليس مشمولاً للدليل ، ثمَّ إنَّه مع لزوم التعيين ربما قيد المعلوماتية و التعيين عند المتعاملين فلا يكفي التعيين عندغيرهما نظير لزوم التعيين الموازين و المقادير في العوضين فيحكم ببطلان البيع مع عدم المعرفة و ان كانت معلومة عند الناس و يشكل صدق الغرر ألا ترى أنَّ الذهب و الفضة المسكوكين يقع المعاملة معهما مع عدم توجه غالب الناس إلى وزنهما مع أنَّ الوزن ملحوظ فيهما و لذا يجري فيهما الرِّبَّ بالمعاضى بل لعلَّ السيرة على معاملة الواردين في غير بلادهم مع عدم علمهم بخصوصيات المقادير و الموازين المتعارفة في تلك البلاد و حمل السيرة على سيرة الغير المبالغين بعيد جداً فلا يبعد اشتراط التأجيل إلى مثل النيروز و المهرجان أو إلى بعض الشهور الشمسية أو الرومية و لا يقاس بمثل موت زيد و نحوه و لا يصحُّ أن يقول بعت نقداً بكذا و نسيئةً بكذا للزوم تعيين العوض كما لو باع إماماً هذا العبد و إماماً ذاك . و يدلُّ عليه ما رواه في الكافي أنَّه عنه قال من ساوم بثمانين أحدهما عاجلاً و الآخر نظرة فليسَّم أحدهما قبل الصفقة ^(١) و عن الاسكافي كما عن الغنية أنَّه روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنَّه قال « لا يحلُّ صفقتان في واحدة » و قال و ذلك بأن يقول إن كان بالنقد فبكذا و إن كان بنسيئة فبكذا إلا أنَّ في رواية محمد بن قيس المعتبرة « أنَّه قال أمير المؤمنين عليه الصلوة و السلام « من باع سلعته و قال إنَّ ثمنها كذا و كذا يدأيد و ثمنها كذا و كذا نظرة

فخذها بأيّ ثمن شئت وجعل صفقتيها واحدة فليس له إلا أقلهما وإن كانت نظرة» (١)
وفي رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «إنّ علياً عليه السلام قضى في رجل باع
بيعاً واشترطاً شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا فأخذ المتاوع على ذلك الشرط فقال هو بأقلّ
الثلثين وأبعد الأجلين ، يقول ليس له إلا أقلّ النقيدين إلى الأجل الذي أجله نسيئة» (٢)
والرّوايتان على فرض نهوضهما في قبالة أدلة توقف حلّ المال على الرضا وطيب النفس
وكون الأكل لا عن تراض أكلاً للباطل لا تدلان على مضيّ المعاملة على طبق ما تعاقدا
عليه بل يستفاد منهما علم حكم تعبدي وعلى تقدير العمل لا مجال للتعدّي عن المورد كما إذا
جعل له الأقلّ في أجل والأكثر في أجل آخر .

✽ ويصحّ أن يبتاع ما باعه نسيئة قبل الأجل بزيادة ونقصان بجنس الثمن أو غيره
حالاً ومؤجلاً إذا لم يشترط ذلك ، ولو حلّ فابتاعه من المشتري بغير جنس الثمن
أو بجنسه من غير زيادة و لا نقصان صحّ ، ولو زاد عن الثمن أو نقص ففيه روايتان
أشبههما الجواز ✽ .

أمّا الحكم في المستثنى منه فهو المشهور للعمومات المجوزة كتاباً وسنةً وصحيحة
بشار بن يسار قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه
الذي يبيعه منه فقال : نعم لا بأس ، فقلت له أشتري متاعي ؟ فقال : ليس هو متاعك ولا
بقرك ولا غنمك » . (٣)

وصحيحة ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام «رجل كان له على رجل دراهم من ثمن
غنم اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه فقال له المطلوب : أبيعك هذا الغنم بدراهمك
التي لك عندي فرضي ، قال : لا بأس بذلك » . (٤)

ورواية الحسين بن منذر قال : «قلت لابي عبد الله عليه السلام : الرّجل يجيئني فيطلب

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٦ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٣١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٠٨ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٣٠ ، والنقيه باب السلف في الطعام تحت رقم ٧ .

العينة فاشترى له المتاع مرابحة ، ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكاني ؟ قال : فقال : إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس ، قال : فقلت : إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسدٌ ويقولون إن جاء به بعد أشهر صلح قال : إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس . (١)

و عن كتاب علي بن جعفر قال : « سألت أخي موسى عليه السلام عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم نقداً أيحلُّ ؟ قال : إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس » (٢) ولامعارض لهذه الأخبار عدى ما ذكره الشيخ - قدس سره - من رواية خالد بن الحجاج قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً يتأخر إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي ، فقال : ليس عندي دراهم و لكن عندي طعام فاشتره مني فقال : لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه . » (٣)

و رواية عبد الصمد بن بشير المحكي عن الفقيه قال : « سأله محمد بن القاسم الحنط فقال : أصلحك الله أبيع الطعام من رجل إلى أجل فأجيء وقد تغير الطعام من سعره فيقول : ليس عندي دراهم قال : فخذ منه بسعر يومه ، فقال : أفهم أصلحك الله أنه طعامي الذي اشتراه مني فقال : لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك فقال : أرغم الله أنفي رخص لي فرددت عليه فشدد علي » . (٤)

و الشيخ - قدس سره - منع بعض صور المسألة و قال في النهاية على المحكي « إذا اشترى نسيئة فحل الأجل ولم يكن له ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحاً ولزمه ثمنه الذي كان أعطاه به فإن أخذ من المبتاع متاعاً آخر بقيمة في الحال لم يكن بذلك بأس » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٢ .

(٢) قرب الاسناد ص ١١٤ .

(٣) الاستبصار ج ٣ ص ٧٦ .

(٤) الفقيه باب البيوع تحت رقم ٧ . والنهذيب ج ٢ ص ١٢٨ .

و الرّوايتان المذكورتان لاتدلّان على مذهب الشيخ أمّا رواية خالد فظاهره في الكراهة بقرينة التعليل المذكور ولا يفرق فيها بين الاشتراء بنقصان أو بغير نقصان ، وأمّا رواية عبدالصمد فيظهر من قوله **عَلَيْكَ عَلَى الْمُحَكَمِيِّ** « فخدمته بسعر يومه » جواز الأخذ مع النقصان و الزيادة من غير فرق بين أن يكون المأخوذ الطعام المبّيع أو لا أو غيره ، بل ربما يكون ظاهراً بقرينة التعريف باللام البيع أو لا ولا أقلّ من ترك الاستفصال فالنهي الأخير محمول على الكراهة والظاهر أن الشيخ جري في المسألة على قاعدة كليّة تظهر من بعض الأخبار من أن عوض الشيء الرّبوي لا يجوز أن يعوّض بذلك الشيء بزيادة وإن عوض المعوض بمنزلة المعوّض وعول في ذلك على التعليل المصرّح به في رواية عليّ بن جعفر عن أخيه **عَلِيِّ بْنِ الْمُعْتَضِدِ** ببعض الأخبار المانعة عن بعض أفراد هذه القاعدة هنا و في باب السلم قال : « سألته عن رجل له على آخر تمرّاً وشعيراً وحنطة فأخذ بقيمته دراهم قال : إذا قومها دراهم فسد لأنّ الأصل الذي يشتري به دراهم فلا يصحّ دراهم بدراهم ، ^(١) ولا يخفى أنّه لا يمكن الحمل على الحرمة والفساد وإلاّ لزم عدم جواز التجارة بالأجناس الرّبويّة كاشتراء مقدار من الحنطة بمائة درهم و بيعه بمائتين لمقابلة مائة درهم بمائتين وأمّا الحكم في المستثنى أعني عدم الصحّة مع أن يشترط في البيع الأوّل نقله إلى من انتقل عنه فهو المشهور ونصّ عليه الشيخ في باب المرابحة و استدللّ عليه تارة بالدور كما في التذكرة قال في باب الشروط لوباعه شيئاً بشرط أن يبيعه إيّاه لم يصحّ سواء اتحدّ الثمن قدرّاً و وصفاً و عيناً أم لا ، لأنّ بيعه له يتوقّف على ملكيّة له المتوقّفة على بيعه أمّا لو شرط أن يبيعه على غيره صحّ عندنا حيث لامنافة فيه للكتاب و السنّة لا يقال : ما التزموه من الدورات هنا لأنّنا نقول : الفرق ظاهر لجواز أن يكون جارياً على حدّ التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع على البايع انتهى .

وأجيب عنه بأنّ انتقال الملك ليس موقوفاً على تحقّق الشرط وإنّما المتوقّف

(١) قرب الاسناد : ص ١١٤ ، وفيه هكذا : « بقيمته دراهم قال : فسد لأن أصل الشيء

دراهم . قال : إذا قوموه فسد لأن أصل ماله الذي يشتري به دراهم فلا يصلح له درهم بدرهم .

عليه لزومه فلاحاجة إلى النقص والجواب واستدل عليه في الحدائق بقوله عنه في رواية الحسين بن المنذر على المحكي المتقدمة في السؤال عن بيع الشيء و اشترائه ثانياً من أن المشتري إن كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع وكنت أنت بالخيار أن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس فإن المراد بالخيار هو الاختيار عرفاً في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانياً فدل على ثبوت البأس إذا كان أحداً لم يتبايعين غير مختار في النقل من جهة التزامه .

وأجيب بأنه بعد ظهور سياق الرواية في بيان حكم البيع الثاني مع الفراق عن صحة الأول كما يشهد به خلاف أهل المسجد أن المراد أنه إن وقع البيع الثاني على وجه الرضا وطيب النفس والاختيار فلا بأس وإن وقع لاعتن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقاً في متن العقد أو قبيله والتزامه عرفاً بما التزم كان الشراء فاسداً لكن فساد الشراء لا يكون إلا لعدم طيب النفس فيه وعدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه إما لعدم ذكره في متن العقد وإما لكون الشرط بالخصوص فاسداً ولا يوجب فساد العقد المشروط كما هو مذهب كثير من القدماء لا لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه حتى لو وقع عن طيب النفس لأن هذا مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعاً وجوازاً بالعقد الثاني .

ويمكن أن يقال : الرواية تحتمل أن يكون نظر السائل فيها إلى صحة الاشتراء الواقع بعد البيع وذكر البيع السابق يكون مقدّمة ، وتحمّل أن يكون سؤاله عن صحة المجموع فمع هذا الاحتمال يشكّل أن يكون الجواب راجعاً إلى خصوص الاشتراء بعد الفراق عن البيع وصحته فإن مقتضى الحكمة أن يكون الجواب مطابقاً للسؤال إلا أن يدعى بعد هذا الاحتمال بحيث لا يعتنى به ، والظاهر أنه ليس كذلك مضافاً إلى أنه إذا كان الشرط فاسداً يشكّل صحة البيع الأول إلا أن يكون بنحو تعدّد المطلوب ولعلّ الغالب كون الاشتراط بنحو وحدة المطلوب وكذا الكلام في رواية علي بن جعفر عنه المتقدمة فإن قوله على المحكي « أيحل » يمكن أن يكون راجعاً إلى البيع و الاشتراء ويمكن أن يكون راجعاً إلى خصوص الاشتراء ، والظاهر أن الجواب راجع

إلى المجموع ، و أمّا صورة حلول الأجل والابتياح بغير جنس الثمن سواء كان بزيادة أو نقصان فلا إشكال فيها ولا خلاف في الصحة وكذا لو كان بجنس الثمن بغير زيادة ونقصان ، و أمّا الابتياح بجنس الثمن مع الزيادة أو النقصان فاستظهر المنع فيه من رواية خالد ابن الحجاج و رواية عبد الصمد بن بشير المتقدمين ولم يعلم القول بالمنع من غير الشيخ - قدس سره - ويكفي في الصحة إطلاق الأخبار المذكورة فالأولى حمل ما ربما يظهر منه المنع على الكراهة .

❖ ولا يجب دفع الثمن قبل حلوله و إن طلب ولو تبرّع بالدفع لم يجب القبض ولو حلّ فدفع وجب القبض . ولو امتنع البائع فهلك من غير تفريط من البازل تلف من البائع . وكذا في طرف البائع لو باع سلماً ❖ .

أمّا عدم وجوب دفع الثمن قبل حلوله و إن طلب فوجهه واضح حيث إنّه في ضمن العقد شرط للمشتري التأجيل ، و أمّا عدم وجوب القبض مع تبرّع المشتري فادّعي عدم الخلاف فيه و عكس تارة بأنّ التعجيل كالتبرّع بالزيادة فلا يكلف تقليد المنته ، و أخرى بأنّ التأجيل كما هو حقّ يتضمّن حقّاً للبايع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته وجعله إياه كالودعي فإنّ ذلك حقّ عرفاً .

ويمكن أن يقال : في التعليل بما ذكرنا أو لا فرق بين التبرّع بالزيادة والتبرّع في المقام فإنّ الزيادة هبة تحتاج إلى القبول من الموهوب له والتبرّع في المقام ليس إلا رفع المشتري يده عن حقه فحال ثمن المؤجل تصير حال المعجل . فكما يجب في المعجل قبوله كذلك المؤجل في المقام ، و ما ذكرنا ثانياً يتوجه عليه أنّه يتمّ لو لوحظ في اشتراط التأجيل حقان ، و أمّا مع عدم اشتراط حقّ سوى ما للمشتري و عدم ملاحظة حقّ آخر فلا يتمّ بل يصير المؤجل كالمعجل و إن كان المراد أن كلّ بيع اشترط فيه التأجيل يثبت فيه حقان و لو لم يلاحظ ففيه منع .

و أمّا وجوب القبض على البائع مع الحلول والدفع فقد عكس بأنّ في امتناعه إضراراً وظلماً إذ لا حقّ له على من في ذمته في حفظ ماله في ذمته والناس مسلطون على أنفسهم وتوهم عدم الإضرار والظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله وضمانه

على مالكة مدفوع بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما يثبت لدفع هذا الظلم والإضرار المحرّم عن المديون وليس بدلاً اختياراً حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البدل ، ألا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع ، ويمكن أن يقال : لولا تسلّم الحكم ظاهراً لا يمكن الإشكال بعدم تضرر المشتري بمجرد بقاء الثمن في ذمته ومع فرض التضرر في بعض الموارد ويقتصر في الحكم على مورده لأن المدار الضرر الشخصي وليس من قبيل الحكم في التشريع وثانياً المعروف أن قاعدة نفي الضرر ليست مشرّعة بل المستفاد منها نفي الحكم الضري كلزوم العقد في بيع المغبون فمثل وجوب القبض على البائع كيف يثبت بها ولعله لذا قال المحقق الأردبيلي - قدس سره - ولعلّ دليله اعتبار العقل والإجماع ومما ذكر ظهر الإشكال في ما ذكر في المتن من كون التلف من البائع مع امتناعه من القبض والهلاك بغير تفریط . وما ذكر فيه من جريان الحكم في السلم مع امتناع المشتري من القبض مضافاً إلى أنه في السلم إذا كان القبض شرطاً في الصحة وحصول الملكية كيف يحكم بلزوم القبض على المشتري ، ثم إنه مع لزوم القبض على البائع لو امتنع من القبض فقد يقال بلزوم الرجوع إلى الحاكم وإجباره ، ومع عدم التمكن الوضع عند الحاكم ومع عدم التمكن الرجوع إلى عدول المؤمنين . ولا يبعد أن يقال يكفي في القبض وضع المال عند البائع بحيث يصير مسلطاً عليه فإن تركه البائع حتى تلف فهو المضيع لماله ولا ضمان على المشتري . وفي شرح الإرشاد للمحقق الأردبيلي - قدس سره - حكاية عن التذكرة الإشارة إليه في أحكام التلف وفيه لعلّي رأيت خيراً دالاً على أن يخلّيه عنده من غير قيد تعذر الحاكم وعدمه .

❖ ومن ابتاع بأجل و باع مرابحة فليخبر المشتري بالأجل . ولو لم يخبره كان للمشتري الرد أو الإمساك بالثمن حالاً ، وفي رواية ، للمشتري من الأجل مثله ❖ .
 أمّا وجوب الإخبار بالأجل فلعله من جهة أن ترك الإخبار تدليس وغش فلا يجوز ، وأمّا الخيار فللتدليس وفوات ما هو كالشرط والوصف لكنّه يظهر من الأخبار أنّه للمشتري من الأجل مثله ففي صحيح هشام عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرّجل

يشترى المتاع إلى أجل فقال : ليس له أن يبيعه مرابحةً إلا إلى الأجل الذي اشتراه وإن باعه مرابحةً ولم يخبره كان للذي اشتراه من الأجل لمثل ذلك « (١) .

وخبر أبي محمد الواشبيّ الذي لا يقدح جهالته بعد أن كان الرّاوي عنه ابن محبوب قال : « سمعت رجلاً يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى من رجل متاعاً بتأخير إلى سنة ، ثم باعه من رجل آخر مرابحةً أله عن يأخذ ثمنه حالاً والرّبح ؟ قال : ليس عليه إلا مثل الذي اشترى إن كان نقد شيئاً فله مثل ما نقد وإن لم يكن نقد شيئاً فالمال عليه إلى الأجل الذي اشتراه » (٢) .

و خبر ميسر بن زياد الذي هو كالصحيح لأنّ في السند صفوان « قال لأبي - عبد الله عليه السلام : إننا نشترى المتاع بنظرة فيجيء الرّجل فيقول : بكم يقوم عليك فأقول بكذا وكذا فأبيعه بربح فقال : إذا بعته مرابحةً كان له من النظرة مثل مالك قال : فاسترجعت وقلت : هلكننا - الحديث « (٣) فمع ظهور الأخبار المذكورة لا ينبغي التأمل في الأخذ بمفادها .

و أما الخيار فهو من جهة التدليس وإيجاب التدليس للخيار كأنه من المسلمات و الظاهر أنّ المدرك قاعدة نفي الضرر و الضرر و شمول القاعدة لكلّ تدليس لا يخلو عن الإشكال كما لا يخفى و مع التسلم لا يبعد الجمع بين القاعدة والأخبار بالتخيير بين الرّدّ والإمضاء بالنحو المذكور في الأخبار لعدم كون الأخبار ناصّة في التعيين و إن لم يقل به أحد .

﴿ مستلثان الأولى إذ باع مرابحةً فلينسب الرّبح إلى السلعة ولو نسبه إلى المال فقولان أصحابهما الكراهية . الثانية من اشترى أمتعة صفقة لم يجز بيع بعضها مرابحة سواء قوّمها أو بسط الثمن عليها و باع خيارها ولو أخبر بذلك جاز لكن يخرج عن وضع المرابحة ﴾ .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٨ ، و النهذيب ج ٢ ص ١٣١ .

(٢) النهذيب ج ٢ ص ١٣٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٩٨ ، و النهذيب ج ٢ ص ١٣٣ .

حكى عن الشيخ - قدس سره - في النهاية لا يجوز أن يبيع الإنسان مرابحة بالنسبة إلى أصل المال بأن يقول: أبيعك هذا المتاع بربح عشرة واحداً أو اثنين بل يقول بدلاً من ذلك: هذا المتاع تقوم عليّ بكذا وأبيعك إيّاه بكذا بما أُراده، وكذا حكى عن الشيخ المفيد - قدس سره - وقيل بالكراهة، ولننقل أخبار المسألة فروى في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إنّي أكره بيع عشرة بأحد عشرة و عشرة باثني عشر ونحو ذلك من البيع ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة، وقال: وأتاني متاع من مصر فكرهت أن أبيعك كذلك و عظم عليّ فبعته مساومة» (١).

وعن جرّاح المدائني قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إنّي أكره بيع ده يازده وده دوازده ولكن أبيعك كذا وكذا» (٢).

وروي في الكافي عن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قدم لأبي عليه السلام متاع من مصر فضع طعاماً ودعا له التجار فقالوا نأخذ منك بده دوازده؟ فقال لهم أبي: وكم يكون ذلك؟ قالوا: في عشرة آلاف ألفين، فقال لهم أبي: إنّي أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً، فباعهم مساومة» (٣).

وروي في النهاية عن عبيد الله الحلبيّ و محمد الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قدم لأبي متاع - الحديث» (٤) إلا أنّهم لم يذكر فباعهم مساومة و يدلّ على جواز المرابحة صريحاً ما رواه الشيخ - قدس سره - في الصحيح عن العلاء قال: «قلت: لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يريد أن يبيع البيع فيقول أبيعك بده دوازده أو ده يازده فقال: لا بأس إنّما هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة» (٥) ورواه

(١) المصدر ج ٢ ص ١٣٣، والكافي ج ٥ ص ١٩٧.

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٣٣، والكافي ج ٥ ص ١٩٧.

(٣) المصدر ج ٥ ص ١٩٧.

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٩٧، والتهذيب ج ٢ ص ١٣٣.

(٥) التهذيب ج ٢ ص ١٣٣.

الحميرى في قرب الاسناد^(١) عن محمد بن خالد الطيالسي مثله ، إلا أنه قال : « لا بأس إنما هو البيع يجعله جملة واحدة » .

و أما عدم جواز البيع مرابحة في المسألة الثانية فيدل عليه ما رواه ثقة الإسلام في الصحيح عن ابن حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يشتري المتاع جميعاً بالثمن ، ثم يقوم كل ثوب بما يسوي حتى يقع على رأس المال جميعاً أبيعته مرابحة ؟ قال : لا حتى يبين له أنه إنما قومه »^(٢) .

و روي في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يشتري المتاع جميعاً بثمن ثم يقوم كل ثوب بما يسوي حتى يقع على رأس ماله أبيعته مرابحة ثوباً ثوباً قال : لا حتى يبين له أنه إنما قومه ،^(٣) والنهي في المعاملات وإن كان ظاهراً في الحرمة الوضعية والفساد إلا أنه لا يبعد الحمل في المقام على الحرمة التكليفية من جهة الإخبار بخلاف الواقع فمع الحرمة من هذه الجهة لا يبقى ظهور في الحرمة الوضعية ومع تبيين الحال لا إشكال والرأى وإتان موردهما صورة التقويم .

و أما صورة بسط الثمن على المجموع بالسوية وبيع خيارها فغير مشمولة ولعلها تدخل في صورة كذب البائع في الإخبار برأس المال فمع القول بالصحة وثبوت الخيار للمشتري لا بد من القول به في المقام .

ولو قوّم على الدّلال متاعاً ولم يواجبه البيع وجعل له الزائد أو شاركه فيه أو جعل لنفسه منه قسطاً وللدّلال الزائد لم يجز بيع ذلك مرابحة ويجوز لو أخبر بالصورة كما قلناه في الأوّل ويكون للدّلال أجره والفائدة للتاجر سواء كان التاجر دعاه أو الدّلال ابتداءً و من الأصحاب من فرّق .

أما عدم جواز البيع مرابحة فلاّنه كذب وأما جواز البيع مع الإخبار بالصورة فلكون الدّلال مجازاً من قبل المالك والفائدة للمالك لأنّها عوض ماله ثمّ إنّه يستحقّ

(١) المصدر ص ١٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٩٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٣٣ واللفظ له .

الدَّالُّ اجرة المثل لاحترام عمله الَّذِي صدر منه بطلب المالك مع فساد الإجارة من جهة الجهالة وإن كان بعنوان الجعالة و قلنا بصحة الجعالة مع الجهل فلا مانع من استحقاق الدَّالُّ الزَّائِدُ ومع عدم الزَّيَادَةِ لاشيء له كما لو قال من ردَّ عبدي الآبق فله ثيابه فردَّ العبد عارياً . ويمكن أن يحمل على الجعالة ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم «عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في رجل قال لرجل : بع ثوبي هذا بعشرة دراهم فما فضل فهو لك ، فقال : ليس به بأس»^(١) وما عن زرارة في الصحيح قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام ما تقول في رجل يعطي المتاع فيقول ما ازددت علي كذا وكذا فهو لك ؟ فقال : لا بأس »^(٢) وما عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام « أنه سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قوَّموا عليه قيمة ويقولون بع فما ازددت فلك فقال : لا بأس بذلك ولكن لا يبيعه مريحة »^(٣) و رواه الكليني والصدوق مثله ولا فرق بين أن يكون التاجر دعا الدَّالُّ أو هو ابتدأه ولعلَّ نظر من فرقَ إلي أنه مع ابتداء الدَّالُّ لا احترام لعمله لعدم استدعاء التاجر .

﴿ الثاني في ما يدخل في المبيع من باع أرضاً لم يدخل نخلها ولا شجرها إلا أن يشترط ، وفي رواية إذا ابتاع الأرض بحدودها وما أعلق عليه بابها فله جميع ما فيها ، ولو ابتاع داراً دخل الأعلى والأسفل إلا أن تشهد العادة للأعلى بالانفراد ولو باع نخلاً مؤبّراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط ، وكذا لو باع شجرة مثمرة أو دابةً حاملاً على الأظهر ولو لم تؤبّر النخلة فالطلع للمشتري ﴾ .

المعروف أن الضابط فيما يدخل في المبيع ما يتناوله اللفظ لغةً و عرفاً ، والمراد بالعرف ما يعمُّ العام والخاص وقيل : إن المراد بتناول اللفظ تناول بالدلالة المطابقة أو التضمنية دون الالتزامية ، ولا يخفى أن مدلول ما وقع عليه البيع كسائر المداليل فما يكون اللفظ ظاهراً فيه يؤخذ به سواء كان بالمطابقة أو التضمن أو الالتزام وقد

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ ، والكافي ج ٥ ص ١٩٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ .

يمنع الشمول للمدلول الالتزامي كما لو باع السقف فإنه لا يتحقق بدون الحائط لكنه ليس داخلياً في المبيع ، ويمكن أن يقال : معلوم أن الحائط خارجٌ لكن لما كان الانتفاع من السقف لا يمكن عادةً بدون حقٍ بالنسبة إلى الحائط إما باستحقاق الصعود على الدُرج أو بوضع السلم فاللازم الاستحقاق للملكية وكذا لو بيع قطعة من الأرض واقعة بين الأراضي المتعلقة بالبائع فإن الانتفاع بالقطعة عادةً لا يمكن بدون حق العبور ، فالمراد من الشمول للمدلول الالتزامي هذا لا الملكية ، فإن كان المراد أنه ليس ما ذكر داخلياً في المبيع فلا إشكال وإن كان المراد أنه مع تحقق البيع لا يثبت مثل ما ذكر من الحق فلا إشكال في أنه خلاف الواقع و بعد ما كان الضابط ما يتناوله اللفظ فمثل النخل والشجر في صورة بيع الأرض يكون خارجاً إلا مع الشرط وأما صورة ابتياع الأرض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن الحسن الصفار « أنه كتب إلى أبي محمد عليه السلام في رجل اشترى من رجل أرضاً بحدودها الأربعة وفيها زرع ونخل وغيرهما من الشجر ، ولم يذكر النخل ولا الزرع ولا الشجر في كتابه ، وذكر أنه قد اشترها بجميع حقوقها الداخلة فيها والخارجة منها ، أيدخل النخل والأشجار في حقوق الأرض أم لا ؟ فوقع عليه السلام : إذا ابتاع الأرض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها إن شاء الله تعالى ، (١) .

وأما صورة ابتياع الدار فلا إشكال فيها في دخول الأعلى والأسفل ، وأما استثناء صورة شهادة العادة بالانفراد فلا تخلو عن الإشكال من جهة أنه إذا عدّ الأعلى والأسفل دارين فلا إشكال ، وأما إذا عدّ داراً واحدةً فما الوجه في خروج الأعلى بل يتوجه على ما ذكر الإشكال في دخول الأسفل دون الأعلى ، ومجرد اختصاص الأعلى بطريق لا يوجب ذلك ، وقد حمل عليها إطلاق المكتوبة الصحيحة « في رجل اشترى من رجل بيتاً في داره بجميع حقوقه وفوقه بيت آخر هل يدخل البيت الأعلى في حقوق البيت

الأسفل أم لا ؟ فوق **تَلَيْحٌ** ليس له إلا ما اشتراه باسمه و موضعه إن شاء الله» (١) ولا يخفى ما فيه .

وأما خروج ثمرة النخل المؤبّر لوباع النخل فحكى عليه الإجماع و لقول أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام «في خبر غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه الصلاة والسلام « من باع نخلاً قد أبره فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع أي المشتري ، ثم قال قضى به رسول الله ﷺ » (٢) كقول الصادق **تَلَيْحٌ** على المحكي في خبر يحيى بن أبي العلاء « من باع نخلاً قد لقيح فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، قضى رسول الله ﷺ بذلك » (٣) .

والظاهر عدم الخلاف في وجوب تبقية الثمرة على المشتري بلا أجره أما وجوب التبقية فالظاهر عدم الإشكال فيه لأن الثمرة بدونها لافائدة لها ، و أما عدم استحقاق الأجرة فلا يخلو عن الإشكال لأن نصوص المقام خالية عنه وليس بين البائع والمشتري شرط غاية الأمر استحقاق البائع التبقية و مجرد هذا لا يثبت المجانية وبعد خروج الثمرة و حمل الدابة بنظر العرف عن المبيع في بيع الأشجار والدواب لا يبقى فرق بين النخل و سائر الأشجار إلا من جهة الفرق من قبل التأبير وبعده في النخل حيث إنّه يظهر من الأخبار أن الثمرة قبل التأبير للمشتري .

الثالث في القبض إطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والتمن . والقبض هو التخلية في ما لا ينقل كالعقار وكذا في ما ينقل ، وقيل في القماش هو الإمساك باليد وفي الحيوان هو نقله ، ويجب تسليم المبيع مفرغاً فلو كان فيه متاع فعلى البائع إزالته .

الظاهر أن حقيقة القبض هو الاستيلاء على الشيء لأن القبض لغة الأخذ مطلقاً أو باليد أو بجميع الكف ، ولا يمكن أن يراد الأخذ باليد حساً لأنه لا يتأتى في

(١) الفقيه باب احياء الموات تحت رقم ٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٧ ، والتأبير . تليح النخل واصلاحه على ما هو المشهور والمعروف

بين غراس النخيل .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٤١ ، والكافي ج ٥ ص ١٧٧ .

جميع المبيعات مع جريان أحكام القبض في الكل فمجرد التخلية يشكل تحقق القبض بها نعم لا يبعد الاكتفاء بها بالنسبة إلى الغاصب ورفع الضمان عنه ، وما يظهر من بعض الأخبار من اعتبار الكيل والوزن الظاهر أنه من باب التعبد للمدخلية في حقيقة القبض وقد يقال الإقباض والقبض ليسا من قبيل الكسر والانسكاس لانفكاك بينهما بل هما من قبيل الإيجاب والوجوب حيث إن إيجاب من ليس له أهلية الإيجاب يتحقق والمنشأ أيضاً أي الوجوب في نظر الموجب تحقق لكنه لا يعتبر خارجاً الوجوب لعدم الأهلية ، فإن قلنا بأن الإقباض هو التخلية والاقباض دخول الشيء تحت اليد والاستيلاء فإنه قد يتحقق التخلية ولا يتحقق تحت الاستيلاء كما أنه قد يقع دخوله تحت الاستيلاء من دون تسليط من له حق الإقباض فإذا اختلفا خارجاً فلا بد من البحث عن أحكام القبض في أنها مترتبة على فعل المقبض أو على فعل القابض ، فنقول : الحكم لو كان تكليفاً كوجوب الإقباض على الغاصب وعلى المتبايعين في ما يجب عليهما فلا محالة يترتب على فعل المقبض لأن التكليف متعلق بالمقدور فوجوب الإقباض على الغاصب هو رفع موانع الاستيلاء للمغضوب منه على ماله لا وصوله تحت يده ، ولو كان ضعيفاً فتارة ينشأ من قبل اشتراط أحدهما وأخرى من التعبد فلو نشأ من الاشتراط فيصير الأمر كالتكليف لأن الشرط راجع إلى ما هو تحت قدرة المشروط عليه فلو شرط البائع على المشتري أن يبيع المبيع من زيد فمرجع الشرط إلى وجوب عرض المشتري المبيع على زيد وإنشاء البيع من المشتري وأما شراء زيد وقبوله فهو خارج عن الشرط فلو قلنا بأن كون تلف المبيع قبل القبض من باب الشرط الضمني فإذا رفع البائع موانع قبض المشتري وخلق بينه وبين المبيع فهو بريء من الضمان ، وإن لم يتسلمه المشتري ولو نشأ من دليل التعبد يراعى كيفية الجعل وظاهر النبوي « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » إن رفع الضمان بقبض المشتري ، وظاهر رواية عقبة بن خالد « حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته » هو أن رفعه بتخلية البائع فإن ظاهر قوله عَنْ النَّبِيِّ « حتى يقبضه » وإن كان موافقاً لظاهر النبوي لأن الإقباض خارجاً بدون القبض لا يتحقق إلا أن عطف قوله عَنْ النَّبِيِّ « ويخرجه من بيته » على قوله « يقبض المتاع »

يوجب صرف ظهور الإقباض عمّا هو ظاهر فيه ويجعله بمعنى التخلية الصرفة و مع عدم الترجيح يتساقتان والمرجع هو الأصول والاستصحاب يقتضي الضمان إلا إذا حصل القبض خارجاً من إقباض البايع لو كان منشأ الضمان التباعد ولو كان المنشأ الشرطي الضمني لا يجري الاستصحاب لأن الاشتراط يرجع إلى ما هو فعل المشروط عليه . ويمكن أن يقال الظاهر أن الإقباض والقبض كالكسر والانكسار لا ينفكان فالتخلية بدون تحقق الاستيلاء لا يكون إقباضاً حقيقة ، نعم يمكن تحقق الاستيلاء بدون الإقباض فان كان الإقباض متعلقاً للحكم التكليفي يكون التكليف مشروطاً كوجوب إكرام زيد مثلاً فالإكرام واجب ولا يتحقق بدون وجود زيد فالتخلية بدون استيلاء الطرف ليس إقباضاً ففي صورة الغصب إن كان الواجب على الغاصب الإقباض فلا بد أن يكون مشروطاً بحضور المغصوب منه ولا يبعد لزوم احضاره مع التمكّن بحيث يكون اللازم عليه كل ما يتوقف عليه الإقباض وكان داخلاً في قدرته و كان التكليف بالنسبة إلى ما هو خارج عن قدرته مشروطاً ولو كان الحكم ضعيفاً فإن كان من قبل الاشتراط فمع اشتراط الإقباض حاله حال التكليف ومع اشتراط مجرد التخلية يكتفى بها .

وأما ضمان المبيع قبل القبض مع التلف تبعداً بملاحظة النبوي المذكور ورواية عقبة المذكورة فلا يبعد فيه الأخذ بمضمون النبوي الظاهر فيما لو كان التلف قبل القبض بمعناه الحقيقي أي الاستيلاء ولا يعارضه رواية عقبة لإجمالها من جهة مصادمة ظهور «حتى يقبض المتاع» مع ظهور «ويخرجه من بيته» ومع الإجمال لا تعارض النبوي الظاهر في مفاده وعلى فرض التساقط يشكل الرجوع إلى الاستصحاب للإشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية وعلى فرض الاشتراط الضمني وجعل الشرط خصوص التخلية لآمانع من استفادة اعتبار خصوص القبض بمعنى الاستيلاء من النبوي المذكور ، ثم إنّه لإشكال في أن إطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والتمن ، والمراد من الإطلاق تجريده عن اشتراط التأخير لكن القدر المسلّم عدم منع كل من البايع والمشتري على آخر حيث إن المنع خلاف الوفاء بالعقد وأما الإقباض وجعل المالك مستولياً على ما ملكه فليس مأخوذاً في الوفاء فان ثبت وجوبه يحتاج إلى دليل آخر فان امتنعا أجبّرهما

الحاكم مع طلب من له الحق ، وقيل يجبر البايع أو لا على تسليم المبيع ، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن لأن الثمن يستحق على المبيع افيجب أو لا تسليم المبيع ليستحق الثمن ، ولا يخفى أن هذا وجه اعتباري لا يكون دليلاً على الحكم ولا بد من السؤال عن وجه إجبار الحاكم فإن كان من جهة وجوب الأمر بالمعروف فلا اختصاص له بالحكم ولعل إجبار خصوص الحاكم من باب الولاية العامة للحاكم و في كلام بعض عدم الخلاف في جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم ووجهه بأن عقد المبيع مبني على التقاض يدأ بيد فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارناً لتسليم صاحبه والتزم على صاحبه أن لا يسلمه مع الامتناع فقد ثبت باطلاق العقد لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه ، ولا يخفى أن الغالب عدم التفات المتعاقدين إلى هذه الأمور ، بل يمكن منع كون عقد البيع مبنياً على التقاض بل لزوم التخلية و رفع اليد عما في يد كل منهما من جهة أن ما في يده مال الغير كسائر أمواله ولا يجوز التصرف في مال الغير بدون إذن صاحبه ، فيرد أن وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطاً بتحقيقه من الآخر وإن ظلم أحدهما لا يسوغ ظلم الآخر كما أنه يشكل الفرق بين صورة عدم التأجيل في أحد العوضين وصورة التأجيل فيه حيث يقال لولم يتفق تسليمه حتى حل الأجل لم يكن له الحبس حيث وجهه بأن غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل أصلاً لأنه يمكن أن يقال : على فرض تسليم ما ذكر في صورة عدم التأجيل من أن عقد المبيع مبني على التقاض في صورة التأجيل أيضاً يكون العقد مبنياً على التقاض و التسليم بهذا النحو فمع امتناع أحد المتعاقدين من تسليم المؤجل بعد حلول الأجل للأخر الامتناع.

وأما وجوب التسليم مفرغاً فاستدل عليه بما استدل به على وجوب التسليم وأن إطلاق العقد كما يقتضي أصل التسليم كذلك يقتضي التسليم مفرغاً فإن التسليم بدونه كالعدم بالنسبة إلى غرض المتعاقدين وإن ترتب عليه أحكام تعبدية كالدخول في ضمان المشتري ونحوه ، ويمكن أن يقال : في أصل التسليم و في وجوب التفريغ من جهة إطلاق العقد إن كان النظر إلى أن التسليم مع التفريغ شرط ضمنى في العقد كما يشهد له القول بثبوت الخيار لو تراخي زمان إمكان التفريغ وكان المشتري

جاهلاً فللمنع مجال وإن كان النظر إلى أن عدم التسليم مع التفريغ خلاف الوفاء بالعقد فهو بالنسبة إلى أصل التسليم يمكن تسليمه لكن لا نسلم بالنسبة إلى التفريغ بل وجوب التفريغ من باب حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه ورضاه .
 ﴿ولا بأس ببيع مال يقبض ، ويكره فيما يكال ويوزن وتناكد الكراهة في الطعام ، وقيل يحرم وفي رواية لا يتبعه حتى تقبضه إلا أن تولّيه﴾ .

أما جواز بيع مالا يكال ولا يوزن قبل القبض فيدل عليه صحيحة ابن حازم المروية في الفقيه « إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا تولية فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه» . (١)

و صحيح الحلبي في الفقيه قال : « سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم اشتروا بزاً فاشتركوا فيه جميعاً ولم يقسموا أ يصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل أن يقبضه ؟ قال : لا بأس به وقال : إن هذا ليس بمنزلة الطعام لأن الطعام يكال » (٢) بناء على أن المراد قبل أن يقبضه من البائع أما إذا أريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدل لتحقق القبض بحصوله في يد أحد الشركاء المأذون عن الباقي .

ويمكن أن يقال : بعد احتمال كلام السائل لصورة عدم القبض من البائع والجواب بعدم البأس لإشكال في الصحة وإلا لزم أن يطلب من السائل بيان مراده .

و صحيحة منصور في الفقيه قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري مبيعاً ليس فيه كيل ولا وزن أله أن يبيعه مرا بحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه ؟ قال : لا بأس بذلك مالم يكن كيل أو وزن فإن هو قبضه فهو أ برء لنفسه » (٣) مضافاً إلى العمومات ، ويظهر من هذه الأخبار وغيرها عدم الجواز إلا تولية في المكيل والموزون قبل القبض ، والمشهور بين المتأخرين وفاقاً للمحكي عن الشيخين في المقنعة والنهاية الكراهة لروايات صارفة لظواهر الروايات المذكورة إلى الكراهة . مثل ما في الفقيه عن خالد بن

(١) المصدر باب البيوع تحت رقم ١ .

(٢) المصدر تحت رقم ٣٥ .

(٣) المصدر : باب البيوع ح ٣٤ .

حجاج الكرخي قال : « قلت : لأبي عبدالله عليه السلام اشتري الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار من بعد ما اشترته قبل أن أقبضه ، قال : لا بأس أن تباع إلى أجل كما اشترته » وفي ذيله « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : اشتري الطعام من الرجل ثم أبيعته من رجل آخر قبل أن أكتاله فأقول : إبعث وكيلك حتى يشهد كيلاه إذا قبضته . قال : لا بأس » (١) .

و رواية جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه قال : لا بأس ، ويوكل الرجل المشتري منه بقبضه وكيلاه ؟ قال : لا بأس » (٢) وقد يقال بإمكان حمل هذه الروايات على التولية ، أولوية هذا الحمل من حمل الأخبار السابقة على الكراهة مع أن استثناء التولية حينئذ يوجب نفي الكراهة فيها مع أن الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضاً بين أرباب هذا القول وإن كانت أخف . ويمكن أن يقال المطلقات بمنزلة القوانين والقوانين غير آية عن التخصيص وإخراج بعض لکنه لابد من مراعاة أن يكون الباقي أكثر من المخرج لا مساوياً ولا أقل ، ولعل البيع تولية خلاف ما هو الغالب في البيوع لأنها خلاف وضع الكسب والتجارة فكيف يجاب في جواب السؤال بعدم البأس بنحو الإطلاق ويراد خصوص البيع تولية مضافاً إلى أن مورد السؤال مطلق ويشهد له استثناء التولية ولا بد من مطابقة الجواب مع السؤال والتزام القائلين بالكراهة بكراهة صورة التولية أيضاً قبل الكيل والوزن لا يوجب رفع اليد عن القواعد .

وأما تأكد الكراهة في خصوص الطعام فلعله من جهة ذكر الطعام بالخصوص في ذيل صحيح الحلبي « إن هذا ليس بمنزلة الطعام لأن الطعام يكال » ويمكن أن يكون التخصيص بالذکر من جهة الغلبة فحال الطعام حال غيره مما يكال ويوزن .
ولو قبض المكيل وادعى نقصانه فإن حضر الاعتبار فالقول قول البائع مع يمينه ، وإن لم يحضره فالقول قوله مع يمينه ، وكذا القول في الموزون والمعدود و

(١) المصدر : باب البيوع ح ١٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٩ .

المذروع *

المعروف بين الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم أنه مع حضور المشتري يكون القول قول البايع مع يمينه ويتمسك فيه تارة بأن المشتري مع حضوره كالمعترف بوصول حقه إليه بخلاف غير الحاضر فإنه كان قبضه مبنياً على إخبار البايع وأخرى بأصالة الصحة في دفع المسلم وقبضه إذ الفرض أنه قبض على أنه تمام الحق وصحة كل شيء بحسبه ، وثالثة بظهور الحضور في تمامية المقبوض واحتمال السهو والغلط ونحوهما لا ينافي الظهور المزبور ولا يخفى أن مجرد الحضور لا يجعل المشتري بمنزلة المعترف مع أنه لو كان بمنزلة المعترف لما احتاج تصديق البايع إلى اليمين .

و أما أصالة الصحة فمجرها صورة وقوع عمل مشروط بشيء أو محتاج إلى جزء بحيث لولا الشرط أو الجزء لكان فاسداً وفي ما نحن فيه المقدار المتفق عليه بين البايع والمشتري لا يحتاج إلى الأصل والقدر المتنازع فيه يدور أمره بين الوجود والعدم و الظهور المذكور لم يتضح حجتيه في قبال أصالة عدم وصول الحق إلى صاحبه فلولا التسلم والشهرة لكان التفرقة بين صورتي الحضور وعدمه مشكلة .

و مما ذكر ظهر وجه أن القول قول المشتري في صورة عدم الحضور ولو تمت أصالة الصحة في صورة الحضور لتمت في صورة عدم الحضور ، نعم حكى عن العلامة - قدس سره - في التذكرة أنه فصل فقال : يقدم قول مدعي التمام لو اقتضى النقص بطلان العقد كالصرف بعد التفرق والسلم والإفداع النقص . والكلام فيه موكول إلى محله إن شاء الله تعالى ، وقد يفرق في صورة الحضور بين إبراز الدعوى بما في المتن من دعوى النقصان فالقول قول البايع و بين إبراز الدعوى بأن يقول المشتري ما وصل حقي إلي فالقول قوله ولا يخفى عدم الفرق حيث إن المشتري مع الحضور إن كان بمنزلة المعترف فكذلك في صورة الإبراز بالنحو الثاني . والكلام في الموزون والمعدود والمذروع هو الكلام في المكيل .

الرابع في الشروط و يصح منها ما كان سائغاً داخلياً تحت القدرة كقسارة الثوب ولا يجوز الاشتراط غير المقدور كبيع الزرع على أن يصير سنبلًا ولا بأس باشتراط

تبعيته ، و مع إطلاق الإبتياح يلزم البايح إبقاؤه إلى إدراكه ، وكذا الثمرة مالم يشترط الإزالة .

الشرط يطلق في العرف على معنيين أحدهما المعنى الحدثي و هو مصدر شرط فهو شرط للأمر الفلاني وفي القاموس إنه إلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره وربما يستظهر من كلامه كون استعماله في الإلزام الابتدائي مجازاً أو غير صحيح و نفي الإشكال في صحته لوقوعه في الأخبار كثيراً مثل قوله رَبِّهِمْ في حكاية بيع بريرة « إن قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن أعتق » ^(١) وقول أمير المؤمنين صلوات الله عليه على المحكمي في الرد على مشرط عدم التزوج بامرأة أخرى في النكاح « إن شرط الله قبل شرطكم » ^(٢) وقوله « ما الشرط في الحيوان قال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وفي غيره؟ قال : هما بالخيار حتى يفرقا » ^(٣) وقد أطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار الشرط في النكاح ويمكن أن يقال قد لا يصح إطلاق اللفظ على معنى ابتداء و يصح بعد سبق إطلاقه على معنى يصح إطلاقه فيه كما في قول الشاعر: قلت: اطبخوا لي جبّة و قميصاً ولعلّ من هذا قوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى » مع أن الجزاء ليس سيئة والجبّة والقميص لا يصح نسبة الطبخ إليهما ابتداءً وأمّا إطلاق الشرط على خيار الحيوان و خيار المجلس فلعله من جهة إلزام الشارع في ضمن بيع الحيوان وأنواع البيوع و إلا فليس إلزام والتزام بين المتبايعين ، و بعد تسليم صحّة الإطلاق على الإلزام والالتزام ابتداء لا يفيد لحمل النبوي المعروف « المؤمنون عند شروطهم » على الأعم من الضمني والابتدائي لما هو المعروف من أن الاستعمال أعم من الحقيقة ، نعم إن قلنا بمقالة السيد المرتضى - قدس سره - فالإطلاق يفيد وقد دفع دعوى المجازية مضافاً إلى أولوية الاشتراك المعنوي و إلى أن المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا مجرد الالتزام استدلال الإمام عليه السلام بالنبوي المذكور في الخبر الذي

(١) أخرجه البخاري و مسلم و ارباب السنن غير ابن ماجه .

(٢) الوسائل أبواب المهور من كتاب النكاح ب ٣٨ ح ٢ .

(٣) الخصال ج ١ ص ٦٣ ، والنهذيب ج ٢ ص ١٢٤ .

أطلق فيه الشرط على النذر أو العهد لكن أولوية الاشتراك غير مسلمة و على فرضها لا تثبت المدعى والتبادر أيضاً غير مسلم نعم إن صحَّ الخبر المذكور سنداً أمكن الاستدلال به لكن يبعد هذا تسلّم أن الشرط الابتدائية ليست بلازمة الوفاء وإن ذهب إلى لزوم الوفاء بعض الأكاير - قدس سره - وكيف كان فالمراد بالشرط في قولهم صلوات الله عليهم « المؤمنون عند شروطهم » هو الشرط باعتبار كونه مصدراً إمّا مستعملاً في معناه أي الالتزام على أنفسهم وإمّا مستعملاً بمعنى ملتزماتهم ، والمعنى الثاني للشرط ما يلزم من عدمه العدم ، والظاهر أن المعنى الثاني غير مراد من الخبر الشريف لأنه يرجع إلى التقييد وكثيراً ما يكون القيد خارج عن قدرة المشروط عليه فكيف يتوجه إليه لزوم كونه عنده نعم لازم التقييد انعدام المشروط بانعدام الشرط وما فسّر به للمعنى الثاني يكون تفسيراً باللائم والشرط بهذا المعنى هو الشايخ في السنة أهل المعقول و الأصول فيقع الكلام في شروط صحة الشرط بالمعنى الأوّل وهي أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها أحدها أن يكون داخلياً تحت قدرة المكلف فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه إلى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفة بها مثل صيرورة الزرع سنبلًا وكون الأمة أو الدابة تحمل في المستقبل أو تلد كذا ، أو عملاً كجعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا ، والظاهر أن المراد جعل الله تعالى سنبلًا والبسر تمرًا والغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته كأفعال الله تعالى ويمكن اعتبار هذا الشرط من وجهين أحدهما أنه مع عدم القدرة لا يصح كون المشروط عليه ملزماً وكونه عند الشرط والآخر عدم كونه مالكاً حتى يملك للمشروط له .

و يمكن أن يقال : إنه صحَّ بيع الأثمار لسنتين مع عدم القدرة وعدم الملكية بالفعل وكذلك صحَّ اشتراط البيع من زيد مثلاً مع أن حقيقة البيع الحاصل بعد الإيجاب والقبول الخارج عن قدرته غير مقدور وقد أمر بالصلاة جماعة وجوباً في صلاة الجمعة مع اجتماع شرائط الوجوب واستحباباً في اليومية مع أن الوصف خارج عن اختيار المكلفين فإن وجهه بالتكليف إلى الجهة الرجعة إلى المكلف مع فرض تحقق الجهات الخارجة عن قدرته فليوجه في المقام كذلك ، فصيورة البذر زرعاً والزرع سنبلًا

تحتاج إلى السقي ورفع ما يوجب الفساد، وبعد تمامية الجهات المقدورة يحصل الاطمينان أو القطع بحسب العادة بحصول النتيجة و من هذا الباب الحث على طلب الرزق بل وجوبه لفقته نفسه و عياله الواجب نفقتها مع أنه من جميع الجهات غير مقدور ولا إشكال في اشتراط التكليف بالقدرة، ثم إنه استدل على اشتراط القدرة في صحة الشرط مع عدم الخلاف فيه مضافاً إلى عدم القدرة على تسليم الشرط وتسليم المبيع وأخذه متصفاً به لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق ولا يناط بإرادة المشروط عليه بلزوم الغرر في العقد لارتباطه بما لاوثوق بتحقيقه ولا ينتقض بما لو اشترط وصفاً حالياً لا يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل أو حاملاً للفرق بينهما بعد الإجماع بأن التزام وجود الصفة في الحال بناءً على وجود الوصف الحالي ولو لم يعلمها به فاشتراطه بمنزلة توصيفة بها وبهذا المقدار يرتفع الغرر، ولا يخفي الإشكال فيما ذكر لأنه مع حصول الاطمينان أو القطع بالتحقق ولو مع عدم القدرة للمشروط عليه لا غرر.

و أما ما أُجيب به عن النقص فيه أنه لم يظهر كيف يكون البناء على وجود الوصف الحالي رافعاً للغرر وهذا كالبناء على كون المبيع كذا وزناً أو كيلاً مع عدم العلم بالوزن أو الكيل مضافاً إلى أنه لانفهم معنى للالتزام بكون العبد كاتباً بالفعل لأنه كالتزام بكونه ابن عشرين سنة مثلاً حيث إن الالتزام يصح فيما كان للملتزم اختيار في الجملة ولو بالنسبة إلى مقدّمة إعدادية كسقي الزرع ورفع ما يفسده، و بالجملة إن تم الإجماع وإلا فالوجوه المذكورة لا تثبت المدعى بنحو الإطلاق، هذا مضافاً إلى أن الغرر المدعى لزومه يوجب الفساد في ما يعتبر فيه عدم الغرر كالبيع والإجارة و الصلح المبني على المداقة على الخلاف فيه والشروط غير منحصرة في ما ذكر.

الثاني من شروط صحة الشرط أن يكون سائغاً بمعنى كون الملتزم به أمراً جائزاً شرعاً، والظاهر أن هذا هو المراد في المتن بقريته ذكر القدرة بعده فيكون الشرط الغير السائغ داخلاً في ما خالف الكتاب أو السنة والأخبار في هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى، ففي البنوي المروري صحيحاً عن أبي عبد الله عليه السلام « من اشترط شرطاً سوى

كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز ذلك له ولا عليه» (١) والمذكور في كلام الشيخ والعلامة رحمهما الله تعالى المرويّ في طريق العامة قوله ﷺ في حكاية بريرة لما اشتراها عائشة وشرط مواليها عليها ولائها « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فما كان من شرط ليس في كتاب الله عزّ وجلّ وهو باطل ، قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق و الولاء لمن اعتق» (٢) وفي المرويّ موثقاً عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام «من شرط لأمرته شرطاً فليف بها فإنّ المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً» (٣) إلى غير ما ذكر من الأخبار ، و لعلّ المراد من كتاب الله ما كتب الله على عباده من أحكام الدين وإن يسنه على لسان نبيّه ﷺ فعلى شرط و لاء المملوك لبايعه جعل في النبويّ مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى ، ثمّ إنّه لا بدّ من تشخيص الضابط في الموافقة والمخالفة فقد يقال : إنّ حكم الموضوع قد يثبت من حيث نفسه ومجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طار ، ولازم ذلك من عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عنوان آخر لذلك الموضوع و مثال ذلك أغلب المباحات والمستحبات و المكروهات بل جميعها ، وقد يثبت لامع تجرّده وهذا نظير أغلب المحرّمات والواجبات فإنّ الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق إلا عن بعض العنوانات كالضرر و الحرج ، فالشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأوّل لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب و وإذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفاً للكتاب والسنة ، ويمكن أن يقال : لازم ذلك حمل ما في الموثق المذكور عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام « إلا شرط حرّم حلالاً » على تحريم الواجبات و حمل الحلال على خصوص الواجبات وهو كما ترى فإنّ تحريم الحلال يتصور بنحو التشريع و جعل الحكم في قبيل حكم الشرع وهذا لا يصدر عن المسلم حتّى يحتاج إلى الاستثناء و تارة أخرى بالبناء على ممنوعيته وهذا متصور من المسلم ، وثانياً ما ادّعى من ثبوت الحكم الحيثي في المباحات

(١) الوسائل ابواب المهور من كتاب النكاح ب ٣٨ ح ٢ .

(٢) تقدم آنفاً .

(٣) الوسائل باب المهور ب ٤٠ ح ٣ .

والمستحبات والمكروهات إن تمَّ فهو في الأحكام التكليفيَّة وأما الأحكام الوضعية فدعواها مشكلة ، وقد يجعل الضابط ثبوت الحكم لمعلقه بنحو العلية و بنحو الاقتضاء ففي الصورة الأولى اشتراط خلافه داخل في المستثنى وفي الصورة الثانية داخل في المستثنى منه ، ولا يخفى أنه إحالة إلى المجهول مضافاً إلى أن كثيراً من الموارد ينفي فيها الحكم بواسطة الضرر أو الحرج ، ومع ذلك لا يصحُّ اشتراط خلافه فكيف تخلف المعلول عن علته ، وقد يقال ما يتعلق به الشرط تارة يكون من الوضعيات الشرعيَّة وأخرى من التكاليف الخمسة التكليفيَّة أما الوضعيات فتارة تكون من الأمور التي جعله الشارع تحت سلطنة الشارط كما في باب الحقوق والأموال ، وأخرى ليست من هذه الأمور مثل كون الولاء لمن اعتق ، و ولد الحرَّ حرَّ ، والطلاق بيد من أخذ بالساق ، أما هذا القسم من الوضع فلا ينبغي الشبهة في أن اشتراط خلافها مخالف للمشروع جداً إلا أن يقوم دليل خاصُّ على جواز تغييره بالشرط أو النذر ونحوهما ومن هذا القبيل اشتراط إرث المتمتع بها أورقيَّة من كان أحد أبويه حرّاً فإن الإشكال فيها من جهة تعارض النصوص فمن يدعي جوازه يدعيه بسبب نصٍّ خاصٍّ وإلا فلا يكاد يصحُّ تبدُّله بالشرط كما لا ينبغي الشبهة في التبدُّل بالشرط فيما كان من قبيل القسم الأوَّل أي الحقوق والأموال إذ المفروض سلطنته عليها وهذا أيضاً ليس على وجه العلية لا مكان دليل خاصُّ على المنع من التصرف الخاصِّ كبيع المصحف من الكافر وأما ما كان من قبيل التكاليف فالظاهر أن الالتزام بترك الواجب أو فعل الحرام نوعاً خلاف المشروع لمكان إطلاق دليلهما الشامل لصورة الالتزام بالخلاف وعدمها فيكون مخالفاً للكتاب ومخلاً للحرام إلا أن يدلَّ دليل خاصُّ على جواز تغييره بالشرط أو كان دليل الواجب أو المحرَّم مهملاً من تلك الجهة أي لم يكن له إطلاق حتَّى في صورة اشتراط خلافه وهذا مجرَّد فرض .

وأما المباحات فالالتزام بتركها أو فعلها ليس مخالفاً للمشروع لعدم منافاة وجوبها بالعرض مع إباحتها كما لا يخفى ، نعم قد يقال بأنَّ نفس الالتزام محرَّم للحلال وإن لم يكن الملتزم به مخالفاً للكتاب لما قيل من عدم المنافاة بل يلزم ذلك في مثل النذر و

العهد حيث إن الالتزام بترك المباح محرّم له لامحالة فيعمّه تلك الأدلة مع أن جميع الالتزامات الصحيحة إمّا التزام بفعل مباح أو مندوب أو ترك مباح أو مكروه فكيف التوفيق ، ويمكن استفادة ما يذب به عن الإشكال بما ورد في بعض الأخبار من بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً معللاً بأنه «ليس لك أن تحرّم ما أحلّ الله» فيمكن التفرقة بين الالتزام بترك مصداق منه أو تركه مطلقاً في برهة من الزمان فهذا لا بأس به لعدم مخالفته للكتاب لامن حيث الالتزام ولا من حيث الملتمزم به و بين الالتزام بترك نوع مباح دائماً كالحلف على ترك شرب العصير دائماً فيكون التزامه محرّماً ما لمّا أحله الله .

ويمكن أن يقال : أمّا الحقوق فنشخصها في غاية الإشكال من جهة صعوبة التمييز بين الحق والحكم ، ثم بعد إحراز الحق ليس كل حق يثبت بالإسقاط فالموقوف عليه له حق بالنسبة إلى العين الموقوفة فإذا أسقط حقه فهل يمكن القول بسقوطه بحيث لو رجع إلى حقه لم يكن له ، على أن ما ذكر بالنسبة إلى الحقوق على فرض تماميته يفيد في مالوكان الشرط راجعاً إلى إسقاط الحق أو إعطائه الرجوع إلى من له الحق ، وأمّا لو أريد إثبات حق للغير بالشرط فلا يفيد ، وأمّا ما كان من قبيل التكليف فما ذكر في المباحات من أن الالتزام بتركها أو فعلها ليس مخالفاً للمشروع فمع إطلاق دليل الإباحة وشموله للطواري والعوارض كيف يقال بعدم المخالفة فيها خصوصاً لو أحرز كون الموضوع علّة للحكم ، وما ذكر من التفرقة في ترك المباح بين صورتين مشكل من جهة أنه يصدق في كليهما تحريم الحلال مع إطلاق الدليل ومع عدم الإطلاق لا مانع من كليهما ، ثم إنّه مع الشك في كون الشرط مخالفاً لابد من تأسيس أصل يعول عليه فقد يقال الأصل عدم المخالفة والمراد من هذا الأصل الاستصحاب واستشكل بأن المخالفة ليست مسبوقه بالعدم مع فرض وجود موضوعه إن الشرط إمّا وجد مخالفاً أو غير مخالف فلامحالة يكون استصحاب عدم المخالفة بلحاظ عدم العدم السابق على وجود موضوعها من حيث كونها بنفسها من الحوادث المسبوقه بالعدم الأزلي ، وبهذا اللحاظ لم يؤخذ موضوعاً فالعدم النعني لاسابقة له والمحمولي النفسي وإن كان مسبوقاً

بالعدم لكن إثباته لا يكاد يثبت الموضوع الشرعي ولا يلتزم به الموضوع المقيّد ويحرز بضمّ الوجدان إلى الأصل إلا بنحو الملازمة العقلية التي لا اعتبار بها في الأصول ، وجهه أن المعروف بالنسبة إلى انقسامه إلى هذا العرض ونقيضه إما أن يكون مطلقاً فتقيده بعدم كون العرض بوجوده المحمولى مقارناً له يدافع مع هذا الإطلاق لبدها أن الملازمة العقلية مرعية بحسب الواقع ونفس الأمر وإنما لم يعتن بها في مقام إجراء الأصول ووجود العرض بنفسه ولنفسه عين وجوده لموضوعه وإن كان مقيّداً به أو بنقيضه على وجه النعتية فتقيده به كذلك أي كونه أمراً مقارناً له لغو لأجل الملازمة الواقعية بين نحويه من الوجود ، هذا في مقام الثبوت و أمّا في مقام الإثبات و ملاحظة الأدلة فلا نأخذ القيد في موضوع الحكم تارة بنحو المركّب التوصيفي كقولك أكرم العالم العادل فاستصحاب وجود العدالة مقارناً للعالم لا يثبت العنوان و أخرى بدليل منفصل كقولك : لا تكرم الفاسق من العالم بعد الحكم بإكرام العالم مطلقاً و هذا القسم أيضاً يكشف الدليل المنفصل عن اعتبار نقيضه العدمي أي من ليس بناسق في مصب العموم و يخرج العام عن كونه تمام الموضوع فيساوق التوصيف غايته بعنوان عدمي الذي هو نقيض الخارج ، و يمكن أن يقال : يرد على ما ذكر النقص بمثل اعتبار عدم زيادة الركوع في الركعة فإذا أتى المصامى بركوع و شك في زيادة ركوع آخر فلا إشكال في جريان أصالة عدمها فأحرز جزء بالوجدان وأحرز عدم الزيادة بالأصل فيقال : الصلاة أو الركعة أو الركوع إما أن يكون مطلقاً بالنظر إلى الزيادة و عدمها أو مقيّداً فإن كان مطلقاً فتقيده ما ذكر من الصلاة أو الركعة أو الركوع بعدم الزيادة يدافع مع هذا الإطلاق ، وإن كان مقيّداً فتقيده بذلك لغو ، وأيضاً يرد النقص بتقسيم المقسم إلى الأقسام فيقال في مثل تقسيم الحيوان إلى الناطق و الناهق الحيوان المقسم إما مطلق أو مقيّد فإن كان مطلقاً فإطلاقه يدافع مع التقييد وإن كان مقيّداً فتقيده يدافع مع التقيّد الآخر ، والحل أن المقسم لم يلحظ فيه غير المهية كما أن الإطلاق و التقييد يعرضان لها لا للمطلقة و لا للمقيّدة هذا مضافاً إلى إمكان أن يقال مع ملاحظة التركيب يكون التقييد بنحو النعتية لغو لعدم الحاجة إليها فإن فرغنا عن الإمكان

في مقام الثبوت فيمكن أن يثبت بالدليل بالتقريب المعروف من أن المخرج في صورة التخصيص بالمنفصل أو بنحو الاستثناء كما في المقام الشرط المخالف والباقي بعد إخراجها كل ما لم يكن معنوفاً بهذا العنوان و من الباقي شرط مقارن مع عدم المخالفة فعدم المخالفة مع الشرط يكفي في الموضوع ولا حاجة إلى المقيّد بنحو التوصيف ، ثم إنه لا بد أن يلاحظ أن الأوصاف التي نسبتها إلى موضوع الحكم نسبة العرض إلى محله على وجه النعتية لا بوجوداتها النفسية هل هي مسبوقة بالعدم حتى يستصحب عدمها أو ليست مسبوقة بالعدم كذلك فلم يكن مجالاً للاستصحاب .

قديقال : صحة الاستصحاب هنا مساوقة لما هو المعروف عند المنطقيين من صدق السالبة بانتفاء الموضوع وعليه بنوا الفرق بين السالبة المحصلة والموجبة المعدولة المحمول ولكن المرضي عند المحققين أنه من الأغلاط ووجهه أن الربط ليس من ناحية الماهية حتى يقال : الماهيات العرضية مع قطع النظر عن وجوداتها لها جهة نفسية وجهة ربطية وتكون بكلتي الجهتين مسبوقة بالعدم فيستصحب ، بل الربط معنى منتزع من ناحية وجود العرض فالنعتية والربطية والاتصاف منتزعة عن خصوصية وجود العرض وأنه إذا وجد وجد في الغير لامحالة ، و بعبارة أخرى إذا أفيض الوجود إلى العرض ووجد في موضوعه فلوجوده اعتباران اعتباران كونه بنفسه موجوداً من الموجودات في عرض موضوعه واعتبار كونه حالاً فيه وقائماً به وفانياً فيه ، فمن اعتباره الثاني ينتزع الوجود الربطي والنعتي كما أنه من اعتباره الأوّل ينتزع الوجود النفسي المحمولى وعلى هذا ليست مسبوقة بالعدم بل المسبوق به هو الماهية العرضية التي تنقسم إلى الموجودة تارة وإلى المعدومة أخرى ، وأما الوجود فلا يعقل أن يعرضه العدم فإن الوجود والعدم متقابلان يعرضان الماهية فلا يعقل اتصاف أحدهما بالآخر تارة وبنقيضه أخرى فلا يصح أن الوجود الربطي كان معدوماً والآن كما كان بالضرورة من العقل والبداهة من الوجدان .

ثم إنه حيث توجه على ما ذكر لزوم ارتفاع النقيضين حيث إنه لو لم يصدق السالبة بارتفاع الموضوع لصدق نقيضه أوجب بأن العوارض اللائحة للموضوعات تارة

هي نفس الوجود والعدم وأخرى سائر العوارض كالقيام والقعود ، أما الوجود والعدم فيلحقان ذات الموضوع بما هيته العاربية عن كلا الوصفين فهما وصفان متقابلان تقابل الايجاب والسلب ، وأما سائر العوارض فتلحق الموضوعات المفروضة وجودها فانها هي التي تصح قيام العرض بها أو نقيضه وأما المهية بذاتها مع قطع النظر عن كونها موجودة لأنكاد تتصف بالقيام مثلاً ولا بنقيضه فيكون تقابل كل عرض و نقيضه تقابل العدم و الملكة فيصح ارتفاعهما بافتاع الموضوع ، ويمكن أن يقال : لازم ما ذكر من كون الربط منتزعاً من نحو وجود العرض بالنسبة إلى الموضوع وكونه حالاً فيه وأنه ليس هذا مسبقاً بالعدم عدم تحقق الربط والاتصاف مع عدم تحقق العرض مع وجود الموضوع فمع وجود زيد مثلاً وعدم تحقق القيام له مثلاً لا يصح اتصاف زيد بعدم القيام لعدم تحقق ما ينتزع منه الربط والاتصاف و النعتية و مجرد فرض الذهن العدم المضاف إلى القيام لا يصح الوجود اللازم لصحة الانتزاع فمجرد فرض وجود الموضوع لا يعني فلا مجال لاستصحاب عدم العدالة أو عدم القيام مثلاً لزيد مع وجود زيد وعدم كونه سابقاً عادلاً أو قائماً فكيف يلتزم بصحة الاستصحاب مع وجود الموضوع و عدم اتصافه سابقاً ، وإن اكتفى بمجرد صدق النعتية فهو يتحقق مع عدم حلول شيء في الآخر فزيد الموجود مع عمر و منعوت بكونه مع عمر و فلا حاجة في صدق الاتصاف إلى كونه منتزعاً عن نحو وجود الحال في المحل ، هذا مع أن ما ذكرنا أو لا من انتزاع الربط من حلول العرض في موضوعه لا يناسب مقامنا هذا ، فإن النقيضين متخالفان ولا يتصف أحدهما بالمخالفة من جهة العروض وليس أحدهما موضوعاً للآخر فإن الوجود لا يعرض العدم وكذلك العدم فكتاب الله ليس عارضاً للملتزم بالشرط حتى يقال : انتزع من عروضة الموافقة أو المخالفة .

وأما ما أُجيب به عن شبهة ارتفاع النقيضين فيه أن استحالة ارتفاع النقيضين ليست مما يقبل التخصيص فيقال : نقيض كل شيء رفعه فاتصاف زيد مثلاً بالقيام نقيضه رفع الاتصاف به ورفعه يتحقق بوجود زيد وعدم قيامه و بعدم زيد وليس نقيض اتصاف زيد بالقيام اتصافه بعدم القيام حتى يقال : الاتصاف به يحتاج إلى وجود الموضوع فنقيض

زيد قائم ليس زيد بقائم ويصدق بانتفاع الموضوع فإن كان الاتصاف تمام الموضوع لحكم شرعي أو جزءاً للموضوع و كان مسبوقاً بالعدم الأزلي من جهة عدم الموضوع فما المانع من استصحابه لانتفائه ذلك الحكم الشرعي إن بنى على صحة الاستصحاب فيما هو نظير الاستصحاب في الشبهات الحكمية وأما إن بنينا على عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية و ما هو نظيرها كالمقام و اختصاصه بالشبهات الموضوعية فالأثرة تترتب على البحث المذكور . الشرط الثالث عدم كون الشرط مخالفاً ومنافياً لمقتضى العقد و إلا لم يصح و استدلالاً بوجهين أحدهما وقوع التنافي بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه و بين الشرط الملزم لعدم تحققه فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط فلا بد إما من التساقت أو تقديم جانب العقد لأنه المتبوع وعلى كل تقدير لا يصح الشرط الثاني أن الشرط مخالف للكتاب والسنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه ولا يخفى أن كل واحد من الوجهين لا يفي بتمام المقصود أما الوجه الأول فيختص بما لو شرط على خلاف ما يكون من مقومات العقد كالبيع بشرط عدم الثمن و هذا في الحقيقة مناف لحقيقة العقد لا لمقتضاه ، والوجه الثاني مخصوص بما لا ينافي نفس العقد بل يكون منافياً لازماً إلا أن يقال : مع القطع بالملازمة يكون منافياً لذات العقد .

ويمكن أن يقال : ربما يكون ظهور الشرط أقوى مع كونه تابعاً كما لو باع بشرط عدم الثمن و استظهر النقل المجتاني فبطلان الشرط مبني على بطلان الشرط الابتدائي بل مع تساقت الظهورين و إرادة ما ذكر بحسب الواقع إلا أن يقال باحتياج العقود والايقاعات إلى ظهور اللفظ و أما الشروط المنافية لإطلاق العقد فلا محذور فيها لكن لا بد من عدم كونها مخالفة للشرع فيندرج هذا الشرط في الشرط السابق و مع عدم التشخيص يجري فيه ما ذكر في الشرط السابق .

وقد ذكر شروط آخر لصحة الشرط ليس هنا محل البحث فيها و نرجع إلى شرح ما في المتن فنقول : لو باع الزرع و شرط التبقية للمشتري إلى الإدراك فلا إشكال و مع الإطلاق يلزم الإبقاء إلى إدراكه ، و كذا الثمرة إذا لم يشترط الإزالة أما مع اشتراط الإزالة فقد رضي المشتري بضرره و مع عدم الاشتراط والإطلاق فالمشتري لو

كان ملزماً بإزالته يتضرر إلا أن يقال : أقدم على ضرره حيث أقدم على الاشتراء ، و تمكن من إلزام البايع بنحو الاشتراط ولم يشترط و كان يعلم بأن المالك للأرض له أن يلزم المشتري بتخليص أرضه من مال الغير إلا أن يدعى أن الإطلاق يقتضي لزوم التبقية إلى الإدراك إلا أنه يشكل استحقاق التبقية مجاناً كما لو أذن مالك الأرض في البناء في أرضه فإن مجرد هذا الإذن لا يوجب استحقاق الإبقاء مجاناً كما لو استأجر أرضاً في مدة معينة للبناء فهل يمكن القول باستحقاق الباني إبقاء البناء بعد انقضاء المدّة بلا أجره وكذا الكلام في بيع الثمرة .

﴿ ويصح اشتراط العتق والتديير والكتابة ولو اشترط ألا يعتق أولاً يبطأ الأمة قيل يبطل الشرط دون البيع ولو شرط في الأمة أن لا تباع ولا توهب فالملروي الجواز ﴾ . يمكن تقريب الجواز بأن الشرط ليس مخالفاً لمقتضى العقد ولا مخالفاً للكتاب والسنة غاية الأمر كان المشتري مختاراً و مسلطاً على الفعل والترك فبواسطة الشرط صار ملزماً بالفعل أو الترك فهذا نظير اشتراط خياطة الثوب مثلاً في البيع وبعبارة أخرى ما كان المشتري ملزماً بمثل العتق والتديير والكتابة ولا بعدم الاعتاق و عدم وطئ الأمة وعدم البيع لعدم ما يقتضي الإلزام فلا مانع من أن يصير ملزماً بواسطة الشرط و من هذه الجهة قيل بعدم المانع في اشتراط فعل مباح أو مكروه أو مستحب أو تركها إلا أن يستفاد من أدلتها بقاؤها على أحكامها بحيث لا تتغير بملاحظة الطواري ولعل النظر إلى هذا في الاستثناء بتعبير « إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلاً حراماً » وقد يوجه هذه العبارة بأن يكون المراد إلا أن يشترط حرمة حلال أو حلية حرام لكن يشكل هذا التوجيه بأن المسلم لا يرتكب هذا الامر والحمل على المعنى الأوّل يوجب الشبهة في كثير من الموارد فالفرق بين التزويج والتسري اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معاً بأنه خلاف الكتاب الدّال على إباحتهما و بين ترك الوطي الذي ورد جواز اشتراطه وكذا بين ترك شرب العصير المباح الذي ورد عدم جواز الحلف عليه معلاً بأنه من تحريم الحلال و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه في غاية الإشكال .

﴿ولو باع أرضاً جرباً مَعِينَةً فنقصت فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء بالثمن وفي رواية : له أن يفسخ أو يمضي البيع بحصتها من الثمن . وفي الرواية إن كان للبائع أرض بجانب تلك الأرض لزم البائع أن يوفيه منها ويجوز أن يبيع مختلفين صفقة وأن يجمع بين سلف وبيع ﴾ .

أما ثبوت الخيار فلتخلف الوصف باعتبار و بعض الصفقة باعتبار آخر ، وأما الإمضاء بتمام الثمن فنظر القائل إلى أن المبيع نفس الأرض و نقصانها بمنزلة تخلف الوصف و في صورة تخلف الوصف ليس للمشتري الاختيار بتمام الثمن أو الفسخ ، و نظر القائل بالإمضاء بحصتها إلى مخالفة الوصف في المقام مع ساير الموارد لأن الناقصة جزء حقيقة مضافاً إلى خبر عمر بن حفظة المنجبر قال : فيه « رجل باع أرضاً على أن فيها عشرة أجرة فاشترى المشتري منه بحدوده و نقد الثمن و وقع صفقة البيع و افترقا ، فلما مسح الأرض فإذا هي خمسة أجرة قال : إن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض و إن شاء رد المبيع و أخذ ماله كله إلا أن يكون إلى جنب تلك الأرض له أيضاً أرضون فليوفيه و يكون البيع لازماً له ، و عليه الوفاء بتمام البيع ، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله ، و إن شاء رد الأرض و أخذ المال كله » (١) و اشتمال هذا الخبر على ما لا نقول به لا يمنع عن العمل به ، و يمكن أن يقال : مع قطع النظر عن الخبر المذكور نظر المتبايعين بل نظر العرف تارة إلى القطعة من الأرض بلا توجه إلى مقابلة أجزاء الثمن مع أجزاء الأرض بل يكون التوجه إليها لرفع الغرر كصورة بيع الدار حيث إنه لا يكون النظر إلى مقابلة أجزاء الثمن مع أجزاء الدار فيكون التخلف من باب تخلف الوصف و مع الإمضاء لا يرد شيء من الثمن ، و تارة أخرى يكون التوجه إلى الأجزاء كصورة بيع مقدار من الحنطة و نقصان شيء منه . فلا بد من استرداد حصته ، و أما جواز بيع المختلفين و الجمع بين سلف و بيع فالظاهر عدم الإشكال فيه لشمول العمومات و لا يلزم العلم بثمرن أجزاء المبيع ، و ما يقابل كل جزء منه من الثمن ،

نعم ربما يستشكل في صورة الجمع بين مثل البيع والإجارة حيث إنه لا بدّ في كلّ من البيع والإجارة العلم بما يقابل المبيع ، وما يقابل المنفعة والاكتفاء بالعلم بمجموع ما يقابلهما مشكّل ، وأيضاً العقد بهذا النحو غير متعارف فيشكّل في شمول الأدلّة ، و ربما يشكّل في شمول الأدلّة في صورة الجمع بين البيع والسلف من هذه الجهة ، وعلى تقدير الصحة يترتب على كلّ جزء حكمه .

الخامس في العيوب و ضابطها ما كان زائداً عن الخلقة الأصليّة أو ناقصاً ، و إطلاق العقد يقتضي السلامة فلو ظهر عيب سابق تخيير المشتري بين الرّدّ والأرض ولا خيرة للبائع ، و يسقط الرّدّ بالبراءة من العيب ولو إجمالاً ، وبالعلم به قبل العقد ، و بالرّضا بعده ، و بحدوث عيب عنده . و بإحداثه في المبيع حدثاً كركوب الدابة و التصرف الناقل و لو كان قبل العلم بالعيب .

لما كان حكم الرّدّ والأرض في الأخبار معلقاً على العيب و العوار فلا بدّ من معرفتهما . أمّا العوار ففي الصحاح أنّه العيب . و أمّا العيب فالظاهر من اللّغة و العرف أنّه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه و بين الكمال بالصحة ما يقتضيه أصل الماهيّة المشتركة بين أفراد الشيء لو خلى وطبعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه ، و قد يقال : إنّ المدار في العيب المعلق عليه الحكم هو العرف ، و الظاهر أنّ المعيار عندهم هو النقص الموجب لنقصان المائيّة . سواء كان بزيادة عينيّة أو وصفيّة أو نقصان كذلك ، و المراد من الوصف أعمّ من الاعتباري ككون المزرعة ثقيلة الخراج و إن شئت فقلّ إنّ الخرج عن مقتضى الطبيعة الأوّليّة أو الثانويّة بما يوجب منقصة فيه توجب نقصان القيمة ، و يمكن أن يقال : بعض الأشياء مقول على أفرادها بالتشكيك فالردي منه معيب عند العرف مع أنّه ما خرج عن الخلقة الأصليّة ، و لا عن مقتضى الطبيعة الأوّليّة ، و لا الثانويّة ، و ليست على خلاف ما يقتضيه أصل الماهيّة فالأولى الإحالة إلى العرف ، و قد يكون وصف واحد بالنسبة إلى بعض الأشخاص موجباً لزيادة الرّغبة و بذل المال باعتباره ، و بالنسبة إلى بعض آخر موجباً لقلّة الرّغبة و نقص الثمن باعتباره ، ثمّ إنّ بناء على ما ذكر من تعريف العيب بالخروج عن الخلقة

الأصلية أو الخروج عن مقتضى الطبيعة الأولية أو الثانوية يكون طريق استكشاف ما هو مقتضى الخلقة أو مقتضى الطبيعة ملاحظة أغلب الأفراد بملاحظة حال أغلب الأفراد يستكشف حال الطبيعة المشتركة ، و بملاحظة حالها يستكشف حال الفرد المشكوك ، وليس هذا من الاستدلال الجزئي على الجزئي لكن يشكل من جهة احتمال كون الماهية مقولة بالتشكيك ، ففقدان بعض الأفراد ما في الفرد الآخر ليس عيباً بل يشكل تشخيص كون الأفراد المختلفة تحت نوع واحد ، و لذا احتمل كون الخنثى طبيعة ثالثة وعلى هذا كيف يستكشف بملاحظة أغلب الأفراد كون ما فيها مقتضى الطبيعة ومع فقده في بعض الأفراد يترتب أحكام العيب ، نعم عند الاطلاق ينصرف إلى ما هو واجد لما في أغلب الأفراد فمع فقدان يتخير من انتقل إليه من باب خيار تخلف الوصف و هذا غير خيار العيب وكيف كان إطلاق العقد يقتضى السلامة بمعنى أن إطلاقه يقتضى وقوعه مبنياً على سلامة العين من العيب وإنما ترك اشتراطه صريحاً اعتماداً على أصالة السلامة وإلا لم يصح من جهة الجهل بصفة العين الغائبة وهي صحتها التي هي من أهم ما يتعلق به الأغراض و قد اتفقوا في بيعها على اشتراط ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة اعتماداً على الأصل و ليس هذا من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه المنع بل من باب الاشتراط كاشتراط الكتابة في العبد الخارجي لكن قد سبق الإشكال في صحة الاشتراط بمعنى الالتزام في الأمور الخارجة عن اختيار المشروط عليه حتى بالنسبة إلى بعض مقدّماته بل يرجع الأمر إلى وقوع البيع على العين الموصوفة فمع تخلف الوصف يتحقق الخيار فلو ظهر عيب سابق تخيير المشتري بين الردّ والأرش و يدل على الردّ الأخبار المستفيضة منها مرسل جميل عن أحدهما عليه السلام «في الردّ يشرى الثوب أو المتاع فيجد به عيباً قال : إن كان قائماً ردّه على صاحبه و أخذ الثمن وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب»^(١) و الأخبار الآتية وأمّا التخيير بين الردّ والأرش فلا يستفاد منها إلا أنه ذكر في الرضوي «فإن خرج السلعة معيباً و علم المشتري بالخيار إليه إن شاء ردّه و إن شاء

أخذه أو ردّ عليه بالقيمة أرش العيب» وظاهره كما في الحقائق التخيير بين الرّدّ وأخذه بتمام الثمن و أخذ الأرش ، و يحتمل زيادة الهمزة في لفظة «أو» و يكون واو العطف فيدلّ على التخيير بين الرّدّ والأرش فإن تمّ الإجماع على التخيير بين الرّدّ والأرش وإلاّ يشكّل ، ثمّ إنّ ظاهر المتن أنّ لظهور العيب مدخليّة في ثبوت الخيار كما ذكر هذا في خيار الغبن و إنّ ظهور الغبن دخيل في ثبوت الخيار و الظاهر أنّ نفس العيب موجب للخيار والظهور طريق و ما في المرسل المذكور آفأ من قوله فيجد به عيباً لعله من كلام السائل فلا يوجب التقييد بل خيار العيب من الخيارات الثابتة عند العقلاء مع قطع النظر عن تدينهم فإنّ المعيب مردودٌ عندهم فصار ممضى للشرع مع بعض التصرفات من الشرع فالتخيير بين الرّدّ و الأرش إنّ ثبت بالإجماع فهو مخصوص بالمشتري و الخيار المحقق عند العقلاء الممضى بالنسبة إلى الرّدّ والإمساك بتمام الثمن بدون الأرش وأما سقوط الرّدّ بالبراءة من العيب وبالعلم به قبل العقد فالظاهر عدم الخلاف فيه و يدلّ عليه قول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح على المحكيّ : « أيّما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار ولم يتبرّء إليه ولم يتبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثمّ علم بذلك العوار وبذلك العيب فإنّه يمضى عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الدّاء والعيب من ثمن ذلك لولم يكن به » ^(١) حيث دلّ بمفهومه أنّه مع التبرّي لأخيار حتى يكون إحداث الحدث موجباً للزوم البيع ومضيه ، ومكانة جعفر بن عيسى قال : « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي فإنّ نادى عليه برىء من كلّ عيب فيه ، فإنّ اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلاّ نقد الثمن فربما زهد فإنّ زهد فيه ادعى فيه عيوباً و أنّه لم يعلم بها فيقول له المنادي : قد برئت منها فيقول له المشتري : لم أسمع البراءة منها أصدّق ، فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدّق فيجب عليه الثمن ؟ فكتب عليه السلام أنّ عليه الثمن - الخبر » ^(٢) ثمّ إنّ البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور : الأوّل تعهد سلامة المبيع من

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٣٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٣٦ .

العيوب فلا يترتب على ظهور العيب ردّ ولا أرض فكأنه باعه على كلّ تقدير ، الثاني ضمان العيب ومقتضاه عدم ضمانه بمال و مرجعه إلى إسقاط الأرض ، الثالث حكم العيب ومعناه البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب ، واستظهر عرفاً المعنى الأوّل مع أنّ الأُنبب بمعنى البراءة الثاني ، واستبعد الثالث وإن حكي عن التذكرة ، ويمكن أن يقال : البراءة من تعهد السلامة لاتصحّ إلا مع إمكان التعهد بما يكون خارجاً عن اختيار البائع ، فمع خروج السلامة عن الاختيار كيف يصحّ التعهد بها حتّى يصحّ البراءة من التعهد فلا بدّ أن يرجع البراءة إلى البراءة من تبعات العيب وما هو الظاهر من تبعاته الخيار وحقّ ردّ المعيب ، وأمّا الأرض فالظاهر ثبوته بحكم الشرع ولولا حكم الشرع فالظاهر عدم ثبوته بنظر العرف بخلاف حقّ الردّ فإنه حقّ ثابت عند العرف والشرع فحمل البراءة على البراءة من خصوص ضمان المال بعيد ، ثمّ إنّ ظاهر المتن ثبوت الردّ فقط دون الأرض ويظهر من بعض الكلمات سقوطهما وإثبات سقوط الأرض من الصحيحة والملكبة المذكورتين مشكلاً إلا أن يقال ثبوت الأرض خلاف الأصل وينحصر ثبوته في ما كان للمشتري اختيار الردّ إن تمّ الإجماع على التخيير أو كان له الردّ ولكن منع من الردّ من جهة أخرى كإحداث الحدثوفي صورة التبرّي لم يثبت الخيار أصلاً .

و أما سقوط الخيار بالعلم بالعيوب فلما ورد في الأخبار ثمّ علم بذلك العيب أو وجد فيه عيباً أو لم يبيّن له وظاهر هذه العبارات الموضوعيّة للحكم والكلام في سقوط الأرض هو الكلام السابق . و أما السقوط بالرّضا بعده فإن كان بنحو الالتزام القولي أو الفعلي فلا إشكال فيه ، ويدلّ عليه في صورة التزام الفعلي ما تقدّم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضا بالبيع ولذا تعدّى إلى خيار المجلس والشرط وأمّا مجرد الرّضا الباطني فالظاهر عدم كفايته وإن احتمل كفايته في إجازة الفضولي لكنّه خلاف التحقيق فإنّ الإجازة من الأمور الإنشائيّة فحال الالتزام بالبيع في المقام حال الفسخ في أنّه أمر إنشائيّ ينشأ تارة باللفظ وأخرى بالفعل . و أما السقوط بحدوث عيب عند المشتري بعد القبض والخيار فهو المشهور بل ادّعى عليه الإجماع ، و يمكن

الاستدلال عليه بمرسلة جميل المتقدمة فإن قيام العين المذكور فيها وإن لم يناف بظاهره مجرد نقص الأوصاف إلا أن الظاهر بقريئة التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب وخطاؤه وصبغه ما يقابل تغيير الأوصاف ولولم يوجب أرساً كصبغ الثوب وخطاؤه بل لا يبعد شموله لصورة حصول الزيادة كالسمن وتعلم الصنعة وإن دفع هذا الاحتمال بأن الظاهر من قيام العين بقاؤها بمعنى أن لا تنتقص ماليتها لا بمعناه أن لا تزيد ولا تنقص لأن صبغ الثوب أو خطاؤه كثيراً ما يوجب زيادة المالمية أو لا ينقص بهما مالمية الثوب ومع هذا حكم بعدم الرد وقد يقال بحصول النقص في المالمية في صورة صبغ الثوب أو الخياطة بحصول الشركة للمشتري مع البائع مع الرد ويشكل الفرق بين الصبغ والسمن حيث يقال في صورة الصبغ بحصول الشركة مع الرد وفي صورة الثمن بعدم حصول الشركة مع أن الصبغ بنظر العرف لا يوجب إلا زيادة وصف غير عينية، وهل يمكن الحكم بغصية الثوب المصبوغ بشيء مغضوب من جهة الشركة العينية على أن الصبغ والخياطة قد يكون بفعل الغير لا بفعل المشتري .

وأما سقوط الرد باحداث المشتري حدثاً في المبيع فالدليل عليه قول أبي - جعفر عليه السلام في الصحيح المذكور سابقاً على المحكي « فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار وبذلك العيب فإنه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لولم يكن به » ^(١) إنما الإشكال في أن إحداث الحدث مساوق لعدم قيام العين أوهما أمران كل منهما يوجب سقوط الرد ، وفي المراد من الحدث وأنه هو الذي فسر في خيار الحيوان لا يبعد أن يقال : إنهما أمران مستقلان كل منهما سبب مستقل لسقوط الرد فإن وطى الجارية لا ينافي قيام العين ويكون حدثاً فيها فلا وجه لحملها على أمر واحد ، نعم قد يستبعد حمل الحدث هنا على ما فسر به الحدث في خيار الحيوان لما ورد في بعض الأخبار من رد الجارية بعد مالم تحض ستة أشهر عند المشتري ورد المملوك في إحداث السنة حيث يبعد التقييد بصورة عدم التصرف .

ويمكن أن يقال: لازم ما ذكر حمل الحدث في خيار الحيوان على معنى غير المعنى العرفي نظير المعاني المصطلحة في العرف الخاص وليس كذلك فلاحظ ما في صحيحة ابن رثاب « فان أحدث المشتري في ما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضاً منه ولا شرط له قيل له: وما الحدث؟ قال: أن لامس أو قبل أو نظر - الخ »^(١) وفي صحيحة الصغار كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى دابة من رجل فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ - الخ - فوقع عليه السلام إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء »^(٢) وأيضاً لازم ما ذكر أن يقال في مثل الجارية لمسها أو تقبيلها بالنسبة إلى خيار الحيوان يكون رضاً بالبيع بالنسبة إلى خيار الحيوان وليس رضاً بالنسبة إلى خيار العيب فمجرد الاستبعاد لا يوجب رفع اليد عن ظاهر الدليل. وأما التصرف الناقل فهو ملحق بعدم قيام العين، نعم يشكل الإلحاق في ما لو نقل ثم رجع العين إلى المشتري الناقل بفسخ أو انفساخ لا ينقل جديد حيث إن الرجوع المذكور بمنزلة إعادة المعدوم فيصدق قيام العين.

﴿ وأما الأرض فيسقط بالثلاثة الأول دون الأخيرين ويجوز بيع المعيب وإن

لم يذكر عيبه وذكره مفصلاً أفضل ﴾ .

أما سقوط الأرض بالعلم والتبرّي فلما في صحيح زرارة المتقدم حيث يظهر منه أن أصل الخيار معلق على عدم التبرّي وعدم تبين العيب وخصوص الأرض معلق على إحداث شيء في المبيع، وأما سقوطه بمجرد الرضا فقد عرفت الإشكال في كفايته في لزوم العقد ومع الانشاء الأعم من القولي والفعلّي والالتزام بالعقد فبمجردة يشكل سقوط الأرض، ألا ترى أن بعض التصرفات يعدّ رضاً بالبيع ومعه لا يسقط الأرض نعم مع إسقاط أصل الخيار الظاهر سقوط الأرض أيضاً معه، وظهوره عدم سقوط الأرض بالأخيرين بما في المرسلة المتقدمة حيث حكم فيها بسقوط الردّ وثبوت الأرض في صورة قطع الثوب والخياطة والصبغ وكذا ما في الصحيح المتقدم من سقوط الردّ وثبوت الأرض

(١) المصدر ص ١٢٥ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ١٣٨ .

مع إحداث شيء في المبيع .

وأما جواز بيع المعيب وإن لم يذكر عيبه فمع خفاء العيب يشكل من جهة صدق الغش نعم الظاهر أن الحرمة تكليفية مع صدق الغش فلا يوجب فساد البيع نعم مع خلط المبيع بغير جنسه لا بنحو يكون غير الجنس مستهلكاً يقع الإشكال من جهة الجهالة الموجبة لبطلان البيع .

﴿ ولو ابتاع شيئين فصاعداً صفقة فظهر العيب في البعض ، فليس له ردُّ المعيب منفرداً ، وله ردُّ الجميع أو الأرش . ولو اشترى اثنان شيئاً صفقة فليهما الردُّ بالعيب أو الأرش وليس لأحدهما الانفراد بالردِّ على الأظهر ﴾ .

استدلَّ للمنع عن ردِّ خصوص المبيع بأنه ناقص من جهة حدوث التفريق فيه وهذا النقص يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح فهو أولى بالمنع عن الردِّ من نسيان الدأبة الطحن وهذا الضرر وإن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيواناً فرداً المشتري بخيار الثلاثة إلا أنه يوجب الضرر على المشتري إذ قد يتعلّق غرضه بإمسك الجزء الصحيح ، ويدلُّ عليه النصُّ المانع من الردِّ بخياطة الثوب والصبغ فإنَّ المانع فيها ليس بالأحصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ والخياطة لا تغيير الهيئة ولذا لو تغيير بما يوجب الزيادة كالسمن لم يمنع عن الردِّ قطعاً .

و يمكن أن يقال : بعد اختصاص خيار العيب بخصوص المعيب دون غيره وإن وقع البيع عليهما صفقة واحدة لاوجه لردِّ المجموع نظير ما لو باع الحيوان وغيره صفقة واحدة فإنه لاوجه لثبوت الخيار ثلاثة أيام لغير الحيوان فرداً المجموع لاوجه له ، وبعبارة أخرى المانع للردِّ إما أن يكون عدم القيام بالمفروض القيام واما إحداث حدث في العين فلا إحداث في البين ولازم ما ذكر عدم ثبوت خيار العيب لأنَّ المجموع ليس معيباً حتى يردُّ بالعيب والمعيب لا يردُّ من جهة النقص المانع من الردِّ بالتقريب المذكور .

وأما ما ذكر من أن المانع في صورة الصبغ والخياطة حصول الشركة فقد سبق الإشكال فيه . وأما التمسك بقاعدة نفي الضرر فلم يظهر وجهه فإنَّ خيار العيب مدركه

الأخبار وإلا كان اللازم أن يدور الحكم مدار الضرر الشخصي و كثيراً ما لا ضرر في البين ، وقد يرد المعيب ولا يفسخ البايع ، نعم لا يبعد الإشكال في صورة كون عين شخصية بعضها معيباً لإمكان تعلق الخيار بالمجموع فرد المبيع خلاف ما لعله المسلم من عدم جواز التبعض في متعلق الخيار ، ولا يبعد أن يقال في هذه الصورة أيضاً ربما يكون نسبة العيب إلى المجموع لأعلى الحقيقة فلو باع مناً من الحنطة مثلاً ونصفه معيب مع امتيازها عن النصف الآخر لا ينسب العيب إلى المجموع بنحو الحقيقة فأى مانع من جريان خيار العيب بالنسبة إلى النصف المعيب وإلا فلا بد من الصبر عليه بلا رد ولأرش، وأما صورة اشتراء اثنين شيئاً صفقة فعدم جواز رد أحدهما دون الآخر مبني على عدم التبعض في الخيار ومن هذا الباب مالو ورث اثنان أو أكثر الخيار من مورثهم وقيل بثوت الخيار لكل منهما بالنسبة إلى سهمه ، ومستند المانع أن الخيار حق واحد غير قابل للتجزئة متقوم باثنين ولا دليل على تعدد الخيار إلا إطلاق الفتاوى والنصوص من أن من اشترى معيباً فهو بالخيار الشامل لمن اشترى جزءاً من المعيب لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه إلى غير المقام ، ولوسلمنا الظهور لكن لا ريب في أن رد هذا المبيع منفرداً عن الآخر نقص حدث فيه بل ليس قائماً بعينه .

و يمكن أن يقال : لا مانع من شمول النصوص الرأجة إلى خيار العيب وكما ينحل البيع مع صفقة واحدة إذا بيع ما يملك و مالا يملك كذلك ينحل الاشتراء إلى اشتراءين فيشملة دليل ثبوت الخيار كخيار المجلس وخيار الغبن فالثابت خياران لا خيار واحد ، وبهذا يفرق عن الخيار الواحد الثابت للمورث حيث ورثة الوارثان فلا يلزم المنع هناك المنع في المقام .

و أما ما ذكر من أن العين ليست قائماً بعينها ، فيمكن أن يقال فيه ما انتقل إلى أحد الشريكين قائم لم يحدث فيه شيئاً .

والوطء يمنع رد الأمة إلا من عيب الحبل ، ويرد معها نصف عشر قيمتها .

أما منع الوطي رد الأمة فيدل عليه النصوص المستفيضة منها صحيحة ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية فوقع عليها ، قال : إن وجد فيها عيباً

فليس له أن يردّها ، ولكن يردّ عليه بقدر ما نقصها العيب ، قال : قلت هذا قول عليّ عليه السلام ؟ قال : نعم^(١) . وصحيحة ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « أنه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها ثم يجد بها عيباً بعد ذلك قال : لا يردّها على صاحبها ولكن يقول ما بين العيب والصحة و يردّها على المبتاع معاذ الله أن يجعل لها أجراً »^(٢) ورواية ميسر عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « كان عليّ عليه السلام لا يردّ الجارية بعيب إذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب وكان يقول معاذ الله إن أجعل لها أجراً - الخبر »^(٣) .

ثم إن المشهور استثنوا عن عموم هذه الأخبار لجميع أفراد البيع الحمل فإنه عيب إجماعاً كما عن المسالك إلا أن الوطاء لا يمنع الردّ بل يردّها ويردّ معها العشر أو نصف العشر على المشهور بينهم واستندوا في ذلك إلى نصوص مستفيضة منها صحيحة ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام « عن رجل يشتري جارية حبلى ولم يعلم بحبلها فوطئها قال : يردّها على الذي ابتاعها منه و يردّ عليها نصف عشريمتها لنكاحه إياها ، وقد قال عليّ عليه السلام : لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و يوضع عشر من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها »^(٤) .

و رواية عبد الملك بن عمرو ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا تردّ التي ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها وله أرش العيب و تردّ الحبلى ويردّ معها نصف عشريمتها »^(٥) و زاد في الكافي : وفي رواية أخرى « إن كانت بكرأ فعشر ثمنها و إن لم يكن بكرأ فنصف عشر ثمنها » .

و مرسله ابن أبي عمير عن سعيد بن يسار قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع جارية حبلى وهو لا يعلم فينكحها الذي اشتري ، قال : يردّها و يردّ نصف عشر

(١) الكافي ج ٢ ص ٢١٤ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٣٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٥ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٣٥ .

(٣) الوسائل أبواب أحكام العيوب ب ٤ ح ٨ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٣٥ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ١٣٥ والكافي ج ٥ ص ٢١٤ .

قيمتها» (١) ويقرب جداً أحمل هذه الأخبار كثيراً على صورة كون الحمل من المولى ووجوب ردّ الجارية من جهة بطلان البيع لكونها أمّ الولد. ويقرب هذا ظهور جملة الخبرية في وجوب الردّ ولو كان الردّ من باب ردّ المبيع من جهة الخيار لما تعيّن الردّ و من جهة لزوم العقر مع أنّ الوطى في غير هذه الصورة وطى في الملك ، وظهور قول السائل في المرسله « باع جارية حبلى و هو لا يعلم» في بيع أمّ الولد وقد يقال : بظهور صحیحة ابن سنان في مقالة المشهور من حمل الأخبار المذكورة على صورة بيع الجارية الحبلى مع كون الحمل من غير المولى من جهة نقل كلام أمير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه حيث إنّه لو كان مورداً لسؤال اشتراء أمّ ولد كان ذكر كلام أمير المؤمنين عليه السلام غير مرتبط بمورد السؤال ، ويحمل الجملة الخبرية على جواز الردّ من جهة توهم الحظر من جهة الوطى ولا مانع من لزوم العقر ولو كان في ملكه للدليل الخاص وإن كان على خلاف القاعدة .

و يمكن أن يقال : حمل الرّوايات على صورة كون الحمل من غير المولى مع غلبة كونه من المولى في غاية البعد . و أمّا نقل قول أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام فلعله من جهة تقسيم الجارية الموطوءة بعد البيع و أنّها إن كانت أمّ ولد للمولى يجب ردّها لعدم صحّة بيعها و إن كانت حاملاً فلا تردّ من جهة الوطى مع صحّة بيعها ، و الحاصل أن وطى الجارية المشتراة مانعة عن الردّ إلا إذا كانت حاملاً من المولى فإنّه يجب ردّها حتى مع الردّ لبطلان البيع ، و لعلّ ما في هذه الأخبار من وجوب الردّ لبيان عدم صحّة بيع أمّ الولد ، نعم لو كان عدم صحّة بيعها من الضروريات المعلوم لكلّ أحد لكان السؤال في الرّوايات محمولاً على الاشتراء الصحيح الغير الواقع على أمّ الولد وليس كذلك هذا والمسألة بعد لا تخلو عن شوب الإشكال ، ثمّ إنّ المحكيّ عن المشهور إطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر و لعلّ الإطلاق في كلماتهم كإطلاق النصوص منصرف إلى الغالب من كون الحامل ثيباً فلا ينافي ثبوت العشر لو كانت بكرأ من جهة مرسله الكافي المذكورة المنجبرة بما ادّعى في السرائر من عدم الخلاف على

اختصاص نصف العشر بالثيب وثبوت العشر في البكر .

﴿ وهنا مسائل : الأولى التصرية تدليسٌ يثبت بها خيار الردّ ويردّ معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذّر . وقيل : صاعٌ من برّ . الثانية الثبوتة ليست عيباً . نعم لو شرط البكرة فثبت سبق الثبوتة كان له الردّ ، ولولم يثبت التقدم فلاردّ لأنّ ذلك قد يذهب بالنزوة ﴾ .

فسرت التصرية بجمع اللبن في الضرع أياً ما ليظنّ الجاهل أنّها حلوب ، وقد ورد النهي عنها في الأخبار العامية وعن الصدوق . قدّس سرّه . في معاني الأخبار عن محمد بن هارون الزنجاني ، عن عليّ بن عبدالعزيز ، عن أبي عبدالله عليه السلام رفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله « لاتصروا الإبل والغنم فانه خداع ومن اشترى مصراًة فانه يتخير بأحد النظرين إن شاء ردّها وردّها معها صاعاً » (١) وقد قيل : إنّ الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور لعدم وجوده في كتب الأخبار ومن طرقنا حسن الحلبي « عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ، ثم ردّها قال : إن كان في تلك الأيام يشرب لبنها ردّها معها ثلاثة أمداد وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء » (٢) ولا دلالة فيه على أنّها كانت مصراًة قد يقال : لا إشكال في كون التصريّة تدليساً محرماً كما لا إشكال في كونها في الشاة يثبت بها الخيار بين الردّ والإمساك وادّعي عليه الإجماع بل في محكي الخلاف أنّ أخبار الفرقة عليه أيضاً مضافاً إلى خبر الضرار الذي هو مستند أصل الخيار في التدليس ، ويمكن أن يقال : إنّ تمّ الإجماع أو حجّية الأخبار المرويّة عن طرق العامة من جهة اعتماد الأصحاب فلا إشكال وإلا فثبت الحكم من جهة حرمة التدليس أو خبر نفي الضرار مشكلاً أمّا التدليس فمن الواضح أنّه لا يثبت الخيار فمن اشترى الشاة من غير توجّه إلى كونها حلوباً ولم يكن هذه الجهة داعية إلى اشترائها من أين يثبت له الخيار وكيف يتضرّر مع عدم الغبن نعم يتحقق تخلف الوصف لو كان الاشتراء مبنياً على كونها حلوباً ، ثمّ على فرض تماميّة ما ذكر سوى الإجماع

(١) المصدر ص ٢٨٢ وفيه « وهو بآحر النظرين - الخ ، » .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٣ . والنهذب ج ٢ ص ١٢٥ .

لا وجه للتخصيص بالشاة بل لا بد من التعميم بالنسبة إلى الناقة والبقرة .
 و أما لبن المبيعة الموجود حال البيع فيجب رده إذا رد المبيعة لأنه بعض المبيع أو
 يكون تابعاً له لولم نقل بكونه من قبيل الثمرة خارجاً عن المبيع لا بد في نقله إلى
 التصريح بانضمامه ولو بنحو الاشتراط كإضمام حمل الدابة وعلى فرض الخروج لا بد
 من رده أو ردّ بدله حتى مع إمساك المبيع ومع التلف لا بد من ردّها لأن اللبن
 مثلي ، وأما صورة التعذر فحاله على القاعدة حال سائر المثليات المتعدّرة المثل إن
 طالب المالك يعطى القيمة وإن صبرفله إلى أن يوجد المثل .

و أما وجوب ردّ صاع من برّ مع التعذر فقد حكى عليه الإجماع كما عن
 الخلاف أن عليه إجماع الفرقة وأخبارهم ، و أما ما نسب إلى جماعة من أنه يردّ
 ثلاثة أمداد من طعام فلم نجد له شاهداً سوى حسن الحلبي المذكور الذي سبق أنه لا
 تقلّ على حكم التصرية لكنّه مع حجّيته يستفاد منه حكم اللبن وإن كان غرامة
 اللبن الغير الموجود حال البيع من باب التعبد لأنه على القاعدة ملك المشتري و
 الفسخ يوجب رجوع العين إلى البائع من حين الفسخ . ثم إنّه لم يظهر وجه حمل
 الأمداد فيه على خصوص الطعام و على فرض حجّية ما ذكر للقولين لا بد من التخيير .
 و أما عدم كون الثبوبة عيباً في الإماء فقد علّل بغلبتها فيهن فكانت بمنزلة
 الخلقة الأصلية واستدلّ عليه أيضاً برواية سماعة المنجيرة بعمل الأصحاب على ما
 ادّعاه المستدلّ « عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك ، قال : لا تردّ
 عليه ولا يجب عليه شيء أنه قد يكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها » (١) ونوقش
 في الوجه الأوّل بأن وجود الصفة في أغلب الأفراد إنّما يكشف عن كونها بالخلقة
 الأصلية في صورة عدم معلومية الخلقة و أما مع المعلومية والعلم بكون النقص
 فيها موجب لنقص المالمية كما في ما نحن فيه فلا ، غاية ما تفيد الغلبة هنا عدم تنزيل
 إطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة و عدم ثبوت
 الخيار بوجودها .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢١٥ . والتهذيب ج ٢ ص ١٣٦ .

وأما رواية سماعة فلا دلالة لها على المقصود لتعليقه بالتعليق عدم الردّ مع اشتراط البكارة باحتمال زهابها لعارض وقدح هذا الاحتمال إما لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضموناً على البائع وإما لأنّ اشتراط البكارة كناية عن عدم وطئ أحد لها فمجرد ثبوتها لا توجب تخلف الشرط الموجب للخيار بل مقتضى تعليل عدم الردّ بهذا الاحتمال أنّه لو فرض عدمه لثبت الخيار فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعيّ فعدمها نقص فالأقوى أنّ الثبوت عيب ومن جهة الغلبة في الإماء لم يقتض إطلاق العقد سلامتها عن ذلك وتظهر الثمرة في مالو اشترط في متن العقد السلامة عن العيوب مطلقاً أو اشترط خصوص البكارة فإنّه يثبت بفقدها التخيير بين الردّ والأرض .

ويمكن أن يقال : إن كان المدار في العيب أن يعدّ صفة عيباً عند العرف فالثبوتية في صنف الإماء لا تعدّ عيباً ولا يوجب نقصاً في مالية الإماء ، نعم البكارة تعدّ كمالاً لها توجب زيادة في المالية وعلى هذا فلو اشترط السلامة عن العيوب لا تشمل الثبوتية ، نعم لو اشترط البكارة فالتخلف يوجب خيار تخلف الوصف لا خيار العيب ، وما ذكر سابقاً في تعريف العيب الظاهر أنّه بحسب الغالب ، ألا ترى أنّ الختان وخفض الجوّاري وثقب الآذان خروج عن الخلقة الأصلية وليست موجبة للعيب بل موجبة للكمال . وأما ما ذكر من أنّه مع غلبة الصفة لا ينزّل الإطلاق على التزام سلامة المعقود عليه فقد سبق الإشكال فيه من جهة أنّ الالتزام بالأموال الخارجة عن الاختيار كيف يصحّ حتى يفرّق بين ما نحن فيه وسائر الموارد بل العقد واقع على السالم من دون التزام بالسلامة في سائر الموارد وفي مثل المقام ليس كذلك .

وأما ما ذكر من عدم دلالة الردّ رواية على المقصود ففيه نظر من جهة أنّ الظاهر أنّ البائع باع الجارية على أنّها بكرٌ بمعنى أنّها لم يطئها أحد فوجدت فاقدة للبكارة فأجاب بأنّها لا تردّ عليه ولا يجب عليه شيء من جهة احتمال زوالها بالمرض ، أو أمر يصيبها ولا إشكال في أنّ زوال البكارة بالمرض أو إصابة أمر لا يرفع العيب الحاصل بالزوال إن فرض الزوال عيباً ولازمه حصول خيار العيب فللمشتري الردّ أو الأقسام مع الأرض فبالجواب بأنّها لا تردّ على البائع ولا يجب عليه شيء يستكشف عدم العيب ،

نعم يمكن الإشكال من جهة عدم معلومية استناد العلماء في فتاويهم إلى الخبر المذكور .
 الثالثة لا يردُّ العبد بالإباق الحادث عند المشتري . ويردُّ بالسابق . الرابعة
 لو اشترى أمة لا تحيض في سنة أشهر فصاعداً و مثلها تحيض ، فله الردُّ ، لأن ذلك
 لا يكون إلا لعارض . الخامسة لا يردُّ البزر ^(١) والزيت بما يوجد فيه من الثفل
 المعتاد ، نعم لو خرج عن العادة جاز ردُّه ، إذا لم يعلم .

لا إشكال ولا خلاف ظاهراً في أن الإباق عيب ويدلُّ عليه صحيحة أبي همام ففيها
 أن محمد بن علي قيل : و هو مجهول واحتمل كونه الحلبي فتكون الرأية صحيحة قال
 للرضا عليه السلام : « الإباق من أحداث السنة ، وقال : ليس الإباق من هذا إلا أن يقيم
 البيئته أنه كان أبق عنده » ^(٢) لكن في رواية محمد بن قيس أنه ليس في الإباق عهدة ، و
 يمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنة يكفي حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله عليه السلام :
 « إن العهدة في الجنون والبرص سنة بل لا بدَّ من ثبوت كونه كذلك عند البائع وهل يكفي
 المرأة عنده أو يشترط الاعتياد ، وقد يقوى كفاية المرأة ويشكل وكيف كان لا يردُّ العبد
 بالإباق عند المشتري و ليس هو من أحداث السنة . وأما عدم تحيض الأمة فهو عيب
 إذا كان من شأنها رؤية دم الحيض بحسب السن والمكان وغيرهما من الخصوصيات التي
 لها مدخلية في ذلك لأنه خروج عن الجري الطبيعي و لقول الصادق عليه السلام : على
 المحكمي و قد سئل « عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها
 ستة أشهر و ليس لها حمل ، قال : إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب
 تردُّ منه » ^(٣) .

أما التقييد بمضى ستة أشهر فلا دليل عليه والتقييد في الكلام السائل لا يوجب
 التقييد في موضوع الحكم .

و أما خصوصيات الأمكنة وغيرها فيشكل اعتبارها فلو نشأت الأمة في بلد تكون

(١) بالكسر و قيل بالفتح : دهن الكتان .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٧ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٣٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢١٣ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٣٦ .

عادة أهلها رؤية الدّم في كلّ شهر سبعة أيّام مثلاً ، ثمّ انتقلت إلى بلدة تكون عادة أهلها رؤية الدّم في كلّ شهر عشرة أيّام ولم تصر معتادة بعادة أهل هذه البلدة فهل يعدّ هذا عيباً ، فيه إشكال والظاهر أنّ قوله عليه السلام على المحكيّ : « إن كان مثلها تحيض » ناظر إلى السنّ لا الخصوصيّات الأخر .

و أمّا الثفل في مثل الدّهن والزّيّت فظاهر كلماتهم أنّه إن لم يكن خارجاً عن العادة لا يكون ما هو فيه معيباً لعدم الخلوّص غالباً وإن كان خارجاً عن العادة فما هو معيب . وفي رواية ميسّر بن عبدالعزيز قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : في الرّجل يشتري زقّ زيت فيجد فيه درديّاً ، قال : إن كان يعلم أنّ الدّردي يكون في الزّيّت فليس عليه أن يردّه ، وإن لم يكن يعلم فله أن يردّه » (١) نعم في رواية السكوني عن جعفر ، عن أبيه أنّ عليّاً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكّة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربّاً فخاصمه إلى عليّ عليه السلام فقال عليّ عليه السلام : لك بكيل الرّبّ سمناً ، فقال له الرّجل : إنّما بعته منه حكرة فقال عليّ عليه السلام : إنّما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك ربّاً » (٢) . قال : في الوافي اشترى المتاع حكرة أي جملة ، ويمكن أن يقال : من لا يعتبر بالغلبة ويجعل مثل ثيوبة الإماء عيباً لأنّها خلاف الخلقة الأصليّة وموجبة لنقصان المالّيّة لعلّه يشكل عليه القول بأنّ عدم الخلوّص ليس عيباً وإن رجعنا إلى العرف فلا إشكال ، نعم إذا كان مثل الدّهن والزّيّت خالصاً يزيد قيمته من جهة صفة الكمال ومع الزّيّادة عن المعتاد تارة بحيث يكون كإضمام جنس مغاير للمبيع فهو خارج عن محلّ الكلام يقع الكلام فيه من جهة صحّة البيع وفساده من جهة جهالة المبيع وإن لم يكن كذلك فما فيه يكون معيباً يردّ على البايع مع عدم علم المشتري ، ومع العلم لا خيار .

و أمّا رواية السكوني المذكورة فيمكن حملها على التراضي عن الناقص بأخذ مثله وإن كان مقتضى القاعدة ردّها ما يقابله من الثمن .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٣٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٣٦ .

﴿ السادسة لو تنازعا في التبرّي من العيب ولا بيّنة . فالقول قول منكره مع يمينه . السابعة لو ادعى المشتري تقدّم العيب ولا بيّنة . فالقول قول البائع مع يمينه مالم يكن هناك قرينة حال تشهد لأحدهما ﴾ .

وجه أن القول قول منكري التبرّي أصالة عدم البراءة الحاكمة على أصالة لزوم العقد . ويمكن أن يقال : العقد الواقع مردّد بين ما ذكر فيه التبرّي عن العيب ومالم يذكر فيه فالأصل عدم وقوع العقد الغير المذكور فيه التبرّي ، و بعبارة أخرى العقد الغير المذكور فيه التبرّي فيه الخيار ولم يحرز و ليس المقام من قبيل الاستثناء كقول القائل : أكرم الجار إلا الفاسق حتى يقال : الباقي تحت المطلق غير عنوان الفاسق لا الجار الغير الفاسق فيثبت جزء بالوجودان و جزء بالأصل ، بل ظاهر الدليل أخذ عدم التبرّي بنحو القيدية ولا يبعد تأييد هذا من مكاتبة جعفر بن عيسى قال : « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع في من يزيد و ينادى عليه المنادي فإذا نادى عليه برء من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشتري ورضيه و لم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد فيه فإذا زهد فيه ادعى عيوباً و أنه لم يعلم بها فيقول له المنادي : قد برئت منها ، فيقول المشتري : لم أسمع البراءة منها يصدق فلا يجب عليه أم لا يصدق؟ فكتب عليه السلام : إن عليه الثمن» (١) و لعلّ النظر في المكاتبة إلى الأصل وإن كان فصل الخصومة يحتاج إلى اليمين مع عدم البيّنة . والحاصل أنه مع عدم ثبوت العقد الخياري مقتضى الأصل بقاء الملكية لطرفي العقد و عدم تأثير الفسخ إلا أن يدعى أن الخيار حق وحداني له أسباب مختلفة يبقى بنيابة بعض منها مناب السبب الزائل كالخيمة الباقية بأعمدة متناوبة فللمشتري خيار الفسخ مادام في المجلس فإذا حصل الإفتراق يحتمل بقاء الخيار من سبب آخر أعني العيب ، وكذا للمشتري خيار الحيوان ثلاثة أيام فمع انقضاء الثلاثة يحتمل بقاء الخيار من جهة العيب فتأمل جيداً . و أمّا لو ادعى تقدّم العيب فقد يقال : بتقديم قول البائع من جهة الأصل حتى لو علم تاريخ الحدوث و جهل تاريخ العقد لأن أصالة عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب ، و يمكن أن يقال :

إن كان المراد من الأصل عدم العيب إلى زمان وقوع العقد فهذا لا يثبت وقوع العقد على الصحيح إن قلنا بأن الباقي تحت العام العقد الواقع على الصحيح وإن قلنا بأن الباقي ما كان عقداً ولم يقع على المعيب بنحو التركيب لا التقييد كما أشير إليه آنفاً فلا يبعد التمسك بالأصل هذا مع عدم شهادة القرينة ومعها لا مجال للأصل .

✽ الثامنة يقوّم المبيع صحيحاً ومعيّاً ، ويرجع المشتري على البايع بنسبة ذلك من الثمن . ولو اختلف أهل الخبرة رجع إلى القيمة الوسطى ✽ .

إذا علم قيمة الصحيح وقيمة المعيب فلا إشكال في أنه يؤخذ من البايع الأرش بتلك النسبة التي بين القيمتين إذا اختار المشتري الأرش أو تعيّن الأرش من جهة عدم جواز الرّدّ و إذا لم يكن القيمة معلومة فلا بدّ من الرّجوع إلى العارف بها وهو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعيّن أو مثله في الصفات وهذا داخل في الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر في الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة والأخبار عن الحسّ والتعدّد ، وقد يخبر عن نظره وحده من جهة الممارسة بالنسبة إلى أشباه هذا الشيء وإن لم يتفق إطلاقه على مقدار رغبة الناس في أمثاله وهذا يحتاج إلى الصفات السابقة وزيادة المعرفة والخبرة بهذا الجنس وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالصايغ العارف باصناف الذهب والفضة من حيث الجودة والرّداثة مع كون قيمة الجيّد والرّديّ محفوظة عند الناس والأظهر فيه أيضاً اعتبار الصفات ، ويمكن أن يقال : المعروف التفرقة بين الموضوعات والأحكام فباب الأخبار عن الموضوعات الخارجيّة باب الشهادة يعتبر فيه العدالة والتعدد والأخبار عن حسّ ولو من جهة الآثار كالأخبار عن العدالة من جهة إحساس الصلاح والأحكام فيكتفي فيها بالواحد العدل بل بالثقة بل بالوثوق بصدور الحكم ويشكل من جهة ملاحظة كثير من الموارد و ورود الدليل فيها على الاكتفاء بالواحد فمن الموضوعات أوقات الفرائض . ومنها عزل الموكل الوكيل ومنها كون الزوجة ذات بعل ولا مجال لدعوى الخصوصية بل الظاهر أنه يكون من باب إمضاء بناء العقلاء على ترتيب الأثر

بقول الثقة بل مع الوثوق والإطمينان ولولم يكن من جهة قول الثقة ، نعم دلّ الدليل في بعض الموارد على لزوم شهادة العدلين كما في باب المرافعات والقضاء فإذا أحرز بناء العقلاء بنحو يكون ما دلّ من العمومات والإطلاقات على النهي على العمل بالظنّ منصرفاً عما يكون بناؤهم عليه يؤخذ به ألا ترى أنّه لا يرى أحدٌ شمول ما دلّ على عدم جواز العمل بالظنّ لظواهر الألفاظ مع كونها ظنيّة مضافاً إلى ورود الدليل في موارد كثيرة ولا حظ بناء الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - يكتبون في التعديل والتوثيق في رجال الحديث بقول واحد من علماء الرّجال ولا يلتزمون بشهادة عدلين مع شرائط الشهادة ولا حظ أيضاً الاعتماد بالنسخ المكتوبة مع عدم العلم بحال الكاتب وعدالته وليس إلا من جهة حصول الوثوق بعد تطابق النسخ بالصحة ، ثمّ إنّ بنينا على ما هو المعروف فادّلة حجّية البيّنة تختصّ بما لو أخبر المخبر عن حسّ أو عن شيء غير محسوس كالمملكات لكن لها آثار محسوسة . وأمّا الإخبار عن النظر والحدس وهو القسم الثاني من الأقسام الثلاثة فالدليل لا يشملها مضافاً إلى الإشكال من جهة فرض عدم إطلاع المخبر على مقدار رغبة الناس والحال أن مقدار رغبة الناس دخيل في القيمة فإنّ بعض الأشياء يكون غالباً من جهة منافعه وبعض الأشياء يكون غالباً من جهة كثرة رغبة الناس ، وقد يكون شيء ذا منفعة مهمّة قابلة للتوجه لكنّه يكون رخيصاً قلّة رغبة الناس فكيف يقوّم مع عدم الإطلاع على مقدار رغبة الناس إلّا أن يدعى بناء العقلاء على الرجوع إلى أهل الخبرة فمع تماميّة إمضاء هذا البناء لا يشترط كونه عادلاً ولا يبعد التمسك بما دلّ على أخذ الأرش حيث إنّ الغالب أنّ الطريق قول أهل الخبرة ولا يمكن أن يحيل الحكيم إلى أمر لا طريق إليه .

وأمّا صورة اختلاف أهل الخبرة فالمعروف فيها كما في المتن الرجوع إلى القيمة الوسطى واستدلّ عليه بأنّه إذا فرض قيام البيّنة على الأقلّ وعلى الأكثر فكلّ منهما حجّة شرعيّة يلزم العمل بها فإذا تعدّ العمل بهما في تمام المضمون وجب العمل في البعض فإذا قومت إحديهما بعشرة فقد قومت كلّاً من النصف بخمسة وإذا قومت الأخرى بشمانية فقد قومت كلّاً من النصف بأربعة فيعمل بكلّ منهما في نصف المبيع

و قولاهما وإن كانا متعارضين في النصف أيضاً كالكلّ و يلزم بما ذكر طرح كلا القولين في النصفين إلا أن طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال أدلة العمل بكلّ بيّنة من طرح كليهما أو إحديهما رأساً و هذا معنى قولهم إن الجمع بين الدليلين والعمل بكلّ منهما ولو من وجه أولى من طرح أحدهما رأساً و يمكن أن يقال : إن هذا ربما يتم في صورة وجود مصلحة في مؤدى الطريق يجب استيفائها . و أما بناءً على الطريقيّة الصرفة فلا ، ألا ترى أنه لو كان نظر المسافر إلى الوصول إلى بلد و سئل أهل الخبرة و اختلف فهل يأخذ بقول كل من المختلفين ولا حظ تعارض البيّنتين في صورة التداعي فيحتمل التساقط والرّجوع إلى الأصل ، و يحتمل الرّجوع إلى المرجحات الأعدليّة و الأكثرية و يحتمل القرعة في تعيين الحجّة أو تعيين الواقع مع العلم بعدم خروج إحداهما عن الواقع .

و بالجملة ما ذهب إليه المعظم مشكّل وإن ورد دليل في باب الحجّ بهذا المضمون لكنّ التعديّ إلى مثل المقام مع ملاحظة ما ورد في سائر الأبواب مشكّل .

و قد أورد على احتمال الأخذ بالقرعة في المقام بأن قاعدة الجمع حاکمة على دليل القرعة لأنّ المأمور به هو العمل بكلّ من الدليلين لا بالواقع المرّد بينهما إذ قد يكون كلاهما مخالفاً للواقع فهما سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس فيجب مراعاتهما و أعمال أسبابها بقدر الإمكان و يتوجه عليه أنّه من أين ثبت سببية البيّنة ودليل اعتبار البيّنة أو قول أهل الخبرة في حقوق الناس وغيرها من الموضوعات بلسان واحد ، و ثانياً مع فرض السببية حيث لا يمكن سببية كلّ أيّ إشكال في تعيين السبب بالقرعة ، لا يقال القرعة تكون لتعيين الواقع المجهول عندنا فلا يشمل دليلها ما نحن فيه لو ردّ النقص بالقرعة لتعيين السهام في قسمة الأموال فإنه لا تعيّن في الواقع و في المقام أيضاً قد يقطع بعدم خروج الواقع عن مؤدّى الطريقيين و القرعة لكلّ أمر مشكّل .

و أورد على ما قيل في المقام من أن في الجمع مخالفة قطعية وإن كان فيه موافقة قطعية لكنّ التخيير الذي لا يكون فيه إلا مخالفة احتمالية أولى منه بأنّ ترجيح

الموافقة الاحتمالية الغير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها إنما هو في مقام الإطاعة والمعصية الراجعتين إلى الإتيان والتجزي حيث إن ترك التجزي أولى من تحصيل العلم بالإتيان بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس فإن مراعاة الجميع أولى من إهمال أحدهما رأساً ، ويمكن أن يقال : أمّا على السببية ففي التخيير ليس مخالفة احتمالية بل موافقة قطعية ومخالفة قطعية ، وعلى الطريقة لا يلزم على القول بأخذ كل منهما في بعض مضمونه المخالفة القطعية لاحتمال كون كل من الطريقتين على خلاف الواقع ، بل يمكن أن يكون ما أخذ به هو الواقع ، وكيف كان يرد عليه أنه من أين أحرز هذه الأولوية أعني أولوية الجمع مع أنه في المرافعات وفضل الخصومات غير مراعاة وكيف يحصل القطع بتعيين الجمع ، هذا مع أن باب الحقوق له جهتان جهة راجعة إلى الناس وجهة راجعة إلى الله فإن حرمة مال المسلم كحرمة دمه فإن قلنا بأن المخالفة الاحتمالية في التكليف الإلهية مقدّمة فلا بد من القول بها في المقام من هذه الجهة ثم إنه بناءً على ما هو المعروف المشهور من الأخذ بالبينتين أو البيئات بالنسبة إلى بعض ما دلّت عليه بأن يجمع بين البيئتين في قيمتي الصحيح فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما ومن الثلاث ثلثها وهكذا وكذا في المعيب ، ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح وبين المأخوذ للمعيب ويؤخذ بتلك النسبة ، و يحتمل الجمع بطريق آخر وهو أن يرجع إلى البيئتين في مقدار التفاوت ويجمع بين البيئتين فيه من غير ملاحظة القيم وهذا منسوب إلى الشهيد - قدس سره - وحاصله قد يتحد مع طريق المشهور وقد يختلفان كما إذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر والأخرى ثمانية ، وقيمة المعيب على الأول عشرة وعلى الثاني خمسة فعلى الأول يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصحيح أعني العشرة ونصف قيمتي المعيب وهو سبعة ونصف فالتفاوت بالربع فالأرش ربع الثمن أعني ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثنا عشر ، وعلى الثاني يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على إحدى البيئتين بالسدس وعلى الأخرى ثلاثة أثمان وينصف المجموع أعني ستة ونصفاً من اثني عشر جزءاً ويؤخذ نصفه وهو ثلاثة وربع وقد كان في الأول ثلاثة لكن يتعين الأخذ بالطريق المنسوب

إلى الشهيد - قدس سره - لأن العشرة في المثال قيمة لمجموع الصحيح باعتبار أن نصف المبيع بأحد التقويمين مقوم بستة و نصف الصحيح بالتقويم الآخر مقوم بأربعة والسبعة والنصف قيمة لمجموع المبيع باعتبار أن نصف المبيع بأحد التقويمين مقوم بخمسة و نصف المبيع بتقويم آخر مقوم باثنين و نصف فلا بد من ملاحظة التفاوت ما بين الستة و الخمسة و التفاوت ما بين الأربعة و الاثنين و نصف لا التفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و النصف و لا يبعد رجوع ما نسب إلى المشهور إلى هذا .

﴿ التاسعة لو حدث العيب بعد العقد و قبل القبض ، كان للمشتري الرد . وفي الأرش قولان ، أشبههما الثبوت . وكذا لو قبض المشتري بعضاً و حدث في الباقي كان الحكم ثابتاً فيما لم يقبض ﴾ .

الظاهر المصرح به في كلام غير واحد أنه لا خلاف في أنه إذا حدث عيب في المبيع قبل القبض كان للمشتري الرد وفي الأرش خلاف و عن المسالك أنه المشهور واستدلوا عليه بأن الكل مضمون قبل القبض فكذا أبعاضه و صفاته ، وأورد عليه بأن معنى ضمان الكل انفساخ العقد و رجوع الثمن إلى المشتري و المبيع إلى البايع ، و هذا المعنى غير متحقق في الوصف لأن انعدامه بعد العقد في ملك البايع لا يوجب رجوع ما قابله من عين الثمن بل يقابل بالأعم منه و مما يساويه من غير الثمن و دفع بأن معنى الضمان إذا انتفى وصف الصحة قبل العقد و انعدم بعد العقد و قبل القبض هو تقدير التلف المتعلق بالعين أو الوصف في ملك البايع في المقامين و لازم هذا انفساخ العقد رأساً إذا تلف تمام المبيع و انفساخه بالنسبة إلى البعض إذا تلف البعض و انفساخ العقد بالنسبة إلى الوصف بمعنى فواته في ملكه و تقدير العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى حدوث هذا العيب فكان العيب حدث قبل العقد فيجري فيه جميع أحكام العيب من الخيار و جواز إسقاط الخيار ردّاً و أرشاً ، و يؤيد ما ذكر من اتحاد معنى الضمان بالنسبة إلى ذات المبيع و وصف صحته الجمع بينهما في تلف الحيوان في أيام الخيار و تعيبه في صحيح ابن سنان « عن الرّجل يشترى الدّابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث على من

ضمان ذلك؟ قال: «على البايع حتى يمضي الشرط» (١) فقله عليه السلام على المحكي: «على البايع» حكم بالضمان لموت العبد و حدوث حدث فيه بفوات جزء أو وصف، لكن الإشكال في عدم ثبوت الضمان بهذا المعنى في المقام لأن دليل الضمان قبل القبض النبوي المشهور «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» (٢) ورواية عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل «اشترى متاعاً من رجل و أوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال: آتيك غداً إن شاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله» (٣) ولا تعرض فيهما إلا للتلف أو ما في حكم التلف بل لا يبعد أن يقال: «المستفاد من قوله عليه السلام على المحكي في الصحيح المتقدم «أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار - الخ » مدخلية وجود العيب حال الاشتراء المقدم على القبض، و من هنا يقع الإشكال في جواز الردّ و لو لم نقل بالأرض لولا الإجماع و التمسك بقاعدة نفي الضرر . لا يخفى ما فيه لأن الضرر توجه بعد الدخول في ملك المشتري كحصول التنزّل القيمة بعد العقد فهل يمكن الالتزام بخيار الغبن مع تنزّل القيمة بعد العقد قبل القبض مع أن المدار في قاعدة نفي الضرر، الضرر الشخصي و كثيراً ما لا ضرر و مما ذكر ظهر حكم ما لو قبض البعض و حدث العيب في الباقي .

﴿ الفصل الخامس في الردّ با و تحريمه معلوم من الشرع حتى أن الدرهم منه أعظم من سبعين زنية ، و يثبت في كل مكيل أو موزون مع الجنسية و ضابط الجنس ما يتناوله اسم خاص كالحنطة بالحنطة و الأرز بالأرز ، و يشترط في بيع المثليين التساوي في القدر ، فلو بيع بزيادة حرم نقداً و نسيئة و يجب إعادة الردّ با مع العلم بالتحريم ، فإن جهل صاحبه و عرف الردّ با تصدق به ، و إن عرفه و جهل الردّ با صالح

(١) التهذيب ج ١ ص ٢٥ .

(٢) تقدم مراداً .

(٣) تقدم عن الكافي .

عليه ، وإن مزجه بالحلال وجعل المالك والقدر تصدق بخمسه ولو جهل التحريم كفاه الانتباه * .

المراد بالرُّبَا كما في المسالك وغيرها بيع أحد المتماثلين المقبضين بالكيل أو الوزن في عهد صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام أوفى العادة مع زيادة في أحدهما حقيقة أو حكماً أو اقتراض أحدهما مع الزيادة وإن لم يكونا مقبضين بها إنزاله يمكن بأذن الزيادة حريياً ولم يكن المتعاقدان والدأ مع ولده ولا زوجاً مع زوجته ولا يخفى المسامحة في هذا التعريف فإن الشروط لا تكون داخلية في الموضوع كما أن الاستثناء لا يوجب خروج المستثنى عن المستثنى منه موضوعاً مضافاً إلى أنه لم يظهر وجه تقييد الاقتراض بأحد المتماثلين ، ولا يبعد أن يكون المراد منه الزيادة في باب البيع أو مطلق المعاوضة والقرض ولها شروط وهذا هو المتعارف بين الناس وورد النهي الأكيد عنه وهو محرّم بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين بل ضرورة الدين ، وقد يقال : إن مستحلّه داخل في سلك الكافرين وإنه يقتل كما في خبر ابن بكير قال : « بلغ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أنه كان يأكل الرُّبَا ويسميه اللبأ فقال عليه السلام : لئن أمكنني الله منه لأضربن عنقه » (١) ولعل استحقاق مثل الرُّبَا المذكور القتل لامن باب إنكار الضروي لأنّه قد يقال في كفر منكري الضروي بغير أن يكون إنكاره مستلزماً لتكذيب مقام النبوة والعيان بالله لا مطلقاً فلعل القتل يكون حداً بالنسبة إلى الرُّبَا وفي وصية النبي ﷺ لعلي صلوات الله عليه ما حكى قال : « يا علي الرُّبَا سبعون جزءاً أسرها مثل أن ينكح الرُّبَا أمه في بيت الله الحرام » (٢) وفي خبر عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الرُّبَا سبعون باباً أهونها عند الله كالذي ينكح أمه » (٣) وفي خبر آخر عنه عليه السلام : « درهم ربا عند الله أشد من سبعين زنية كلها بذات محرّم مثل عمّة وخالة » (٤).

(١) الكافي ج ٥ ص ١٤٧ واللباء - بكسر اللام وفتح الباء الهمزة بعدها - : أول

ما يحلب عند الولادة .

(٢) الضمالة ج ٢ ص ١٤٠ ، والفقير باب النواذر آخر الكتاب .

(٣) تفسير القمي ص ٨٤ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٢٢ .

وكما يحرم أخذ الربا يحرم دفعه بل يحرم كتابته و الشهادة عليه. فعن عليّ صلوات الله عليه « لعن رسول الله ﷺ الربا بأكله و بايعه و مشتريه و كاتبه و شاهده » (١) وحكي عن الدروس أنه إذا اضطرر الدافع ولا مندوحة فالأقرب ارتفاع التحريم في حقه ولا يخفى أن الحرمة الوضعية لا ترتفع بالاضطرار و الحرمة التكليفية إذا بلغ الاضطرار في متعلقها إلى حدّ يجوز معها أكل مال الغير بغير رضاه .

قد يقال بارتفاعها من جهة الاضطرار من غير فرق بين القابض و الدافع ، و يمكن أن يقال : بعد ما كان التشديد راجعاً إلى عنوان الربا فالاضطرار إلى أكل مال الغير بغير رضاه ، ليس اضطراراً إلى عنوان الربا و العنوان قصديّ ، فيمكن للقابض أو الدافع القبض أو الدفع لا بعنوان الربا فالاضطرار يوجب ارتفاع حرمة أكل مال الغير أو دفع المال إلى الغير لحرمة الربا .

ثم إن الربا إما في المعاملة من البيع و نحوه . و إما في القرض و الكلام في المقام الأوّل و الكلام في المقام الثاني موكولٌ إلى بابه فالربا في المعاملة عبارة عن الزيادة في أحد العوضين المتجانسين أو البيع المشتمل على الزيادة بالشروط الآتية و الزيادة ، إما أن تكون عينية على وجه الجزئية من جنس العوضين أو من غيره ، وإما عن تكون عينية على وجه الاشتراط ، و إما أن تكون غير عينية مما يكون مالاً كسكنى دار أو عمل له مالية كخياطة ثوب أو يكون فيه منفعة كاشتراط مصلحة أو بيع حباتي أو اشتراط خيار أو تسليم في مكان معين أو مما فيه غرض عقلائي كاشتراط كنس المسجد أو إعطاء شيء للفقير أو قراءة القرآن أو إتيان الصلاة أوّل الوقت فهل الموجب للربا مطلق الشرط أو مختص بما له مالية أو بما فيه منفعة أو مختص بالعينية فقط وجوه قد يستدل على إلحاق الشرط بالجزء بالاتفاق و بأنّ الاستفادة من الخيار مفهوماً و منظوقاً أنّ الشرط في صحة المعاملة مع اتحاد الجنس المثلية وأنه لا يجوز إلا مثلاً بمثل و الزيادة وإن كانت بنحو الشرط في أحدهما تخرجه عن كونه مثلاً و بخبر خالد بن الحجاج فإنه قال : « سألت عن رجل كان لى عليه مائة درهم عدداً فقضائها مائة درهم وزناً

قال عليه السلام : لا بأس به ما لم تشارط و قال : جاء الرِّبَا من قبل الشروط و إنما تفسده الشروط ، ^(١) و أورد عليه بمنع الاتفاق مع تصريح غير واحد من الأعاظم بجواز شرط البيع بثمن المثل بل محاباة أيضاً في القرض الذي هو أضيّق دائرة في مسألة الرِّبَا و تصريح بعض بعدم الرِّبَا في الزيادة الحكيمية و منع دلالة الأخبار على اعتبار المثلية من جميع الجهات بل القدر المعلوم هو المثلية في القدر و منع منافاة كل شرط المثلية و منع أن قوله عليه السلام : في خبر خالد على ما حكى « جاء الرِّبَا من قبل الشروط » قاعدة كليّة لا في خصوص القرض و على فرض كونه قاعدة كليّة فالقدر المتيقّن منه شرط الزيادة العينية أو ما يكون له مالية لا كل شرط .

و يمكن أن يقال : لا يبعد الأخذ بخبر خالد حيث إن قوله عليه السلام على المحكي جاء الرِّبَا من قبل الشرط لا اختصاص له بالقرض حيث إنّه لم يذكر قبل هذا الرِّبَا في القرض حتّى يقال : اللام للجنس حيث لا عهد، نعم إن قلنا بأن وجود القدر المتيقّن في المقام التخاطب يمنع الإطلاق يشكّل لكنّه محلّ منع كما قرّر في محله و الشرط مطلق لا اختصاص له بشرط الزيادة العينية أو ما له مالية كما يؤخذ باطلاق « المؤمنون عند شروطهم » .

ثمّ إنّه يقع الكلام في أن المعاملة الربويّة هل هي فاسدة مطلقاً حتّى بالنسبة إلى ما عدى الزيادة أو صحيحة بالنسبة إليه مطلقاً سواء كان الزيادة جزءاً أو شرطاً أو باطلة فيما إذا كانت جزءاً ، و صحيحة إذا كانت شرطاً بالنسبة إلى ما عدى الزيادة و جوه قد يقال المسألة مبنية على أن الرِّبَا هو البيع المشتمل على الزيادة أو أن الرِّبَا المنهي عنه هو الزيادة على أحد العوضين يظهر من جماعة الأوّل و لعله لقوله عليه السلام : « لعن الله بايعه و مشتريه ، ولما عن مجمع البيان إن معنى « أحلّ الله البيع و حرّم الرِّبَا » أحلّ الله البيع الذي لا ربا فيه و حرّم البيع الذي فيه الرِّبَا ، و عليه تكون المعاملة فاسدة مطلقاً جزءاً أو شرطاً لأنّه مقتضى النهي المتعلّق بذات المعاملة أو لأنّ الاستفادة من الأخبار تحريم أكله كما في قوله عليه السلام : « ثمن الخمر سحت » و إن قلنا :

بأن النهي لا يدل على الفساد وعلى الثاني فاللزام التفصيل بين ما كانت الزيادة جزءاً أو شرطاً . ففي الأول المعاملة باطلة لعدم كون الزيادة متميزة عن الذي يقابل العوض الآخر حتى تكون بالنسبة إلى الزيادة باطلة ، وبالنسبة إلى المقابل صحيحة إن كل جزء من المثل يقابل جزءين من المثليين فليست يبيعها بمثل وزيادة ، وفي الثاني مبني على أن الشرط مفسد أو لا والأظهر الثاني لأن المستفاد من الأخبار حرمة أكل الزيادة عن رأس المال ولا دلالة في قوله **عَلَيْكُمْ** : « لعن الله بايعه » ولا شاهد على تفسير الطبرسي - قدس سره - بل يمكن أن يقال : إن الآية ظاهره في حرمة الزيادة فقط ، وعلى هذا فالأقوى البطلان فيما كانت الزيادة جزءاً لما ذكر من أن الزيادة ليست ممتازة ، ويمكن أن يقال : لازم هذا بطلان البيع إذا بيع ما يملك وما لا يملك كبيع العبد والحرّ وبيع الخلّ والخمر من جهة عدم امتياز ما يقابل المملوك ، وأيضاً هذا كيف يلائم مع استظهار حرمة الزيادة فقط من الآية الشريفة ومع أن المستفاد من الأخبار حرمة أكل الزيادة عن رأس المال وقد يدفع دعوى أن المتبايعين وإن قصدا مقابلة المثل بالمثليين إلا أن الشارع حيث منع من الزيادة جعل المثل في مقابل المثل ولم يمض ما قصده ، ولذا حكم بوجوب ردّ الزيادة فقط فيما إذا كان جاهلاً بحرمة الرّبّ با حيث قال تعالى : « وإن تبتم فلکم رؤس أموالکم » ويدل عليه جملة من النصوص بعدم الثبوت هذا التعبّد ، والحكم في الآية والأخبار مخصوص بصورة الجهل ، ومع ذلك منزل على التقاصّ بالنسبة إلى رأس المال . حيث إن مقابله عند الطرف الآخر ، ويمكن أن يقال : بعد استظهار حرمة خصوص الزيادة من الآية الشريفة « وأحلّ الله البيع وحرّم الربوا » لا وجه لتخصيص الآية الشريفة « وإن تبتم فلکم رؤس أموالکم » بخصوص الجهل بل حليّة المجموع من رأس المال والزيادة مخصوصة بحال الجهل بمقتضى الآية الشريفة « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف » ويجمع بين هذه الآية والآية السابقة بحمل هذه على حال الجهل والآية السابقة على حال العلم وبعض الأخبار يظهر منه الحليّة من جهة التوبة من دون استفصال بالنسبة إلى العلم والجهل وهو صحيحة **عنه** بن مسلم « دخل على أبي جعفر **عليه السلام** رجل من أهل الخراسان قد عمل

بالرّ باحتى كثر ماله ثمّ إنّه سأل الفقهاء فقالوا ليس يقبل منك شيء إلا أن تردّه إلى أصحابه فجاء إلى أبي جعفر عليه السلام فقصّ عليه قصّته فقال أبو جعفر عليه السلام : مخرجك من كتاب الله عزّ وجلّ « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله » والموعظة التوبة ^(١) والتنزيل على التقاصّ مع أنّ التقاصّ مشروطٌ بعدم إمكان أخذ الحقّ من الطرف أو تأثره وما ذكر من الحكم بصحّة المعاملة في بيع ما يملك وما لا يملك الظاهر أنّه على القاعدة ، وأمّا إذا كانت الزيادة شرطاً فقد يقوى البطلان أيضاً من جهة أنّ الشرط الفاسد وإن قلنا بعدم مفسديّته للعقد إلا أنّه حيث قيّد في المقام المماثلة فمع الشرط يرتفع المماثلة المعتبرة في الأخبار ولا يصدق أنّها معاملة المثل بالمثل وزيادة حتّى تبطل بالنسبة إلى الزيادة وتصحّ بالنسبة إلى المثليين ، ويمكن أن يقال : الظاهر من دليل اعتبار المماثلة ممانعة مدخول الباء في قول البائع بعث هذا بهذا والشرط لا يكون مدخول الباء ومع الشكّ المرجع عمومات أدلّة البيع ثمّ إنّ تقريب البطلان بما ذكر لعلّه لا يناسب تقريب البطلان في صورة كون الزيادة جزءاً بما ذكر من أنّ جهة البطلان عدم امتياز ما يقابل المبيع لأنّه مع البطلان ذاتاً لا تصل النوبة إلى البطلان بالعرض ، ثمّ إنّ مع البناء على أنّ التحريم راجع إلى نفس الزيادة لأصل المعاملة و بطلان المعاملة في صورة كون الزيادة جزءاً من جهة عدم امتياز ما يقابل المبيع وفي صورة كونها شرطاً فقدان المماثلة يمكن القول بعدم فساد أصل القرض في صورة شرط الزيادة وإن حكى في المختلف الإجماع على فساده لكنّه غير محقّق ، نعم ظاهر النبويّ « كلّ قرض يجرّ منفعة فهو حرام » يستظهر منه بعد حمّله على صورة الشرط يبطلان أصل القرض والخبر ليس من طرقنا على ما قيل بل يظهر من بعض الأخبار أنّ الإمام عليه السلام ردّ هذا الخبر حيث قال السائل بعد حكم الإمام عليه السلام على ما حكى بعدم البأس عن القرض وأخذ الرهن والانتفاء به ، « فقلت : إنّ من عندنا يروون كلّ قرض يجرّ منفعة فهو فاسد قال عليه السلام : أو ليس خير القرض ما

جرّ منفعة^(٢)، فبطلان القرض مبني على كون الشرط الفاسد مفسداً وهو محل الكلام بل منع .

ثم إنّه يقع الكلام في أنّ الرّبّ كما يجري في البيع يجري في غير البيع من المعاوضات أم يختص بالبيع ، قد يقوّي التعميم وهو المشهور خلافاً للحلي والعلامة قدس سرهما - فخصاه بالبيع والقرض و استدللّ للتعميم بعموم ما دلّ على حرمة الرّبّ با وخصوص الأخبار الدالّة على اشتراط المثليّة في المعاملة مع اتّحاد الجنس كقوله عليه السلام على المحكي في صحيحة الحلبي « الفضة بالفضة مثلاً بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار^(١) وفي صحيح أبي بصير الحنظلة والشعير رأساً برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر - إلى أن قال - والدقيق بالحنظلة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به^(٢) وفي خبر عبد الرّحمن بعد قول : « أيجوز قفيز من حنظلة بقفيزين من شعير » « لا يجوز إلّا مثلاً بمثل »^(٤) وقوله عليه السلام « كره عليّ صلوات الله عليه أن يستبدل سقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر ولم يكن عليّ صلوات الله عليه يكره الحلال^(٥) » إلى غير ذلك كالخبر عن الرّبّ جل يدفع إلى الطحّان الطعام فيقاطعه على أن يعطي صاحبه لكلّ عشرة أرطال اثني عشر رطلاً دقيقاً فقال عليه السلام : لا ، قلت : الرّبّ جل يدفع السمسم إلى العطار ويضمن لكلّ صاع أرطالاً مسمّاة قال : لا^(٦) ، فإنّ الأخبار المذكورة مطلقة ولا تخصيص فيها بالبيع ودعوى الانصراف إليه لغلبته ممنوع ، بل قد يقال : إنّ الخبر الأخير صريح في غير البيع فلا وجه للتمسك بالأصل في قبالة هذه الأخبار ، ويمكن أن يقال : أمّا التمسك بعموم ما دلّ على حرمة الرّبّ بأفشكل من جهة أنّ الرّبّ با بمعناه اللغوي أعني الزيادة غير مرادو إلّا لزم شموله للزيادة مع اختلاف الجنس ودعوى الشمول والخروج بالدليل كما ترى للزوم تخصيص الأكثر

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) و(٣) و(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٤٤ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٨٨ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ١٤٤ والكافي ج ٥ ص ١٨٩ .

و بعد عدم إرادة المعنى اللغوي فلا يبعد أن يكون محمولاً على ما هو الشايح بين الناس من الرُّبَا في البيع والقرض و يكفي عدم العموم ، وأما الأخبار المذكورة فيشكل التمسك بها من جهة أن المذكور في غالبها باء المقابلة الظاهرة في خصوص البيع مع تجرد المعوض عن لفظ على و عن ففي الصلح يدخل الباء على المصالح به لكن لا يجرّد المصالح عنه عن حرف الجرّ ، نعم الخبر الأخير لا يبعد التمسك به إن تمّ من جهة السند و في قبال ما ذكر خصوص الصحيح عن الباقر و الصادق عليهما السلام أنّهما قالوا « في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقالا : كل واحد لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال : لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما » ^(١) ونحوهما الموثق ولم يستفصل « أن الرُّبُلين قطعاً باختلاف الطعامين قدرأ أم لا بل القطع العادي أو الاطمينان حاصل باختلاف القدر و مع ذلك حكم بعدم البأس ، ولا مجال للحمل على خصوص الإبراء لأنّ الإبراء في صورة كون الطعام في الذمّة و مورد السؤال ظاهر في كونه موجوداً عنده خارجاً بل لا يبعد التمسك باطلاق الصحيح عن الصادق عليه السلام « في الرُّبُل يكون عليه الشيء فيصالح فقال : إذا كان بطيبة نفس من صاحب فلا بأس » ^(٢) بناءً على إرادة الصلح بالأ نقص كما هو الغالب مع عدم إعلامه بالحال مضافاً إلى ترك الاستفصال فعلى تقدير العموم و فرض تماميّة الخبر الأخير سنداً يمكن الجمع بملاحظة صحيح المذكور و الموثق بالحمل على الكراهة أو التخصيص في خصوص الصلح و إن كانت مخالفة المشهور مشكلة خصوصاً في مسألة الرُّبَا مع ملاحظة ما ورد فيه من التشديد ، ثمّ إنّه يشترط في تحقق الرُّبَا في المعاملة و حرمة شرعاً اتّحاد جنس العوضين أو كون أحدهما أصلاً للآخر أو فرعين من جنس واحد على المشهور . قد يقال : المراد بالجنس النوع المنطقي الذي هو جنس لغوي عرفي ، وضابطه أن يكون له اسم خاص ولم يكن تحته قدر مشترك يسمّى باسم خاص كالحنطة ، و التمر و الزبيب ، و الذهب و الفضة و نحوها ممّا يكون الأقدار المشتركة التي تحتها أصنافاً لها و ليس لها اسم خاص بل تذكر مع

الوصف وعلى ما ذكر فمثل الطعام والحب ونحوهما مما يكون تحته أقدار مشتركة كالحنطة والشعير والماش والعدس لا يعدُّ جنساً واحداً ، ويمكن أن يقال : يشكل ما ذكر من الضابط من جهة أنه لا طريق لنا إلى معرفة النوع المنطقي فإن معرفته في غاية الإشكال من جهة عدم الإطلاع على فصول الأجناس فمثل العنب يطلق على أقسام مختلفة ولا طريق إلى معرفة أن هذا الاختلاف نوعي أو صنفى وكذا مثل لحم الضأن و المعز ، وربما يتحقق الاختلاف النوعي ويشبه الاختلاف الصنفى كالدُّهن يطلق على الأنواع المختلفة وفي مقام التعبير يشبه الاختلاف الصنفى فيقال : دهن البقرة ودهن الغنم بل يشكل جعل المدارات اتحاد النوعي إن لم يذكر في لسان الأخبار بل المدارات اتحاد الاسم ما لم يعلم الخلاف ، نعم الغالب على النحو المذكور فلا بد مع تحقق الشرط في أن الاختلاف من قبيل اختلاف الأنواع أو من قبيل اختلاف الأصناف الرجوع إلى الأصل إن لم يكن في المقام عموم أو إطلاق يرجع إليه .

وقد يقال : إن المرجع عموم مثل «أحل الله البيع» ودعوى أن الشبهة موضوعية ولا يجوز التمسك فيها بالعموم مدفوعة بمنع عدم جواز التمسك بعد ظهور العموم في جميع أفراد التي منها الفرد المشتبه ، ودعوى أن هذا إنما يتم في ما إذا لم تكن الحلية أيضاً معلقة على عنوان الاختلاف مع أنها معلقة عليه لقوله ﷺ «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» (١) ففي الفرد المشتبه دخوله في أيتهما لا بد من الرجوع إلى الأصل العملي وهو في المقام أصالة عدم ترتب الأثر على المعاملة مدفوعة بعدم منع ذلك من التمسك بالعموم إذ الخاص الموافق له في الحكم لا يكون مقيداً له إذا كان منفصلاً ، مع أن لنا أن نتمسك بأصالة الحل بناء على جريانه في الحكم الوضعي . ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من التمسك بالعموم في الشبهات المضداقية فيشكل من جهة أن العام بعد تخصيصه لا يكون حجة إلا في ما سوى المخرج والمخرج ليس خصوص المعلوم بل ما هو فرد واقعاً للخاص خارج ، نعم لو كان العام متكفلاً لحكم واقعي وحكم ظاهري وكان التخصيص راجعاً إلى الحكم الواقعي دون الحكم

الظاهري حيث أن الخاص ليس حجة بالنسبة إلى الفرد المشكوك أمكن لكنه ليس كذلك .

و أما ما ذكر من أن الخاص الموافق لا يكون مقيداً فلانفهم كيف لا يكون مقيداً مع أن جواز البيع الجواز الوضعي معلق على اختلاف الجنس بمعنى أنه مع عدم الاختلاف لا يجوز ، نعم هذا يتم في مثل ما قال أكرم العالم و في كلام آخر أكرم زيدا ، مع أنه عالم ولا يتم في ما لو كان المنفصل بنحو القضية الشرطية الظاهرة في مدخلية الشرط في الجزاء هذا ولكن الشرط تارة راجع إلى الموضوع الخارجي الذي ليس شأنه الرجوع إلى الشارع كالشك في أن المايح الأحمر الموجود دم أو ماء ملوّن بالحمرة فالشبهة مصداقية و أخرى ليس كذلك كالشك في أن لحم البقرة و لحم الجاموس مندرجان تحت حقيقة واحدة أم لا ، و بعبارة أخرى لو كان الشك راجعاً إلى الشك في حدود الموضوع التي لا بد فيها من الرجوع إلى الشارع فالظاهر أنه يرجع إلى العام إذا كان المخصص منفصلاً . و أما ما ذكر من ظهور كلام الامام عليه السلام على المحكي في تعليق الحلية على اختلاف الجنس فاللازم منه مع ملاحظة الدليل الآخر الظاهر في تعليق الحرمة على المماثلة أن يكون الصادر من الشرع تعليقيين مع أن أحدهما يغني عن الآخر فهذا نظير الجمع بين الشرطية و المانعية في موثقة ابن بكير في الصلاة في ما لا يؤكل بأن يقال لبس غير المأكول اللحم مانع و لبس المأكول اللحم شرط فعلى فرض الشرطية يشكل التمسك بأصالة الحلية ، ألا ترى أنه لو فرض تواردا الحالتين للمكلف الحدث و الطهارة مع الجهل بتاريخهما فهل يمكن له الدخول في الصلاة متمسكاً بأصالة الحلية حيث إن استصحاب الطهارة و استصحاب الحدث إماماً لا يجريان من جهة احتمال انفصال زمان الشك عن زمان اليقين باليقين بالخلاف كما قيل ، أو من جهة التعارض إلا أن يقال هذا مع القطع بالشرطية . و أما مع احتمال أن يكون المماثلة مانعة عن صحة البيع و تعليق الحلية بالمخالفة من فروعها من دون أن يكون المخالفة شرطاً لصحة البيع فلا مانع من التمسك بأصالة الحلية فتدبر جيداً .

و ما يقال : من أن قوله عليه السلام « إذا اختلف الجنسان فيبيعوا كيف شئتم » لفظه

« إذا » لبيان الموضوع لالبيان الشرطيّة فكأنّه قال في المختلف يجوز البيع بأيّ وجه يشكّل من جهة عدم الفرق بين هذا الكلام ومثل « إذا بلغ الماء قدر كركم لم ينجسه شيء » وهل يمكن فيه أن يقال فيه إنّ لفظة « إذا » لبيان الموضوع فكأنّه قال : الماء البالغ قدر كركم لا ينجسه الشيء ولا يستفاد منها الشرطيّة ، هذا مضافاً إلى أنّه على فرض تسليم ما ذكر نقول الأصل في القيود الاحترازيّة ، فإذا قيل الجنسان المختلفان يجوز بيعهما كيف شئتم يستفاد منه مدخليّة الاختلاف في جواز البيع و لذا قلنا في مثل الماء الجاري لا ينجس يستفاد منه مدخليّة الجريان فلا حاجة إلى الكريّة .

ثمّ إنّ المشهور أنّ كلّ جنس مع ما يتفرّع منه ويعمل منه كالجنس الواحد فلا يجوز التفاضل بينه وبين فروعها وكذا لا يجوز التفاضل بين فرد بعضها مع بعض فلا يجوز التفاضل بين الحنطة ودقيقها وسويقها ولا بينها وبين دقيق الشعير وسويقه ، ولا بين الحنطة أو الشعير والخبز منهما ولا بينهما وبين الهريسة ، وهكذا كلّ أصل مع فروعها وبعض الفروع مع بعض ، وعن التذكرة الإجماع على هذه الكليّة واستدلّ عليها بجملة من الاخبار كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لأبأس به » ^(١) وموثق سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام « عن العنب بالزبيب قال : لا يصلح إلا مثلاً بمثل ، قلت : والرطب والتمر ؟ قال عليه السلام : مثلاً بمثل » ^(٢) وفي خبر أبي الربيع « قلت : لأبي عبدالله عليه السلام : ما ترى في التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس قلت : البختج والعصير مثلاً بمثل ، قال : لا بأس » ^(٣) وصحيح زرارة وعنه بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به » ^(٤) ومرسل عليّ بن إبراهيم المضمّر « وما كيل أو وزن ممّا أصله واحد فليس لبعضه فضلاً كيلاً بكيل أو وزناً بوزن » ^(٥) إلى غير ذلك مضافاً إلى التعليل في نصوص اتّحاد

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٤ . (٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٩٠ والبختج : العصير المطبوخ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٨٩ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٩٢ .

الحنطة والشعير الظاهر في التعدية إلى كل أصل مع فروعه ، و عن المحقق الأردبيلي قدس سره - التامل في هذه الكليّة لعدم انطباقها على القوانين و عدم صدق الاسم الخاص على الجميع وعدم الاتحاد في الحقيقة ، ولذا لو حلف على أن لا يأكل أحدهما لا يحث بأكل الآخر ، ثم احتمل كونهما جنسين وجواز التفاضل بحمل الأخبار المذكورة على الكراهة ، ثم قال : يمكن أن يكون الضابط أحداً من امرين من الاتحاد في الحقيقة أو الاتحاد في الاسم وهنا الأول متحقق وإن لم يتحقق الثاني . وفيه تأمل وقد تبعه بعض الأعلام - قدس سره - ويمكن أن يقال : الجنس المذكور في مثل قول المعصوم عليه السلام على المحكي « إذا اختلف الجنسان فيبيعوا كيف شئتم » يبعد حمله على النوع المنطقي للزوم الإحالة على المجهول لأن الإطلاع على الفصول خارج عن فهم العرف بل عن فهم أهل النظر فلا بد من الحمل على نحو آخر مثل الاتحاد في الاسم أو ما يقرب منه ، فلا ينتقض بمثل الحنطة والدقيق حيث إن الدقيق يقال له : حنطة مدقوقة وعلى هذا فيصدق بنظر العرف أن الزبد والأقط مثلاً جنسان يجوز بيعهما بأي نحو والشاهد على ما ذكر أن الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم قائلون بطهارة الأعيان النجسة بعد الاستحالة من جهة الخروج عن الحقيقة بنظرهم ، فإذا استحال الدّم إلى التراب يكون التراب طاهراً فبعد صدق المخالفة في الجنس بنظر العرف يكون مشمولاً لدليل الجواز فلا يبعد حمل ما ورد من الأخبار الظاهرة في عدم الجواز على الكراهة هذا ولكن مخالفة المشهور مشكلة .

الشرط الثاني في تحقق الربا الكيل والوزن فلا ربا في غير المكيل والموزون كالمعدود والمزروع فيجوز فيه التفاضل ولومع اتحاد الجنس على الأقوى نقداً ونسيئة كما هو المشهور للعمومات والنصوص المستفيضة منها صحيح عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام « لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن » ^(١) ومنها موثق منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام « عن البيضة بالبيصتين ؟ قال عليه السلام : لا بأس ، والفرس بالفرسين ؟ قال عليه السلام : لا بأس ، ثم قال : كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من

جنس واحد فإذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس» (١) ومنها خبره الآخر سألته عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين؟ قال عَلَيْكَ : لا بأس ما لم يكن كيلاً أو وزناً» (٢) ونحوه خبر داود بن الحصين وموثق سماعة « عن بيع الحيوان اثنين بواحد فقال إذا سميت السن فلا بأس» (٣) ومنها صحيح زرارة عن الباقر عَلَيْكَ « البعير بالبعيرين والدابة بالدابتين يبدأ بيس به بأس ، وقال : لا بأس بالثوين يبدأ بيد ونسيئة إذا وصفتها» (٤).

ثم إن المعروف أن المناطق في المكيل والموزون ما كان في عصر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من غير فرق بين بلده وسائر البلاد إذا استقر أهلها فما كان مكيلاً أو موزوناً في عصره في جميع البلدان أو كل بلد جرى فيه الرِّبَا وإن تغير بعد ذلك وما لم يكن من أحدهما لا يجري فيه الرِّبَا وإن صار من أحدهما بعد ذلك وحكي الإجماع عليه و ذكر في تصوير ذلك وجهان: الأول أن لا يكون الحكم متعلقاً على وصف المكيلية والموزونية بل بأن يكون المراد الأجناس المعينة التي كانت على أحد الوصفين في ذلك الزمان وما لم يكن في ذلك الزمان على أحد الوصفين لاربا فيه وإن صار على أحد الوصفين بعد ذلك . الثاني أن يكون متعلقاً على الوصف لكن مقيداً بما كان كذلك في عصره قالوا وإذا لم يعلم حال عصره فالمرجع عادة البلدان وإن اختلف فالمشهور أن لكل بلدة حكم نفسه ، وعن جماعة تغليب جانب الحرمة وعن المفيد - قدس سره - كون الحكم للأغلب ومع التساوي تغليب جانب الحرمة ، ويمكن أن يقال : ما كان في عصره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ موصوفاً بأحد الوصفين لا إشكال في جريان الرِّبَا فيه في ذلك العصر ومع تغير الوصف في عصر آخر لا دليل على جريان الرِّبَا فيه لأن ظاهر الأدلة مدخلة الوصف في الحكم كما أنه لو لم يكن في عصره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ موصوفاً بأحدهما فمقتضى الأخبار جريان الرِّبَا فيه إذا اتصف بأحدهما في عصر آخر

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٠١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٩١ .

(٣) الوسائل كتاب التجارة أبواب الربا ب ١٧ ح ٢ .

(٤) الفقيه باب الربا تحت رقم ١٧ .

هذا مع عدم اختلاف البلاد ، وأما مع الاختلاف فيشكل من جهة أن قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي «كل ما يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل» هل النظر إلى أن يكون مكيلاً أو موزوناً بحسب النوع فمع الاختلاف والتساوي لا يشمل الدليل بل مع عدم التساوي أيضاً أو يكون النظر إلى الاتصاف الفعلي ولولم يكن بحسب النوع والظاهر الأول فإن الشيء الذي يوزن في بعض البلاد ويعد في البعض الآخر لو سئل بأنه موزون أو معدود لا يقال : إنه موزون ولا يقال : إنه معدود بل يقال : هو موزون ومعدود . وعلى هذا فلا يبقى مورداً للشك حتى يتمسك باستصحاب الحكم السابق أو التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية ، ولكن لا يمكن التخطي عما هو المشهور من أن ما هو موزون أو مكيل في بعض البلاد يجري فيه الربا في خصوص ذلك البلد ، وإن لم يجر في البلد الآخر من جهة عدم كونه مكيلاً ولا موزوناً ، والتصويران المذكوران في توجيه القول المعروف أما الأول منه فلا إشكال في عدم صحته من جهة أنه إلغاء لوصفي الكيل والوزن وأما الثاني فغاية ما يوجه به الانصراف ولا يخفى الإشكال فيه . ألا ترى أن المسافرة في الأعمار السابقة كانت بالمشي أو الركب أو بتلك المراكب المعهودة ، فهل يمكن أن يقال : إن المسافرة بالمراكب المستحدثة يكون دليل القصر منصرفاً عنها وقد أورد على المشهور بأنه على فرض تمامية ما ذكره فمع الشك والجهل لا بد من الرجوع إلى العمومات أو الأصل وهو عدم الحرمة لأن المفروض اختصاص الربا بما كان في عصر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مكيلاً أو موزوناً ولم يعلم ولا تصل النوبة إلى الرجوع إلى عادة البلدان ، ولا وجه لما تمسك به من استصحاب الحال الفعلي إلى زمان الخطاب ويعبر عنه بالاستصحاب القهقري الذي طريق تصحيحه أن يقال : الأصل بقاء ما كان معتاداً في زمانه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى هذا الزمان ولازمه كون زمانه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كما هو فعلاً من اتفاق البلدان فيه على كذا أو اختلافها إذ هو أصل مثبت ، نعم يمكن أن يقرر الاستصحاب على وجه آخر وهو أن يقال : المراد من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي « لا تنقض اليقين بالشك » صعوداً و نزولاً لكنه أيضاً على فرضه لا يخرج عن كونه مثبتاً وإن أراد منه أصالة تشابه الأزمان فلا دليل عليها خصوصاً مع عدم الظن ويمكن أن يقال الرجوع إلى العمومات مبني على

جواز التمسك بها في الشبهات المصادقية والإشكال فيه معروفٌ . وأمّا التمسك بالأصل أي عدم الحرمة فهو مبني على المانعية . وأمّا لو كان شرط صحة البيع أو المعاملة عدم كونه مكيفاً أو موزوناً فلا بدّ من إحراز الشرط ولا يبعد استفادة شرطية الكيل والوزن لجريان الرّبّ بأمّا في الخبر المذكور «ثمّ قال : كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد فإذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس » بأن يقال : المدار الصدر و الذّيل متفرّع عليه وعلى هذا فلا يكون شرط الصحة عدم كونه مكيفاً أو موزوناً ، فمع الشك يرجع إلى الأصل العملي وهو الجواز .

ثمّ إنّّه لا خلاف ظاهراً في عدم جواز بيع المتجانسين من المكيف والموزون متفاضلاً نقداً ونسيئةً وكذا لا إشكال في عدم جوازه نسيئةً مع عدم التفاضل لأنّ الأجل زيادة موجبة للرّبّ با بل الظاهر الإجماع على عدم الجواز ، وما عن الخلاف من كراهته شاذٌّ أو محمول على الحرمة من الكراهة و لو لأشبهة تحقق الإجماع لا يمكن أن يقال : إن كان الأجل زيادة موجبة للرّبّ بما فما المانع في صورة تفاضل أحد العوضين من الصحة لمقابلة إحدى الزيادتين مع الأخرى وإن تكن زيادة فما المانع من جعل الأجل مع عدم التفاضل ، ويبعد تحقق الإجماع مع نسبة الخلاف إلى الخلاف وتعبير المحقق - قدس سرّه - بقوله على الأظهر .

ثمّ إنّّه قد يقال بعد ما علم حرمة الرّبّ با وبطلان المعاملة : فإذا ارتكب الرّبّ با عالماً عامداً فمقتضى القاعدة إجراء حكم المقبوض بالعقد الفاسد على المجموع من الأصل و الزيادة من وجوب ردّه إلى صاحبه إن كان موجوداً و ردّ عوضه إن كان تالفاً لكنّ المحكي عن المشهور إطلاق القول بكفاية ردّ الزائد من غير فرق بين البيع ونحوه والقرض ولا بين صورة وجود المال وبين تلفه ، بل عن بعض نفي الخلاف فيه ، و عن بعض الإجماع عليه و لعلّه للآية الشريفة الظاهرة في صورة العلم بالحرمة وهي قوله تعالى « يا أيّها الذين آمنوا اتقوا الله و ذروا ما بقي من الرّبّ با إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فأنزوا بحرب من الله و رسوله و إن تبتم فلکم رؤس أموالکم » و استشكل خصوصاً مع وجود عين المال و إمكان تنزيل كلامهم بل الآية أيضاً على الغالب من رضا صاحب المال برد

الزيادة لأن ما يعادل عوض أصل المال عنده فمع مطالبته برد أصل المال يشكل منعه كما أن مع تلفه و كونه عالماً بالبطلان و إقدامه على دفع الزيادة يشكل مطالبة عوضها و يمكن أن يقال إن كان المستفاد من الأدلة حرمة خصوص الزيادة سواء كانت في البيع أو في القرض فلا إشكال . و ما ذكر سابقاً من الفرق بين البيع والقرض وإن مقابل الأصل غير متميز فيبطل رأساً بخلاف القرض استشكل عليه بالنقض ببيع ما يملك وما لا يملك حيث يحكمون بصحة البيع بالنسبة إلى ما يملك مع عدم التمييز و ما ذكر من تنزيل الآية الشريفة على الغالب يشكل بأن الآية مطلقة والربا ضارداً الزيادة لا يوجب الملكية بل الملكية تحتاج إلى سبب جديد على البطلان رأساً ويشكل أيضاً ما ذكر من عدم الضمان مع التلف مع كون الدافع عالماً عامداً فإن لازمه عدم الضمان في مثل أجرة الفاجرة و ثمن الخمر و الخنزير فإن الدفع ليس إلا بعنوان الاستحقاق بنظر المتعاقدين مع منع الشارع بل مقتضى قاعدة اليد و الاتلاف الضمان . ثم إنه لو جهل صاحبه وعرف الربا تصدق به إن كان باقياً و مع التلف يتصدق بالمثل أو القيمة كما هو المقر في المجهول المالك و المظالم ، و مع الجهل بالمقدار فقد يقوى كفاية القدر المتيقن خصوصاً مع كونه تالفاً ، و الأحوط المصالحة مع المالك إن اعرف و مع الحاكم إن كان مجهولاً و مع وجوده و اختلاطه بماله مع معرفة المالك يصلح معه و يحتمل القرعة و مع الجهل بالقدر و المالك يجب تخميسه كما هو الحكم في غيره من المال المختلط بالحرام ، و يمكن أن يقال: في صورة الجهل بالمقدار يشكل الاكتفاء بالقدر المتيقن مع وجود مجموع المال حيث إنه مع رد القدر المتيقن يشك في ملكية الباقي له ، و يشكل اعتبار اليد في المقام لإثبات الملكية كما يظهر من بعض الأخبار المذكورة في كتاب القضاء في حجية اليد بالنسبة إلى ذي اليد ، و قد يظهر من بعض الأخبار حلية مجموع المال مع الاختلاط ففي صحيح الحلبي « و لو أن رجلاً ورث من أبيه مالاً و قد عرف أن في ذلك المال ربا ولكن قد اختلط في التجارة بغيره حلالاً كان حلالاً فليأكله »^(١) وفي صحيحه الأخرى « و إن كان مختلطاً فكله هنيئاً »^(٢) و في خبر أبي الربيع الشامي و « إن كان مختلطاً

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ١٢٣ و الكافي ج ٥ ص ١٤٥ .

فكله هنيئاً مريئاً» (١) فإن مقتضى إطلاقها حلُّ الجميع مع أنها في مقام البيان وهي أخصُّ من الأخبار الدالة على وجوب الخمس في الحلال المختلط بالحرام وأجيب بالحمل على صورة الجهل بالحرمة التي سيأتي عدم وجوب الردِّ فيها وكون المأخوذ حلالاً وحمل ما في بعض الأخبار المذكورة من إيجاب الردِّ إذا كان معزولاً على الاستحباب مع أنها واردة في الإرث فلا يشمل ما نحن فيه وإذا ارتكب الرِّبَا وهو كافر ثم أسلم وعلم بحرمته فالظاهر الحكم بصحة معاملاته وحليته ما أخذه قبل إسلامه وعدم وجوب رده بعد إسلامه وإن كان موجوداً لقوله تعالى: «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف» فإنه ظاهر كما قيل في صورة الجهل والمراد من الموعظة الإرشاد إلى الحرمة والعلم بها أو الأعم منه ومن التوبة ومن قوله «فله ما سلف» فله ما أخذ وأكل من الرِّبَا قبل العلم بحرمته لقاعدة «جب الإسلام» ولما عن الرِّبَا وندي من الخبر عن أبي جعفر عليه السلام «من أدرك الإسلام وتاب عما كان عمله في الجاهلية وضع الله عنه ما سلف فمن ارتكب الرِّبَا بجهالة ولم يعلم أن ذلك محظور فليستغفر الله في المستقبل وليس عليه فيما مضى شيء، ومتى علم أن ذلك حرام أو تمكن من علمه فكلما يحصل له من ذلك محرّم عليه ويجب عليه رده إلى صاحبه» وعن الطبرسي أنه روى الخبر إلى قوله «ما سلف» وقد يقال: إنه ينبغي تقييد هذا الخبر بما إذا كان الدافع كافراً وأما إذا كان مسلماً فمشكلاً ولا يخفى أنه تقييد بلا شاهد وإذا كان المرتكب للرِّبَا مسلماً لكنّه كان جاهلاً بحرمته أصلاً أو ببعض الخصوصيات، وبالجملة إذا كان جاهلاً بالحكم أو بالموضوع فهل هو حلال لا يجب رده إمّا لصحة المعاملة مع الجهل وإمّا تعبداً أو يجب رده أو يفرق بين كونه موجوداً معروفاً فيجب رده وبين كونه تالفاً أو موجوداً مختلطاً بماله فلا يجب أقوال وقد يقوى الأوّل للآية الشريفة «فمن جاء موعظة من ربه - الخ» الظاهرة في صورة الجهل وللأخبار الكثيرة فمنها صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام «عن الرجل يأكل الرِّبَا وهو يرى أنه حلال قال عليه السلام: لا يضره حتى يصير متعمداً وهو بالمنزل الذي قال الله عز وجل» (٢).

(١) الكافي ج ٥ ص ١٤٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٤٤ .

و منها صحيحة محمد بن مسلم « دخل على أبي جعفر عليه السلام رجل من أهل خراسان قد عمل بالربا حتى كثر ماله ، ثم إنّه سأل الفقهاء فقالوا : ليس يقبل منك شيء إلا أن تردّه إلى أصحابه فجاء إلى أبي جعفر عليه السلام فقصّ عليه قصته فقال له أبو جعفر عليه السلام : مخرجك من كتاب الله « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف و أمره إلى الله » و الموعظة التوبة » (١) .

و منها ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن أبيه قال : « إن رجلاً أربى دهرأ من الدهر فخرج قاصداً إلى أبي جعفر يعني الجواد عليه السلام فقال له : مخرجك من كتاب الله عزّ وجلّ « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف و أمره إلى الله » و الموعظة هي التوبة لجهله بتحريمه ثمّ معرفته به فامضى فحلال و ما بقي فليتحفظ » (٢) .
و منها صحيح الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام « كلُّ ربا أكله الناس بجهالة ثمّ تابوا فإنّه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة ، وقال : لو أن رجلاً ورث من أبيه مالا و قد عرف أنّ في ذلك المال رباً و لكن قد اختلط في التجارة بغيره حلالاً كان حلالاً طيباً فليأكله و إن عرف منه شيئاً معزولاً أنّه رباً فليأخذ رأس ماله و يردّ الربا ، و أيّما رجل أفاد مالا كثيراً قد أكثر فيه من الربا فجهل ذلك ثمّ عرفه فأراد أن ينزعه فيما مضى فله و يدعه فيما يستأنف » (٣) .

و منها صحيحة الآخر عنه عليه السلام « أتى رجلٌ أباي فقال : إنّي ورثت مالا و قد علمت أنّ صاحبه الذي ورثته منه كان يربي و قد اعترف به و استيقن ذلك و ليس يطيب لي حلاله لحال علمي به و قد سألت الفقهاء من أهل العراق و أهل الحجاز فقالوا : لا يحلُّ أكله من أجل ما فيه فقال أبو جعفر عليه السلام : إن كنت تعلم بأنّ فيه مالا معزولاً معروفاً ربّاء و تعرف أهله فخذ رأس مالك و ردّ ما سوى ذلك و إن كان مختلطاً فكله هنيئاً فإنّ المال مالك و اجتنب ما كان يصنع صاحبه فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قد وضع ما

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٢٢ .

(٢) فقه الرضا ص ٧٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٤٤ .

مضى من الرِّبَا وحرّم عليهم ما بقي فمن جهله وسع له جهله حتى يعرفه فإذا عرف تحريمه حرم عليه ووجب عليه فيه العقوبة إذا ارتكبه كما يجب على من يأكل الرِّبَا، (١).

ومنها خبر أبي الرِّبيع الشامي عنه عليه السلام « عن رجل أربى بجهالة ثم أراد أن يتركه فقال عليه السلام : أمّا ما مضى فله و ليركه فيما يستقبل ثم قال: إن رجلاً أتى بأبا جعفر عليه السلام فقال : إنني ورثت مالاً وقد علمت أن صاحبه كان يربي - الى آخر ما في السابق بتفاوت يسير - » (٢) ويمكن أن يقال المعروف حمل هذه الأخبار على صورة الجهل بالحرمة أو بالموضوع ويشكل من جهة أن حرمة الرِّبَا باعدت من الضروريات حتى قيل إن مستحله كافر لا نكراه للضرورة من الدين وحمل الآية الشريفة « فمن جاءه موعظة النخ » على خصوص صورة الجهل بالحكم أو الموضوع بعيد لأن التوبة تكون مع الجهل بالحكم مع لزوم الفحص ومع العلم بالحكم ، وفي بعض هذه الأخبار التصريح بأن المورث كان يربي ويعرف به وحمله على خصوص جهل المورث بعيد جداً خصوصاً مع ترك الاستفصال ، واحتمال الفرق بين صورة الوراثة وغيرها مشكل من جهة ما في الخبر الأخير من ذكر صورة الوراثة مع أن مورد السؤال غيرها ، ولعل الجهالة في بعضها محمولة على غير الجهل بالحكم بل على السفاهة ولاحظ صحيحة محمد بن مسلم المذكورة وجواب الإمام عليه السلام على المحكي « مخرجك من كتاب الله - النخ » و لم يستفصل هل كنت عالماً أو جاهلاً و هل مثل هذا الجواب يجتمع مع التقييد بالجهل بالحكم أو بالموضوع فلا يبعد كفاية التوبة ممن كان يربي و انزجار من كان يرث منه و توجهه إلى قبضه ، نعم يظهر من بعض تلك الأخبار مدخلية الجهل وربما يقع التعارض بينها كما أنه يشكل الجمع بين الآية المذكورة مع قوله تعالى « فإن تبتم فلکم رؤس أموالکم » و ما قيل من الجمع بحمل الأولى على صورة الجهل . والثانية على صورة العلم لعله من جهة الأخبار وإلا فلا شاهد له ، و بالجملة المسئلة محل إشكال و على

(١) الكافي ج ٥ ص ١٤٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٤٦ .

فرض مدخلة الجهل فالجهل في الاخبار راجع إلى الحكم وإلحاق الجهل بالموضوع به مشكل إلا أن استفاد من قوله في صحيحة هشام بن سالم «لا يضره حتى يصير [يصنعه خل] متعمداً» لكن الظاهر من الأخبار أنه جاءت الحلية من قبل التوبة والتوبة في صورة ارتكاب الحرام مع العلم بحرمة أو الجهل مع التصير ومع الجهل بالموضوع يكون المرتكب معذوراً .

✽ وإن اختلف أجناس العروض جاز التفاضل نقداً ، و في النسبة قولان أشبههما الكراهية ، والحنطة والشعير جنس واحد في الرِّبَا وكذا ما يكون منها كالسويق والدقيق ، والدقيق والخبز ، و ثمرة النخل وما يعمل منها جنس واحد ، وكذا ثمرة الكرم وما يكون منه ، واللحوم تابعة للحيوان في الاختلاف ، و ما يستخرج من اللبن جنس واحد وكذا الأدهان تتبع ما يستخرج منه ✽ .

إذا اختلف الجنسان فلا مانع من التفاضل إذا كانت المعاملة نقداً وأما إذا كانت نسبة فمع كون العوضين من النقدين لا يجوز من جهة اشتراط التقابض في المجلس في بيع الصرف و إذا كان أحدهما من الأثمان والآخر من العروض فلا إشكال في الجواز لأنه إما يكون نسبة أو سلماً ، وأما إذا كان كلاهما من العروض فالمشهور على الجواز للعمومات والإطلاقات الخاصة كالنبوي « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » و الموثق « عن الطعام و التمر و الزبيب قال : لا يصلح اثنان منه بواحد إلا أن تصرفه إلى نوع آخر فإذا صرفته فلا بأس اثنین منها بواحد و أكثر من ذلك » (١) و الموثق أيضاً « كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد » (٢) فإن مفهومه الجواز إذا لم يكن الجنس واحداً نقداً أو نسبة .

و عن جماعة من القدماء المنع لجملة من الأخبار منها صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام الذي رواه محمد بن سنان عنه أيضاً قال : « ما كان من طعام مختلف أو متاع

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ ، والاستبصار ج ٣ ص ١٠١ .

أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيد ، فأما نظرة فلا يصلح^(١) ،
و نحوه خبر زياد بن أبي عتاب إلا أنه قال : « وأما نسيئة فلا يصلح »^(٢) .

وقد جمع بين الأخبار بحمل لا يصلح على الكراهة أو على التقيّة لما حكى من
كون المنع مذهب العامة ويمكن أن يقال : أمّا الحمل على التقيّة فهو مع عدم الجمع
العرفي و الجمع العرفي بتقييد الإطلاقات ممكن وحمل لا يصلح على الكراهة مع التعبير
عن الحرمة للرّبّ با بهذه العبارة كثيراً مشكلاً ولعله لما ذكر تردّد المحقق في الشرايع وجعل
المنع أحوط ، وأمّا جريان الرّبّ با في الحنطة و الشعير واتحادهما جنساً في الرّبّ با فللنصوص
المستفيضة كقول الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير الذي رواه المشايخ الثلاثة « الحنطة
و الشعير لا يزداد واحد منهما على الآخر »^(٣) وفي صحيح الحلبيّ أو حسنه المرويّ في
الكافي و التهذيب « لا يباع مختومان من شعير بمختوم من حنطة و لا يباع إلا مثلاً بمثل
و الثمرة أيضاً مثل ذلك ، قال : وسئل عن الرّبّ جل يشتري الحنطة و لا يجد عند صاحبها إلا
شعيراً أ يصلح له أن يأخذ اثنين بواحد ؟ قال : لا إنّما أصلهما واحد »^(٤) و زاد في الكافي
« وكان عليّ عليه السلام يعدّ الشعير بالحنطة » أي يعدّهما واحداً ، و قال سماعة في الموثوق « سألته
عن الحنطة و الشعير ، فقال : إذا كانا سواء فلا بأس »^(٥) و قال البصريّ^(٦) : قلت لأبي
عبدالله عليه السلام « أ يجوز قفيز من الحنطة بقفيزين من شعير ؟ قال : لا يجوز إلا مثلاً بمثل
ثمّ قال : إنّ الشعير من الحنطة » .

و أمّا جريان الرّبّ با في المذكورات في المتن فقد مرّ الكلام فيه ، و مرّ الإشكال
فيه إلا أن يتمسك بما في صحيح الحلبيّ المذكور من قوله عليه السلام على المحكي « إنّما
أصلهما واحد » حيث إنّه ظاهر في العليّة لجريان الرّبّ با فيقدّم على ظهور مثل النبويّ

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٢ و ١٥٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ .

(٣) الوسائل كتاب التجارة أبواب الرّبّ با ب ٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٨٧ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٤٣ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٨٨ .

(٦) يعني عبدالرحمن بن أبي عبدالله .

«إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» إلا أن يقال كما يستظهر من قوله على المحكي
 «إنما أصلهما واحد» العلية لجريان الربا كذلك يستظهر من النبوي عليه الاختلاف
 لعدم جريان الربا، ويمكن حمل الأوّل على الحكمة في تشريع الحكم، ولا مجال
 لهذا الاحتمال في الثاني، نعم في مثل الحنطة والدقيق أو السويق لا يتحقق الاختلاف
 فإنّ الدقيق حنطة مدقوقة، وقد ظهر ممّا ذكر حال اللحوم والأدهان والألبان مع
 اختلاف الحيوانات.

﴿ وما لا كيل ولا وزن فيه فليس بربوي كالثوب بالثوبين و العبد بالعبدین ، و
 في النسبة خلاف والأشبه الكراهية و في ثبوت الربا في المعدود تردّد أشبهه الاتقاء ﴾ .
 أمّا عدم جريان الربا في ما لا كيل ولا وزن فيه فلاشروط الربا بالكيل والوزن
 وقد ورد الأخبار فيه منها صحيح عبید بن زرارة عن الصادق عليه السلام « لا يكون الربا
 إلا فيما يكال أو يوزن » (١) ومنها موثق منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام « عن
 البيض بالبيضين قال عليه السلام : لا بأس ، و الثوب بالثوبين قال عليه السلام : لا بأس ، و الفرس
 بالفرسين قال عليه السلام : لا بأس . ثمّ قال عليه السلام : كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين
 بمثل إذا كان من جنس واحد و إذا كان لا يكال و لا يوزن فليس به بأس اثنان
 بواحد » (٢) و مقتضى جملة من الأخبار بل صريح بعضها عدم الفرق في الجواز بين النقد
 و النسبة لكن عن جماعة عدم الجواز في النسبة لما في بعض الأخبار التقييد بكونه
 يداً بيد لصحيح زرارة عن الباقر عليه السلام « البعير بالبعيرين والدابة بالدابتين يداً بيد
 ليس به بأس ، و قال : لا بأس بالثوب بالثوبين يداً بيد و نسبة إذا وصفتها » (٣) و منها
 مرسل علي بن إبراهيم (٤) ففي آخره « فإذا صنع منه (أي من الغزل) الثياب صحّ يداً
 بيد ، و الثياب لا بأس الثوبان بالثوب » و ما يظهر منه التقييد محمول على الكراهة في

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٢٣ ، و الفقيه باب الربا تحت رقم ٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ .

(٣) مر عن الفقيه .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٩٢ .

النسيئة للتصريح بالجواز في بعض الأخبار كخبر سعيد بن يسار « عن البعير بالبعيرين يداً بيد و نسيئة فقال : نعم لا بأس إذا سميت الاثنان جذعين أو ثنتين ، ثم أمرني فخططت على النسيئة لأن الناس يقولون لا ، ^(١) ويشعر ذيله بالتقية والتفصيل قيل مذهب العامة فلا يبعد الحمل على التقية .

وأما الرُّبَا في المعدود فلا ينبغي الإشكال في عدم جريانه وحكي عن المفيد وابن الجنيد و سائر عدم جواز التفاضل مطلقاً واستدلَّ لهم بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي - عبدالله عليه السلام « عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع والبعير بالبعيرين و الدابة بالدابتين فقال عليه السلام : كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان قال : سألته عن الإبل والبقر والغنم أو أحدهنَّ في هذا الباب فقال : نعم نكرهه ، ^(٢) وصحيح ابن مسكان « سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يقول عاوضني بفرسي و فرسك و أزيدك قال : فلا يصلح ولكن يقول أعطني فرسك بكذا وكذا وأعطيك فرسي بكذا و وكذا ، ^(٣) لأن هذين الخبرين لا يقاومان سائر الأخبار مع التصريح بعدم جريان الرُّبَا في غير المكيل والموزون .

❖ ولو بيع شيء كيلاً أو وزناً في بلد و في بلد آخر جزافاً فللكل بلد حكمه ، وقيل : يغلب تحريم التفاضل ❖ .

ما ذكر من أنه مع الاختلاف يكون لكل بلد حكمه هو المعروف وقد سبق الكلام فيه والإشكال فلا نعيد .

❖ وفي بيع الرُّطْب بالتمر روايتان أشهرهما المنع ، وهل تسري العلة في غيره كالزبيب بالعنب والبسر بالرُّطْب الأشبه لا ❖ .

اختلفوا في جواز بيع الرُّطْب بالتمر بل كلُّ رطْب يابس من جنسه على أقوال أحدها عدم الجواز في الجميع مطلقاً لا متساوياً ولا متفاضلاً ، وعن التذكرة أنه المشهور

(١) التهذيب ج ١٢ ص ١٥٠ ، والفتاوى باب الربا تحت الرقم ٢٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٥١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٥١ والاستبصار ج ٣ ص ١٠١ .

واستدلوا عليه بجملة من الأخبار المانعة عن بيع الرُّطْب بالتمر المشتمة على التعليل بأنه ينقص إذا جف كالنبوي « سئل رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن بيع الرُّطْب بالتمر فقال : أينقص إذا جف ؟ » وقيل له : نعم فقال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لا أذن « وصحيح الحلبي عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَام : « لا يصلح التمر اليابس بالرُّطْب من أجل أن التمر يابس والرُّطْب رطب فإذا يبس نقص » ^(١) ويشكل استفادة المنع مطلقاً لأن الظاهر من مثل هذا النبوي وهذا الصحيح المنع عن المثل بالمثل ، وأما لو لوحظ مقدار النقصان ولو من جهة التجربة و حصول الاطمينان بمقدار النقصان وزيد في الرُّطْب واليابس فمقتضى العلة المذكورة الصحة إلا أن يستشكل بعدم كفاية الاطمينان و عدم حصول القطع ، الثاني المنع في خصوص الرُّطْب والتمر والجواز في غيرهما عملاً بالأخبار من دون التعدّي عن مورد العلة ، الثالث التفصيل بين ما كانت الرُّطوبة ذاتيةً وما كانت عرضيةً كالحنطة المبلولة بالجمافة فيجوز في صورة كون الرُّطوبة ذاتيةً ولا يجوز إن كانت عرضيةً لأنها في الأولى من الأجزاء بخلاف العرضية ، الرابع الجواز حتى في الرُّطْب والتمر على كراهة ولعل هذا هو الأقوى للعمومات مضافاً إلى موثقة سماعة قال : « سئل أبو عبد الله عَلَيْهِ السَّلَام عن الغنّب بالرُّبّيب ، قال : لا يصلح إلا مثلاً بمثل ، قلت : الرُّطْب والتمر ؟ قال : مثلاً بمثل » ^(٢) وخبر أمي الرُّبّيع عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَام « ما ترى في التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل ؟ قال عَلَيْهِ السَّلَام : لا بأس ، قال : فبالخنج والغنّب والعصير مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس » ^(٣) و مقتضى الجمع الجواز مع الكراهة .

ولا يثبت الرُّبَا بين الوالد والولد ، ولا بين الزَّوْج والزَّوْجَة ، ولا بين المملوك والمالك ، ولا بين المسلم والحربي ، وهل يثبت بينه وبين الذمّي فيه روايتان أشهرهما أنه يثبت .

المشهور أنه لا ربا بين المذكورين و ادّعى الإجماع عليه و حكى عن المحقق

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٣ والاستبصار ج ٣ ص ٩٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٤٤ الكافي ج ٥ ص ١٩٠ .

الأردبيلي - قدس سره - الإشكال من جهة ضعف الأخبار ، و عدم ظهور الإجماع والأقوى المشهور للأخبار المنجبر ضعفاً بعمل الأصحاب منها ما عن زرارة و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « ليس بين الرجل و ولده ولا بينه وبين مملوكه ولا بينه وبين أهله ربا وإنما الرِّبَا في ما بينك و بين ما لا تملك ، قلت : فالشركون بيني وبينهم ربا ؟ قال عليه السلام : نعم ، قلت فإنهم ممالك فقال عليه السلام : نعم وإنك لست تملكهم وإنما تملكهم مع غيرك أنت و غيرك فيهم سواء والذي بينك وبينهم ليس من ذلك لأنَّ عبدك ليس مثل عبدك و عبد غيرك » (١) .

و منها ما عن عمرو بن جميع عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه ليس بين رجل وولده ربا ، و ليس بين السيد و عبده ربا » (٢) .

و منها المرسل قال الصادق عليه السلام « ليس بين المسلم و بين الذمّي ربا ولا بين المرأة و زوجها ربا » (٣) و منها ما عن النبي صلى الله عليه وآله « ليس بيننا و بين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ، نأخذ منهم ولا نعطيههم » (٤) .

ثم إنه لا إشكال في اختصاص الحكم بالأب فلا يشمل الأم و الظاهر في طرف الولد عدم الفرق بين الذكور و الأنثى لصدق الأولاد على الذكور و الأنثى و إن كان الأحوط الاقتصار على الذكر ، و الظاهر عدم الفرق في المملوك بين القن والمدبر و أمّ الولد بل و المكاتب إلا إذا تحرر منه شيء فيشكل ، و المشهور عدم الفرق في الزوجة بين الدائمة و المتمتع بها لصدق الزوجة و الأهل بها ، و عن جماعة الاختصاص بالدائمة لمنع الصدق أو للانصراف عن المتمتع بها خصوصاً إذا كانت المدّة قليلة ، و قد يفصل بين ما إذا اتخذها أهلاً اتخذان الزوجة الدائمة وغيرها ، و يمكن أن يقال لازم هذا أنه إذا كانت دائمة لكن لم يتخذ زوجها إياها أهلاً ثبوت الرِّبَا بينهما .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٢٣ . الكافي ج ٥ ص ١٤٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٤٧ .

(٣) النقيه باب الربا تحت رقم ١٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٤٧ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٢٣ و النقيه باب الربا تحت رقم ١٠ .

و يدلُّ على جواز الأخذ من الحربيِّ وعدم إعطائه النبويِّ المذكور والمشهور ثبوت الربا بين المسلم والذميِّ للعمومات وضعف الرِّبَا وإية النافية له .
 ﴿ ويبيع الثوب بالفزل ولو تفاضلا، ويكره بيع الحيوان باللحم ولو تماثلا .
 وقد يتخلص من الربا بأن يجعل مع الناقص متاع من غير جنسه مثل درهم ومدٍّ من تمر بمدٍّين أو يبيع أحدهما سلعته لصاحبه ويشترى الأخرى بذلك الثمن ﴾ .
 أمَّا جواز بيع الثوب بالفزل مع التفاضل فلعدم كون الثوب من المكيل والموزون وإن كان الفزل موزوناً .

وأما بيع الحيوان باللحم فالمشهور على أنه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان عكسه وفي كلمات بعض عدم الفرق بينه وبين بيع الحيوان باللحم والظاهر أن المراد من الحيوان هو الحيُّ لا المذبوح واستدلَّ على الحكم بالنبويِّ العاميِّ « نهى النبيُّ ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان » (١) وبموثَّق غياث بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام « إن أمير المؤمنين صلوات الله عليه كره بيع اللحم بالحيوان » (٢) بناء على كونه عليه السلام لا يكره إلا الحرام كما في بعض الأخبار ، وقد يقوى عدم الحرمة لأنَّ النبويِّ عاميٌّ ضعيف ولم يثبت كون غياث موثَّقاً مع أنه يحتمل أن يكون المراد من الخبرين النهي عن بيع اللحم بالحيوان سلفاً أو بيع الحيوان باللحم نسيئةً ، ويكون وجه المنع الجهالة لعدم إمكان ضبط اللحم ، ويمكن أن يقال : لامجال لتضعيف الخبرين مع دعوى الإجماع على الحكم ومن المعلوم أن المنع ليس إلا تعبداً لا للزوم الربا فإنَّ الحيوان ليس ممَّا يكال أو يوزن ، وعلى هذا فلا بدَّ من الاقتصار على بيع اللحم بالحيوان لا العكس كما في المتن ، وإن قيل بعدم الفرق بين كون الحيوان ثمناً أو مثنماً لكن حيث إنَّ الحكم من باب التعبد يقتصر على خصوص مورد النصِّ و كلمات الأكثر .

و أما التخلص من الربا بما ذكر من ضمِّ الضميمة فيدلُّ على جوازه مضافاً إلى الإجماع

(١) الجامع الصغير ج ٢ ص ١٩٢ .

(٢) الفقيه باب الربا تحت الرقم ١٣ .

النصوص المستفيضة منها الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « فقلت له : أشتري ألف درهم و دينار بألفي درهم فقال عليه السلام : لا بأس بذلك إن أبي كان أجراً على أهل المدينة مني و كان يقول هذا فيقولون إنما هذا الفرار لو جاء رجلٌ بدينار لم يعط ألف درهم ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار ، فكان يقول : نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال ، (١) .

وفي آخر عنه عليه السلام قال : « كان محمد بن المنكدر يقول لأبي جعفر عليه السلام : يا أبا جعفر رحمك الله والله إننا لنعلم أنك لو أخذت ديناراً والصرف ثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته وما هذا الفرار وكان أبي يقول : صدقت والله ولكنه فرار من الباطل إلى حق » (٢) وفي ثالث عنه عليه السلام أيضاً « لا بأس بألف درهم و درهم بألف درهم و دينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس » (٣) وقد يقال : هذا من باب انصراف كل جنس إلى مخالفه كما أنه إذا كانت الزيادة في أحدهما تنصرف إلى الجنس المخالف في الطرف الآخر لكنه خلاف قصد المتعاقدين و خلاف العرف فإن مقتضاه كل جزء من المثلثين بجزء من الثمن بحسب القيمة فهو تنزيل تعبدى بالنسبة إلى خصوص الربا و الفرار منه لا بالنسبة إلى سائر الأحكام فإذا كانا مالاكين لا يكون لكل منهما ما يخالف جنسه بل على حسب الحكم العرفي وكذا بالنسبة إلى حكم الصرف فلو باع فضة و نحاساً بفضة و نحاس لا يخرج عن حكم الصرف من حيث لزوم القبض في المجلس بدعوى أن المقابلة بين الفضة والنحاس فلا يكون من الصرف ، ويمكن أن يقال : الظاهر أن نفس المعاملة مع قطع النظر عن حكم الشارع كان فراراً من الربا بنظر أهل المدينة فأجيبوا على ما في الخبر « نعم الشيء الفرار - النخ » فكأنهم توجهوا إلى أنه في غير هذا المقصد لا يقدم أحد على هذه المعاملة فأقدمه هنا يكون بقصد الفرار فأجيبوا بأنه لا بأس ، فهذا نظير تزويج الرئيس إحدى بناته خادمه لحصول المحرمية مع أهل بيته حيث إنه لولا هذه الجهة ما كان

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٥ .

يقدم على هذا التزويج فهذا حيلة ولا بأس به ولولا هذا لكانت المعاملة ربوية غاية الأمر حكم الشارع بأنه لا بأس من باب الاستثناء كجواز الرِّبَا بين الوالد والولد فهذا التخلص نظير التخلص بنحو آخر ذكر في المتن من بيع سلعته من صاحبه واشتراء الأخرى بذلك الثمن حيث إنّه فرار من الرِّبَا بحيث لو لا قصد الفرار لما أقدم عليه لكن تحقق القصد إلى البيع والاشتراء ويكون مطابقاً للقواعد وقد حصل من قبل الشارع الإذن في الفرار من الحرام إلى الحلال وعلى هذا فيشكل ما ذكر من أنّه خلاف قصد المتعاقدين وخلاف العرف فإذا كانا مالكيين لا يكون لكل منهما ما يخالف جنسه ولا يخرج عن حكم الصرف من جهة أنّه على ما ذكر ما خرج عن الرِّبَا .

و من هذا الباب الكلام في الصرف وهو بيع الأثمان و يشترط فيه التقابض في المجلس و يبطل لو افترقا قبله على الأشهر و لو قبض البعض البعض صحّ في ما قبض ، ولو فارقا المجلس مصطحبين لم يبطل ولو وكلّ أحدهما في القبض فافترقا قبله بطل .

الأثمان الذّهب والفضة مسكوكين أو غير مسكوكين سميّاً بالائمان لغلبة وقوعهما في البيع ثمنين فيشترط في صحّة بيعهما زائداً على الرِّبَا بويّات إذهي منها لكونهما موزونين في الصدر الأوّل حتّى المسكوك منهما والاكتفاء في بعض الأزمنة أو الأحوال بالعدّ بعد معلوميّة موزونيّة الأصل لا يدفع حكم الرِّبَا كذا قيل ، و يمكن أن يقال وجه جريان الرِّبَا فيهما مع كونهما في الأزمنة المتأخّرة معدودين ليس من جهة أنّ الأصل موزون للنقض بالثوب مع أنّ الغزل الذي يكون أصله موزون بل من جهة أنّهما في الصدر الأوّل كانا موزونين ، و ادّعي الإجماع على جريان الرِّبَا في ما كان مكيلاً أو موزوناً في عصر النبي ﷺ وإن صار معدوداً في العصر المتأخّر وإن كان محلّ التأمل والأشكال بقي أنّ الظاهر أنّ النظر إلى الوزن حتّى مع اعتبار العدّ وعدم الوزن من جهة الاعتماد على معلوميّة الوزن و ضبطه ، والتفاوت اليسير غير قادح ، قال البجليّ على المحكي لأبي عبدالله عليه السلام «أشترى الشيء بدراهم وأعطى الناقص العبّة والحبّتين قال : لا حتّى تبيّنه ، ثمّ قال : إلّا أن تكون نحو

هذه الدراهم الأوضاحية التي تكون عندنا عدداً» (١).

وفي خبره الآخر سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن رجل يشتري المبيع بالدراهم وهو ينقص الحبة ونحو ذلك أيعطيه الذي يشتريه منه ولا يعلم أنه ينقص قال: لا إلا أن تكون مثل هذه الواضاحية يجوز كما يجوز عندنا عدداً» (٢).

ولا يبعد أن يكون وجه النهي الغش لكون النقصان عيباً خفياً فتأمل، وأما التقابض في المجلس فادعى على اشتراطه الإجماع وبدل عليه النصوص المستفيضة منها قول أبي جعفر عليه السلام على المحكي في خبر محمد بن قيس «قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه: لا يبتاع رجل فضة بذهب إلا يداً بيد ولا يبتاع ذهباً بفضة إلا يداً بيد» (٣).

ومنها قول الصادق عليه السلام على المحكي في صحيح منصور «إذا اشتريت ذهباً بفضة أوفضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه وأن نزاحطاً فانزعه» (٤).

ومنها خبر حرير عن محمد قال: «سألته عن الرجل يبتاع الذهب بالفضة مثلاً بمثلين قال: لا بأس يداً بيد» (٥) ومنها خبر البجلي قال: «سألته عن الرجل يشتري من الرجل الدراهم بالدنانير فيزنها وينقدها ويحسب ثمنهاكم هو ديناراً، ثم يقول أرسل غلامك معي حتى أعطيه الدنانير؟ فقال: ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير، فقلت: إنهم في دار واحدة وأمكنتهم قريبة بعضها من بعض، وهذا يشق عليهم، فقال: إذا فرغ من وزنها وانتقادها فليأمر الغلام الذي يرسله أن يكون هو الذي يبايعه ويدفع إليه الورق ويقبض منه الدنانير حيث يدفع إليه الورق» (٦).

وظاهر هذا الخبر اشتراط القبض في الصحة فقبل القبض لم يتحقق الملكية بل لم يتحقق العقد وإلا لم يكن وجه للأمر بمبايعة الغلام المرسل، فلا مجال لاحتمال

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٨ .

(٢) الفقيه باب البيوع تحت رقم ٦٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٤٥ والاستبصار ج ٣ ص ٩٣ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ١٤٥ . وفيه «مثلين بمثل يداً بيد فقال: لا بأس» .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٢٥٢ .

أن يكون القبض واجباً بالوجوب التكليفي دون الشرطي أو احتمال وجوب الوفاء بالعقد و تتميم شرطه كما قيل في العقد الفضولي بوجوب الوفاء بالنسبة إلى الأصيل وإن لم يتحقق الملكية قبل الإجازة إلا أن يقال : الافتراق موجب لبطلان العقد الواقع صحيحاً و يجب الوفاء به فلا يجوز الافتراق إلا أن يقال ما تعاقده عليه المتعاقدان نفس المبادلة و لم يمضها الشارع بدون التقابض ولا يجب تحصيل الشرط و يدفع بصراحة هذا الخبر في لزوم القبض بالخصوص في الصحة احتمال كون المراد من اليد باليد عدم كون البيع نسيئة ، و لعل ذكر الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم مثل هذا الخبر في مقام الاستدلال يكفي جابراً لسنده إن لم يكن نقي السند مضافاً إلى أن الأمر في أبواب المعاملات ظاهرة في الوجوب الشرطي ومدخلية الشيء في الصحة كما أن النواهي ظاهرة في إيجاب الفساد ، وحكي عن الصدوق أنه لا يشترط التقابض في المجلس وربما يشهد له أخبار السابطي الأربعة عن الصادق عليه السلام المتضمنة لنفي البأس عن بيع الدراهم بالدنانير نسيئة وعن سلف الدنانير بالدراهم كخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام الذي في طريقه على بن حديد « لا بأس أن يبيع الرجل الدينار نسيئة بمائة وأقل و أكثر ، ^(١) و مكتوبة محمد بن عمرو ^(٢) لا بد من رد علمها إلى أهلها لعدم عمل الأصحاب بها .

و أما صورته قبض البعض قبل التفرق فلا خلاف ظاهراً في الصحة بالنسبة إلى المقبوض و مقتضى الأخبار المذكورة البطلان بالنسبة إلى غير المقبوض و هذا مبني على انحلال البيع الواحد إلى بيوع بالنسبة إلى أبعاض المبيع و لذا يحكم بالصحة بالنسبة إلى ما يملكه البايع إذا باع ما يملكه وما لا يملك إذا رد المالك وكذا إذا باع ما يملك وما لا يملك كالخل والخمر ولكن يستشكل في الصحة إذا باع شيئاً وقبل المشتري نصفه وأيضاً إذا كان قصداً للبايع والمشتري أو أحدهما بنحو وحدة المطلوب يشكل الصحة كما استشكل في صحة العقد المشروط بالشرط الفاسد مع وحدة المطلوب ولو فارقاً مصطحين لم يبطل ، ويدل عليه صحيح منصور المذكور ولو وكل أحدهما في القبض

فافتراق قبله بطل و يدل عليه خبر البجلي المذكور بل لولا الخبر المذكور أمكن القول بالصحة لأن الوكيل بمنزلة البايع والمشتري ولم يظهر من غير هذا الخبر اشتراط تقاض المتعاقدين بماهما متعاقدان بل بماهما طرفا المبادلة .

❖ ولو اشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنائير قبل القبض لم يصح الثاني ، ولو كان عليه دنائير فأمره أن يحولها إلى الدراهم وساعره فقبل صح إن لم يقبض لأن النقدين من واحد ❖ .

المشهور في الصورة الأولى البطلان من جهة أن الدرهم المشتراة إما أن تكون كليتة في الذمة لم يملكها من البايع بعد حتى يشتري بها الدناير وإن كانت شخصية لم يملك أعيانها ولصحيح إسحاق بن عمار كما في المختلف قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يجيء بالورق يبيعه يريد بها ورقاً عندي وهو اليقين أنه ليس يريد الدناير ليس يريد إلا الورق فلا يقوم حتى يأخذورقي فأشترى منه الدرهم بالدناير فلا تكون دنائيره عندي كاملة فاستقرض له من جاري فأعطيه كمال دنائيره و لعلني لأحرز وزنها ، فقال : أليس يأخذ وفاء الذي له ؟ قلت : بلى ، قال : ليس به بأس » (١) وكأنه لما يفهم منه من البأس إذا لم يقبض الدناير إن المراد أنني أستقرض به الدناير ثم أشتريها منه بالورق الذي يريد كما يوهي إليه في صدر الخبر أما الصحيح فلم يظهر منه وقوع معاملة بعد اشتراء الدرهم بالدناير ومع قطع النظر عن هذا يكون اتصال كلام الإمام عليه السلام على المحكي بما ذكر السائل من قوله « و لعلني لأحرز وزنها » يوجب كونه المتيقن من توجه عدم البأس إليه نظير الاستثناء عقيب الجمل المتعددة وعلى هذا فلم يظهر من الصحيح التوجه إلى جهة أخرى ، وأما ما ذكر من أنه إذا اشترى الدرهم الغير المقبوضة النخ ، فيمكن أن يقال فيه أي مانع من أن يكون الدرهم في ذمته مقيدة بأن يأخذها من بايعها الذي اشترت منه نعم إذا كانت شخصية ولم تقبض بعد لعلها تكون مشمولة للبيع للنهي الوارد في مالو باع العين الشخصية المملوكة للغير بقصد أن يشتريها بعد المعاملة و يدفعها إلى من اشتراها منه ولكن الظاهر أن النهي

راجع إلى وقوع البيع لنفسه ولا مانع من وقوعه لما لكها من باب الفضولي فلا يكون البيع باطلاً بقول مطلق لكن ذلك كله بشرط حصول القبض قبل الافتراق ، وأما الصورة الثانية فالظاهر عدم الإشكال في الصحة فيها وإن لم يتحقق التقابض و يدل عليه صحيح إسحاق بن عمار الذي رواه المشايخ الثلاثة و عمل به الأصحاب في الجملة قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام يكون للرجل عندي الدرهم الموضح فيلقاني ويقول لي : كيف سعر الموضح اليوم ؟ فأقول له كذا وكذا فيقول : أليس لي عندك كذا وكذا ألف درهم وضماً فأقول : بلى فيقول : حوّلها إليّ دنائير بهذا السعر وأثبتها عندك فما ترى في هذا ؟ فقال : إذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك ، فقلت : إنني لم أوازنه و لم أناقده وإنما كان كلام منّي ومنه فقال لي أليس الدرهم من عندك ؟ فقلت : بلى ، فقال : لا بأس بذلك » ^(١) و موثّق عبيد بن زرارة أو صحيحه « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لي عنده درهم فأتيه و أقول حوّلها دنائير من غير أن أقبض شيئاً قال : لا بأس به ، قلت ويكون لي عنده دنائير فأتيه فأقول له حوّلها درهم و أثبتها عندك و لم أقبض منه شيئاً ، قال : لا بأس » ^(٢) و قد يقال بحصول المعاملة بين الطرفين بذلك و إن كان بعنوان المعاوضة بناءً على التحقيق من كونها بيعاً و عدم اشتراط التقابض هنا بل يكفي قبض ما في ذمته له و بقاء الآخر في ذمته و حيث كانا معاً عنده صار كالتقابض ولولا فهم الأصحاب أمكن تنزيل الخبر على معاوضة الصلح .

ويمكن أن يقال : لا إشكال في أن مجرد قول صاحب الدرهم حوّلها إليّ دنائير ليس تحويلاً لها إليّ دنائير كما ربما يترأى من قوله على ما في الخبر وإنما كان كلاماً منّي و منه بل طلب منه للتحويل و لا إشكال في أن التحويل أمر إنشائي لأنّه تبديل الدرهم بالدنائير فلا بدّ من إنشائه قولاً أو فعلاً فحمل الخبرين على الإذن أو التوكيل من صاحب الدرهم للمدين في التحويل بأحد النحوين والسؤال عن صحته

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٥ . و التهذيب ج ٢ ص ١٤٦ و الفقيه باب الصرف و وجوهه

تحت رقم ١١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٧ .

والجواب بعدم البأس فيه لا إشكال فيه وليس اجتهاداً في مقابلة النص كما قيل ، ولعل وجه السؤال أن الدرهم غير مقبوضة فكيف تصح المبادلة مع الدنانير فأجيب في الخبر الأول « أليس الدرهم من عندك » فكأنها مقبوضة له حيث وكل أو أذن له فقبل ولا أقل من الشك في حصول المبادلة بغير ما ذكر ، و ظاهر الخبرين استدعاء أن يحول الطرف لا أن يكون التحويل بفعلهما ولا مانع حينئذ من كون الدرهم بمنزلة المقبوضة كما دل الدليل في الوقف على الأولاد الصغار على تحقق القبض لهم بكون العين الموقوفة بيد أيهم الواقف عليهم وفي المقام بعد الإذن يكون الدرهم بمنزلة المقبوضة لصاحبها .

ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منهما ويجوز في المختلف ، و يستوي في اعتبار التماثل الصحيح والمكسور والمصوغ ، وإن كان في واحد غش لم يبع بجنسه إلا أن يعلم مقدار ما فيه فيزداد الثمن عن قدر الجوهر بما يقابل الغش .

أما عدم جواز التفاضل في الجنس الواحد فلحصول الربا ويجوز مع الاختلاف لعدم الربا للاختلاف وأما استواء الصحيح والمكسور والمصوغ في اعتبار التماثل فلصدق اتحاد الجنس . وأما عدم بيع المغشوش بجنسه مع الجهل بالمقدار فلعدم العلم بالمقدار كي يتخلص من الربا فلا يجوز عقلاً ترتيب أثر الصحة لا بمعنى عدم الصحة شرعاً لعدم مدخلية العلم في الصحة بل من حيث إن الأصل في الأموال الحرمة فإن كان من جهة وجوب الاحتياط شرعاً في الأموال فالحرمة الظاهرية شرعية ومع العلم بالمقدار وازدياد الثمن عن قدر الجوهر بما يقابل الغش لا مانع .

ولا يباع تراب الذهب بالذهب ولا تراب الفضة بالفضة و يباع بغيره و يباع جوهر الرصاص والنحاس بالذهب أو الفضة وإن كان فيه يسير من ذلك و يجوز إخراج الدرهم المغشوشة إذا كانت معلومة الصرف ولولم يكن كذلك لم يجز إلا بعد بيانها .

أما عدم جواز بيع تراب الذهب بالذهب والفضة بالفضة فلعدم العلم بالمساواة اللازمة لعدم الربا ويجوز بغير الجنس للاختلاف لكنه يشكل ما ذكر من جهة أن

التراب المخلوط مع الذهب أو الفضة لقيمة له فكيف يصح البيع مع عدم العلم بمقدار الذهب والفضة ولا يقاس بالتراب في مثل الحنطة والشعير، وأما جواز بيع جوهر الرصاص والنحاس بالذهب والفضة وإن كان فيه يسير من ذلك فلا خلاف فيه ظاهراً وعلل بأن الغالب عليه اسم غيرهما فلا يصدق بيع المجانس بمثله ولا يبيع الأثمان بمثلها فلا يجري عليه حكم الربا ولا حكم الصرف قال معاوية على المحكي وغيره « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن جوهر الأسرب وهو إذا خلص كان فيه فضة أ يصلح أن يسلم الرجل فيه الدراهم المسماة؟ فقال: إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك » (١) وفي خبر البجلي عنه أيضاً « في الأسرب يشتري بالفضة قال: إذا كان الغالب عليه الأسرب فلا بأس به » (٢).

وأما جواز إخراج الدراهم المغشوشة بالشراء بها وغيره من أنواع التصرفات مع كونها معلومة الصرف فلا خلاف فيه ظاهراً للسيرة القطعية، وقال حرير على المحكي: « كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها فقال: لا بأس إذا كانت لمصر » (٣). والبقباق « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الدراهم المحمول عليها فقال: إذا أنفقت ما يجوز بين أهل المدينة أو البلد فلا بأس وإن أنفقت ما لا يجوز بين أهل البلد فلا » (٤) ومحمد بن مسلم « جاء رجل من أهل سجستان إلى أبي جعفر عليه السلام فقال له: إن عندنا دراهم يقال لها الشاهية تحمل الدراهم دانقين؟ فقال: لا بأس به إذا كان يجوز بين الناس » (٥) وأما لولم تكن كذلك فالمعروف أنه لم يجز إنفاقها إلا بعد إبانة حالها وعليه يحمل خبر المفضل بن عمر الجعفي قال: « كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فألقي بين يديه الدراهم فألقى إليّ درهماً منها فقال أيش هذا: فقلت: ستوق، فقال: وما الستوق فقلت: طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقة من فضة، فقال: أكره هذا فإنه لا يحل بيع هذا ولا إنفاقه » (٦) ومكاتبة جعفر بن

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٨ .

(٣) و(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٥٣ .

(٥) و(٦) التهذيب ج ٢ ص ١٤٨ .

عيسى إلى أبي الحسن عليه السلام « ما تقول جعلت فداك في الدرّاهم أعلم أنّها لا تجوز بين المسلمين إلاّ بوضيعة تصير إليّ من بعضهم بغير وضیعة لجهلي به ، وإنّما آخذه على أنّه جيدٌ أيجوز لي أن آخذه وأخرجه من يدي إليه على حدّ ما صار إليّ من قبلهم ؟ فكتب عليه السلام لا يحلّ ذلك » ^(١) بشهادة مارواه ابن أبي عمير ، عن ابن رثاب قال : لا أعلمه إلاّ عن محمد بن مسلم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : عن الرّجل يعمل الدرّاهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثمّ يبيعه فقال : إذا بيّن ذلك فلا بأس » ^(٢) وغيره ، ويمكن أن يقال : يشكّل الجمع بين المكتوبة والخبر السابق عليه و بين هذه الرواية بالنحو المذكور فإنّ الخبر السابق ظاهر في عدم جواز المعاملة أصلاً ولذا أمر بكسره ولولا هذا لما أمر به حيث إنّهُ بمنزلة التبذير ككسر مال لا قيمة لمكسوره إلاّ أن يفرق بين ما كان يصرف بين الناس مع وضیعة وما لا يصرف بينهم أصلاً مع الالتفات إلى غشّه و على هذا فيدور الأمر مدار واقعه ولا مدخلة للعلم والجهل ، نعم مع الصرف مع الوضیعة لا بدّ من البيان لأنّه بدون غشّ لا يجوز .

﴿ مسائل : الأولى إذا دفع زيادة عمّا للبايع صحّ و تكون الزيادة أمانة ، و كذا لو بان فيه زيادة لا يكون إلاّ غلطاً أو تعمّداً ، ولو كانت الزيادة ممّا يتفاوت به الموازين لم تجب إعادته . الثانية يجوز أن يبدّل له درهماً ويشترط صياغة خاتم ولا يتعدّى الحكم و يجوز أن يقرضه الدرّاهم ويشترط أن ينقدها بأرض أخرى ﴾ .

إذا اشترى ديناراً بدينار مثلاً فتارة تكون المبادلة بين العينين الخارجتين و تكون إحدىهما زائدة على الأخرى فالظاهر بطلان المعاملة لتحقيق الرّبّا ، وأخرى تكون المبادلة بين الكليين في الذمّة بدون زيادة و نقصان و في مقام الدّفع دفع أزيد غلطاً أو تعمّداً فالمعاملة صحيحة والزائد ملك للدّافع و المعروف أنّه أمانة فإذا تلفت بدون التعدي والتفريط لاضمان على المدفوع إليه و يشكّل في صورة الدّفع غلطاً لعدم صدق الأمانة لا الشرعيّة ولا المالكيّة فمقتضى « على اليد ما أخذت » الضمان بل يشكّل عدم

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٣ . والتهذيب ج ٢ ص ١٣٨ والاستبصار ج ٣ ص ٩٧ .

الضمان مع التعمد أيضاً إن قلنا في المقبوض بالسوم بالضمان ، وأما صورة المبادلة بين الخارجيتين لا الكلي في الذمّة ربما يتأمل فيها مع زيادة أحدهما في البطلان فيما لو وقع المبادلة بعنوان أنهما متساويتان من جهة تعارض الوصف والاشارة بأن وقع المبادلة بين المتساويين الخارجيتين وانكشف عدم تساويهما ، ولعلّ الفرق بين الصورتين في المتن من دفع الزيادة وظهور الزيادة فيما دفع من أنه تارة يدفع الزائد الخارج عمّا للبائع كما لو كان البائع يستحقّ ديناراً ودفع المشتري إليه مع دفع الدينار الذي يستحقّ ديناراً آخر غلطاً أو تعمداً وأخرى يكون ما يدفع إليه بعنوان الاستحقاق أكثر وزناً بحيث يكون الزائد في ضمن ما يستحقّه لكنّه لا فرق بينهما بحسب الحكم ، وأما لو كانت الزيادة من جهة تفاوت الموازين فمع كون الزيادة سيرة فلا يبعد ما ذكر من عدم إعادتها لأنّ تساوي الموازين بالدقّة خارج عن العادة فحكم الشارع بلزوم التساوي محمول على التساوي لا بحسب الدقّة ، وأما مع كون الزيادة كثيرة ولو من جهة اجتماع الزيادة في السيرة فيشكل الحكم بعدم الإعادة لصدق عدم التساوي حينئذ . وأما جواز تبديل الدرهم بدرهم مع شرط صياغة الخاتم فلرواية أبي الصباح الكناني القويّة إن لم تكن الصحيحة عن الصادق عليه السلام قال : «سألته عن الرّجل يقول للصائغ: صنع لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طارجياً بدرهم غلّة قال : لا بأس» ^(١) وعمله في الشيخ في النهاية بل عن كشف الزموز أن الرّواية مقبولة غير مطعون فيها وأنّ المشايخ اعتمدوا عليها . وأما عدم التعدّي عن مورد النصّ فلا أنّ الحكم بعد ما كان على خلاف القواعد لا يتعدّي عنه حيث إنّ الشرط بعد زيادة بحسب الأدلّة فلا مجال للتعدّي بل يشكل التعدّي عن مورد الرّواية لأنّ الرّواية في الإجارة ليس غير و كان العمل يجبر تفاوت ما بين الدرهمين إذ الطارج الخالص والغلّة غيره كما قال في الدرّوس وعلى هذا يشكل إطلاق المتن ، وأما إقراض الدرّاهم واشترط أن ينقدها بأرض أخرى فلما ذكر في باب القرض من خبر الكناني عن الصادق عليه السلام في الرّجل يبعث بما ل إلى أرض فقال الذي يريد أن يبعث له أقرضنيه وأنا أوتيك إذا قدمت

الأرض قال : لا بأس بهذا « (١) وخبر يعقوب بن شبيب « قلت لأبي عبد الله عليه السلام :
 يسلف الرجل الرجل الورق على أن ينقد إتياء بأرض أخرى و يشترط عليه ذلك قال
 لا بأس « (٢) وإسماعيل بن جابر « قلت لأبي جعفر عليه السلام : يدفع إلي الرجل الدراهم
 فأشترط عليه أن يدفعها بأرض أخرى سوداً بوزنها واشترط عليه ذلك ؛ قال : لا بأس « (٣).
 ﴿ الثالثة الأواني المصوغة من الذهب والفضة إن أمكن تخليصها لم يبع
 بأحدهما وإن تعذر وكان الغالب أحدهما بيعت بالأقل ، وإن تساوى بيعت بهما ﴾ .
 أما عدم جواز بيعها بأحد النقيدين مع إمكان التخليص فلم يظهر وجهه بملاحظة
 القواعد لا يمكن أن تباع بأحد النقيدين مع العلم بزيادة أحد النقيدين عما يجاسه و
 تكون الزيادة في مقابل ما يجاسه لكن في المقام خبر إبراهيم بن هلال قال : « قلت
 لأبي عبد الله عليه السلام : جام فيه ذهب وفضة اشتريه بذهب أو فضة ؟ فقال : إن كان يقدر على
 تخليصه فلا ، وإن لم يقدر على تخليصه فلا بأس « (٤) و خبر أبي عبد الله مولى عبدربه
 قال : « سألت الصادق عليه السلام عن الجوهر الذي يخرج من معدن وفيه ذهب وفضة و
 صفر جميعاً كيف نشتره ؛ فقال : تشتريه بالذهب والفضة جميعاً « (٥) و خبر عبد الله
 ابن سنان قال : « سألت الصادق عليه السلام عن شراء الذهب والفضة بالذهب قال : لا يصلح إلا
 بالدينانير والورق « (٦) والنصوص الواردة في تراب الصياغة و أما التفصيل في صورة
 التعذر بين غلبة أحدهما فتباع بالأقل و بين صورة التساوي فتباع بهما فلم يظهر وجهه
 لامن جهة القواعد ولامن جهة النصوص و مقتضى القواعد الجواز بأي نحو يتخلص من
 الرّبا ، و مقتضى الخبرين الأخيرين جواز البيع بمجموع الذهب والفضة أو الدينانير

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ والتهذيب ج ٢ ص ٦٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٤٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٥٠ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٤٩ والتهذيب ج ٢ ص ١٤٨ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ١٤٨ .

والورق ، و يمكن حملها على الجواز بهذا النحو لا لانحصار .

﴿ الرّابعة المراكب والسيوف المحلّاة إن علم مقدار الحلية بيعت بالجنس مع زيادة تقابل المراكب أو النصل نقداً ، ولو بيعت نسيئة نقد من الثمن ما قابل الحلية وإن جهل بيعت بغير الجنس ، و قيل : إن أراد بيعها بالجنس ضمّ إليها شيئاً ﴾ .

ما ذكر في هذه المسئلة مقتضى القواعد تحفظاً من الرّبا و لشرط الصرف لكنّه مع الجهل بمقدار الحلية يجوز البيع بالجنس مع العلم بزيادة الجنس عن المقدار المجهول من الحلية و يكون الزيادة مقابلاً لذي الحلية ، و قد سئل المنصور الصيقل على المحكيّ أبا عبد الله عليه السلام « عن السيّف المفضّض يباع بالدراهم فقال : إن كان فضّته أقلّ من النقد فلا بأس و إن كان أكثر فلا يصح » ^(١) و نحوه مضمّر أبي بصير ^(٢) و ما قيل من ضمّ الشيء إن أريد انحصار الجواز به فلا دليل عليه و إن أريد جوازه فلا مانع ، و قيل : إن الشيخ القائل بهذا تبع الرّواية وهي خبر عبد الرّحمن « سألته عن السيوف المحلّاة فيها الفضة نبيعها بدراهم بنقد قال : كان أبي يقول يكون لها [معها خ ل] عروض أحبّ إليّ » و الموجود في التهذيب و الكافي « سألته عن السيوف المحلّاة فيها الفضة تباع بالذهب إلى أجل مسمّى فقال : إن الناس لم يختلفوا في النسيء إنّه الرّبا و إنّما اختلفوا في اليد باليد فقلت له : فنيعه بدراهم بنقد ؟ فقال : كان أبي عليه السلام يقول : يكون معه عرض أحبّ إليّ ، فقلت : إذا كانت الدّراهم التي تعطي أكثر من الفضة التي فيها فقال : فكيف لهم بالاحتياط بذلك قلت له : فإنّهم يزعمون أنّهم يعرفون ذلك ، فقال : إذا كان يعرفون ذلك فلا بأس يجعلون معه العرض أحبّ إليّ » ^(٣) .

﴿ الخامسة لا يجوز بيع شيء بدينار غير درهم لأنّه مجهول ، السادسة ما يجتمع

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٩ . والاستصار ج ٣ ص ٩٨ .

(٢) راجع التهذيب ج ٢ ص ١٤٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ ؛ و التهذيب ج ٢ ص ١٤٩ .

من تراب الصياغة يباع بالذهب والفضة أو بجنس غيرهما و يتصدق به لأن أربابه لا يميزون ﴿

أما عدم جواز بيع الشيء بالنحو المذكور من جهة الجهل فيدور مدار الجهل فمع العلم لا مانع منه وقد روى السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي صلوات الله عليه « في رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل قال : فاسد فلعل الدرهم يصير بدينار » ^(١) و مقتضى التعليل فيه الصحة مع العلم بالنسبة و في خبر حماد بن ميسرة عن جعفر عن أبيه عليه السلام « أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم » ^(٢) و الكراهة محمولة على الحرمة .

و أما حكم ما يجتمع من تراب الصياغة فالمعروف أنه يباع بالذهب والفضة معاً أو بجنس غيرهما و يتصدق به قال علي بن ميمون الصائغ على المحكي « سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكس من التراب فأبيعه فما أصنع به ؟ قال : تصدق به فإما لك و إما لأهله قال : فقلت له : فإن كان فيها ذهب أو فضة وحديد فبأي شيء أبيعه قال : بعه بطعام قلت : فإن كان لي قرابة محتاج أعطيه منه ؟ قال : نعم » ^(٣) .

و في خبره الآخر « سألته عن تراب الصوائغ وإننا نبيعه قال : أما تستطيع أن تستحلّه من صاحبه قال : قلت : لا إذا أخبرته اتهمني قال : بعه ، قلت فبأي شيء نبيعه قال : بطعام ، قلت : فأي شيء أصنع به ؟ قال : تصدق به إمامك وإمماً لأهله قلت : إن كان ذا قرابة محتاج فأصله ؟ قال : نعم » ^(٤) إلا أنه يشكل العمل بالخبر الأخير حيث إن ظاهره جواز البيع والتصدق حتى مع العلم بصاحبه خوفاً من الاتهام مع أنه يمكن الدّس في ماله بدون حصول الاتهام بل لو لم يمكن بدون الاتهام فمجرد خوفه لا يوجب رفع اليد عن قاعدة عدم حليّة التصرف في مال الغير بدون طيب نفسه بل مع العلم بمالكه في الأطراف المحصورة وقد يصحح بظهور الاعراض و يشكل من جهة أنه مع الاعراض للصائغ أن يتملك و لا يجب عليه التصديق فمع ظهور الخبر في وجوب

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٩ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ١٤٨ . والكافي ج ٥ ص ٢٥٠ .

التصدق لا مجال لهذا الحمل ثم إنه يقع الإشكال من جهة أنه على القاعدة لا ولاية للصائع في البيع فهل يكون جواب الإمام متضمناً للإذن فالتصرف بإذنه عليه السلام أو يكون الجواب بياناً للحكم فيظهر منه المأذونية من قبل الشارع كما قيل في التصديق بالمال المجهول المالك إلا أن يقال : ظاهر الخبر الأول أن الإمام قرره على البيع فكان البيع مأذون فيه من قبل الشارع بل لا يبعد الاستظهار من الخبر الثاني .

ثم إنه بناء على وجوب الصدقة هل يكون مصرفه مصرف الصدقات الواجبة ومقتضاه المنع من إعطائه الغني والهاشمي ومن وجبت نفقته بناء على منعهم منها أولاً من جهة أنها غير واجبة على المالك بل هي مندوبة بالنسبة إليه وإن وجبت على من في يده فيتجه جريان أحكام المندوبة عليها لتحقيقه مقام آخر .

الفصل السادس في بيع الثمار لا يصح بيع ثمرة النخل قبل ظهورها ولا بعد ظهورها مالم يبد صلاحها وهو أن يحمر أو يعفر على الأشهر نعم لو ضم إليها شيء أو بيعت أزيد من سنة أو بشرط القطع جاز ، ويجوز بيعها مع أصولها وإن لم يبد صلاحها **أما عدم صحة بيع ثمرة النخل مالم يبد صلاحها** فاستدل عليه بصحيح سليمان ابن خالد عن الصادق عليه السلام « لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم وإن كان يطعم إن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل »^(١) وفي الوافي بعد أن رواه عن التهذيب قال : الظاهر سقوط لفظ « لم » وربما أيد بأن الموجود في الاستبصار وإن شئت أن تبتاعه كموتق أبي بصير وكيف كان لا إشكال في ظهور هذا الصحيح في عدم صحة البيع حولاً واحداً حتى يطعم وبخبر أبي الربيع عنه أيضاً « كان أبو جعفر عليه السلام يقول : إذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة فلا يباعن حتى تبلغ ثمرة وإذا بيع سنتين أو ثلاث فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة »^(٢) وخبر علي بن أبي حمزة « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر فقال : لا حتى يزهر قلت : وما الزهر ؟ قال : حتى يتلون »^(٣) وحسن الوشاء « سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٢ . والاستبصار ج ٣ ص ٨٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤١ . والكافي ج ٥ ص ١٧٦ .

النخل إذا حمل قال : لا يجوز بيعه حتى يز هو قلت : وما الز هو جعلت فداك ؟ قال :
 يحمراً ويصفرً وشبه ذلك ،^(١) وموثق عمارة عن الصادق عليه الصلاة والسلام « سئل عن
 الفاكهة متى تحل بيعها ؟ فقال : إن كانت فاكهة في موضع واحد فأطعم بعضها فقد حل
 بيع الفاكهة كلها ، وإذا كان نوعاً واحداً فلا يحل بيعه حتى يطعم ، فإن كان أنواعاً
 متفرقة فلا يباع منها شيء حتى يطعم كل نوع منها وحده ، ثم يباع تلك الأنواع ،^(٢)
 إلى غير ما ذكر من الأخبار .

وفي قبالتها ما يظهر منه عدم الحرمة ففي صحيح الحلبي «سئل أبو عبدالله عليه السلام
 عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين ، فقال : لا بأس إن لم تخرج
 في هذه السنة يخرج في قابل وإن اشتريته في سنة واحدة فلا تشتره حتى يبلغ وإن اشتريته
 ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس ،^(٣) وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من أرض
 فتهلك ثمرة تلك الأرض كلها ، فقال : قد اختصموا في ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فكانوا
 يذكرون ذلك فلما رأهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة
 ولم يحرّمه ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم ،^(٤) وفي صحيح ربعي «قلت لأبي عبدالله
 عليه السلام : إن لي نخلاً بالبصرة فأبيعه وأسمي الثمن وأستني الكرم من التمر أو
 أكثر أو العنق من النخل ؟ قال : لا بأس ، قلت : جعلت فداك يبيع السنتين قال : لا بأس ،
 قلت : جعلت فداك إن ذا عندنا عظيم قال : أما إنك إن قلت ذلك لقد كان رسول الله
 صلى الله عليه وآله أحل ذلك فتظالموا فقال عليه السلام : لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها ،^(٥)
 فإن قول السائل بعد جواب الإمام عليه السلام على المحكي «جعلت فداك يبيع السنتين
 الخ ، يظهر منه أن السؤال الأوّل راجع إلى بيع السنة وأجيب بعدم البأس وفي خبر

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ والتهذيب ج ٢ ص ١٤١ والاستبصار ج ٣ ص ٨٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ . والتهذيب ج ٢ ص ١٤١ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ .

ثعلبة بن يزيد أو حسنة يزيد بن معاوية «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعتين أو ثلاث قطعات ، فقال : لا بأس ، قال : وأكثر السؤل عن أشباه هذا فجعل يقول : لا بأس ، فقلت : أصلحك الله - استحياء من كثرة مأسأله وقوله : لا بأس به - إن من يلينا يفسدون علينا هذا كله فقال : أظنهم سمعوا حديث رسول الله صلى الله عليه وآله في النخل ثم حال بيني وبينه رجل فسكت فأمرت عنه بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله في النخل فقال أبو جعفر عليه السلام : خرج رسول الله صلى الله عليه وآله فسمع ضوضاء فقال : ما هذا ف قيل له : تباع الناس بالنخل ، فقعدا للنخل العام فقال صلى الله عليه وآله : أما إذا فعلوا فلا تشتروا والنخل العام حتى يطلع فيه شيء ولم يحرّمه » ^(١) وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام «تقبيل الثمار إذا تبيين لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجره» ^(٢) بناء على إرادة الشراء من التقبيل ، ومن المعلوم ان تبيين الثمرة قبل بدو الصلاح ولا مجال لاحتمال الاختصاص بغير ثمرة النخل فلا يبعد حمل الأخبار السابقة على التقيّة حيث أن المعروف اتفاق أئمتهم الأربع على الحرمة أو على الكراهة . ومما ذكر من الأخبار ظهر عدم الإشكال في صحّة البيع في صورة بدو الصلاح أو بيع أزيد من سنة ولا مجال مع النصوص الإشكال من جهة الانعدام فضلاً عن الفرر والجهالة أمّا جهة الانعدام فإن كان النظر فيها إلى صورة انعدام الثمرة أصلاً في العام فمقتضى القاعدة عدم صحّة البيع من جهة انكشاف عدم وجود المبيع واقعاً ولا تعرض للروايات لصحّة البيع حتى مع عدم الثمرة في ذلك العام وإن كان النظر الى انعدام الثمرة حين وقوع البيع وهو منقوض ببيع الكلي في الذمّة وبيع السلم وإن صحّح البيع في الكليّ والسلم باعتبار الوجود مع اعتبار الذمّة أمكن اعتبار الوجود في المقام أيضاً باعتبار قابليّة الشجر للثمرة . ألا ترى في باب الوقف يعتبر تسيل الثمرة مع انعدامها حال الوقف باعتبار قابليّة العين الموقوفة للثمرة فبعد اعتبار العقلاء لامجال للشبهة ، وأمّا جهة الفرر فلا توجب البطلان لا يمكن التخصيص فالحال حال الثمرة على الشجر حيث إنّها

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٤ والتهذيب ج ٢ ص ١٤١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٧٣ .

يصحُّ بيعها بالخرص مع أنها لا يصحُّ بيعها به بعد الجزّ من جهة الغرر والحيوان يصحُّ بيعه بالمشاهدة وبعد الذبح والسلخ لا يصحُّ بيع لحمه بالمشاهدة للغرر ثم إنّه بناءً على عدم صحّة البيع قبل بدو الصلاح في عام واحد فالمعروف صحته بشرط القطع أو مع الضميمة مع أنّه لا تعرّض ظاهراً في النصوص للصحة مع الشرط أو الضميمة غير الثمرة وتوجيه الصحة مع شرط القطع بأنّ الموجود في هذا الحال مال مملوك يجوز بيعه ولا يعتبر في الصحة تحقق القطع بل لورضي بعد ذلك بالبقاء مجاناً أو مع الأجرة جاز ، ويشكل من جهة عدم الماليّة في ثمرة مثل النخل قبل بدو الصلاح ولذا عبّر في بعض الكلمات بقوله حيث لا تكون المعاملة معه سفهيّة فمع فرض الماليّة بالعثور على فائدة مترتبة عليها توجب الماليّة والرقة في البيع والاشتراء لا يبعد انصراف الأخبار المانعة عنه فلا يكون الشرط مصحّحاً .

وأما مع الضميمة غير الثمرة فإن كانت أصلاً متبوعة في البيع والثمرة تابعة فلا يبعد الصحة لكن بنحو الشرط كبيع الحيوان وشرط كون حمله للمشتري ، لكن هذا خارج من ظاهر كلماتهم وإن لم تكن كذلك بل وقع البيع على المجموع فبناءً على المنع يكون مشمولاً للأخبار المانعة .

وأما ضميمة الثمرة المدركة فالظاهر صحّة البيع معها بلا خلاف ، ويدلُّ عليه صحيح يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام « إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها أجمع » ^(١) وخبر البطائني « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل وشجر منه ما قد أطمع و منه ما لم يطعم ، قال : لا بأس إذا كان فيه ما قد أطمع » ^(٢) والمرسل كالموثق على ما قيل المسؤول فيه عن بيع الثمرة قبل أن تدرك فقال : « إذا كان في تلك الأرض بيع له غلّة قد أدركت فبيع كلّه حلال » ^(٣) وهذا المرسل بناءً على عدم الإشكل فيه من جهة السند لا يبعد الأخذ بإطلاقه وشموله للضيمة غير الثمرة

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٦ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٧٥ تحت رقم ٦ .

كالحنطة والشعير وغيرهما ، وأما غير أمثالهما فيشكل التعدّي إليه .

وفي قبال ما ذكر موثّق عمّار «عن الفاكهة متى يحلّ بيعها قال : إذا كانت فاكهة كثيرة في موضع واحد فأطعم بعضها فقد حلّ بيع الفاكهة كلّها فإذا كان نوعاً واحداً فلا يحلّ بيعه حتّى يطعم ، فإن كان أنواعاً متفرّقة فلا يباع منها شيء حتّى يطعم كل نوع منها ثمّ يباع تلك الأنواع» (١) .

ويمكن الجمع بحمل قوله عليه السلام «فإن كان أنواعاً إلى آخر» على الكراهة في صورة عدم إطعام كلّ نوع منها ، وحمل قوله عليه السلام على المحكيّ «إذا كانت فاكهة كثيرة - الخ» على إطعام البعض ولو من نوع آخر فيرفع التشويش كما قيل .

وأما بيع الثمار في غير النخل فالظاهر أنّ حكمها حكم ثمرة النخل حيث إنّ بعض الأخبار التي يظهر منها المنع ذكر فيه النخل والشجر كخبر أبي الرّبيع المذكور سابقاً وموثّق عمّار المذكور سابقاً ، فبعد الحمل على الكراهة بالنسبة إلى ثمرة النخل لا بدّ في ثمرة غير النخل أيضاً الحمل على الكراهة ، وعلى فرض المنع يجوز البيع في الجملة مع ضمّ الضميمة بمقتضى المرسل المذكور كما أنّ مقتضى ذيل صحيح يعقوب بن شعيب قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل فقال : كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمرته السنة ولكنّ السنتين والثلاث كان يقول : إن لم يحمل هذه السنة حمل في السنة الأخرى . قال : وسألته عن الرّجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن يطلع فيشتري سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً قال : لا بأس إنّما يكره شراؤه سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتّى يستين» (٢) الصّحة أو رفع الكراهة في صورة اشتراء أزيد من سنة .

وأما جواز البيع مع الأصول فلا إشكال فيه قبل بدو الصّلاح وبعده ، أمّا بعده فواضح وأمّا قبله فللماليّة الثمرة وعدم شمول أدلّة المنع له ولا ينافي هذا مع ما سبق من عدم الماليّة قبل بدو الصّلاح لأنّ الكلام هناك كان مع شرط القطع بخلاف المقام

(١) تقدم عن التهذيب .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٢ والاستبصار ج ٣ ص ٨٦ .

وعلى تسليم عدم المالمية لا إشكال في كون الثمرة تابعة فلا إشكال ، ومما ذكر ظهر الحال في ما ذكر في المتن من قوله قدس سره .

﴿وكذا لا يجوز بيع ثمرة الشجرة حتى تظهر ويبدو صلاحها وهو أن ينعقد الحب﴾
وإذا أدرك ثمرة بعض البستان جاز بيع الثمرة أجمع وإن أدرك ثمرة بستان ففي جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضمّاً إليه تردّد و الجواز أشبه ، و يصحُّ بيع ثمرة الشجر ولو كان في أكمامه منضمّاً إلى أصوله ومنفرداً ﴿

وأما تفسير بدو الصلاح بانعقاد الحب فيستظهر من خبر ابن شريح «وبلغني أنه قال في ثمر الشجر : لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته فقيده وما صلاح ثمرته ؟ فقال : إذا انعقد بعد سقوط ورده»^(١) و موثق عمّار «سألته عن الكرم متى يحلُّ بيعه قال : إذا عقد وصار عقوداً»^(٢) والعقود اسم الحصرم بالنبتية كما قيل ، لكن يشكل الأخذ بما ذكر في تفسير صلاح الثمرة من انعقاد الحب مع ما ذكر في الأخبار السابقة من شأنية الإطعام فإن الثمرة بمجرد الانعقاد وسقوط وردها ليس من شأنها أن يؤكل والحمل على ارتفاع مرتبة من الكراهة بانعقاد الحب مرتبة أخرى بنحو آخر بعيد. وأما جواز بيع الثمرة مع إدراك ثمرة بستان آخر فلعله يستفاد من صحيح يعقوب بن شعيب المذكور سابقاً ، ومن المرسل المتقدم . وأما جواز بيع الثمرة ولو كانت في أكمامها فلما سبق منضمّاً أو منفرداً وهذا التعبير لعله من جهة الإشارة إلى خلاف بعض في عدم الجواز في حال كونها في الأكمام .

﴿ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطعة ولقطات ، وكذا يجوز كالرطوبة جزءة وجزئات ، وكذا ما يخرط كالحناء والتوت خرطة وخرطات ، ولو باع الأصول من النخل بعد التأبير فالثمرة للبايع ، وكذا الشجر بعد انعقاد الثمرة مالم يشترطها المشتري وعليه تبقيتها إلى أوان بلوغها﴾

الظاهر عدم الخلاف في صحة بيع الخضر بعد انعقادها لاحتفاظ المالمية وعدم

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٤٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٨ والتهذيب ج ٢ ص ١٤٢ .

مانع عن البيع بخلاف صورة عدم الانعقاد حيث ادعى الإجماع على عدم الصحة من جهة الجهالة و الفرر و فوهوى نصوص النخل والأشجار مضافاً إلى ما في موثق سماعة «سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات فقال : إذا رأيت الورق في شجرة فاشترمنه ماشئت من خرطة» (١) ولولا شبهة الإجماع أمكن الخدشة في ما ذكر لأن الجهل و الفرر مرتفعان بملاحظة الرواية السابقة كما لو بيعت قبل البيع الثاني و شوهدت فبعد الجز و الخرط بيعت ثانياً قبل الانعقاد .

و أمّا نصوص النخل و الأشجار فبعد الحمل على الكراهة و صحة بيع الثمرة سنتين كيف تدل على عدم الصحة في المقام و أمّا موثق سماعة فعلى تقدير استفادة المنع منه يشكل التعدي منه إلى مطلق الخضرة لعدم القطع بالمناط . ألا ترى أنه لم يلتزم بيطان ثمرة النخل قبل بدو صلاحها فالقائل بالصحة في ثمرة النخل يفرق بينها و بين الخضر فيمكن الفرق بين الورق و بين الخضر ، و يدل على الصحة إطلاق ما في صحيحة بريد أو حسنته السابق . أسأل أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعه أو قطعتين أو ثلاث قطعات قال : لا بأس - الحديث (٢) وعلى تقدير المنع لا يبعد القول بالصحة مع الضميمة لعدم تحقق الإجماع مع الضميمة نعم إن كان وجه المنع الجهل و الفرر يشكل الصحة لعدم ارتفاع الفرر بانضمام الضميمة ، و عدم شمول ما دل على الصحة في بيع الثمرة مع الضميمة للمقام . و أمّا كون الثمرة للبايع في النخل بعد التأخير فقد مر الكلام فيه و أنه مقتضى بعض النصوص . و أمّا وجوب التبقية ببقية الثمرة إلى أوان بلوغها فالظاهر عدم الخلاف فيه ولعله من لوازم ملكيتها حيث إنه مع لزوم القطع لفائدة فيها كملكية أراض لا طريق إليها فلامجال للخدشة و الإشكال في لزوم التبقية على المشتري نعم مخرج هذا لا يوجب لزوم التبقية مجاناً و بلا عوض فإن تم الإجماع على هذا و الإفشكل لقاعدة احترام مال المسلم ، و أمّا خروج ثمرات سائر الأشجار غير النخل في صورة بيع الأصول من دون اشتراط فعله من جهة عدم ذكرها في المعاملة و عدم التبعية

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٦ .

(٢) قد تقدم .

للمبيع لكنه على هذا يقع الإشكال في التفرقة بين صورة انعقاد الثمرة وغيرها حيث إنه بعد الظهور وقبل الانعقاد يشك في التبعية فيمكن أن يكون حالها حال حمل الدابة غير تابع للمبيع لا يدخل في ملك المشتري إلا مع الشرط أو مع الانضمام إن لم يكن فيه إشكال .

﴿ و يجوز أن يستثنى البائع ثمرة شجرات بعينها أو حصّة مشاعة أو أرتالاً معلومة ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه ﴾ .

أمّا استثناء ثمرات شجرات معينه أو حصّة مشاعة كالثلث و الربع فلا إشكال فيه وأمّا استثناء أرتال المعلومة ، فيدل على جوازها صحيح ربعي المتقدّم وخبره الآخر في الرجل يبيع الثمرة ثم يستثنى كيلاً و تمرأ ، قال لأبأس به قال : وكان مولى له عنده جالساً فقال المولى : إنه ليبيع ويستثنى أو ساقاً يعني أبا عبد الله عليه السلام : قال : فنظر إليه ولم ينكر ذلك من قوله^(١) وقد يستشكل من جهة إدائه إلى جهالة مقدار المبيع من المشاهد الذي طريق معرفته المشاهدة كما لو استثنى مشاهداً من الموزون الذي طريق اعتباره الوزن بأن باعه الموزون مستثنياً منه مشاهداً غير موزون ولا يخفى أنه مع قطع النظر عن النص لا يتوجه الإشكال حيث إنه بعدما يكتفي في بيع الثمار مادامت على الأشجار بالخرص و المشاهدة فاستثناء الأرتال المعلومة لا يوجب جهلاً غير مغتفر حتى يوجب البطالان و هذا بخلاف استثناء المشاهد من الموزون فإنها توجب الجهل فالقياس مع الفارق فمع قطع النظر عن النص لا يتم الاجتهاد المذكور حتى يرد بكونه في مقابلة النص . وأمّا السقوط من الثنيا بحسابه مع خيس الثمرة فهو على القاعدة في المال المشترك لكن الفقهاء - قدس الله أسرارهم - قائلون في صورة بيع الصاع الكلي في المعين كما لو باع صاعاً من صبرة بأنه إذا تلف من الصبرة بعضها فمادام مقدار صاع منها باقياً لا يتوجه الضرر إلى المشتري بل لا بد من ردّ الصاع الباقي إلى المشتري و هذا من جهة التفرقة بين صورة الإشاعة و الكلي في المعين ففي صورة الإشاعة يكون المال مشتركاً بحيث لا يجوز لأحد الشريكين التصرف بدون إذن شريكه بخلاف الكلي في المعين حيث إنه

(١) الفقيه : باب البيوع تحت رقم ١٨ .

قبل القبض يكون الاختيار بيد البائع فالإشكال من جهة أنه ما الوجه في حمل المستثنى في بيع الثمرة على الإشاعة الموجبة لسقوط التالف من الثنبا بحسابه . وحمل الصاع المبيع من الصبرة على الكلي في المعين الموجب لعدم سقوط منه .

وقد يفرق بين المقامين بأن المبيع في صورة بيع صاع من الصبرة صرف الوجود فما دام مقدار من الصبرة يكون صاعاً باقياً يكون صرف الوجود محفوظاً وهذا بخلاف صورة الاستثناء فإن البائع مالك قبل البيع مجموع الصبرة فبعد بيع المجموع واستثناء صاع مثلاً لا يكون مالكاً صرف الوجود من الصاع بل ما كان مالكاً له قبل بيع ما سوى الصاع ويمكن أن يقال في صورة بيع الكلي في المعين كيف يتصور أن يكون البائع مالكاً للأشخاص مع خروج الكلي عن ملكه فإن ملكية كل صاع من الصيعان مع عدم ملكية الصاع الكلي يشبه صدق الموجبة الكليّة مع السالبة الجزئية فمع الإشكال لا بد من القول بالسقوط في كلا المقامين ، ولعل من لوازم ما ذكر في الكلي في المعين أنه لو غصب الصبرة التي تعلق بها الزكاة وقلنا بأن العشر أو نصف العشر المتعلق بها من قبيل الكلي في المعين وجعلت بنداً لكان الزرع الحاصل ملكاً لمالك الصبرة .

❖ ولا يجوز بيع ثمرة النخل بثمرتها وهي المزبنة ، وهل يجوز بثمر من غيرها فيه قولان أظهرهما المنع ، وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منه وهي المحاقلة ، وفي بيعه بحب من غيره قولان أظهرهما التحريم ، ويجوز بيع العريّة بخرصها وهي النخلة تكون في دار آخر فيشترى صاحب المنزل بخرصها تمرأ .

لا إشكال في عدم جواز بيع ثمرة النخل بثمرتها وهذه المعاملة متيقنة في التفسير للمزبنة واستدل عليه بعدم جواز اتحاد الثمن والمثمن وبصحيح عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزبنة قلت وما هو؟ قال : أن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة» (١) وفي موثقته الآخر عنه أيضاً «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزبنة فقال : المحاقلة بيع النخل بالتمر والمزبنة بيع السنبل بالحنطة» (٢) لكن المعروف في تفسيرهما عكس ما يظهر من الخبرين

والأمر سهل ولا يخفى أن الظاهر من الخبرين في تفسيرهما عدم أخذ خصوصية تلك الشجرة أو ذلك الزرع اللذين يؤخذ منهما الثمرة أو الحنطة بل لا يبعد أن تعدّ المعاملة بهذا النحو سفهية إلا أن ترجع إلى إعطاء مالك النخلة أو الزرع مقداراً من الثمرة أو الزرع إلى الطرف في قبال عمله الرجوع إلى الثمرة والزرع ، وهذا ليس بيعاً ، فما قيل من أن هذه المعاملة هي المتيقنة من تحريم المزانبة ليس بجيد ، لأن النبي راجع إلى أمر قابل لتوجه العقلاء وبيع الشيء بنفسه ليس كذلك .

وفي قبال ما ذكر ما يدل على الجواز ففي صحيح الحلبي « قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل قال لا خير : يعني ثمرتك في نخلك هذه التي فيها بقرين من تمر أو أقل أو أكثر يسمى ماشاء فباعه ، قال : لا بأس به ، وقال : البسر والتمر من نخلة واحدة لا بأس به فأما أن يخلط التمر العتيق والبسر فلا يصلح ، والزبيب والعنب مثل ذلك ^(١) ، و موثق الكنانة « سألت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إن رجلاً كان له على رجل خمسة عشر وسقاً من تمر وكان له نخل فقال له : خذ ما في نخلي بتمرك فأبى أن يقبل فأتى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله إن لفلان علي خمسة عشر وسقاً من تمر فكلمه يأخذ ما في نخلي بتمره ، فبعث النبي صلى الله عليه وآله فقال : يا فلان خذ ما في نخله بتمرك ، فقال : يا رسول الله لا يفي ، وأبى أن يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وآله لصاحب النخل اجذّن نخلك فجزّه فكاله خمسة عشر وسقاً فأخبرني بعض أصحابنا عن ابن رباط ولا أعلم إلا أنني قد سمعته منه قال : إن أبا عبد الله عليه السلام قال : إن ربيعة الرأي لما بلغه هذا عن النبي صلى الله عليه وآله قال : هذا ربا ، قلت : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين ، قال : صدقت ^(٢) ، و خبر يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام « سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه : اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمى و تعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص ، وإما أن آخذه أنا بذلك وأردّه عليك ؟ قال : لا بأس بذلك ^(٣) ، ويمكن الجمع

(١) الكافي ج ٥ ص ١٧٦ ، والنهذيب ج ٢ ص ١٤٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٣ . والاستصار ج ٣ ص ٩٣ .

(٣) الكافي ج ٣ ص ١٩٣ . والنهذيب ج ٢ ص ١٥٢ .

بحمل ما سبق على الكراهة وإن كان خلاف المشهور. وأما بيع السنبل بحب منه أو بحب من غيره ففي الصورة الأولى منه لا إشكال في فساده لاتحاد المثلث والثلث ، وفي الصورة الثانية الظاهر من صحيح عبدالرحمن المذكور وموثقه الآخر المنع .

وفي قبالتها صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث « لا بأس أن تشتري زرعاً قد سنبل وبلغ بحنطة ^(١) » وصحيح إسماعيل بن فضل الهاشمي « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع حصائد الحنطة والشعير وسائر الحصائد قال : حلال فليبعه بما شاء ^(٢) » وحسن الوشاء « سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من رجل جرباناً معلومة بمائة كرهت على أن يعطيه من الأرض قال : حرام ، فقلت : جعلت فداك فإني أشتري منه بكيل معلوم وحنطة من غيرها ؟ قال : لا بأس بذلك ^(٣) » ويمكن الجمع بالحمل على الكراهة وإن كان خلاف المشهور ثم إن القائلين بالعموم في المزابنة اتفقوا على استثناء العريّة وهي النخلة تكون للإنسان في دار رجل آخر فيجوز بيعها بخرصها تمراً من غيرها و على القول بالجواز في بيعها بخرصها تمراً من غيرها لا استثناء إلا من جهة الكراهة و الأصل في العريّة ما رواه في الكافي والتهذيب ^(٤) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وآله في العرايا أن يشتريها بخرصها ، ثم قال : والعرايا جمع عريّة و هي النخلة تكون للرجل في دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعها بخرصها تمراً ولا يجوز ذلك في غيره ، و ما رواه الصدوق في كتاب معاني الأخبار ^(٥) عن محمد بن هارون الزنجاني عن علي بن عبد العزيز عن القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبي صلى الله عليه وآله « أنه رخص في العرايا واحدها عريّة وهي النخلة التي يعربها صاحبها رجلاً محتاجاً . والإعراء أن يبتاع تلك النخلة من المعري بتمر لموضع حاجته قال : وكان النبي صلى الله عليه وآله إذا بعث الخراس قال : خففوا الخرص في المال العريّة والوصيّة » ثم إنهم شرطوا شروطاً في بيع العريّة أحدها كون البيع على ذي الدار أو البستان بناء على شمول العريّة لما كانت في البستان لأعلى

(٢٥١) التهذيب ج ٢ ص ١٥٦ والاستبصار ج ٣ ص ١١٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٥٨ و ١٧١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٧٥ والتهذيب ج ٢ ص ١٥٧ .

(٥) الوسائل أبواب بيع الثمار ب ١٤ ج ١ .

غيرهما، ثانيها كونها واحدة في كل دار أو بستان فلو كان لمالك واحد اثنتان في دار أو بستان لم يجز بيع ثمرتهما ولا ثمرة إحداهما لعدم صدق العريّة في هذه الصورة، ويمكن منع هذا الشرط لقوله عليه السلام "على المحكمي" «رخص رسول الله عليه السلام في العرايا»، ثالثها الخرص والتخمين في ثمرة النخلة ولا يخفى أنه مع عدم الخرص يشكّل صحة البيع من جهة الغرر فلا ينبغي عدّه هذا من الشروط فإنّ الكلام بعد الفراغ عن شروط أصل البيع، و رابعها عدم التفاضل لظاهر الخبر الدالّ على اعتبار المساواة، ويمكن أن يقال نعم ظاهر الخبر الأوّل لهذا لكنّ الخبر الثاني مع كونه في مقام البيان لا ذكر فيه فإن قيّدناه بما في الأوّل فلا بدّ من تقييد الأوّل أيضاً بكون الرّجل المشتري محتاجاً فلم يذكر هذا بعنوان الشرطيّة. وأمّا التعليل بحصول الرّبّ مع التفاضل فلا يخفى ما فيه لعدم كون الثمرة قبل الجذّ مكياً ولا موزوناً مضافاً إلى أنه يلزم البطلان لو تبين بعد الخرص الزيادة أو النقص، خامسها أن يكون الثمن حالاً فلا يجوز تأجيله ولا وجه له إلا دعوى الانصراف ولا يخلو عن الإشكال.

﴿ ويجوز بيع الزّرع قصيلاً وعلى المشتري قطعه ولو امتنع فللبايع إزالته ولو تركه كان له أن يطالبه بأجرة أرضه ويجوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بزيادة عن الثمن قبل قبضها على كراهية ولو كان بين اثنين نخل فتقبل أحدهما بحصّة صاحبه من الثمرة بوزن معلوم صحّ، وإذا امرّ الإنسان بشمرة النخل جاز له أن يأكل ما لم يضرّ أو يقصد، ولا يجوز أن يأخذ منه شيئاً وفي جواز ذلك في غير النخل من الزّرع والخضر تردّد ﴾.

لا خلاف ظاهراً في جواز بيع الزّرع قصيلاً أي مشروطاً قطعه و يكفي في صحته العمومات وإن لم يبلغ أو ان قطعه بعد صدق الزّرع وقد يظهر من خبر معلى بن خنيس «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الزّرع قال إذا كان قدر شبر»^(١) عن اعتبار البلوغ إلى هذا القدر، نعم منع عن شرائه بذراً للغرر، يمكن منع الغرر مع الوثوق بصيرورته زرعاً كبيع الخرط والقطعات ومع عدم قطع المشتري مع بلوغ أو انه جازا القطع بغير اختيار المشتري

ما يقول هولاء ؟ فقال : أخرضت عليهم بشيء فإن شاؤوا أخذوا بما (يأخذون خل) خرصنا وإن شاؤوا أخذنا فقال رجل من اليهود بهذا قامت السماوات والأرض ؛ ^(١) وصحيح يعقوب بن شعيب الآخر عن الصادق عليه السلام أيضاً قال فيه « ولما بلغ الثمرة أمر عبدالله ابن رواحة فخرص عليهم النخل فلما فرغ منه خيرهم فقال : قد خرصنا هذا النخل بكذا فإن شئتم فخذوه ورددوا علينا نصف ذلك وأعطيناكم نصف ذلك (هذا النخل خل) فقالت اليهود : بهذا قامت السماوات والأرض ^(٢) » ومرسل محمد بن عيسى « قلت لأبي الحسن عليه السلام : إن لنا أكرة فنزارعهم فيقولون قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا فأعطونا ما ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصة على هذا الحرز قال : وقد بلغ ؟ قلت نعم ، قال : لا بأس بهذا ، قلت : فإنه يجيء بعد ذلك فيقول لنا : إن الحرز لم يجيء كما حرزت وقد نقص قال فإذا زاد يرد عليك ؟ قلت : لا ، قال : فلکم أن تأخذوه بتمام الحرز كما أنه إذا زاد كان له ، كذلك إذا نقص كان عليه » ^(٣) ثم إنه بعد صحة هذه المعاملة وعدم الخلاف فيها يقع الكلام في أنها بيع أو صلح ومع فرض كونها بيعاً تكون مستثناة من المزابنة والمحاكلة ومن قاعدة عدم جواز اتحاد المثمن و الثمن حيث إن ظاهر الأخبار أن الحصة المضمونة من خصوص النخل أو الزرع المتقبل وعلى تقدير كونها صلحاً أيضاً يجيء الإشكل من جهة اتحاد المصالح عنه والمصالح به ، ويقع الكلام في لزومها وجوازها ، ويمكن أن يقال : لا تكون بيعاً ولا صلحاً بل تراض من الشريكين بأخذ حصة من الثمرة و الزرع في مقابل ما للمتقبل منه في الثمرة و الزرع فالحصة من خصوص النخل أو الزرع مشتركة قبل التقبل وبه ينتقل ما للمتقبل في الحصة في قبالة ما للمتقبل منه فيما سوى الحصة كما في القسمة فلا يلزم اتحاد المثمن و الثمن أو اتحاد المصالح عنه والمصالح به حتى يقال : لا مانع من الاتحاد وبعد ورود النص ، وهذا بخلاف المزابنة والمحاكلة في صورة اتحاد العوض و المعوض حيث لا حق للمشتري قبل وقوع المعاملة في النخل و الزرع

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٧٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ . و التهذيب ج ٢ ص ١٧٤

حتى يتصور المعاوضة ومع كونها بيعاً أو صلحاً يكون المتقبل مشترياً لما يملك المتقبل منه فيما سوى الحصة المتقبلة بما للمتقبل في الحصة وكذلك الصلح بنسبة المثلثين إلى مجموع ما يملك المتقبل منه ونسبة الثمن إلى مجموع الحصة مجازية فليس استثناء عن المزانية والمحاقله إلا أن يفسراً بالمعنى الأعم مما هو المتيقن .

وأما من جهة لزوم والجواز فمقتضى القاعدة لزوم لكونه عقداً فيجب الوفاء به لعموم قوله تعالى «أو فوا با لعقود»

وأما جواز أكل المارئة ثمرة النخل فيدل عليه قول الصادق عليه السلام في المحكي في خبر عبدالله بن سنان «لابأس بالرجل يمر بالثمرة ويأكل منها ولا يفسد وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تبنى الحيطان في المدينة لمكان المارئة ، قال : وكان إذا بلغ نخله أمر بالحيطان فخرقت لمكان المارئة» ^(١) ونحوه خبر أبي الربيع عنه أيضاً إلا أنه قال : «ولا يفسد ولا يحمل» كمرسل الفقيه عنه أيضاً «من مر بيساتين فلا بأس أن يأكل من ثمارها ولا يحمل شيئاً وقد قال محمد بن مروان للصادق عليه السلام في المرسل المروي بطرق ثلاثة «أمر بالثمرة فأكل منها قال : كل ولا تحمل» ^(٢) وزاد في أحد طرقه «قلت: جعلت فداك إن التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم قال : اشتروا ما ليس لهم» وفي قبيل هذه الأخبار ما يظهر منه خلاف ما يستفاد منها فمنه صحيح علي بن يقطين «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر أيحل له أن يتناول منه شيئاً ويأكل من غير إذن صاحبه وكيف حاله إن نهاء صاحب الثمرة وأمره القيم وليس له وكم الحد الذي يسعه أن يتناوله منه؟ قال : لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً» ^(٣) ومرسل مروان بن عبيد «قلت للصادق عليه السلام : الرجل يمر على قراح الزرع ويأخذ منه سنبله قال : لا قلت أي شيء السنبله، قال : لو كان كل من يمر به يأخذ منه سنبله لا يبقى منه شيء» ^(٤) وخبر مسعدة بن زياد

(١) الوسائل أبواب بيع الثمار ج ٨ ص ١٢

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٢ و ١١٤ والاستبصار ج ٣ ص ٩٠

(٣) ج ٢ ص ١٤٣ والاستبصار ج ٣ ص ٩٠

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١١٥

المروي عن قرب الإسناد «عن جعفر بن محمد عليه السلام أنه سئل عما يأكل الناس من الفاكهة والرطب مما هولهم حلال فقال : لا يأكل أحد إلا من ضرورة ، ولا يفسد إذا كان عليها فناء معاط ومن أجل الضرورة نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يبني على حدائق النخل والثمار بناء لكي لا يأكل منها أحد» (١) مؤيد ذلك كله بنصوص التقبل والحرص في الزكاة والخراج بل وبما دل على إخراج النخل ونحوها لأجل المارّة الظاهر في التساهل بأمر المارّة وباستمرار السيرة على بناء الجدران وبعض الأبواب ومنع الناس وامتناعهم مع أنه لو كان مثل ذلك جائزاً لشاع حتى بلغ التواتر ، ويمكن أن يقال أمّا الصحيح المذكور فيمكن أن يرجع قوله عليه السلام على المحكي «لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً إلى صورة نهى صاحب الثمرة والظاهر أن القائلين بالجواز نظرهم إلى صورة عدم العلم بالمنع . وأمّا التعبير بلا أو لا يأكل فيمكن حمله على الكراهة جمعاً مع الأخبار السابقة وإن أبيت فالترجيح مع الأخبار السابقة ، وأمّا التمسك بقاعدة قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه شرعاً وعقلاً فلا وجه له بعد إذن الشارع بحسب الأخبار كما أن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين صورة نهى المالك وعدم العلم بنهيه ، ولعله يشير إليه ما في المرسل قال : «اشتروا ما ليس لهم» حيث يستفاد منه أنه حق ثابت من قبل الشارع نظير الزكاة والخمس المتعلقة بالأموال من دون مدخليّة لإذن المالك ورضاه ولهذا لا يعدّ أكلاً للأموال الباطل المنهي في الآية الشريفة لإبائه عن التخصيص ، بل يكون من باب التخصيص ، ثم إنه بعد القول بالجواز لا بدّ من رعاية القيود المأخوذة في الأخبار المجوّزة لو كانت ملحوظة بنحو القيدية فمنها عدم الإفساد ، ومنها عدم الحمل والظاهر أن عدم الإفساد وعدم الحمل ليسا قيدين لحليّة المأكول بل توجه النهي مستقلاً بهما كما أن ظاهر الأخبار المذكورة التعميم لثمرات البساتين من دون اختصاص بثمره النخل ولم نعثر بما يدل على الجواز في مطلق الزرع والخضر وإن ذكر السنبل في بعض الأخبار ، وقد ورد سؤال ابن أبي عمير الصادق عليه السلام «عن الرّجل يمرّ بالنخل أو السنبل أو الثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضرورة أو غير ضرورة ، قال : لا بأس» (٢)

(١) المصدر ص ٣٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٣ والاستبصار ج ٣ ص ٩٠ .

ولا يبعد استفادة الإطلاق ممدل على جواز الأكل من البساتين فإن البساتين فيها الأشجار المثمرة والزرع والخضر .

﴿الفصل السابع في بيع الحيوان إذا تلف الحيوان في مدة الخيار فهو من مال البايع ولو كان بعد القبض إذا لم يكن بسببه ولا عن تفويت منه ، ولا يمنع العيب الحادث من الرد بالخيار﴾

أما كون تلف الحيوان في مدة الخيار من مال البايع فيدل عليه صحيحة ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البايع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري شرط له البايع أم لم يشترط ، قال : وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البايع ، ^(١) ورواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل اشترى أمة من رجل بشرط يوم أو يومين فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون ضمان ذلك ؟ قال : ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه ، ^(٢) ومرسلة ابن رباط إن حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البايع ، ^(٣) والنبوي المروي عن قرب الإسناد في العبد المشتري بشرط فيموت قال : يستحلف بالله ما رضي ، ثم هو بريء من الضمان ، ^(٤) وظاهر هذه الأخبار صورة حصول التلف أو الحدث بأفة سماوية .

وأما صورة حصول التلف بائتلاف المشتري فيسقط فيها خياره ولزم العقد من جهته لأن الإئتلاف قبل القبض بمنزلة القبض وبعد القبض لا ضمان على البايع على القاعدة المسلمة من انتقال الضمان إلى القابض خرج عنها التلف السماوي في خيار الحيوان وخيار الشرط وخيار المجلس على كلام في خيار المجلس و بعضهم عمم الحكم بالنسبة

(٢٥١) التهذيب ج ٢ ص ١٢٥ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ١٣٦ .

(٤) قد تقدم عن التهذيب ج ٢ ص ١٣٦ .

إلى سائر الخيارات ، فبعد انصراف الأخبار إلى التلف السماوي يكون الإلتلاف بل والتلف السماوي مع تفويت من المشتري خارجين عن مورد الأخبار .

وأما عدم منع العيب الحادث من الرّد بالخيار فلا نال المستفاد من صحيحة ابن سنان المذكورة أنه مع حدوث الحدث الشرط أي خيار الحيوان باق .

﴿ وإذا بيعت الحامل فالولد للبايع على الأظهر مالم يشترطه المشتري ، ويجوز ابتياح بعض الحيوان مشاعاً ولو باع واستثنى الرأس أو الجلد ففي رواية السكوني يكون شريكاً بنسبة قيمة ثنياء ﴾ .

أما خروج الوالد عن البيع فلعدم التبعية للمبيع و يشهد له الموثق « سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة حال المولودة هي مدبرة أم غير مدبرة فقال : متى كان الحمل بالمدبرة أقبل ما دبّرت أم بعدما دبّرت فقلت : لست أدري ولكن أجبني فيهما جميعاً ، فقال : إن كانت المرأة دبّرت وبها حبل ولم يذكرها في بطنها فالجارية مدبرة ، والولد رق ، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر في تدبير أمه » ^(١) ورواه الصدوق مرسلًا ، ومع الاشتراط يصير للمشتري من جهة الشرط .

وأما جواز ابتياح بعض الحيوان فللعمومات وصحة الشركة كما لو ورث اثنان الحيوان المملوك لمورثهم . وأما ابتياح بعضه لانبحو الإشاعة كبيع رأسه أو يده فالمرءف عدم جوازه و ادعى عليه الإجماع ولولا الإجماع أشكل لعدم الفرق بين بيع الرأس مثلاً و بين استثنائه حيث ورد النص بجوازه و عمله به وهو رواية السكوني عن الصادق عليه السلام « قال : اختصم إلى أمير المؤمنين صلوات الله عليه رجلان اشترى أحدهما من الآخر بغيراً واستثنى البيع الرأس والجلد ، ثم بدا للمشتري أن يبيعه فقال للمشتري : هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد » ^(٢) ومارواه الصدوق في المحكي عن العيون بسنده عن الرضا عليه السلام عن آبائه عن الحسين بن علي صلوات الله عليهم « أنه قال : اختصم إلى

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ والفتية باب التدبير تحت رقم ٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٠ . والكافي ص ٣٠٤ .

عليّ عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بعيراً فاستثنى الرأس والجلد ثمّ بداله أن ينحره قال : هو شريكه في البعير على قدر الرأس والجلد ، ^(١) وبهما أفتى في النهاية والإرشاد ، ومحكي الخلاف و المبسوط والقاضي ، ولأزم الشركة في الرأس والجلد الشركة بنسبة قيمة الثنيا ، والظاهر أن المراد من الخبرين استحقاق البائع لخصوص الرأس والجلد فمع النحر لا يستحق إلا الرأس والجلد ومع البيع يكون شريكاً بحسب القيمة كبيع مملوكين لما لكن صفقة واحدة .

﴿ ولو اشترك جماعة في شراء حيوان واشترط أحدهم الرأس والجلد بماله كان له منه بنسبة ما نقد لا ما شرط ﴾ .

الدليل عليه صحيح الغنوي عن الصادق عليه السلام في رجل شهد بعيراً مريضاً وهو يباع فاشتره رجل بعشرة دراهم واشترك فيه رجل بدرهمين بالرأس والجلد فقضى أن البعير برى فبلغ ثمنه ثمانية دنانير قال : فقال : لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ قال : فإن أريد الرأس والجلد فليس له ذلك هذا الضرار وقد أعطى حقه إذا أعطى الخمس ، ^(٢) ويشكل الجمع بين الخبرين السابقين وبين هذا الصحيح لأن مفادها استحقاق نفس الرأس والجلد من جهة الاستثناء فبعد البيع يستحق قيمتهما ومفاد الصحيح غير هذا لأنه ربما يكون قيمة الرأس والجلد زائدة على الخمس وربما يكون ناقصة إلا أن يكون ذلك من باب الاتفاق في خصوص مورد السؤال فلا يتعدى إلى غيره ، وربما يدعى الإجماع في المقام ويبعد أن يكون مدرك المجمعين غير الصحيح ولهذا استشكل المحقق الثاني قدس سره .

﴿ ولو قال اشتر حيواناً بشركتي صحّ وعلى كل واحد نصف الثمن ، ولو قال الربح لنا ولا خسران عليك لم يلزم الشرط ، وفي رواية إذا شارك في جارية وشرط الشريك الربح دون الخسارة جاز ﴾ .

أمّا صحة الاشتراء بالشركة فلا إشكال فيها ، وأمّا الشركة بالنحو المذكور فلعلها

(١) العيون ص ٢٠٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٠ .

من باب الانصراف و الانصراف ليس دائماً فإنه ربما تعارف الشركة بنحو آخر كالثالث والرابع فلا انصراف وعليه فلا يبعد الأخذ بالإطلاق وكان الأمر موكولاً إلى المشتري وله الأمر في نحو الشركة. وأما الشرط المذكور ففيه وجهان من عموم «المؤمنون عند شروطهم» وصحيح رفاة «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك رجلاً في جارية له قال : إن ربحتنا فيها فلك نصف الربح وإن وضعنا فليس عليك شيء فقال : لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية ^(١) ، وخبر أبي الربيع عن الصادق عليه السلام «في رجل شارك رجلاً آخر في جارية فقال له : إن ربحت فلك نصفه وإن وضعت فليس عليك شيء فقال : لا أرى بهذا بأساً إذا كانت الجارية للقائل ^(٢) » ومن أنه مخالف لمادل على تبعية الربح والخسران لرأس المال فيكون الشرط مخالفاً للسنة .

ويمكن أن يقال : لآمانع من كون الشرط موجباً لرفع الخسران التابع لرأس المال كما في المضاربة فإن الربح تابع لرأس المال ، ومن جهة عقد المضاربة ينتقل إلى العامل بناءً على المشهور من دخول الثمن في ملك مالك المثلثن خلافاً لمن يصحح البيع بعدم دخول الثمن في ملك مالك المثلثن ويجوز البيع مع كون المعوض ملك أحد والعوض ملك آخر وقد يشك في مشروعية هذا الشرط مع قطع النظر عما ذكر فإن قلنا بالصحة في مورد الجارية من جهة الخبرين المذكورين وتعدنا من المورد إلى غيره فلا إشكال وإلا فلا يبعد التمسك بالعموم من جهة أصالة عدم المخالفة بتقريب أن الخارج عن العموم الشرط المخالف والباقي غيره ، وغيره ليس منحصراً في الشرط الغير المخالف بنحو التقييد بل من الباقي شرط مع عدم المخالفة بنحو التركيب لا التقييد لكن هذا مبني على جريان الاستصحاب في مثل المقام ومع التأمل في جريانه في الشبهات الحكمية ومثل المقام يشكل .

﴿ ويجوز النظر إلى وجه المملوكة ومحاسنها إذا أراد شراءها ، ويستحب لمن اشترى رأساً أن يغير اسمه ويطعمه شيئاً حلواً ويتصدق عنه بأربعة دراهم ويكره أن

(١) الكافي ج ٥ ص ٢١٢ والتهذيب ج ٢ ص ١٣٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٠ والاستبصار ج ٣ ص ٨٣ .

يريه ثمنه في الميزان ﴿

أما جواز النظر إلى وجه المملوكة ومحاسنها المفسرة بمحال الزينة فالظاهر عدم الخلاف فيه ، ويدل عليه خبر أبي بصير «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها فقال: لا بأس أن ينظر إلى محاسنها ويمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي له النظر إليه» (١) وما رواه في التهذيب عن حبيب بن معلى الخثعمي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني اعترضت جواري المدينة فأمدت فقال: أما لمن يريد الشراء، فليس به بأس، وأما من لا يريد أن يشتري فأنتي أكرهه» (٢) وما رواه الثقة الجليل عبد الله ابن جعفر الحميري في كتاب قرب الإسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن ألوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه كان إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر إليهما» (٣)

وقد يقال: المستفاد من خبر حبيب بن معلى المذكور جواز النظر حتى مع التلذذ وفيه إشكال لأن ما عرض له من الإمضاء لعله اتفق قهراً من النظر .

وأما استحباب تغيير الاسم - الخ ، فيدل عليه ما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة قال: «كنت جالساً عند أبي عبد الله عليه السلام إذا دخل عليه رجل ومعه ابن له فقال له أبا عبد الله عليه السلام: ما تجارة ابنك؟ فقال: التنخس ، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتري شيئاً ولا عيباً فإذا اشتريت رأساً فلا ترين ثمنه في كفة الميزان فما من رأس رأى ثمنه في كفة الميزان فأفلق فإذا اشتريت رأساً فغير اسمه وأطعمه شيئاً حلواً إذا ملكته وصدق عنه بأربعة دراهم .

﴿ ويلحق بهذا الباب مسائل الأولى المملوك يملك فاضل الضريبة وقيل: لا يملك شيئاً ، الثانية من اشترى عبداً له مال كان ماله للبايع إلا مع الشرط ، الثالثة يجب

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٢ .

(٣) المصدر ص ٤٩ .

على البايع استبراء الأمة قبل بيعها بحيضة إن كانت ممن تحيض وبخمس وأربعين يوماً إن لم تحض وكانت في سن من تحيض وكذا يجب الاستبراء على المشتري إذا لم يستبرئها البايع ويسقط الاستبراء على الصغيرة واليايسة والمستبرئة وأمة المرأة ويقبل قول العدل إذا أخبر بالاستبراء ﴿

قد اشتهر أن العبد لا يملك واستدل عليه بالآيتين «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء». «وضرب لكم من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء» ونوقش في دلالة الآية الأولى أو لا بمنع كون القيد للبيان بل الظاهر أنه للتقييد، وثانياً على تقدير تسليم كون القيد للبيان وشاملاً للتصرف في الأموال فيدل على كون العبد محجور عليه ليس له التصرف من دون إذن المولى والقائل بتملكه يلتزم بهذا. والآية الثانية كذلك بل ظاهرها أن ليس للعبد شركة في مال مولاه والأولى أن يقال: إن الآيتين لا يظهر منهما ما ذكر مع أن القيد في الآية الأولى للبيان حيث إن العبد لا ينفك عن المحجورية لكن عدم القدرة لا يلزم عدم التملك فإن المجنون والمغمى عليه والسفيه ليسوا قادرين على التصرف وهم مالكون للأموال، والمستفاد من الأخبار تملك العبد فمنا حسنة زرارة في التهذيب والكافي وهي صحيحة في الفقيه قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يشتري المملوك وله مال لمن ماله؟ فقال: إن كان علم البايع أن له مالاً فهو للمشتري وإن لم يكن علم فهو للبايع»^(١) ومنها ما يدل على أن ماله للبايع مطلقاً مثل صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن رجل باع مملوكاً فوجد له مالاً قال: فقال: المال للبايع وإنما باع نفسه إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من مال أو متاع فهو له»^(٢) وغيرهما مما يدل على إضافة المال إلى العبد وطريق الدلالة أن ظاهر الإضافة هو الملك ومثلها أخبار كثيرة في بحث العتق مثل حسنة زرارة عن أحدهما عليهما السلام «في رجل أعتق عبداً له وله مال لمن مال العبد؟ قال: إن كان علم أن له مالاً تبعه ماله وإلا

فهو للمعتق^(١) ولا مانع لإضافة المال إلى العبد وإلى المولى لأن الإضاقتين بنحو الطولية لا بنحو العرضية .

وأما تملك العبد لفاضل الضريبة فيدل عليه المروري صحيحاً قال عمر بن يزيد «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة ورضي بذلك المولى فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يأخذ مولاه من الضريبة قال : فقال : إذا أدى إلى سيده ما فرض عليه مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة فهو للمملوك قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : أليس قد فرض الله تعالى على العباد فرائض فإذا أدوها إليه لم يسألهم عما سواها قلت : فللمملوك أن يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤدّيها إلى سيده ، قال : نعم وأجر ذلك له ، قلت : فإن أعتق مملوكاً مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء المعتق ؟ قال : فقال : يذهب فيتولّى إلى من أحبّ فإذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه و وارثه قلت : أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «الولاء لمن أعتق ؟ قال : فقال : هذا سائبة لا يكون ولاؤه لعبد مثله ، قلت فإن ضمن العبد الذي أعتقه جريرته وحده أيلزمه ذلك ؟ قال : فقال : لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حرّاً»^(٢) واستدل أيضاً بأن عقد الكتابة يقتضي عدم استحقاق المولى سوى ما فرضه لنفسه فلولا يمكن الفاضل للعبد بقي بلا مالك وبعد ظهور هذا الصحيح بل صراحته لاداعي إلى تأويله و صرفه إلى جواز التصرف من دون حصول الملكية كما أنه لا وجه للمناقشة في ما استدلت به ثانياً بالالتزام بعدم الملكية للعبد إلا بعد الانعتاق فإن الظاهر تسالم الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم على عدم استحقاق المولى الفاضل من الضريبة . وأما خروج مال العبد عن الاشتراء و كونه للبايع إلا مع الشرط فعلى القول بعدم الملكية للعبد وكون إضافته إليه لأدنى ملاسة فواضح لعدم التبعية .

و أما على القول بملكية له فمقتضى صحيحة تمهدين مسلم المذكورة كونه للبايع

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٩ .

معللاً بأنه باع نفسه إلا مع الشرط ويستفاد من الصحيحة المذكورة في الفقيه التفصيل بين صورة العلم والجهل لكنه يقع الإشكال من جهة أن الملكية للمولى والعبد إن كانت بنحو الطولية فلا بد من بقاء الملكية للعبد ولعل المستفاد من الخبر استقلال البائع في مال العبد بحيث يكون ملكاً للبائع كسائر أملاكه لابنحو الطولية ، والعلّة المذكورة في الصحيحة تقتضي بقاء الملكية بالنحو السابق على البيع والملكية الطولية فرع بقاء العبد على الملكية ، فمع انتقال العبد إلى الغير كيف تبقى الملكية الطولية وقد يقال : إن المراد من مال العبد مال المولى المنسوب إلى العبد بأدنى ملاسة ، وبعده أن التعبير بمال العبد في كلام السائل وهو منصرف إلى ما هو ملك له ولا أقل من أنه المتيقن فكيف يجاب بما لا يشمل ويكفون مربوطاً بما هو في يده من أموال المولى ويكون إضافته إلى العبد بأدنى ملاسة . وأما وجوب استبراء الأمة قبل بيعها بحیضة إن كانت موطوءة فرما يظهر خلافة من صحيح علي بن جعفر عن أخيه المروي عن قرب الإسناد «سأله عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها يصلح بيعها من الغد؟ قال : لا بأس» (١) لكنّه محمول على صحة البيع فلا ينال في وجوب الاستبراء أو على التي يسقط استبراؤها باليأس ، ويدل على وجوبه قول الصادق عليه السلام «علي المحكي في صحيح حفص في حديث «في رجل يبيع الأمة من رجل عليه أن يستبرأ من قبل أن يبيع» (٢) وسأله أيضاً ربيع بن القاسم «عن الجارية التي لم تبلغ المحيض ويخاف عليه الحمل قال : يستبرأ رحمها الذي يبيعها بخمسة وأربعين ليلة والذي يشتريها بخمسة وأربعين ليلة» (٣) وقال أيضاً في الموثق على المحكي «الاستبراء واجب على الذي يريد أن يبيع الجارية إن كان يطؤها وعلى الذي يشتريها الاستبراء أيضاً ، وقد نسب الوجوب إلى ظاهرها رواية الأصحاب نعم صرح غير واحد بأنه لو باعها من غير استبراء أتم وصح البيع لرجوع النهي إلى أمر خارج ، ويمكن أن يقال : كما أن النهي في المعاملات ظاهر في الفساد كذلك

(١) المصدر ص ٦٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٤٧٣ .

الأمر فيها ظاهر في الاشتراط فمع عدم الشرط تفسد المعاملة إلا أن يقال: لظهور الأمر في المقام في الاشتراط بقريئة ذكر استبراء المشتري ، ومن البعيد أن يكون اشتراطه بنحو الشرط المتأخر ، وعلى تقدير الصحة قد يقال ببقاء وجوب الاستبراء على البائع بمقتضى الاستصحاب وإن وجب تسليم الأمة إلى المشتري وقد يقال : لو باع قبل الاستبراء يكون البيع مراعى ، فإن ظهر حمل تبيّن بطلانه لأنه من المولى حيث كانت فراشاً له وإلا ثبتت الصحة فلا يتعيّن التسليم إليه بل ولا يجوز استصحاباً لبقاء وجوب الاستبراء و قد يستشكل بأن "الحكم في الظاهر كونها ملكاً للمشتري لوجود المقتضى وعدم المانع ولو بالأصل فلا ريب في جريان حكم الملك عليه ، ومنه وجوب التسليم إليه مع الطلب إلا أن الظاهر عدم سقوط الاستبراء عنه للأصل . ويمكن أن يقال : أمّا ما قيل من أن " البيع مراعى بعدم ظهور الحمل فلا إشكال فيه بمعنى أنه لو ظهر الحمل يكون بيع أمّ الولد ولا يصح . وأمّا الصحة بحسب الظاهر فالظاهر عدم الإشكال فيه لامن باب قاعدة المقتضى مع عدم المانع ولو بالأصل بل لاستصحاب عدم الحمل وعدم كونها أمّ ولد وذلك لعدم تمامية القاعدة المذكورة ، وأمّا وجوب الاستبراء على البائع بعد البيع فلا يدل عليه الأخبار لأن مفادها وجوب الاستبراء قبل البيع لا بعده وإن كان النظر إلى الاستصحاب فالوجوب مبني على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية وهو محل إشكال ، نعم لا يبعد وجوب الاستبراء على المشتري بمقتضى الموثق المذكور إلا أن يستشكل من جهة أن ظاهر الموثق المذكور وجوب استبرائين والظاهر عدم التزامهم بوجوب الاستبراء على المشتري بعد حصول الاستبراء عند البائع قبل البيع إلا أن يقال : المستفاد من الأخبار عدم جواز وطئ الأمة المشتراة الموطوءة قبل الاستبراء فالاستبراء نظير العدة ، ويدل عليه ما رواه في الكافي والتهذيب عن حفص البخري عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « في الرّجل يشتري الأمة من رجل فيقول : إنّي لم أطئها ، فقال : إن وثق به فلا بأس بأن يأتيها ، ^(١) و ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « في رجل ابتاع جارية

لم تطمئ قال : إن كانت صغيرة لا تتخوف عليه الحبل فليس عليها عدّة فليطئها إن شاء وإن كانت قد بلغت ولم تطمئ فإنّ عليها العدّة - الحديث^(١) والمراد باستبراء البائع من الوطي في ذلك الطهر بحيضة أو خمس و أربعين يوماً إن كانت مثلها تحيض ولم تحض انتظار حيضتها المتعقبة لظاهر الطهر إن كانت ممنّ تحيض بترك الوطي قبلاً و دبراً على الأحوط خمسة و أربعين يوماً إن كانت مثلها تحيض ولم تحض .

وأما الاستمتاع بغير الوطي فالظاهر عدم الإشكال فيه خلافاً للشيخ في المبسوط على ما نقل عنه ويدلّ عليه ما في صحيحة محمد بن اسماعيل قلت : « يحلّ للمشتري ملامستها قال : نعم ، ولا يقرب فرجها »^(٢) وقوله عليه السلام في رواية عبدالله بن سنان « ولكن يجوز ذلك في مادون الفرج »^(٣) وفي رواية عبدالله بن محمد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس بالتفخيذ لها حتى تستبرئها فإن صبرت فهو خير لك »^(٤).

وأما الاكتفاء بالحيضة فهو المشهور ويدلّ عليه ما رواه في الكافي عن سماعة في الموثق قال : « سألت عن رجل اشترى جارية و هي طامت أيسبرىء رحمها بحيضة أخرى أو تكفيه هذه الحيضة قال : لا بل تكفيه هذه الحيضة فإن استبرءها بأخرى فلا بأس هي بمنزلة فضل »^(٥) وما في ذيل صحيح الحلبي المذكور قال : « وسألته عن رجل اشترى جارية وهي حائض قال : إذا طهرت فليمسها إن شاء »^(٦).

وفي قبالتها ما يظهر منه لزوم الحيضتين وهو ما رواه الشيخ في الصحيح عن سعد ابن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال « سألت عن رجل يبيع جارية كان يعزل فيها هل عليه منها استبراء قال : نعم ، وعن أدنى ما يجزي من الاستبراء للمشتري

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٩٥ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ٣٠٦ .

(٤) المصدر ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٧٣ .

والبائع قال: أهل المدينة يقولون: حيضة و جعفر عليه السلام يقول: حيضان، و سألته عن أقل استبراء البكر فقال: أهل المدينة يقولون حيضة وكان جعفر عليه السلام يقول حيضان،^(١) وما رواه محمد بن إسماعيل في الصحيح قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تشتري من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أيجزي ذلك أم لا بد من استبرائها؟ قال: استبرئها بحيضتين، قلت: تحل للمشتري ملامستها؟ قال: نعم ولا يقرب فرجها،^(٢) وقد جمع الأصحاب بالحمل على الاستحباب فإن ما يظهر منه الكفاية نص في الكفاية وما يقابله ظاهر في اللزوم ولا إشكال في كفاية خمسة وأربعين ليلة بالنسبة إلى من لا تحيض وفي سنن من تحيض لخبر ربيع بن القاسم المذكور، وما رواه الشيخ عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يشتري الجارية ولم تحض أو قعدت عن الحيض كم عدتها قال: خمس وأربعون ليلة،^(٣) وعن منصور بن حازم قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عدة الأمة التي لم تبلغ المحيض وهو يخاف عليها، قال: خمس وأربعون ليلة»^(٤).

وقد ظهر مما ذكر وجوب الاستبراء على المشتري إن لم يستبرأ البائع .
وأما سقوط الاستبراء بالنسبة إلى الصغيرة واليايسة والمستبرئة وأمة المرأة فبالنسبة إلى الصغيرة يظهر من صحيح الحلبي المذكور وبالنسبة إلى اليايسة يظهر مما رواه في الكافي عن عبدالله بن عمر «قال: قلت لأبي عبدالله أولاً أبي جعفر عليه السلام: الجارية الصغيرة يشتريها الرجل وهي لم تدرك أو قد يشت من المحيض، قال: فقال: لا بأس بأن لا يستبرئها،^(٥) وما رواه الصدوق (ره) مراسلاً قال: قال أبو جعفر عليه السلام: «إذا اشترى الرجل جارية لم تدرك أو قد يشت من المحيض فلا بأس بأن لا يستبرئها»^(٦) وأما بالنسبة إلى المستبرئة فلأن الاستبراء الواجب تحقق فلاوجه لوجوبه ثانياً، وما في رواية ربيع بن القاسم من

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٤ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٩٥ و الاستبصار ج ٣ ص ٣٨٥ .

(٣) الاستبصار ج ٣ ص ٣٨٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢ .

(٥) النقيه باب الرجل يشتري الجارية وهي حبلى في جامعها .

استبراء المشتري مع ذكر استبراء البائع لعل المراد منه أنه مع عدم استبراء البائع يستبرئ المشتري نحو استبراء البائع بقرينة سائر الأخبار الظاهرة في كفاية استبراء واحد . وأما سقوط استبراء الأمة المشتراة من المرأة فمع العلم بعدم تحقق الوطي من رجل ولو بنحو التحليل والتزويج لا إشكال لأن الاستبراء فرع تحقق الوطي ومع الاحتمال لا بد من رفع الشبهة ، وفي بعض الكلمات أن وجوب الاستبراء منوط بكون الأمة في معرض الوطي والمشهور عدم وجوب الاستبراء و تدل عليه الأخبار المستفيضة منها الصحيح عن الأمة تكون للمرأة فتبيعها ، فقال : لا بأس بأن يطأها من غير أن تستبرئها ^(١) ونحوه الموثق كالصحيح بل قيل : إنه صحيح وفي صحيح زرارة « اشتريت جارية بالبصرة من امرأة فخبرتني أنه لم يطأها أحد فوعدت عليها ولم استبرئها فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال : هوذا أنا قد فعلت ذلك وما أريد أن أعود ^(٢) ويشكل شمول الأخبار صورة العلم بوقوع الوطي من أحد ولو بنحو التحليل والشك في الاستبراء فلا بد من الاستبراء .

وأما قبول قول العدل إذا أخبر بالاستبراء فيدل عليه ما عن ابن سنان من قوله للصادق عليه السلام : « أفرأيت إن ابتاع الجارية وهي طاهرة وزعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت فقال : إن كان عندك أميناً فمستها ، وقال : إن ذا الأمر شديد فإن كنت لا بد فاعلاً فتحفظ لانزل عليها ^(٣) و استفاد من صحيح أبي بصير قلت للصادق عليه السلام : « الرجل يشتري الجارية وهي طاهر ويزعم صاحبها أنه لم يمستها منذ حاضت فقال : إن ائتمنته فمستها ، كفاية كون البائع أميناً ولو لم يكن عدلاً كقوله عليه السلام على المحكي في خبر ابن سنان « إن كان عندك أميناً فمستها » .

ولا توطأ الحامل قبلًا حتى تمضي لحملها أربعة أشهر ولو وطئها عزل ، ولو لم يعزل كره له بيع ولدها واستحب أن يعزل له من ميراثه قسطاً ❦

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ والاستبصار ج ٣ ص ٣٦٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ والاستبصار ج ٣ ص ٣٦١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ .

مقتضى القواعد أن الحمل إن كان من المولى يكون البيع باطلاً لأن الأمة تكون أمٌ ولد ولا يجوز بيعها و إن كان من غير السيد ومن غير الزنا فالبيع صحيح لكنه لا يجوز الوطي إلا بعد وضع الحمل وإن كان من الزنا فحيث إن ماء الزنا لا حرمة له يجوز الوطي على المشهور . لكنه يقع الإشكال من جهة أنه بعد عدم الاحترام لماء الزاني ما وجه الفرق بين مضي أربعة أشهر وعدمه . فلا بد من نقل الأخبار الواردة في المقام . فمنها صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في الوليدة يشتريها الرجل وهي حبلى قال : لا يقربها حتى تضع ولدها^(١) ومنها ما عن رفاعة بن موسى في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « في الأمة الحبلى يشتريها الرجل قال : سئل أبي عن ذلك فقال : أحلتها آية وحرمتها آية أخرى فأنا ناه عنها نفسي وولدي ، فقال الرجل : أنا أرجو أن أنتهي إذا نهيت نفسك وولدك^(٢) والظاهر أن الآية المحككة قوله تعالى « أو ما ملكت أيمانكم » والمحرمته قوله سبحانه « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » .

و منها ما رواه في الكافي و التهذيب عن أبي بصير قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية وهي حامل ما يحل له منها ؟ قال : مادون الفرج - الحديث^(٣) » و منها ما رواه في الكافي عن زرارة في الموثق قال : « سألت أبا جعفر عليهما السلام عن الجارية الحبلى يشتريها الرجل فيصيب منها دون الفرج ، فقال : لا بأس ، قلت : فيصيب منها في ذلك ، قال تريد تغره^(٤) » ، و ما رواه في التهذيب عن إسحاق بن عمارة قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية يشتريها الرجل وهي حبلى أيقع عليها ؟ قال : لا^(٥) » إلى غير ما ذكر من الأخبار الناهية .

و في قبالتها ما في الكافي و التهذيب عن رفاعة في الصحيح قال : « سألت أبا الحسن

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ و التهذيب ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ و التهذيب ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٤) المصدر ج ٥ ص ٤٧٥ .

(٥) المصدر ج ٢ ص ٢٩٦ .

موسى عليه السلام قلت : أشتري الجارية فيمكث عندي الأشهر لا يطمئث و ليس ذلك عن كبر فأريها النساء فيقلن : ليس بها حمل فلي أن أنكحها في فرجها فقال : إن الطمئث قد يجسه الرِّيح من غير حمل فلا بأس أن يمسه في الفرج ، قلت : وإن كانت حبلية فمالي منها إن أردت قال : لك مادون الفرج ، ^(١) هكذا في رواية الكافي وزاد في التهذيب « إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر وعشرة أيام وإذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج قلت : إن المغيرة وأصحابه يقولون لا ينبغي للرجل أن ينكح امرأة و هي حامل قد استبان حملها حتى تضع و يغذو ولده قال : فقال : هذا من فعال اليهود ، ^(٢) و رواه في الفقيه مرسلًا إلى قوله « فلا بأس أن يمسه في الفرج » و قد يجمع بين الأخبار المانعة والصحيح المذكور بحمل الأخبار المانعة على الكراهة بعد مضي أربعة أشهر وعشرة أيام وبعده ما في رواية رفاعة بن موسى المذكورة من قوله عليه السلام على المحكي « أحلتها آية و حرمتها آية أخرى » فإن الآية المحرمة لا يمكن حملها على الحرمة بالنسبة إلى الحرائر ، و الكراهة بالنسبة إلى الإماء وقد يجمع بالتفرقة بين الحمل من غير الزنا و الحمل من الزنا و القول بالحرمة إلى وضع الحمل في الأوّل و الكراهة أو الجواز بلا كراهة في الثاني و لا يخفى أنه لا شاهد عليه فلا يظهر القول بالحرمة إلى وضع الحمل و حمل ما دلّ على الجواز على التقيّة و لعله يرشد إلى هذا ما في هذا الخبر من قوله عليه السلام « فأنا ناه عنها نفسي وولدي » و لا يبعد أن يقال : إن الأخبار ناظرة إلى غير صورة كون الحمل من السيد لعدم صحّة البيع و الاثراء و محلّ السؤال صورة صحّة البيع و الاثراء و البناء على تحقّق الحمل من غير الزنا صوتاً لفعل الإنسان المسلم و المسلمة عن الحرام ، و مع العلم بكون الحمل من الزنا إن قلنا بعدم الاحترام لماء الزاني كما هو المشهور فلا يبعد القول بعدم الحرمة قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام لأنّه من المستبعد عدم الحرمة بالنسبة إلى الحرائر و الحرمة بالنسبة إلى الإماء إلا أنه لا مجال لرفع اليد عن الأخبار المانعة في المقام و تكون مؤيدة لخلاف ما هو المشهور في

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٤ .

تلك المسئلة وحيث كان الولد محكوماً بالرقيّة وملكاً للمشتري لووطئها عزل ولولم يعزل فالمعروف أنّه كره بيع الولد . ويستحب أن يعزل له من ميراثه قسطاً واستدلّ عليه بمارواه المشايخ الثلاثة عن إسحاق بن عمّار في الموثق قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية حاملاً وقد استبان حملها فوطئها قال : بش ما صنع قلت : فما تقول فيه ؟ قال : أعزل عنها أم لا ؟ فقلت : أجبني في الوجهين قال : إن كان عزل عنها فليتق الله ولا يعود وإن كان لم يعزل فلا يبيع ذلك الولد ولا يورثه ولكن يعتقه ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به فإنّه قد غذاه بنطقته ،^(١) ولا يخفى أن ظاهر هذا الموثق حرمة البيع ووجوب العتق وجعل شيء له من ماله يعيش به والمحكي عن جماعة حرمة البيع .

﴿الرابعة يكره التفرقة بين الأطفال وأمهاتهم حتى يستغنوا وحدثه سبع سنين، وقيل : أن يستغني عن الرضاع ومنهم من حرّم . الخامسة إذا وطئ المشتري الأمه ثم بان استحقاتها انتزعتها المستحق ، وله عقربا نصف العشر إن كانت ثيباً والعشر إن كانت بكرأ ، وقيل يلزمه مهر أمثالها وعليه قيمة الولد يوم سقط حياً﴾

ربما يظهر من الأخبار المنع من التفرقة الظاهر في حرمة الوضعية منها صحيح معاوية بن عمّار قال : «سمعت الصادق عليه السلام يقول : أتى رسول الله صلى الله عليه وآله بسبي من اليمن فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جارية من السبي كانت أمها معهم فلما قدموا على النبي صلى الله عليه وآله سمع بكاءها فقال : ما هذا البكاء فقالوا : يا رسول الله احتجنا نفقة فبعنا بنتها فبعث بثمنها فأتي بها ، فقال : يبعوهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً ،^(٢) ومنها موثق سماعة المرسل في الفقيه عنه عن الصادق عليه السلام «عن أخوين مملوكين هل يفرق بينهما وعن المرأة وولدها هل يفرق بينهما ؟ فقال : لاهو حرام إلا أن يريدوا ذلك»^(٣) ومنها صحيح هشام بن الحكم قال : «اشتريت للصادق عليه السلام جارية من الكوفة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ والكافي ج ٥ ص ٢١٨ .

قال : فذهبت تقوم في بعض حوائجها فقالت : يا أمّاء فقال لها أبو عبدالله عليه السلام : ألك أم ؟ قالت : نعم فأمر بها فردت ، فقال : ما آمنت لوجستها أن أرى في ولدي ما أكره^(١) ومنها خبر عمرو بن أبي نصر قلت لابي عبدالله عليه السلام : «الجارية الصغيرة يشتريها الرّجل فقال : إن كانت قد استغنت عن أبويها فلا بأس»^(٢) ومنها صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام في الرّجل يشتري الغلام والجارية وله أخ أو أخت أو أم بمصر من الأمصار قال : لا يخرج به إلى مصر آخر إن كان صغيراً ولا يشتره وإن كانت له أم فطابت نفسها ونفسه فاشتره إن شئت^(٣) ومنها النبويُّ «من فرق بين والدته وولدها فرق بينه وبين أحبّته»^(٤) ولا يخفى أن ما في خبر هشام من قوله على المحكي «ما آمنت لو جستها - الخ» يظهر منه الحليّة والكراهة ، وصحيح ابن سنان يظهر منه المنع من الإخراج إلى مصر آخر وعدم الإخراج يجتمع مع التفرقة فلا يظهر الكراهة ، ثم إن مقتضى خبر عمرو بن أبي نصر نفي البأس مع الاستغناء عن الأبوين فالتحديد بسبع سنين أو الرضاع مشكك بل لعله يختلف الاستغناء بحسب اختلاف الأشخاص .

وأما انتزاع الأمانة المشتراة مع كونها مستحقة للغير فمع إمضاء المستحق لإشكال في عدم الانتزاع عند القائلين بصحة العقد الفضولي كما سبق في صحيحة محمد بن قيس في باب الفضولي ومع الردّ لا إشكال في الانتزاع والمعروف أنه يجب على الواطي مع جهله عشر قيمتها إن كانت بكرأ أي لم تذهب عذرتها وقد يفسر بعدم مسّ رجل إياها ونصف العشر إن كانت ثيباً واستدلّ بصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلّست نفسها فقال إن كان الذي زوّجه إياها من غير مواليها فالنكاح فاسد ، قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه فقال : إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها وإن كان الذي زوّجها إياها ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرأ وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها وتعدّ منه عدّة الأمانة ، قلت وإن

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٢١٩ .

(٤) الجامع الصغير ج ٢ ص ١٧٧ .

جاءت منه بولد قال : أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى،^(١) والصحيح الآخر « رأيت إن أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافترضها فقال : لا ينبغي له ذلك ، قلت : فإن فعل يكون زانياً ؟ قال : لا ويكون خائناً ويفرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرة وإن لم تكن بكرة فنصف عشر قيمتها،^(٢) وغيرهما ويمكن أن يقال : استفادة وجوب عشر القيمة أو نصف العشر في مقامنا مشكل لاختصاص الصحيح الأخير بصورة التحليل واختصاص الصحيح الأول بصورة التدليس مع ذكر صورة تزويج الولي وولي الأمة سيدها وخلو أخبار المتعرضة لصورة الاشتراء بدون إذن المولى عن ذكر العشر ونصف العشر مع كونها في مقام البيان فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن جميل ابن دراج في الصحيح عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدها مسروقة ؟ قال : يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته^(٣) » ومنها ما رواه في الكافي عن حريز عن زرارة قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء رجل فيقيم البيئنة على أنها جاريته ولم يبع ولم يوهب قال : ترد إليه جاريته ويعوضه مما انتفع^(٤) » وما رواه الشيخ في التهذيب عن جميل بن دراج في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية فقال يأخذ الجارية المستحق ويدفع المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد الذي أخذت منه^(٥) .

وعن زرارة قال . قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ثم آتاها من زعم أنها له وأقام على ذلك البيئنة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ٤٦٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢١٥ والتهذيب ج ٢ ص ١٤٠ .

(٤) المصدر ج ٥ ص ٢١٥ .

(٥) المصدر ج ٢ ص ١٤٠ .

قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها^(١)، إلا أن يقال: الاستفاد من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي في صحيح الوليد « بما استحلّ من فرجها » استفاد منه العليّة من غير فرق بين صورة الاثراء وغيرها ، و يمكن أن يقال : استفاد من الأخبار استحقاق مهر المثل بواسطة استحلال الفرج فإن قيل: ذلك مخصوص بالحرائر ، قلنا في المقام استحقاق العشر أو نصف العشر مخصوص بصورة التزويج بغير إذن المولى فلا دليل بالنسبة إلى صورة البيع و الاثراء بغير إذن المولى ومع الغاء الخصوصية والاخذ بموم العلة تجيء شبهة استحقاق مهر المثل ، ولعلّ نظر القائل باستحقاق مهر المثل إلى هذه الجهة ، وأمّا الحكم بحرّيّة الولد مع أداء القيمة فلما في خبري جميل بن درّاج المذكورين .

و يرجع بالثمن وقيمة الولد ، على البايع ، وفي رجوعه بالعقر قولان أشبههما الرجوع ﴿ .

أمّا رجوع المشتري إلى البايع بقيمة الولد التي أخذت منه فلما في رواية جميل بن درّاج في الموثق المذكور ، وأمّا الرجوع إليه بالعقر فقد علل بكون المشتري مغروراً لأنّ البضع حلال له من جهة المملكيّة ، و قيل : لا يرجع نظراً إلى ما حصل له من الانتفاع في مقابلة ذلك فيلزم من رجوعه الجمع بين العوض والمعوّض ولا يبعد استفادة الرجوع بالعقر إلى الغار من بعض الأخبار المذكورة في التدليس في باب النكاح كخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عَلَيْهِ السَّلَامُ أنّه قال : « في كتاب علي عَلَيْهِ السَّلَامُ من زوّج امرأة فيها عيب دلّسته ولم يبيّن ذلك لزوجها فإنّه يكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها و يكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوّجها ولم يبيّن^(٢) ، و صحيح الحلبي عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ « في الرجل الذي يتزوّج إلى قوم فإنّ امرأته عوراء ولم يبيّنوا له قال : لا تردّ إن ما يردّ النكاح من البرص و الجدّام و الجنون و العقل ، قلت رأيت إن كان قد دخل بها كيف

(١) المصدر ج ٢ ص ١٤١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ .

يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحلَّ من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها^(١) .

﴿ السادسة يجوز ابتياع ما يسيبه الظالم وإن كان للإمام بعضه أو كله ، ولو اشترى أمة سرقت من أرض الصلح ردَّها على البايع واستعاد ثمنها فإن مات ولا عقب له سعت الأمة في قيمتها على رواية مسكين السمان ، وقيل يحفظها كاللقطة ، ولو قيل يدفع إلى الحاكم ولا تكلف السعي كن حسناً ﴾ .

المعروف أن الغنائم المأخوذة بغير إذن الإمام عليه السلام من الأنفال المستحلَّة للشيعة والدليل عليه مرسله العباس الوراق عن رجل سمَّاه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمة كلها للإمام وإذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس^(٢) ، وضعف السند منجبر بالعمل والشهرة وقد ذكر في مبحث الأنفال وعلى ما ذكر من كونه للإمام واستحلاله لخصوص الشيعة فالمعاملة مع غير الشيعة صوريَّة وفي الحقيقة استنقاذ للمسبي بصورة الابتاع ولا يترتب عليه ما يترتب على المعاملة والبيع و الابتاع وقد يقال: بأن الرواية معارضة برواية زكريا بن آدم عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن سبي الديلم يسرق بعضهم من بعض ويغير المسلمون عليهم بلا إمام أيحلُّ شراؤهم قال: إذا أقرُّوا بالعبوديَّة فلا بأس بشرائهم^(٣) ، ويحتمل في لفظ أقرُّوا صدوره بصيغة المجهول بمعنى أنهم مع كونهم مقرِّين بالعبوديَّة لا بأس بشرائهم مع عبوديَّتهم للإمام وبعده صدوره بصيغة المعلوم فإنَّ المسبي كيف يقرُّ بالعبوديَّة ، ومع هذا لا بأس بالشراء من جهة الإقرار ومع عدم الإقرار لا يصحُّ الشراء من جهة عدم الملكية للسامي وإن كان حالاً للشيعة لأنَّه ملك الإمام ، ومع إجمال هذه الرواية لأمجال لرفع اليد عن الرواية السابقة .

وأما اشتراء الأمة المسروقة من أرض الصلح فمقتضى ما رواه الشيخ^(٤) (قدس سره)

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٢) الخبر الآخر من باب الأنفال في كتاب التهذيب .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٣٩ والكافي ج ٥ ص ٢١٠ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٤١ .

في الصحيح إلى مسكين السماء وهو مجهول عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل اشترى جارية سرق من أرض الصلح قال : فليردّها على الذي اشتراها منه ، ولا يقربها إن قدر عليه أو كان موسراً ، قلت : جعلت فداك إنّه مات ومات عقبه قال : فليستسماها ، ما في المتن من ردّها إلى البايع واستعادة ثمنها ومع موته وعدم العقب استسماها في ثمنها وإلى هذه الرواية استند الشيخ في النهاية واستشكل بمخالفة القواعد حيث إنّ البايع ليس مالكا للجارية حتّى يردّها إليه والجارية كسبها لمولاه ولم يصل الثمن إلى المولى فكيف يؤخذ من غير آخذه فإن تمت حجّية الرواية فلا بدّ من الأخذ بها ومجرّد المخالفة للقواعد لا يوجب رفع اليد عنها ومع عدم الحجّية لا بدّ من المعاملة مع الجارية معاملة المال المجهول المالك لا اللقطة فإن قيل بلزوم المراجعة إلى الحاكم في المجهول المالك وإلا فلا ، وعلى هذا فلا وجه لتكلف السعي .

﴿ السابعة إذا دفع إلى مأذون مالاً ليشتري نسمة و يعتقها و يحجّ ببقية المال فاشترى أباه و تحاق مولاه و مولى العبد وورثة الآمر بعد العتق و الحجّ و كلّ يقول أشترى بمالي ففي رواية ابن أشيم مضت الحجّة و يردّ المعتق على مواليه رقاً ثمّ أيّ الفريقين أقام البيّنة كان له رقاً ، و في السند ضعف و في الفتوى اضطراب و يناسب الأصل الحكم بامضاء ما فعله المأذون ما لم يقم بيّنة تنافيه ﴾

الأصل في هذه المسئلة ما رواه الشيخ - قدس سرّه - عن ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام « عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال اشتر بها نسمة و اعتقها عنّي و حجّ عنّي بالباقي ثمّ مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحجّ عن الميت فحجّ عنه و بلغ ذلك موالى أبيه و مواليه وورثة الميت جميعاً فاختصموا جميعاً في الألف فقال موالى العبد المعتق إنّما اشترت أباك من مالنا ، وقال الورثة إنّما اشترت أباك بمالنا و قال مولى العبد إنّما اشترت أباك بمالنا فقال أبو جعفر عليه السلام : أمّا الحجّة فقد مضت بما فيها لا تردّ و أمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالى أبيه و أيّ الفريقين أقاموا البيّنة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان

لهم رقاً^(١) ، والشيخ في النهاية ومن تبعه قد عملوا بظاهر الرواية واستشكل تارة من جهة ضعف السند وأخرى من جهة مخالفة القواعد من وجوه منها الحكم برد العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه ، ومنها دعواه الفساد في البيع ومدعى الصحة وهو الآخران مقدم ، ومنها حكمه بمضى الحجة مع أن ظاهر الأمر حجة بنفسه وقد استتاب فيها ومنها مجامعة صحة الحج لعوده رقاً مع كونه قد حج بغير إذن سيده ، ومنها أنه كيف يدعى مولى العبد أنه شري بماله مع أنه لم يكن لمولى الأب مال في يد المأذون وليس هو وكيله ، ومع الإغماض وثبوت أن له مالاً وأنه وكيل كيف يتصور صحة شراء شخص من سيده بمال ذلك السيد فدعوى مولى العبد أنه اشترى بماله يقتضي فساد العقد لأن العوضين إذا كانا من مال واحد لم تكن المعاوضة صحيحة ، ومنها ظهور الرواية في الوكالة وموت الموكل تبطل الوكالة ، ويمكن أن يقال في الوجه الأول أن مولى العبد غير معترف بالبيع لأنه بعد ما كان صورة البيع بمال مولى العبد لا بيع حقيقة بل هو صورة البيع فأين الاعتراف بالبيع حتى يؤخذ به وفي الوجه الثاني بأننا لا نسلم جريان أصل الصحة في مثل المقام فهذا كالبيع بلا ثمن فإنه مع عدم إحراز ما هو من مقومات الشيء كيف يجري أصالة الصحة وفي الوجه الثالث بإمكان إحراز العبد المأذون أن مراد صاحب الألف تحقق الحج بدون قيد مباشرة نفس العبد وفي الوجه الرابع بإمكان كون العبد مأذوناً من قبل مولاه وفي الوجه الخامس بإمكان أن يكون لمولى الأب مال في يد المأذون وفي الوجه السادس بأن المدعى لوقوع البيع بماله لا يدعى صحة البيع وفي الوجه السابع بإمكان كون نظر صاحب الألف بنحو يجتمع مع الوكالة والوصاية فمع وقوع الفعل في زمان حياته يكون بنحو الوكالة ومع الوقوع بعد الموت بنحو الوصاية وبالجملة لا توجب الوجوه المذكورة طرح الرواية إن تمت حجته ولو من جهة عمل الشيخ وغيره ومع عدم العمل بالرواية يناسب الأصل أي أصالة الصحة الحكم بإمضاء ما فعله من شراء وعتق وحج ما لم تقم بيئته تنافيه .

وقد يستشكل بأن إقرار الوكيل إنما يعتبر إذا لم يكن إقراراً على الغير ومعلوم

أن إقرار العبد على ما في يده إقرار على سيده فلا يسمع ، وأجيب بمنع عدم قبول إقرار العبد على السيد بعد فرض كونه مأزوناً في التجارة وغيرها للسيد وغيره لكونه حينئذ كالحرّ في الأمانة فتشمله الأدلة .

﴿ إذا اشترى عبداً فدفعت البايع إليه عبدان ليختار أحدهما فأبى واحد ، قيل : يرتجع نصف الثمن . ثم إن وجدته تخيّر وإلا كان الآخر بينهما نصفين ، وفي الرواية ضعف ويناسب الأصل أن يضمن الآبق ويطلب بما ابتاعه ، ولو ابتاع عبداً من عبدان لم يصحّ وحكى الشيخ في الخلاف الجواز ﴾

المفروض أنه اشترى رجل عبداً موصوفاً في الذمة وكان عند البايع عبدان فدفعت للمشتري عبدان وقال له : اختر أحدهما وردّ الآخر فأبى واحد منهما فروى فيه ابن مسلم عن الباقر عليه السلام في الضعيف قال « سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان فقال للمشتري : اذهب بهما فاختر أيتهما شئت وردّ الآخر ، وقد قبض المال فذهب بهما المشتري فأبى أحدهما من عنده ، قال : ليردّ الذي عنده منهما ويقبض نصف الثمن ممّا أعطى من المبيع ويذهب في طلب الغلام فإن وجدته اختار أيتهما شاء وردّ نصف الذي أخذ وإن لم يجده كان العبد بينهما نصفه للبايع ونصفه للمبتاع ^(١) » وقد عمل بهذه الرواية الشيخ في النهاية بل في الدروس نسبة العمل إلى الأكثر وقد يوجه مع احتفاظ القواعد بانحصار الحق فيها بعد قبض العبدين مع تساويهما في القيمة ومطابقتها للوصف مع عدم ضمان المشتري هنا لأنه لا يزيد على المبيع المعين الهالك في مدّة الخيار فإنه من ضمان البايع ، ثم إن قلنا بأنه بعد القبض قبض العبدين ينحصر الكلّي في المعين فعلى المشهور مادام فردّ من الكلّي باقياً لم يتوجه التلف إلى مال المشتري وينحصر حقه في الباقي ويتوجه الإشكل في الفرق بينه وبين استثناء الكلّي في المبيع حيث حكم فيه بأن التلف متوجه إلى البايع والمشتري وإن قلنا في صورة انحصار الكلّي في المعين بخلاف المشهور وأن مقتضى القاعدة توجه التلف إلى البايع والمشتري كصورة الإشاعة وصورة استثناء الأبطال في بيع الثمرة فلا يبعد انطباق ما في الخبر على القاعدة لكنّه يقع الإشكل من جهة أن مجرد الإباق مع

رجاء وجدان العبد لا يعد بمنزلة التلف فكيف يقبض نصف الثمن الذي أعطى البائع ويمكن أن يكون مراعى من دون أن يكون ملكاً للمشتري من جهة الانفاخ، ومع عدم العمل بمضمون الرواية يشكل ما في المتن من استحقاق المشتري ما ابتاعه لأنه مبني على عدم تعيين المبيع في العبدین والظاهر تعيينه لحصول القبض نظير حصول القبض في وقف بعض العين المشتركة باقباض تمام العين مع إذن الشريك ومع حصول الشركة يكون الآبق الذي هو بمنزلة التالف نسبتاً إلى البائع والمشتري على السواء وبمقتضى قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له يفسخ المعاملة بالنسبة إلى البعض إذا كان التلف في زمان الخيار ومع انقضاء زمان الخيار يكون التلف من مال البائع والمشتري، نعم إن قلنا بعدم حصول القبض وكون التلف من مال البائع يستحق المشتري ما ابتاعه، وأما عدم صحة ابتياع عبد من العبدین فهو المعروف واستدل عليه تارة بالجهالة التي تبطل معها البيع إجماعاً، وأخرى بأن الإبهام في البيع مبطل له، وثالثة بالغرر، ورابعة بأن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محل تقوم به فيقال: بيع عبد من عبيدین وابتياعه تارة بوقوع البيع على أحدهما المصدقي بمعنى وقوع البيع على أحدهما المعين خارجاً غير المعين عند المتعاقدين كما في قوله تعالى « وجاء من أقصى المدينة رجل » وأخرى على أحدهما المفهوم كما في قول الأمر جني برجل حيث لا تعيين له واقعاً، والصورة الأولى كما لو كان للبائع عبدان مات أحدهما وباع الآخر مع تماثل العبدین في الأوصاف كما لو كانا توأمين والوجوه المذكورة لا تجري في صورتين كما لا يخفى .

وأما الوجوه المذكورة فهي القابلة للمنع لمنع صدق الجهالة وعلى فرض الصدق تمنع كون البيع بهذا النحو من الجهالة باطلاً وتمنع كونه غريباً مع تساوي الأفراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة وقد يقال: عمدة الوجوه في ما هو محط نظر الأصحاب وهو ما إذا لم يكن متعلق البيع واقع معيناً أنه وإن لم يقم دليل خاص على أن الإبهام في البيع مبطل له إلا أن توقف البيع على وجود محل يقوم به لا يمكن إنكاره، فإن الملكية وإن لم تكن أمراً خارجياً وصفة وجودية بل من الاعتباريات إلا أن هذا الأمر الاعتباري لابد له من محل يقوم به فإن البيع الذي هو تبديل طرف الإضافة

لا بد له من المضاف إليه وأحدهما المراد الغير المعين لا يعتبره العقلاء طرفاً للإضافة الملكية ولا يمكن قياس أحدهم المبهم ببيع الكلي في الذمة فإنه وإن لم يكن موجوداً خارجياً فعلاً إلا أن الذمة أمرٌ وسيع يعتبره العقلاء ملكاً وهذا بخلاف ما إذا باع أحدهما المراد فإن المفروض أن هذا المفهوم ليس من المفاهيم المتأصلة كالرجل والمرأة والبياض والسواد ولا من المفاهيم الاتزاعية التي لها منشأ انتزاع خارجي كالعلية والمعلولية والتقدم والتأخر فإنه لو كان كذلك لا يمكن أن يتعلق التكليف والوضع به كما يقال جئني برجل أو تقدم إلى كذا ، وأما المفهوم الاتزاعي الصرف الذي ليس له وجود خارجي ولا منشأ انتزاع صحيح فمقتضى القاعدة الأولية عدم تعلق البيع به لأن المفروض أنه لم يتعلق البيع بأحد العبدین الموجودين في الخارج الغير المعلوم عند المشتري أو البائع أو كليهما بل تعلق بهذا المفهوم الصرف القابل للانطباق على كل واحد على البدل ولا يمكن قياسه أيضاً بالواجب التخيري فإنه مضافاً إلى الاشكال في تصوير تعلق التكليف بأحد الشئين على البدل من دون إرجائه إلى الجامع ومن دون جعل الواجب أحدهما ومسقطيه الآخر عنه أنه قام الدليل على التخيير كقيام الدليل على صحة بيع أحد العبدین على ما ادّعاءه الشيخ وإن كان الحق عدم دلالة على المدعى ، ولذا قال في الوسائل بعدما نقل الرواية « أقول : وجهه بعض علمائنا بوقوع البيع على نصف العبدین^(١) » ومحل البحث هو الصحة بمقتضى القاعدة وقد عرفت أنها تقضي عدم صحة تعلق البيع ولا سائر العقود والايقاعات بالامور الاتزاعية الوهمية لعدم صلاحية الكلي الاتزاعي لقيام البيع والنكاح والطلاق به .

ويمكن أن يقال : ينتقض ما ذكر بالوصية بأحد العبدین وبيع المشاع وبيع الكلي في المعين فإن النصف المشاع مثلاً والصاع الكلي مثلاً في الصبرة لا تعين لهما في الخارج وبزوجية الأربع إذا أسلم الزوج على أزيد من الأربع فإنه لا إشكال في اعتبار العقلاء الملكية والزوجية في المذكورات فمع تمامية ما ذكر لعدم الصحة لا بد في ما ذكر من القول بعدم الملكية والزوجية حقيقة بل القول بملكية التنزيلية

(١) المصدر ابواب بيع الحيوان ب ١٦ .

والزوجه التنزيلية وليس كذلك فإن تمّ الاجماع وإلا فلا مانع .
 ﴿ التاسعة : إذا وطىء أحد الشريكين الأمة سقط عنه من الحد ما قابل نصيبه ،
 وحدّ بالباقي مع انتفاء الشبهة ، ثم إن حملت قوّمت عليه حصّة الشركاء ، وقيل تقوّم
 بمجرّد الوطى وانعقد الولد حرّاً أو على الواطى قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة ﴿
 أمّا سقوط الحد بمقدار نصيبه فيدلّ عليه خبر عبد الله بن سنان قال : سألت الصادق
 عليه السلام عن رجال اشتركوا في أمة فائتمنوا بعضهم على أن تكون الأمة عنده فوطئها
 فقال يدرأ عنه من الحدّ بقدر ماله من النقدي يضرب بقدر ما ليس له فيها ، وتقوّم الأمة
 عليه بقيمة يلتزمها ، فإن كانت القيمة أقلّ من الثمن الذي اشترت به الجارية ألزم ثمنه
 الأوّل . وإن كانت قيمتها في ذلك اليوم الذي قوّمت فيه أكثر من ثمنها ألزم ذلك الثمن
 وهو صاغراً أنّه استقرشها ، قلت : فإن أراد بعض الشركاء شرائها دون الرّجل ؟ قال : ذلك
 له ، وليس لدأن يشتريها حتى يستبرئها وليس على غيره أن يشتريها إلا بالقيمة ^(١) ، ونحوه
 آخرتفاوت يسير قال فيه « قوم اشتركوا في شراء جارية فائتمنوا بعضهم وجعلوا الجارية
 عنده فوطئها ، قال عليه الحدّ ويدرأ عنه من الحدّ بقدر ماله فيها وتقوّم الجارية ويفرم ثمنها
 للشركاء فإن كانت القيمة في اليوم الذي وطىء أقلّ ممّا اشترت به فإنّه يلزم أكثر الثمن
 لأنّه قد أفسد على شركائه وإن كانت القيمة في اليوم الذي وطىء أكثر ممّا اشترت به
 يلزم الأكثر ^(٢) » وفي المرسل في الفقيه المسند عن عدّة من أصحابنا في الكافي عن الصادق
 عليه السلام « سئل عن رجل أصاب جارية من الفبيء فوطئها قبل أن يقسم فقال : تقوّم الجارية
 وتدفع إليه بالقيمة ويحطّ له منها ما نصيبه من الفبيء ويجلد الحدّ ويدرأ عنه من الحدّ
 بمقدار ما كان له فيها ، نقلت : فكيف صارت الجارية تدفع إليه بالقيمة دون غيره فقال
 لأنّه وطئها ولا يؤمن أن يكون ثمة جبل ^(٣) » وروى في الكافي وكذا في التهذيب عن
 إسماعيل الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام « في رجلين اشتريا جارية فنكحها أحدهما دون

(١) الكافي ج ٥ ص ٢١٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٣٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٤٥٣ والكافي ج ٧ ص ١٩٤ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٩٤ .

صاحبه قال : يضرب نصف الحد^١ ويقرم نصف قيمته إذا أحبل^(١) .

أما التقويم على الواطي فلا إشكال في لزومه مع الحمل وأما لزومه بمجرد الوطي فقد يستظهر من إطلاق أخبار المذكورة وعلل في مرسل الفقيه «بأنه وطئها ولا يؤمن أن تكون ثمة جبل» و يمكن أن يستظهر من هذا أنه مع الأمن من تحقق الجبل لا مانع كما أنه يستفاد من بعضها أنه مع الاستبراء يجوز لبعض الشركاء الاشتراء وبهذا يجمع بين الأخبار المطلقة و بين رواية إسماعيل الجعفي المذكورة والحاصل أنه مع تحقق الحمل لا إشكال في لزوم التقويم على خصوص الواطي ومع الوطي قبل الاستبراء بحسب الظاهر بقوّم عليه لكنّه مراعى بتحقيق الجبل فبعد الاستبراء لا مانع من اشتراء غيره إن لم يكن الواطي راضياً بالتقويم عليه لكن الظاهر من رواية عبدالله بن سنان المذكورة أنه قبل ظهور الحال أيضاً لا يتعيّن التقويم على الواطي بل يجوز اشتراء بعض الشركاء مشروطاً بالاستبراء ، ويقع الإشكال من جهة أن التقويم قبل ظهور الجبل إذا لم يكن واجباً فكيف يجب مع ظهور الجبل إلا أن يقال نستظهر اللزوم من رواية إسماعيل الجعفي مع أن سياقه مع سياق الأخبار واحد .

و أما انعقاد الولد حرّاً ولزوم قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة فمع علم الواطي يشكّل بالنسبة إلى حصص الشركاء حيث إن مقتضى القاعدة رقية الولد كما لوزنا بأمة الغير إلا أن يقال بسراية الحرّية إلى حصصهم ولعلّ السراية مشروطة بما لو كانت الحرّية بالاختيار والكلام فيه موكول إلى محله ان شاء الله تعالى .

﴿ العاشرة المملوكان المأذون لهما في التجارة إذا ابتاع كل منهما صاحبه حكم للسابق ولو اشتبه مسحت الطريق و حكم للأقرب فإن اتفقا بطل العقدان و في رواية يقرع بينهما ﴾ .

بعد الفراغ عن تملك العبد كما سبق الكلام فيه و إن كان محجوراً في التصرف بدون إذن المولى لو اشترى كل من العبدین الآخر من مولاه لنفسه مع الإذن من مولاه فمع سبق أحدهما بالاشتراء صحّ عقده و بطل اشتراء الآخر لخروجه عن ملك

آذنه السابق و عدم تملك العبد لسيدّه و مع الاقتران مقتضى القاعدة بطلان العقدين لعدم إمكان صحتهما وعدم الترجيح كتزويج الأختين في زمان واحد و يشكل الأمر مع الشكّ في تقدّم أحدهما وكذا مع الشكّ في تقدم أحدهما أو تقارنهما و الذي وقفنا ممّا يتعلّق بهذه المسئلة ما رواه ثقة الاسلام و الصدوق قدس سرهما عن أبي سلمة عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجلين مملوكين مفوّض إليهما ببيعان و يشتريان باموالهما وكان بينهما كلام فخرج هذا يعدو إلى مولى هذا و هذا إلى مولى هذا وهما في القوّة سواء فاشترى هذا من مولى هذا العبد و ذهب هذا فاشترى من مولى هذا العبد فانصرفا إلى مكانهما فتشبت كل واحد منهما بصاحبه و قال له : أنت عبدي وقد اشتريتك من سيدك قال : يحكم بينهما من حيث افترقا يذرع الطريق فأيهما كان أقرب فهو الذي سبق الذي هو أبعد و إن كانا سواء فهو ردّ إلى مواليهما » و زاد في الكافي « جاء سواء و افترقا سواء إلا أن يكون أحدهما سبق صاحبه فالسابق هو له إن شاء باع و إن شاء أمسك و ليس له أن يضربه ^(١) » قال في الكافي « و في رواية أخرى إن كانت المسافة سواء أقرع : بينهما فأيهما وقعت القرعة به كان عبده » و روى الشيخ الخبير المذكور عن محمد بن يعقوب مع الزيادة ^(٢) و كذا الرواية المرسلّة إلا أن فيه في آخر المرسلّة « كان عبداً لآخر » فنقول : مع العلم بالاقتران المعروف بطلان العقدين و هو الظاهر من رواية أبي سلمة و أمّا طريقيّة ما ذكر من ذرع الطريق و تشخيص السابق فهي مبنيّة على حجّيّة الخبر و العمل به كما أن القرعة لا تخلو عن الإشكال لأن قاعدتها محتاجة إلى العمل و الخبر المذكور في المقام أيضاً لم يظهر انجباره و مع قطع النظر عمّا ذكر لو كان أحد العقدين معلوم التاريخ فالظاهر استصحاب عدم الآخر إلى انقضاء زمان وقوع الأوّل فلا أثر للمجهول التاريخ وهذا الأصل و إن لم يثبت تأخر المجهول التاريخ إلا أنه يكفي لصحة المعلوم التاريخ إلا أن يقال : لمانع لجريان أصالة الصحة في كلا العقدين و يقع التعارض بينهما و مجرد موافقة الاستصحاب مع صحة المعلوم التاريخ لا يوجب صحته

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ ، والكافي ج ٥ ص ٢١٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ .

لأن المعارضة بين الاستصحاب وأصاله الصحة و بين أصالة الصحة في مجهول التاريخ لعدم كون النسبة بين أصالة الصحة و الاستصحاب نسبة الدليل و الأصل حتى يقال بعد تعارض أصالة الصحة في الطرفين يرجع إلى الاستصحاب .

﴿ **الفصل الثامن في السلف و هو ابتياع المضمون إلى أجل بمال حاضر أو في حكمه و النظر في شروطه و أحكامه و لواحقه ، الأولى الشروط و هي خمسة الأول ذكر الجنس و الوصف فلا يصح فيما لا يضبطه الوصف كاللحم و الخبز و الجلود ، و يجوز في الأمتعة و الحيوان و الحبوب و كل ما يمكن ضبطه .** ﴾

السلف و السلم عبارتان عن بيع شيء موصوف في الذمة بشيء حاضر أو ما في حكمه ، و المراد مما في حكم الحاضر ما يقابل الموصوف المضمون إلى أجل في الذمة و لم يكن حال العقد حاضرأ بل في حكم الحاضر ، غاية الأمر لا بد من إقباضة قبل التفرق و هو قسم من البيع فلا بد فيه من الإيجاب و القبول ، و ينعقد بلفظ بعث و قبلت ، و الظاهر جواز تقديم أسلفت و أسلمت من طرف المشتري و تأخير قبلت من طرف البايع ، و مع تقديم أسلفت أو أسلمت تفسيره بالابتياع لا يخلو عن مسامحة لأن الابتياح مطاوعة للبيع و المعنى المطاوعي لا يقدم على المطاوع له ، و الظاهر انعقاده بالمعاطاة كسائر أقسام البيع و بعد الفراغ عن كونه من أقسام البيع لا بد من مراعاة شروط البيع ومنها ذكر الجنس أي الحقيقة النوعية و الوصف لفساد البيع الغرري ، و يشير إلى ذلك جملة من الأخبار منها ما رواه في الكافي عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله لا بأس بالسلم في المتاع إن سميت الطول و العرض ^(١) ، و ما رواه في الكافي عن جميل بن دراج في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا بأس بالسلم في المتاع إذا وصفت الطول و العرض ^(٢) ، و في صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال : « لا بأس بالسلم في المتاع إذا وصفت الطول و العرض ، و في الحيوان إذا وصفت أستانه ^(٣) .

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ١٩٩ .

(٣) الفقيه باب السلف في الطعام و الحيوان و غيرها تحت رقم ٢٣ .

وَأَمَّا مَا ذَكَرَ مِنْ أَمْثَلَةٍ مَا لَا يَضْبُطُهُ مِنَ اللَّحْمِ وَالْخَبْزِ وَالْجُلُودِ فَإِنْ كَانَ النَّظَرُ فِيهِ إِلَى عَدَمِ الْإِمْكَانِ أَصْلًا فَهُوَ مُشْكَلٌ لَا مَكَانَ التَّوَصِيْفِ بِمِثَالِ اللَّحْمِ الْمَوْجُودِ الْمَشَاهِدِ وَالْخَبْزِ الْمَشَاهِدِ وَالْجُلُودِ الْمَشَاهِدَةِ ، وَإِنْ كَانَ النَّظَرُ إِلَى عَدَمِ التَّعْيِينِ بِالنَّحْوِ الْمَذْكُورِ فَلَا يَبْعُدُ بِمِلَاحِظَةِ مَا وَرَدَ مِنَ النَّصِّ " فَالنَّصُّ الْوَارِدُ فِي اللَّحْمِ مَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ : « سَأَلْتُهُ عَنْ السَّلْفِ فِي اللَّحْمِ قَالَ : لَا تَقْرِبْنَهَا فَإِنَّهُ يُعْطِيكَ مَرَّةً السَّيْمِينَ وَمَرَّةً التَّوَابِي وَمَرَّةً الْمَهْزُولَ وَاشْتَرِ مَعَايِنَةَ يَدَا بَيْدٍ ، قَالَ : وَسَأَلْتُهُ عَنْ السَّلْفِ فِي رَوَايَا الْمَاءِ ، فَقَالَ : لَا تَقْرِبْنَهَا فَإِنَّهُ يُعْطِيكَ مَرَّةً نَاقِصَةً وَمَرَّةً كَامِلَةً وَلَكِنْ اشْتَرِ مَعَايِنَةَ لَأَمْرٍ أَسْلَمَ لَكَ وَهِيَ (٤) » لَكِنْ مَعَ تَعْيِينِ الْوَصْفِ بِالنَّحْوِ الْمَذْكُورِ لَا يَكُونُ مَشْمُولًا لِلْخَبْرِ الْمَذْكُورِ .

﴿ الثَّانِي قَبْضُ رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ التَّفْرِيقِ وَلَوْ قَبِضَ بَعْضُ الثَّمَنِ ، ثُمَّ افْتَرَقَا صَحَّ فِي الْمَقْبُوضِ وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ دِينَارًا عَلَى الْبَايَعِ صَحَّ عَلَى الْأَشْبَةِ لَكِنَّهُ يَكْرَهُ ﴾
أَدْعَى الْإِجْمَاعُ عَلَى شَرْطِيَّةِ الْقَبْضِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا نَصَّ فِي الْمَقَامِ وَلِذَا يَتَوَقَّفُ مِنْ يَتَوَقَّفُ فِي الْمَسَائِلِ الَّتِي لَا دَلِيلَ فِيهَا غَيْرَ الْإِجْمَاعِ وَعَلَى هَذَا فَلَوْ قَبِضَ بَعْضُ الثَّمَنِ صَحَّ فِي الْمَقْبُوضِ فَقَطْ وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ دِينَارًا عَلَى الْبَايَعِ فَالْمَشْهُورُ الْبَطْلَانُ لَأَنَّهُ يَبْعُدُ بَيْنَ مِثْلِهِ فَيَشْمَلُهُ خَبْرُ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : « قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : لَا يَبَاعُ الدِّينُ بِالْدِّينِ (١) » مُضَافًا إِلَى الصَّحِيحِ عَلَى مَا فِي بَعْضِ الْكُتُبِ « عَنْ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ طَعَامٌ أَوْ بَقْرٌ أَوْ غَنَمٌ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ فَأَتَى الطَّالِبَ الْمَطْلُوبَ يَبْتَاعُ مِنْهُ شَيْئًا . فَقَالَ : لَا يَبْعُهُ نَسِيئًا وَأَمَّا نَقْدًا فَلْيَبْعِهِ بِمَا شَاءَ » .

بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ شِرَاءَ الطَّالِبِ مِنْهُ شَيْئًا بِمَا فِي ذِمَّتِهِ فَلَيْسَ النَّسِيئُ هُنَا إِلَّا السَّلْمَ وَلَكِنَّ الْمَوْجُودَ فِي نَسْخِ التَّهْذِيبِ (٢) الْمَعْبُوتَةَ «فِيَأْتِي الْمَطْلُوبَ الطَّالِبَ» وَعَلَى هَذَا

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ١٠٠ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ١٣١ .

فحمله على إتيان المطلوب الطالب ليشتري الطالب منه بماله في ذمته خلاف الظاهر ، ونوقش بمنع تناول النهي عن بيع الدين بمثله لما صار ديناً بالعقد بل المراد ما كان ديناً قبله و السلم فيه من الأول لا الثاني مضافاً إلى معارضة الصحيح المذكور على تقدير دلالة بخبر إسماعيل بن عمر قال : « إنه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل مسمى فأمر إسماعيل من يسأله عن ذلك فقال : لا بأس بذلك قال : ثم عاد إليه إسماعيل فسأله عن ذلك وقال : إنني كنت أمرت فلاناً فسألك عنها فقلت : لا بأس ، فقال : ما يقول فيها من عندكم ؟ قلت : يقولون فاسدٌ ، قال : لا تفعله فإنني أوهمت^(١) ، ولا يقدح ما يقدح ما في ذيله بعد معلومية كونه على فرض الصدور من جهة التقيّة

ويمكن أن يقال : لا بعد في حل الصحيح المذكور مع كونه صادراً على النحو المذكور في نسخ التهذيب على ما ذكر من جهة أقربيّة الطالب من الفعل المذكور بعده ولا أقلّ من الاحتمال والجواب معه يشمل الاحتمالين مضافاً إلى أنه في غير هذه الصورة لا يظهر وجه للمنع ، وعلى فرض دلالة الصحيح المذكور لا حاجة إلى إدراج المسئلة في بيع الدين بالدين حتى يقال : ما وقع البيع على الدين بل بالبيع صار ديناً نعم لو تمّ الخبر المعارض من جهة السند فلا بدّ من الجمع بالحمل على الكراهة ونظيره الخبر المرويّ عن قرب الإسناد عن عليّ بن جعفر عن أخيه موسى بن يحيى قال : « سألته عن السلم في الدين قال : اشتريت منك كذا وكذا بكذا وكذا فلا بأس ،^(٢) بناءً على أن المراد من قوله « بكذا وكذا » بماله في ذمته لا أن يكون المراد كلياً ثمّ يحاسبه بعد ذلك على ما في ذمته بل مع احتمال كون نظر السائل إلى ما يشمله .

﴿ الثالث تقدير المبيع بالكيل أو الوزن ولا يكفي العدد ولو كان ممّا يعدّ ، ولا يصحّ في القصب أطناً ولا في الحطب حزماً ولا في الماء قرباً وكذا يشترط التقدير في الثمن و

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٣٠

(٢) المصدر ص ١١٣ .

قيل : يكفي المشاهدة ﴿

أما لزوم تقدير المبيع إذا كان مكيلاً أو موزوناً في غير السلم فلا إشكال فيه لمادل على لزومه في البيع ، والسلم من أقسام البيع ، وأما مع عدم لزوم التقدير في غير السلم كما لو ارتفع الغرر بالعدد فقد يفرق بينه وبين السلم بأنه في غير السلم يرتفع الغرر بالمشاهدة مع تفاوت الآحاد وفي السلم لا يرتفع مع اختلاف الآحاد وكذا في أطنان القصب وغيرها ويشكل ما ذكره بامكان رفع الغرر بنحو آخر كأن يوصف الآحاد بالمماثلة لما هو المشاهد مع الاختلاف المعتد به في الآحاد ومع الاختلاف الغير القابل للتوجه لا غرر ولا يحتاج إلى التوضيح ، وكذا الكلام في أطنان القصب وقرب الماء ، ولعل النهي في بعض الأخبار المذكور سابقاً إن حمل على الحرمة الوضعية غير شامل لما ذكره ، ويمكن الاستشهاد للصحة بما رواه المشايخ الثلاثة - قدس الله أسرارهم - عن حديد بن حكيم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل اشترى الجلود من القصاب فيعطيه كل يوم شيئاً معلوماً قال : لا بأس ^(١) ، فإن الظاهر أن القصاب يعطيه كل يوم شيئاً معلوماً فمورد السؤال يمكن أن يكون البيع حالاً ، ويمكن أن يكون سلماً فمع الاحتمالين حاكم بعدم البأس والصحة مع أن الغرر لا بد من رفعه من غير فرق بين البيع حالاً وبين البيع سلماً ، وأيضاً روي في الكافي والتهذيب عن مخلد السراج قال : « كنا عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه المعتب فقال : بالباب رجلان فقال أدخلهما فدخل فقال أحدهما إنني رجل قصاب وإنني أبيع المسوك قبل أن أذبح الغنم قال : ليس به بأس ولكن أنسبها غنم أرض كذا وكذا ^(٢) ،

وأما اشتراط التقدير في الثمن في السلم فلا ن في السلم من أقسام البيع المشروط فيه عدم الغرر فيدور الأمر مدار ارتفاع الغرر فإن كان الغرر يرتفع بالمشاهدة فلا مانع من عدم التقدير ولا دليل على اختصاص السلم بخصوصية زائدة .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٢٦ والكافي ج ٥ ص ٢٢١ والفقيه باب السلف في الطعام تحت

رقم ١٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٠١ و ٢٢٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٢٦ .

﴿الرابع تعيين الأجل بما يرفع احتمال الزيادة والنقصان . الخامس أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله ، ولو كان معدوماً وقت العقد﴾

إن أخذنا في حقيقة السلف تأجيل المثلث كما يظهر من كلمات كثير فلا بد من تعيين الأجل لدفع الغرر وليس هذا من باب اشتراط التأجيل في صحة المعاملة حتى يمنع من جهة عدم الدليل عليه بل لعل المراد أنه لا يترتب ما يختص من الحكم بالسلف إلا على ما ذكر فيه الأجل ، فلزوم قبض الثمن قبل تفرق المتعاقدين به الذي ادعى الاجماع عليه مخصوص بالمؤجل دون غيره ، وأما صحة البيع بلفظ السلم مع كون المبيع حالاً فهو أمر آخر ، وأما اشتراط كون وجود المبيع عاماً وقت حلول الأجل فلا دليل عليه بالخصوص إلا من جهة القدرة على التسليم وقت لزومه المعتبرة في كل بيع بل ذكر في مقامه كفاية امكان التسلم ولو لم يكن البايع قادراً على التسليم ولعله يشير إليه صحيح ابن الحجاج «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً قال : ليس به بأس، قلت : إنهم يفسدونه عندنا قال : فأى شيء يقولون في السلم؟ قلت : لا يرون به بأساً يقولون هذا إلى أجل فإن كان إلى غير أجل و ليس هو عند صاحبه فلا يصلح ، فقال : إن لم يكن أجل كان أحق به ، ثم قال : لا بأس أن يشتري الرجل الطعام وليس عند صاحبه إلى أجل أو حالاً لا يسمى له أجلاً إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالاً^(١) ، ونحوه آخروماً ذكر ظهر الصحة ولو كان معدوماً وقت المعاملة خلافاً لما نسب إلى العامة .

﴿الثانية في أحكامه وهي خمسة مسائل: الأولى لا يجوز بيع السلم قبل حلوله ويجوز بعده وإن لم يقبضه على كراهية في الطعام على من هو عليه وعلى غيره وكذا يجوز بيع بعضه وتولية بعضه وكذا يبيع الدين فإن باعه بما هو حاضر صح وكذا إن باعه بمضمون حال ولو شرط تعجيل الثمن قيل : يحرم لأنه يبيع دين بدين وقيل : يكره وهو الأشبه

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٣١ .

أما لو باع ديناً في ذمة زيد بدين المشتري في ذمة عمرو فلا يجوز لأنه يبيع دين بدين ❀ .

أما عدم جواز بيع السلم قبل حلوله فاستدلّ عليه بالإجماع المحكي في كلمات الأعلام ومع قطع النظر عن الإجماع المدعى مقتضى العمومات الصحة فلا إشكال بعد حلول الأجل وإن لم يقبضه ، ويدلّ عليه الأخبار الخاصة منها مرسل أبان عن الصادق عليه السلام « في رجل يسلّف الدراهم في الطعام إلى أجل فيحلّ الطعام فيقول : ليس عندي طعام ولكن انظر ما قيمته فخذ منّي ثمّنه فقال : لا بأس بذلك ^(١) » وموثّق ابن فضال كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام « الرجل يسلّفني الطعام فيجيبني الوقت وليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم ؟ قال نعم ^(٢) » وغيرهما من الأخبار ومرسل أبان ظاهر في المعاوضة من جهة التعبير بالثمن في قوله على المحكي « فخذ منّي ثمّنه » وغيره ليس صريحاً في البيع لاحتمال الإعطاء وفاء ، لكن كلام السائل محتمل للإعطاء بعنوان البيع فالجواب بقوله عليه السلام على المحكي بنعم أو يجوز في بعض الأخبار يشمل كلا الاحتمالين وقد يقال : بالمنع في صورة التفاوت للنصوص المستفيضة كصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام « من اشترى طعاماً أو علفاً إلى أجل فإن لم يجد شرطه وأخذ ورقاً لامحالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله ، لا يظلمون ولا يظلمون ^(٣) » وصحيحه الآخر عنه أيضاً قال أمير المؤمنين عليه السلام : « في رجل أعطى رجلاً ورقاً في وصيف إلى أجل مسمّى فقال له صاحبه : لأجد لك وصيفاً خذ منّي قيمة وصيفك اليوم ورقاً ، فقال لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه أوّل مرّة ولا يزداد عليه شيئاً ^(٤) » وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام « أنه سئل عن الرجل يسلّف في الغنم ثينان وجدعان وغير ذلك إلى أجل مسمّى قال : لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٢٦ والكافي ج ٥ ص ١٨٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٢٦ والكافي ج ٥ ص ١٨٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٢٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٢٠ والتهذيب ج ٢ ص ١٢٧ .

يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها ويأخذ رأس ماله ما بقي من الغنم دراهم^(١)، وصحيح يعقوب بن شعيب «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلف في الحنطة والتمر بمائة درهم فيأتي صاحبه حين يحل الذي له فيقول : والله ما عندي إلا نصف الذي لك فخذ مني إن شئت بنصف الذي لك حنطة أو بنصفه ورقاً ، فقال : لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه^(٢) » واجيب بحمل صحيحة محمد بن قيس مع الغض عن اضطرابه منته على ما في التهذيب وغيره بالحمل على فسخ العقد ، ومن المعلوم أنه مع الفسخ لا يستحق إلا رأس ماله ، وكذا صحيحة الآخر وعدم دلالة صحيح الحلبي أصلاً وإمكان حمل صحيح يعقوب على إرادة السؤال عن جواز الفسخ في البعض ولو مع التراخي فأجابه عليه السلام بأنه لا بأس به إذا أخذ منه كما أعطاه حتى لا يترتب عليه الربا .

ويمكن أن يقال أخذ الورق المذكور في الصحيحة قابل لأن يكون من جهة الفسخ ولأن يكون من باب الوفاء ولأن يكون من باب البيع والاشتراء فحمله على خصوص الفسخ لا وجه له ، والاشكال من جهة اضطراب المتن لا يوجب الاشكال .

وفي صحيحة الآخر يجري هذا الكلام مضافاً إلى أن ظاهر الصحيح أن نظر القائل «لا أجد لك وصيفاً الخ» إلى أخذ الطرف الورق لا بعنوان الفسخ بل بعنوان الوفاء أو البيع فإن الفسخ لا يوجب الأرد مثل ما أعطى أولاً لا يزيد ولا ينقص .

وأما ما ذكر من عدم دلالة صحيح الحلبي فيشكل من جهة أن ظاهر الصحيح تعيين أخذ رأس مال ما بقي كما أن ظاهر صحيح يعقوب تعيين أخذ الورق مثل ما أعطاه ولا يبعد أن يقال إن تم الاستدلال بالأخبار السابقة من جهة السند خصوصاً بملاحظة موثق ابن فضال وشملت البيع والوفاء فالأخبار الظاهرة في المنع الشاملة لصورة البيع والوفاء محمولة على الكراهة جمعاً بين الطرفين . وأما احتمال تقييد تلك الأخبار بخصوص صورة التساوي مع القيمة السابقة فبعيد جداً لغلبة التفاوت وترك الاستفصال

وأما كراهة البيع قبل القبض في خصوص الطعام فالكلام فيها هو الكلام في بيع

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٢٧ والكافي ج ٥ ص ٢٢١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

مطلق المكيل والموزون قبل القبض والمعروف الكراهة جمعاً بين الأخبار .
وأما جواز بيع المبيع بعضه وتولية بعضه فلعدم الفرق بحسب الأدلة المذكورة
المجوزة خلافاً للشافعي على المحكي .

و أما بيع الدين وإن كان خارجاً عن المبحث فتارة يكون في مقابل ما
هو حاضر مشخص فلا خلاف ولا إشكال في صحته للعمومات وأخرى في مقابل مضمون
في العقد حال فيصح أيضاً للعمومات وعدم صدق الدين عليه قبل وقوع البيع بل بعد البيع
صار ديناً .

ومما ذكر ظهر عدم الفرق بين صورة عدم اشتراط التأجيل وصورة اشتراطه لمنع
صدق بيع الدين بالدين ولم نعرف وجهاً للكراهة إلا من جهة الخروج عن محل
الخلاف ولا توجب الكراهة الشرعية وثالثة في مقابل دين آخر كما مثل به في المتن فالظاهر
عدم الاشكال في عدم جوازه وبطلانه لصدق بيع الدين بالدين وهو المعبر عنه ببيع
الكالي بالكالي .

﴿ الثانية إذا دفع دون الصفة ويرضى المسلم صح ، ولو دفع بالصفة وجب القبول
وكذا لو دفع فوق الصفة ولا كذا لو دفع أكثر ، الثالثة إذا تعذر عند الحلول أو انقطع
فطالب ، كان مخيراً بين الفسخ والصبر . الرابعة إذا دفع من غير الجنس ورضي الغريم
ولم يساعره احتسب بقيمته يوم الاقباض ﴾ .

أما صورة دفع الصفة مع رضى المسلم فلا إشكال فيها في الصحة كما لو رضى بغير
الجنس وفاءً وبدون رضاه لا يجب عليه القبول لمغايرته مع ما يستحق ومع الدفع
بالصفة المعروف فيه وجوب القبول ومع الامتناع يقبضه الحاكم وقد مر الكلام فيه
سابقاً .

و أما صورة دفع فوق الصفة فمع اشتراط ما يغايره لغرض عقلائي لاوجه فيها
لوجوب القبول بل لا بد من رضى الطرفين ومع عدم الاشتراط أيضاً يشكل الوجوب لآباء
كثير من النفوس من قبول المنية كما لو دفع الأكثر ، واستدل على عدم وجوب قبول
الأكثر بصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يسلم في الغنم

ثيان وجذعان وغير ذلك إلى أجل مسمى قال : لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها ويأخذ رأس ما بقي من الغنم دراهم ويأخذون دون شرطهم ولا يأخذون فوق شرطهم قال : والأكسية أيضاً مثل الحنطة والشعير والزّعفران والغنم ^(١) ، وفي بعض النسخ عدم ذكر لفظ دون والشرط في الخبر يمكن أن يكون رأس المال ويمكن أن يكون الجنس المشتري و على أي تقدير لا يستفاد من الخبر إلا عدم استحقاق ما زاد كماً وكيفاً وهذا غير ما نحن بصدده .

و أما التخيير في صورة التعذر أو الانقطاع مع المطالبة بين الفسخ والصبر فهو المشهور ويدل عليه موثق ابن بكير « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها ولم يستوف سلفه قال : فليأخذ رأس ماله أو لينظره » ^(٢) وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام « لا بأس بالسلم في الحيوان إذا سميت الذي تسلم فيه فوصفته فإن دفعته وإلا فانت أحق بدراهمك » ^(٣) وهذا الخبر وإن كان ظاهره انفساخ العقد لكن يجمع بينه وبين الخبر السابق بالحمل على اختيار الفسخ ، و قد يقال باختيار الفسخ من جهة تخلف الشرط مع أن المقام لا شرط فيه إلا باعتبار تأجيل المبيع وهذا شرط للبائع للمشتري ، إلا أن يقال : أصل العقد شرط فلازم ما ذكر اختيار الفسخ في بيع الكلي حالاً مع عدم التمكن من دفعه بعد العقد وكذا في النسبة والظاهر عدم الالتزام به مع عدم الفرق كما أنه يمكن التراضي بأخذ قيمة يوم التعذر بل لا يبعد جواز إلزام المستحق مع عدم رضا الطرف كما التزموا به في ضمان المثلي مع تعذر المثل .

و أما صورة دفع غير الجنس مع رضی الغريم بدون المساعدة فيحتسب بقيمة يوم الإقباض فيها ويدل عليه خبر محمد بن الحسن الصفار « كتبت إليه في رجل كان له على رجل

(١) قد مر آنفاً .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٢٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٢٩ .

مالٌ فلمّا حلّ عليه المال أعطاه به طعاماً أو قطناً أو زعفراناً ولم يقاطعه على السعر فلمّا كان بعد شهرين أو ثلاثة ارتفع الطعام والزّعفران والقطن أو نقص بأيّ السعرين يحسبه هل لصاحب الدّين سعر يومه الذي أعطاه وحلّ ماله عليه أو السعر الثاني بعد شهرين أو ثلاثة يوم حاسبه فوق عَلَيْهِ السَّلَامُ : ليس له إلاّ على حسب سعر وقت مادفع إليه الطعام إن شاء الله ^(١) ، وقد يترأى التنافي بين ما ذكر من التوقيع مع توقيع آخر في جواب المكاتبة الأخرى قال : أيضاً « وكتبت إليه رجل استأجر أجيراً ليعمل له بناء أو غيره من الأعمال وجعل يعطيه طعاماً وقطناً وغيرهما ، ثمّ تغيّر الطعام والقطن عن سعره الذي كان أعطاه إلى نقصان أو زيادة أيحسب له سعر يوم أعطاه أو سعر يوم حاسبه ؟ فوق عَلَيْهِ السَّلَامُ : يحسب له سعر يوم شارطه فيه إن شاء الله ^(٢) » لكن بعد أن روي في الكافي ^(٣) بنحو آخر لا مجال لرفع اليد عن صريح التوقيع الأوّل وعلى فرض صدور التوقيع الثاني كما ذكر لا بدّ من التوجيه إذا علم عدم الفرق بين المقامين ومع احتمال الفرق لا مانع من الأخذ بالظاهر تعبداً ، و الظاهر أنّ القاعدة أيضاً تقتضي ما هو مفاد التوقيع الأوّل حيث أنّ الوفاء بغير الجنس ليس من باب المبادلة وإلاّ لزم اعتبار شرائطها بل بالتراضي يكون وفاء فلا بدّ من ملاحظة ماليّة ما يقع وفاء حين الوقوع وهو حين الإعطاء والقبض .

الخامسة عقد السلف قابل لاشتراط ما هو معلوم فلا يبطل باشتراط بيع أو هبة أو عمل محلّل أو صنعة ولو أسلم في غنم و شرط أصواف نعجات بعينها قيل : يصحّ والأشبه المنع للجهالة ، ولو شرط ثوباً من غزل امرأة معيّنة أو غلّة من قراح بعينه لم يضمن عَلَيْهِ السَّلَامُ .

أمّا صحّة اشتراط ما هو معلوم بعد الفراغ عن اجتماع شرائط صحّة الشرط فلا إشكال فيها لعموم «المؤمنون عند شروطهم» وأمّا صحّة العقد مع الشرط فله معلوم دليل

(١) التهذيب ج ٢ ص ٦٢ .

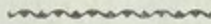
(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٢٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٨١ .

صحة بيع السلف ولعل وجه التعرض ما روي « من نهى النبي ﷺ عن السلف و
البيع وعن البيعين » وحمل النهي على النهي عن بيع مقدار من الطعام مثلاً حالاً بكذا
وسلفاً بكذا ، وتقدم الكلام فيه سابقاً مضافاً إلى قصور السند .

وأما الاسلام في غنم و شرط أصواف نعجات بعينها فالمحكي عن جماعة من
الأكابر الصحة فيه من جهة عدم الاشكال في السلم وعدم لزوم الوزن في الصوف قبل الجز
كالتمر على الشجرة ولم يكن الأصواف جزء المبيع بالسلم حتى يستشكل بأن المبيع
في السلم لابد أن يكون كلياً في الذمة ، والظاهر أن النظر في المنع إلى اعتبار الوزن في
الأصواف والجهل بالوزن يسري إلى البيع بخلاف صورة التبيعة ، فإن الغنم يباع
بالمشاهدة والصوف تابع له ولا إشكال ، والمسئلة لا تخلو عن شوب الاشكال .

وأما لو شرط ثوباً من غزل امرأة معينة أو غلّة من قراح بعينه أي مزرعة بعينها فلم
يظهر وجه لبطلانه بعد الوثوق عادة بتحقيقه وارتفاع الغرر بمشاهدة المثل في الغزل
الغلّة ، ويمكن الاستدلال بالصحيح « عن رجل اشترى طعام قرية بعينها فقال : لأبأس
إذا خرج فهو له وإن لم يخرج كان ديناً عليه »^(١) وفي الخبر الآخر « الرجل يشتري
طعام قرية بعينها وإن لم يسم له قرية بعينها أعطاه من حيث شاء »^(٢) .



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على محمد وآله الطاهرين .
 ﴿ القسم الثاني في القرض وفيه أجر ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً و يجب
 الاقتصاد على العوض ولو شرط النفع ولو زيادة في الصفة حرم . نعم لو تبرع المقرض
 بزيادة في العين أو الصفة لم يحرم ﴾ .

حقيقة القرض التملك على وجه التبريم لامجاناً ولا خلاف في أنه من العقود
 مع تحققه بالإيجاب والقبول ويتحقق بالمعاطاة وما ذكر في البيع يجري في المقام وقد
 تظافرت النصوص بل قيل بتواترها بتأكيد القرض في المؤمن . وحكى عن رسول الله ﷺ
 « من أقرض مؤمناً قرضاً ينظر به ميسوره كان ماله في زكاة وكان هو في صلاة من الملائكة
 حتى يودَّ به » .

« ومن أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال
 رضوى وطور سيناء حسنات و إن رفق به في طلبه تعدى على الصراط كالبرق الخاطف
 اللامع بغير حساب ولا عذاب » .

« ومن شكأ إليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرّم الله عزّ وجلّ عليه الجنة يوم يجزي
 المحسنين » .

وعن الصادق عليه السلام « لأن أقرض قرضاً أحب إليّ من أن تصدق بمثله ومن أقرض
 قرضاً و ضرب له أجلاً ولم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم
 يتأخر عن ذلك الأجل بمثل صدقة دينار واحد في كل يوم و القرض الواحد بشمانية
 عشر وإن مات حسبها من الزكاة وما من مسلم أقرض مسلماً قرضاً حسناً يريد به وجه الله
 إلّا حسب له أجره كأجر الصدقة حتى يرجع إليه ^(١) » .

(١) الى هنا وسائل الشيعية أبواب الدين والقرض ب ٦ ح ١ الى ٥ .

و أما لزوم الاقتصار على العوض و عدم جواز شرط النفع فادعى عليه الإجماع معللاً بحصول الربا قال علي بن جعفر في المروي عن قرب الإسناد « سئلت أخي موسى عليه السلام عن رجل أعطى رجلاً مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر ، فقال : هذا الربا المحض ^(١) . »

و قال خالد بن الحجاج « سألته عن رجل كانت لي عليه مائة درهم عدداً فقضاها مائة وزناً قال : لا بأس ما لم يشترط . قال : وقال جاء الربا من قبل الشروط إنما يفسده الشروط ^(٢) . »

و يدل على المنع موثق إسحاق بن عمارة « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام الرجل يكون له عند الرجل المال قرصاً فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منه منفعة فينبهه الرجل كراهة أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة يحل ذلك له ؟ قال لا بأس إذا لم يكونا شرطاً ^(٣) . »

و حسن الحلبي « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطى سوداً وزناً وقد علم أنها أنقل مما أخذ و تطيب نفسه أن يجعل له فضلها فقال : لا بأس إذا لم يكن فيه شرط ولو وهبها له كلها كان أصلح ^(٤) . »

و صحيحه الآخر عنه أيضاً « إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط ^(٥) . »

وقد استظهر من هذه الأخبار بطلان القرض أيضاً وإن قلنا بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد .

و استظهر أيضاً من صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام « من أقرض رجلاً

(١) المصدر أبواب الربا . ب ٧ ج ٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٤٨ .

(٣) النقيه باب الربا تحت رقم ٣٧ و التهذيب ج ٢ ص ٦٤ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٦٣ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٥٤ و التهذيب ج ٢ ص ٦٣ .

ورقاً فلا يشترط إلا مثلها « فإن جوزي بأجود منها فليقبل ولا يأخذ أحدمنكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترط من أجل قرض ورقه^(١) من جهة ظهور النهي في الشرطية مضافاً إلى النبوي « كل قرض يجر المنفعة فهو حرام^(٢) » .

و يمكن أن يقال : أما الأخبار السابقة على صحيح محمد بن قيس فلا استفاد منها إلا ثبوت البأس مع الشرط و تحقق الربا و الربا هو الزيادة على العوض الأعم من المثل والقيمة ، ولا استفاد منها فساد القرض . و أما صحيح محمد بن قيس فيشكل استظهار حرمة القرض منه من جهة الفرق بين هذا الشرط المذكور و سائر الشروط المذكورة في المعاملات كشرط عدم الغرر وغيره حيث إن سائر الشروط لا أثر لها إلا صحة المعاملة معها وعدم الصحة مع انتفاعها . و أما اشتراط الزيادة فالظاهر حرمة مع قطع النظر عن اشتراط صحة القرض بعدمه نظير حرمة الكتابة و الشهادة في الربا . و أما النبوي المذكور فليس من طرقنا بل يظهر من بعض الأخبار إنكاره كخبر محمد بن مسلم وغيره قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً و يعطيه الرجل من إماماً خادماً و إماماً آتية و إماماً ثياباً فيحتاج إلى شيء من منفعتهم فيستأذنه فيه فيأذن له فقال : إذا طابت نفسه فلا بأس ، فقلت إن من عندنا يرون « كل قرض يجر منفعة فهو فاسد » قال : أو ليس خير القرض ما جر منفعة^(٣) .

و مرسله محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « خير القرض ما جر منفعة^(٤) » .
فالمسألة مبينة على مفسدية الشرط الفاسد و عدمها فعلى فرض عدم المفسدية يشكل الحكم ببطلان أصل القرض .

و أما صورة التبرع بدون الشرط فلا إشكال فيها كما يدل عليه الأخبار السابقة و عليها يحمل ما دل على أن خير القرض ما جر منفعة .
و أما وجوب قبول الزيادة على المقرض و عدمه فقد سبق الكلام في نظيره .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٦٤ .

(٢) الجامع الصغير ج ٢ ص ٩٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ .

﴿ و يقترض الذهب و الفضة و زناً و الحبوب كالحنطة و الشعير كيلاً و وزناً و الخبز وزناً و عدداً ، و يملك الشيء المقترض بالقبض و لا يلزم اشتراط الأجل فيه و لا يتأجل الدين الحال مهراً كان أو غيره ﴾ .

ظاهر المتن كغيره اعتبار ضبط المقترض من حيث الوصف و القدر . وقد يعمل بأنه مقدّمة للوفاء الواجب . و لا يخفى الإشكال فيه بالانتقاص بالقيمي مع عدم العلم بالقيمة و لا يتوقف الوفاء الواجب على العلم لا يمكن الصلح مع التراضي بل مع عدم التراضي لا يبعد الاكتفاء بالقدر المتيقن كما في سائر الضمانات مضافاً إلى أنه في المثلي لا يتوقف الوفاء على العلم بالقدر كما لو أقرض الحنطة الموزونة بالصنعة المجهولة القدر فإنّ الوفاء بتلك الصنعة و فاء غير محتاج إلى العلم أو عين المقدار أو الوصف بعد الاقتراض إلا أن يمنع إطلاق الأدلة و انصرافها إلى غير صورة الجهل و المنع مشكلاً خصوصاً مع ملاحظة الأخبار الواردة في استحبابه و ما يترتب عليه من المثوبات إلا أن يدعى الإجماع و لا يخفى عدم الوثوق بتحقيقه في المقام و على فرض المنع يستشكل في القرض العقدي الموجب ملكية المقترض - بالفتح - للمقترض - بالكسر - .

وأمّا جواز التصرف مع الغرامة بإذن المالك فلا مانع منه كما لو أذن المالك أكل طعامه لا مجاناً ، نعم لا يجوز التصرفات المحتاجة إلى ملكية المأذون فإن حلية التصرف لا تحتاج إلى غير طيب النفس ، ثمّ إنّ ظاهر المتن كغيره اعتبار الوزن في الذهب و الفضة مطلقاً بحيث يشمل المسكوكين مع أنّ الظاهر عدم اعتبار معرفة الوزن إذا وقع الفضة أو الذهب ثمناً للاكتفاء في رفع الغرر بالعدد مع أنّ الأمر في باب القرض أسهل . و أمّا جواز اقتراض الخبز عدداً مع أنّه في البيع يعتبر وزنه فلا إشكال فيه و ادعى عليه الإجماع و يدل عليه خبر الصباح بن سيابة « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أن عبد الله بن أمي يعفور أمرني أن أسئلك قال : إنّنا نستقرض الخبز من الجيران فنردّ أصغر منه أو أكبر ؟ فقال عليه السلام : نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عدداً فيه الصغيرة و الكبيرة لا بأس ^(١) . »

وخبر إسحاق بن عمار « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أستقرض الرقيق من الجيران و تأخذ الكبير و تعطى صغيراً أو تأخذ صغيراً و تعطى كبيراً ؟ قال : لا بأس ^(١) . »
 و خبر غياث ، عن جعفر عن أبيه عليه السلام : « لا بأس باستقراض الخبز ^(٢) . »
 وهذا الخبر لا تعرض فيه لنحو الاستقراض لكنه بعد ما كان المتعارف في استقراض الخبز الاكتفاء بالتعداد أمكن الأخذ باطلاقه والظاهر أن النظر في الأخبار المذكورة الى صورة التفاوت اليسير المتسامح فيه كالتفاوت في الجوز وأما مع التفاوت الغير المتسامح فيه فيشكل شمول الإطلاقات له ، و الظاهر انجبار ضعف الأخبار المذكورة من جهة السند بعمل المشهور .

و أما توقف الملك على القبض فهو المعروف المشهور و ادعى الإجماع بل لم ينكره بعض من لا يعنى بالإجماعات المحققة ولولا الإجماع كان مقتضى القاعدة حصول الملك بنفس العقد كالبيع و الإجارة و غيرهما ثم إنه بعد الفراغ عن اعتبار القبض . في الملكية قيل باعتبار التصرف أيضاً في حصول الملكية والأجود في رد هذا القول ملاحظة بعض الأخبار الواردة في باب الزكاة الدال على أن زكاة العين المقترضة على المقرض لا على المقرض منها صحيحة زرارة « قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل دفع إلى رجل مالا قرضاً على من زكاته على المقرض أو على المقرض قال : لا بل زكاتها إن كانت موضوعة عنده حولاً على المقرض ، قال : فليس على المقرض زكاتها ؟ قال لا يزكي المال من وجهين في عام واحد وليس على الدافع شيء لأنه ليس في يده شيء إنما المال في يد الآخذ فمن كان المال في يده زكاه ، قال : قلت أفيزكي مال غيره من ماله ؟ قال : إنه ماله مادام في يده وليس ذلك المال لأحد غيره ، ثم قال يا زرارة رأيت وضعة ذلك أو ربحه لمن هو ، و على من هو ؟ قلت : للمقرض قال : فله الفضل و عليه النقصان وله أن ينكح و يلبس منه و يأكل منه و لا ينبغي له أن يزكيه ؟ بل يزكيه فإنه عليه ^(٣) ، و هذه الصحيحة و إن كانت ناظرة إلى خصص الزكاة إلا أنه بعد ما كان التصرف في الذهب و الفضة المسكوكين

(١) و (٢) الوسائل أبواب الدين والقرض ب ٢١ ح ٢ و ٣ .

(٣) الكافي ج ٣ ص ٥٢٠ .

بالمبادلة يظهر منها أن مجرد كون العين المقترضة عند المقترض يكفي في حصول الملكية الموجبة لتعلق الزكاة مع تحقق الشرط و يظهر من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي «أرأيت .. الخ» عدم اختصاص ما ذكر بخصوص شيء من الأعيان المقترضة ، وأما ما ربما يقال من التمسك بأن التصرف فرع الملكية فكيف يكون شرطاً لحصول الملكية فيمكن الخدشة فيه بوقوع النظير في الشرع ألا ترى أن النكاح في مرض الموت مع عدم المباشرة محكوم شرعاً بالبطلان ولا مهر ولا ميراث مع أن جواز المباشرة فرع صحة النكاح ، وأيضاً المعروف جواز بيع العين المباعة مع وجود الخيار للبايع مع أن صحة البيع له من دون حاجة إلى إجازة أحد فرع الملكية الحاصلة بنفس البيع ، وأيضاً يجوز بيع الكلي في الذمة مع أنه قبل البيع لا يعتبر عند العقلاء وجود المال للبايع مع أن البيع مبادلة مال بمال ، هذا مضافاً إلى أن القرض عند العرف ليس إلا التمليك على وجه التفرير ومع تحققه لا يشكّون في حصول الملكية وقد ورد الأخبار في ترتب الثواب على ما هو عندهم الغالب تحققه بالاقباض و القبض نظير المعاطاة في البيع ، و ادعى الإجماع على اعتبار القبض في صورة الإنشاء بالصيغة ، و أما عدم لزوم اشتراط الأجل فيه بمعنى أنه لو اشترط الأجل لا يلزم الوفاء به فهو المشهور بين الأصحاب و مع قطع النظر عن الشهرة يمكن تقوية اللزوم أما بناء على كون القرض من العقود اللازمة فلأن لزوم الشرط من توابع لزوم العقد ، وأما بناء على كونه من العقود الجائزة فلا دالة لزوم الشرط ولو كان في ضمن العقد الجائز ، غاية الأمر أنه مع رفع اليد عن العقد من جهة جوازه لا شرط حتى يجب الوفاء به لما ادعى من الاتفاق على عدم وجوب الوفاء بالشرط الغير الواقعة في ضمن العقد بل ادعى أن الشرط ليس إلا ما كان في ضمن العقد كما أنه إذا انفسخ العقد اللازم من جهة الإقالة لا يجب الوفاء بالشرط .

ويؤيد ما ذكر شهرة اللزوم إذا وقع الشرط في عقد لازم آخر ولادليل في البين إلا ما يدعى من ظهور الأخبار الدالة على رجحان الإمهال والإرفاق بالمستقرض في طلبه مثل قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي «من أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم وزن

جبل أحد من جبال رضوى و طور سيناء من حسنات وإذا رفق به في طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع مع بغير حساب و لا عذاب ^(١) ، وقوله عَلَى الصِّرَاطِ الْمُسْتَقِيمِ على المحكي « من أقرض مؤمناً قرضاً حسناً ينظر ميسوره كان ماله في زكاة وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه ^(٢) » وغيرهما حيث أنه يستفاد منها أن المقرض له أن يطالب دينه في كل وقت ويستحب الأمهال والإرفاق .

ويمكن أن يقال هذه الأخبار غير ناظرة إلى صورة الشرط كما أن مثل ما ورد من « أن البيعين بالخيار مالم يفتقرا ، وإذا افترقا وجب البيع » لا يعارض مع دليل الشرط إذا اشترط الخيار و إلا للزم القول بعدم اللزوم مع اشتراط الأجل في العقد اللازم الآخر ، هذا مضافاً إلى الآية الشريفة « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ^(٣) » و المروي عن ثواب الأعمال « من أقرض قرضاً وضرب له أجلاً و لم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم متأخر عن ذلك الأجل مثل صدقة دينار كل يوم ^(٤) » .

و مضمير الحسين بن سعيد « عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض أيحل مال القارض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الأجل مالم يستقرض في حياته فقال : إذا مات فقد حل مال القارض ^(٥) » .

و الخدشة في دلالة الآية الشريفة بعدم ظهورها في القرض لا يخفى ما فيها ، و كذلك الخدشة في دلالة المروي عن ثواب الأعمال كالرضوي نحوه بأن أقصاهما الدلالة على صحة التأجيل ولا كلام وثمرتها إنما هي جواز تأخير الدفع إلى الأجل و وجوبه بعده وهو غير لزومه الذي هو عبارة عن وجوب التأخير إليه وإنما الكلام فيه إن لا يخفى أنه إذا صح اشتراط التأجيل لا يجوز للدائن المطالبة ، والمشهور جواز المطالبة .

(١) و (٢) ثواب الاعمال ص ٧٦ .

(٣) البقرة ٢٨٢ .

(٤) ثواب الاعمال ص ٧٦ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٦١ .

وأما وجوب التأخير بمعنى لزومه بحيث لا يجوز التقديم فلا مجال له لأن الحق غير خارج عن الطرفين فإذا رضيا بالتقديم فلا إشكال كما أنه لا إشكال في ظهور الخبر الأخير ، نعم يمكن الإشكال من جهة السند .

وأما عدم تأجيل الدين الحال مهراً كان أو غيره فمع عدم الاشتراط في ضمن عقد فوجه أنه وعدٌ والمعروف بينهم عدم لزومه بل يستحب الوفاء به خلافاً لبعض الأكابر قدس سره حيث قال بلزوم الوفاء به حيث أنه لا يعتبر في الشرط أن يكون في ضمن عقد من العقود وأما مع الاشتراط في ضمن العقد فمقتضى القاعدة لزوم الوفاء . وأما ذكر المهر فهو من جهة مخالفة بعض العامة حيث ذهب إلى اللزوم في ثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع دون القرض وبدل الملتف .

﴿ فلو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاءه و عزل له عند وفاته موصياً به . ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه ومع اليأس قيل يتصدق به عنه ﴾ .
أما وجوب نيّة المستدين القضاء فاستدلّ عليه بالأخبار منها رواية زرارة بن أعين في الصحيح قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي أرض هو ، قال : لاجتاح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيّته الأداء ^(١) .

وما رواه في النهاية عن أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أيّما رجل أنى رجلاً فاستقرض منه مالا وفي نيّته أن لا يؤدّيه فذلك اللّص العادي ^(٢) .
وما رواه في الكافي عن ابن فضال عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
« من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق » ^(٣) .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن ابن رباط قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : من كان عليه دين ينوي قضاءه كان معه من الله عز وجل حافظان يعينانه على

(١) التهذيب ج ٢ ص ٦٠ .

(٢) الوسائل أبواب الدين ب ٥ ح ٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٩٩ .

الأداء من أمانته فإن قصرت نيته عن الأداء قصرًا عنه من الملعونة بقدر ما قصر من نيته (١).

وقد يستظهر من بعض هذه الأخبار فساد الدين لكن الظاهر خلافه حيث أن التعبير عن غير الناوي للقضاء «فذلك اللص العادي» أو كان بمنزلة السارق لا يراد منه ظاهراً ترتب أحكام اللص والسارق عليه ولم يجعل الفقهاء من شرائط صحة القرض نية الأداء.

وأما لزوم العزل عند وفاته موصياً به فادعى في خصوص العزل الإجماع فإن تم وإلا فللاشكل فيه مجال لأن مقتضى احترام المال الاهتمام بإيصاله إلى صاحبه أو من يقوم مقامه بأي نحو أمكن ولا مدخلية لخصوص العزل. وعن السرائر ادعاء الإجماع على خلافه بل لعلمه يظهر خلافه من بعض الأخبار كخبر هشام بن سالم قال: «سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال: إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجرة ففقدها وبقي لمن أجره شيء ولا نعرف له وارثاً قال: فاطلبوه قال: قد طلبناه ولم نجده، فقال: مساكين - وحرثك يديه - قال: فأعاد عليه، قال اطلب واجهد فإن قدرت عليه وإلا كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فإن حدث بك حدث فأوص به إن جاء لمطالب أن يدفع إليه (٢)».

وقد يقال جعله كسبيل المال والوصية يقتضيان عزله ولا يفهم من هذا الخبر ما ذكر مضافاً إلى أن العزل لازمه تعيين الحق به ولازمه سقوط الحق مع حصول التلف بدون التعدي والتفريط والإلتزام به مشكلاً، وأما الوصية به فهي مضمون الخبر لكنته لم يظهر منه تعيينها بل الظاهر أنها أحد الطرق لإيصال الحق إلى صاحبه فلو كانت الورثة عالمة بالحق وبنائهم على إيصال الحق إلى صاحبه كسائر ديون مورثها أوص المورث به أو لم يوص بشكل وجوب الوصية بالخصوص، وأما صورة اليأس فلا يبعد

(١) الكافي ج ٥ ص ٩٥ والتهذيب ج ٢ ص ٥٩.

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٥٣. وليملم أن هذا الخبر رواه الشيخ في التهذيب ج ٢

ص ١٦٦ باختلاف يسير في ألفاظه من رواية حفص الأعور.

فيها أن يقال بوجوب التصدق تمسكاً بما في الفقيه وقد روي في هذا خبر آخر وإن لم تجد له وارثاً وعلم الله منك الجهد فتصدق به ، وقد ذكر هذا بعد ذكر الصحيح عن معاوية بن وهب ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان له على رجل حق ففقد ولا يدري أين يطلبه ولا يدري أحى هو أم ميت ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولدأ قال اطلب قال : إن ذلك قد طال فأصدق به ؟ قال : اطلب ^(١) .

ولا مجال لحمل هذا الصحيح على وجوب الطلب حتى مع اليأس ، ويمكن الاستدلال بما رواه في الكافي والتهذيب عن نصر بن حبيب صاحب الخان قال : كتبت إلى العبد الصالح عليه السلام قال : قد وقعت عندي مائتا درهم وأربعة دراهم وأنا صاحب فندق فمات صاحبها و لم أعرف له ورثة فرأيتك في إعلام حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً ؟ فكتب اعمل فيها وأخرجها صدقة قليلاً قليلاً حتى يخرج ^(٢) .

ولعل الفرق بين ما في الصحيح المذكور وما يقرب من مضمونه من التأكيد في الطلب طلب و بين ما في هذه المكاتبة من الأمر بالصدقة من جهة أنه مع الموت وعدم معرفة الوارث يصعب الطلب بخلاف صورة عدم إحراز الموت واحتمال مجيء صاحب الحق وهذا مضافاً إلى بعض الأخبار الواردة في المال المجهول المالك الآمرة بالتصدق وكونه إحساناً محضاً نعم مع العلم بالموت وعدم الوارث يكون للإمام عليه الصلاة والسلام .

﴿ ولا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض ، ولو باع الذمي ما لا يملكه المسلم و قبض ثمنه جاز أن يقبضه المسلم عن حقه و لو أسلم قبل بيعه قيل يتولاه غيره و هو ضعيف ﴾ .

أما عدم صحة المضاربة بالدين قبل القبض فالظاهر عدم الخلاف فيه وادعى الإجماع عليه ويدل عليه ما رواه الباقر عليه السلام على المحكي عن أمير المؤمنين عليه السلام « في رجل يكون له مال على رجل يتقاضاه فلا يكون عنده ما يقضيه فيقول له : هو عندك مضاربة فقال : لا يصلح حتى يقبضه منه ^(٣) » المجبر سنداً .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٦٠ والكافي ج ٦ ص ١٥٣ والفضله .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٤ .

(٣) الفقيه باب المضاربة تحت رقم ٤ .

وهذا الخبر وإن كان في خصوص ما على المدين لكنّه يستظهر منه اعتبار القبض والتعين في مطلق الدّين حتّى الدّين الغير المقبوض على غير طرف المضاربة فلاحاجة لتعميم الحكم في هذه الصورة بالإجماع وعدم القول بالفصل ، ولا يبعد استفادة صحّة المضاربة في غير الذهب والفضة من هذا الخبر من جهة ترك الاستفصال وإن كانت على خلاف المشهور ، وقوى صحّته بعض الأكاير (قدّس سرّه) وتمام الكلام فيه في كتاب المضاربة إن شاء الله تعالى .

و أمّا جواز قبض المسلم عن حقّه ما أخذه الذّمّي عوضاً عن حقّ له على الذّمّي مع عدم تملكه للمسلم كئمن الخمر والخنزير فلا خلاف فيه ظاهراً لاقرار شريعتنا له خاصّة على ما عنده لكن مع مراعاة شرائط الذّمّة ومن هنا لو كان البايع مسلماً أو حريباً أو ذمياً متظاهراً لم يجز قبض الثمن لفساد المعاملة ويدلّ على ما ذكر الصحيحان عن أمي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام « في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرأ أو خنازير وهو ينظر إليهم فقضاه ، فقال : لا بأس به أمّا للمتقضي فحلال وأمّا للبايع فحرام ^(١) » . وصحيح زرارة عن أمي عبدالله عليهما السلام في الرجل يكون لي عليه الدرّاهم فيبيع بها خمرأ أو خنزيراً ثمّ يقضيني منها فقال : لا بأس - أو قال : خذها ^(٢) ، وغيرها من الأخبار .

وقد يؤخذ باطلاق هذه الأخبار وترك الاستفصال من غير فوق بين الذّمّي وغيره ويستشكل من جهة أن أئمان مثل الخمر والخنزير سحت فيجب ردّها إلى صاحبها فكيف يجوز تملكها للمسلم ؟ .

ويمكن أن يقال : مقتضى الأدّلة فساد المعاملة وكون الثمن سحتاً من غير فرق بين كون طرفي المعاملة مسلمين أو كافرين أو بالاختلاف لكون الكفّار مكلفين بالفروع كالأصول غاية الأمر أنه جواز للمسلم أن يعامل مع ما أخذ معاملة الحليّة والملكيّة وهذه المعاملة ممكنة فيما لو كان الطرفان مسلمين أو بالاختلاف نظير ما وردت في الأخبار

(١) التهذيب ج ٢ ص ٦٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٢ .

في حلية الجوائز وما دلّ على جواز نكاح المطلقة إذا وقع الطلاق بمن يجوز مع عدم اجتماع شرائط الصحة فيشكل استفادة عدم الحلية في المقام مما دلّ على أن ثمن الشيء الكذائي سحت مع اطلاق الأخبار المذكورة وترك الاستفصال فالأولى أن يقال من البعيد جداً أن مثل زرارة يسأل عن حلية ثمن الخمر أو الخنزير مع وقوع البيع بين المسلمين أو المسلم والكافر مع أن بطلان البيع من الضروريات. وقد يتمسك في المقام بصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل ترك غلاماً في كرم له يبيعه عنباً أو عصيراً فانطلق الغلام فعصر خمراً ثم باعه قال : لا يصلح ثمنه - الحديث ^(١) » ولا يخفى أنه لا يستفاد منه حكم المسئلة من جهة أن بيع الغلام الخمر إن كان بغير إذن المولى أو الأب فهو مضافاً إلى بطلان البيع واقع بغير الإذن ومع شمول الإذن مثل بيع نفسه ، والظاهر أن مالك الكرم مسلم بقرينة ذيله من أفضلية الصدقة بالثمن ، نعم لا يبعد الأخذ بالاطلاق إذا كان البيع من كافرين من غير فرق بين كونهما ذميين أو حربيين وإن كان التعميم بهذا النحو خلاف المشهور ، وأما لو أسلم قبل بيعه فمقتضى مرسله ابن أبي نجران الصحيحة إليه عن الرضا عليه السلام « عن نصراني أسلم و عنده خمر و خنازير وعليه دين هل يبيع خمره و خنازيره ويقضى دينه ؟ قال : لا ^(٢) » عدم الجواز ، وحكى عن النهاية جواز تولي غيره البيع للخبر « وإن أسلم رجل وله خمر و خنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين قال : يبيع دينه أو ولي له غير مسلم خنازيره و خمره فيقضى دينه وليس له أن يبيعه وهو حي ولا يمسكه ^(٣) » ويشكل التمسك به مع ضعف السند .

ولو كان لائنين ديون فاقسماها فما حصل لهما وماتوى ^(٤) منهما ولو بيع الدين بأقل منه لم يلزم الغريم أن يدفع إليه أكثر مما دفع على تردّد .
أما الاقسام بالنحو المذكور فيدل عليه صحيح سليمان بن خالد « سألت أبا عبد الله

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٣٢ . وفيه ابن ابي عمير مكان ابن أبي نجران .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٥٥ والكافي ج ٥ ص ٢٣٢ . (٤) اى هلك .

عَنْهُ عَنِ ابْنِ سِنَانٍ سَأَلَتْ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَيْضاً عَنْ رَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا مَالٌ مِنْهُدِينَ وَمِنْهُ عَيْنٌ فَاقْتَسَمَا الْعَيْنَ وَالذَّيْنَ ، فَتَوَى الَّذِي كَانَ لِأَحَدِهِمَا مِنَ الدَّيْنِ أَوْ بَعْضَهُ وَخَرَجَ الَّذِي لِلْآخَرِ يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ ؟ قَالَ : نَعَمْ مَا يَذْهَبُ بِمَالِهِ ^(١) .

وَمُرْسَلُ ابْنِ حَمْزَةَ قَالَ : « سَأَلَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا مَالٌ مِنْهُدِينَ وَمِنْهُ غَائِبٌ فَاقْتَسَمَا الَّذِي بِأَيْدِيهِمَا وَأَحَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَصِيهِهِ مِنَ الْغَائِبِ فَاقْتَضَى أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَقْتَضِ الْآخَرُ ؟ قَالَ : مَا اقْتَضَى أَحَدُهُمَا فَهُوَ بَيْنَهُمَا مَا يَذْهَبُ بِمَالِهِ ^(٢) .

وَمِثْلُهُ الْمُوْتَقُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمٍ وَلَا بَدُّ مِنْ مَلَا حِظَّةٍ أَنْ تَقْسِمَ الدَّيْنُ عَلَى الْقَاعِدَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ غَيْرِ صَحِيحٍ حَتَّى يَكُونَ النُّصُوصُ الْوَارِدَةُ عَلَى طَبَقِ الْقَاعِدَةِ أَوْ أَنَّهُ صَحِيحٌ عَلَى الْقَائِدَةِ فَلَا بَدُّ مِنَ الْاِقْتِصَارِ بِمُورِدِ النُّصُوصِ وَهُوَ صُورَةُ هَلَاكِ الدَّيْنِ دُونَ غَيْرِهِمَا وَلَا يَخْفَى أَنَّ بَعْضَ هَذِهِ الْأَخْبَارِ يَشْمَلُ الْعَيْنَ الْغَائِبَةَ كَصَحِيحِ سَلِيمَانَ بْنِ خَالِدٍ وَمُرْسَلِ أَبِي حَمْزَةَ وَلَا إِشْكَالَ فِي صِحَّةِ تَقْسِيمِ الْأَعْيَانِ الْغَائِبَةَ عَلَى الْقَاعِدَةِ كَمَا أَنَّ هَذِهِ الْأَخْبَارَ مِنْ بَعْضِ الْجِهَاتِ عَلَى خِلَافِ الْقَاعِدَةِ فَإِنَّ قَبْضَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الدَّيْنَ الْمُشْتَرَكِ مِنْ دُونَ الْوَكَالَةِ عَنْ شَرِيكِهِ عَلَى الْقَاعِدَةِ لَا يُوْجِبُ تَعْيِينَ سَهْمِ شَرِيكِهِ حَتَّى يَكُونَ الْمَقْبُوضُ مُشْتَرَكاً بَيْنَهُمَا لَا يَبْعُدُ أَنْ يُقَالَ بِصِحَّةِ تَقْسِيمِ الدَّيْنِ كَالْعَيْنِ الْخَارِجِيَّةِ كَمَا يَصَحُّ بَيْعُ سَهْمٍ مِنَ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ وَهَبْتَهُ وَعَلَى هَذَا فَلَا يَبْعُدُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى مُورِدِ النُّصُوصِ وَهُوَ صُورَةُ هَلَاكِ الدَّيْنِ وَأَمَّا غَيْرُ هَذِهِ الصُّورَةِ فَالْقِسْمَةُ صَحِيحَةٌ وَبَدَلٌ عَلَى صِحَّتِهِ خَبَرُ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْمُرُويِّ عَنْ قَرَبِ الْإِسْنَادِ سَأَلْتَهُ عَنْ رَجُلَيْنِ اشْتَرَا فِي

(١) التهذيب ج ٢ ص ٦٢ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٦٨ .

السلم يصلح لهما أن يقسما قبل أن يقبضا ؟ قال : لا بأس ^(١) .
وقد حمل على الجواز ولا يخفى أنه مع الجواز لا يمكن القول بعدم صحة
تقسيم الدين بقول مطلق معللاً بأن إفراز الحق موقوف على القبض مع أنه بعد التقسيم
يكون الدين بتمامه ملكاً له فلا حاجة إلى الشريك و لولا مخالفة مخالفة المشهور
لأمكن القول بصحة تقسيم الدين على القاعدة و صحة قبض ما استوفى و شركة
ما استوفى وتوجه الضرر إلى الشريكين بالنسبة إلى ماهلك وتوجه هذا الحكم بالنسبة
إلى العين الغائبة وإن لم تكن ديناً بمقتضى بعض أخبار الباب وأما عدم لزوم دفع
الغريم أكثر مما دفع فاستدل عليه برواية محمد بن فضيل « قلت للرضا عليه السلام : رجل
اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له ادفع إلي ما لفلان عليك
فقد اشتريته منه فقال : يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين و براء الذي عليه المال
من جميع ما بقي عليه ^(٢) » .

ورواية أبي حمزة عن الباقر عليه السلام « سئل عن رجل كان له على رجل دين فجاءه
رجل فاشترى منه بعوض ، ثم أنطلق إلى الذي عليه الدين فقال : أعطني ما لفلان عليك
فإني قد اشتريته منه ، فكيف يكون القضاء في ذلك ؟ فقال أبو جعفر عليهما السلام
يرد الرجل الذي عليه الدين ما له الذي اشترى به من الرجل الذي له الدين ^(٣) » .
وظاهر الدرروس العمل بهما واستشكل من جهة ضعف سند الروايتين وعدم
الجابر من جهة عدم عمل المشهور ومخالفة القواعد ، وقد يحملان على الضمان ولا يخفى
بعده .

✽ خاتمة أجرة الكيال ووزان المتاع على البايع وكذا أجرة بايع الأمتعة
وأجرة الناقد ووزان الثمن على المشتري وكذا أجرة مشتري الامتعة ، ولوتبرع الواسطة
لم يستحق الأجرة ✽ .

حيث إن الكيل والوزن لمصلحة البائع ولما هو واجب عليه فلو أمر الواسطة

(١) المصدر ص ١١٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٠٠ والتهذيب ج ٢ ص ٦١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٠٠ .

فعلية الأجرة وكذا للقبض والاقباض وكذا الكلام في أجرة الناقد ووزن الثمن بالنسبة إلى المشتري ومع التبرع من طرف الواسطة لم يستحق ، و يمكن أن يقال الأجرة على الأمر ولو لم يكن العمل لمصلحة نفسه ، فلو أمر بالعمل لأخيه المؤمن إحساناً له يستحق العامل الأجرة على الأمر كما لو أمر الطبيب بمعالجة المريض من دون استدعاء للمريض .

و إذا جمع بين الاتياع والبيع فأجرة كل عمل على الأمر به ولا يجمع بينهما لواحد ، ولا يضمن الدال ما يتلف في يده ما لم يفرط . ولو اختلفا في التفريط ولا يئنة فالقول قول الدال مع يمينه ، وكذا لو اختلفا في القيمة .

إن كان المراد من الجمع بين الاتياع و البيع اتبباع شيء ثم يبعه من آخر فلا إشكال لتعدد العمل ، وإن كان المراد اتبباع معاملة واحدة وأخذ الأجرة من الطرفين فقد يقال : إن أخذ الأجرة للإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر فلا بأس ولا مانع وإن أخذ الأجرة بلحاظ الأثر فلا وجه لأخذ أجرتين مع الوحدة .

ويمكن أن يقال : إذا أمر صاحب المتاع ببيع متاعه وأمر آخر اشتراء المتاع وكان نظرهما إلى الأثر لا صرف الإيجاب و القبول فلا إشكال في استحقاق المأمورين الأجرة مع أن عمل كل منهما ليس إلا الجهة الراجعة إلى أمره لأصل الأثر لكونه خارج عن اختيار كل واحد فمع إيقاع المعاملة من جانب الطرفين ما المانع من أخذ الأجرة .

و أما عدم ضمان الدال ما يتلف في يده فالظاهر عدم الخلاف فيه وعمل بكونه أميناً ، وظاهر كلماتهم كفاية الأذن في تحقق الأمانة ويتوجه عليها وقوع الخلاف في المقبوض بالسوم مع وجود الإذن فيه ومع التفريط يضمن الدال للخروج عن الامانة ومع الاختلاف في تحقق التفريط القول قول الدال لأصالة براءة ذمته مع يمينه وكذا لو اختلفا في القيمة لأصالة براءة ذمته عن الزيادة .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .
 * كتاب الرهن و أركانه أربعة الأول في الرهن وهو وثيقة لدين المرتهن و
 لا بد فيه من الإيجاب و القبول ، وهل يشترط الإقباض ؟ الأظهر نعم * .
 الرهن لغة الثبوت والدوام ومنه نعمة راهنة أي ثابتة دائمة ، وقد يتعدى
 بالهمزة فيقال : آرهنته إذا جعلته ثابتاً ويكون الرهن بمعنى الحبس يقال : رهنت
 المتاع بالدائن أي حبسته به قال : الله « كل نفس بما كسبت رهينة » ولا يخفى أن
 الحبس بمجردة لا يوجب تعلق حق للمرتهن سوى حق الاحتباس بحيث يوجب حق
 استنقاذ دينه من العين المرهونة بحيث يقدم دينه على سائر الديون مع قصور المالك عن
 الديون وظاهر المتن لزوم الإيجاب والقبول اللفظيين والظاهر تحقق الرهن بالمعاطاة
 كالبيع وقد يستشكل بأن بناء الرهن على اللزوم من طرف الرهن ولا لزوم مع
 المعاطاة كما ذكر في البيع ، ويمكن أن يقال : لانسلم عدم اللزوم من جهة المعاطاة ،
 والإجماع غير محقق كما ذكر في كتاب البيع ، وثانياً لانسلم عدم صحة الرهن
 بدون اللزوم فلو شرط في ضمن عقد لازم رهن عين بنحو شرط النتيجة مع تعلق الخيار
 بالعقد فالظاهر صحة الرهن بنظر الفقهاء وإن كان محل الإشكال مع أنه إذا فسخ
 العقد من جهة الخيار فلا يبقى الرهن .

و أما اشتراط القبض فالظاهر عدم الإشكال فيه لموثقة محمد بن قيس « لارهن إلا
 مقبوضاً » (١) .

المعتضدة بما رواه العياشي (٢) عن محمد بن عيسى عن الباقر عليه السلام كذلك وظاهرها

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٦٦ .

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ١٥٦ .

نفي الصحة بدون القبض . وأما قوله تعالى : « فرهان مقبوضة » فيشكل في دلالته على لزوم القبض في الصحة من جهة قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم - الآية » حيث إنه لا يلزم الاستشهاد ووحدة السياق تمنع الحمل على اللزوم و لعل التعبير في المتن بالإقباض من جهة لزوم كون القبض بإذنه و الإقباض مساوق مع القبض بإذن الراهن .

وقد يستدل للزوم كون القبض بإذن الراهن بقاعدة السلطنة و عدم حلية المال إلا عن طيب نفس المالك حيث إن العين المرهونة بعد لم تصر رهونة من جهة أنها قبل القبض باقية باختيار الراهن فصيورتها بدون إذن الراهن في القبض رهونة خلاف قاعدة السلطنة وقاعدة عدم الحلية إلا عن طيب النفس ، ولا مجال للتمسك بما دل على وجوب الوفاء بالعقد لأنه مقيّد بالقاعدتين ، و يمكن أن يقال بعد الفراق عن إطلاق دليل اعتبار القبض بحيث يشمل صورة تحقق القبض بدون الإذن غاية ما يستفاد من القاعدتين اختيار الراهن بمجرد تحقق الإيجاب و القبول رفع اليد عن الإرهان حيث إن العين لم تصر بعد محبوس و متعلقة لحق المرتهن كرفع اليد عن الإيجاب في مثل البيع قبل تحقق القبول أو رفع اليد عن العقد قبل قبض الثمن في السلم و مثل هذا لا يوجب مدخلية إذنه في القبض المصحح للرهن وإن كان إذنه دخيلاً في الحكم التكليفي ولكن كلامنا في الحكم الوضعي فكما أنه في السلم لا حاجة إلى الإذن في تسليم المشتري الثمن إلى البائع و إن كان للبائع رفع اليد عن العقد قبل تسليم الثمن لعدم حصول الملكية بعد فكذلك في المقام ، هذا مضافاً إلى ما يستفاد من كلام شيخ الأ نصاري (قدس سره) في البيع الفضولي من لزوم العقد من طرف الأصيل من جهة لزوم الوفاء بالعقد من طرفه مع أنه لم يتحقق الإجازة بعد والإجازة اللاحقة ناقلة حقيقة وإن كانت بحكم الكاشفة فمع تسليم هذا يشكل التفرقة بين المقامين و إن أشكل اللزوم مع أن المبيع لم يخرج بعد عن ملكه وهو مناف لقاعدة السلطنة . ويتفرع على ما ذكر من لزوم الإذن من الراهن أنه لو جن أو أغمى عليه أو مات الإشكال في صحة الرهن من جهة خروج الراهن عن أهلية الإذن و من جهة قيام الولي مع استمرار الجنون أو الإغماء و قيام

الوارث مع الموت مقام الراهن ومع الإفاقة في صورة الجنون أو الإغماء يأذن بنفسه قد يدعى الانصراف في القبض إلى صورة إذن نفس الراهن دون صورة تخلل ما ذكر ، ولا يخفى الاشكال في هذه الدّعى و غاية ما يدعى أن من الأمر المركوز في ذهن العقلاء في مثل الهبة و القرض و الإباحة و إن تحقق فيه الإيجاب و القبول أنها قبل تحقق القبض فيها تكون بمنزلة الوعد وهذه الدّعى على فرض تسليمها لا تثبت الانصراف المذكور .
 ﴿ ومن شرطه أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه و يصح بيعه منفرداً كان أو مشاعاً ولو رهن ما لا يملك وقف على إجازة المالك ولو كان يملك بعضه مضى في ملكه وهو لازم من جهة الرهن ﴾ .

أمّا اشتراط كون الرهن عيناً فادّعى فيه عدم الخلاف إلا ما ذكر من الخلاف في خدمة المدبّر مضافاً الى اشتراط القبض وغير العين الخارجية لا يتحقق فيه القبض وقد يناقش فيما ذكر بالنقض ببيع الدين في الصرف و هبة ما في الذم و بانّ الدين كلّى و قبضه يتحقق بقبض أفراد و قد يجاب بانّ القبض الذي كان معتبراً في جميع أبواب البيع الذي هو عبارة عن وصول كلّ من العوضين إلى الآخر قد اعتبره الشارع في خصوص الصرف كونه في المجلس و هذا ليس قبضاً حقيقة لعدم تعقله في الدين فالحكم بالصحة لا بدّ أن يستند إلى دليل يقتضى تميم القبض و فيما نحن فيه لا بدّ من حمل القبض على معناه الحقيقي ، و أمّا هبة ما في الذم على من عليه فهي إبراء في الحقيقة ولا يعقل اعتبار القبض فيه . و أمّا الكلّي فهو غير مقبوض بل القبض متعلق بالفرد و يمكن أن يقال: ليس القبض إلا استيلاء القابض على المقبوض و الكلّي كما ينسب إليه الوجود حقيقة على التحقيق وله الآثار الوجوديّة و بهذا الاعتبار تقع عليه المعاوضة لا مانع من تحقق القبض بالنسبة إليه وكذلك بالنسبة إلى المنافع فلا مانع من وقوع الرهن بالنسبة إلى الكلّي و يتحقق القبض بقبض مصداقه كوقوع المعاوضة في الصرف بين الكلّين و يتحقق القبض بقبض المصداق و يتحقق القبض في المنافع بتبع العين فإنّ المستولي على العين مستول على المنفعة فإنّ تمّ الإجماع و إلا فاشتراط كون الرهن عيناً خارجيّة مشككاً و أمّا اشتراط كون الرهن مملوكاً بمعنى كونه متمولاً يبذل بإزائه المال فهو من جهة

ما هو المسلم ظاهراً بينهم من تعلق حق المرتهن في الرهن في استنقاذ دينه منه و هذا لا يتصور بدون المايّة وقد سبق الاشكال في هذه الجهة بل لانفهم من الرهن إلا كون المرهون محبوبس حتى يوفي المدين دينه و هذا يجتمع بدون كونه متمو لا كما لو كان العين متعلقة لحق التحجيز ويشترط مع ذلك كونه مملوكاً للرهن أو مأزوقاً من قبله حتى يصح البيع ويحصل الاستيثاق بناء على ما هو المسلم بينهم «قدس اسرارهم» ويتفرع عليه أنه لو رهن ما لا يملكه الرهن وقف على الإجازة و الظاهر عدم الخلاف في جواز رهن مال الغير و صحته مع الاذن السابق والاذن اللاحق وقد يتمسك في الصحة بقاعدة السلطنة . ويمكن أن يقال : إن تم الإجماع فلا كلام وإلا فيشكل من جهة عدم الإطلاق الشامل للمقام فمع احتمال مدخلية كون الرهن مملوكاً للمالك نظير اعتبار القبض فيه كيف يرتفع الشك مع أن الأصل في المعاملات عندهم الفساد للشك في ترتب الأثر وأصالة عدم ترتبه . نعم لوقلنا بجريان حديث الرفع بالنسبة إلى شرائط المعاملات مع شك في الشرطية كما في العبادات فلا يبعد الحكم بالصحة وأصالة عدم ترتب الأثر استصحاب في الشبهات الحكمية يشكل الأخذ فيها وعلى فرض جريانه فيها يكون محكوماً عليه لكون الشك مسبباً عن الشك في مدخلية المشكوك الشرطية .

و أما ما ذكر من التمسك بقاعدة السلطنة فيشكل من جهة أن قاعدة السلطنة ليست مشرطة و أما اللزوم من طرف الرهن خاصة مع أن مقتضى العقد اللزوم من الطرفين فلما ادعى من الإجماع على عدم اللزوم من طرف المرتهن و اللزوم من طرف الراهن وقد يعلل الجواز من طرف المرتهن بأن الرهن لمصلحة فكان من جهته جائزاً و اللزوم من جهة الرهن ليحصل للمرتهن ما ينوب مناب المال و الوثيقة فإن تم الإجماع وإلا فلا مجال للتمسك بما ذكر .

﴿ ولو شرطه مبيعاً عند الأجل لم يصح ، ولا يدخل حمل الدابة ولا ثمرة النخل والشجر في الرهن ، نعم لو وجد بعد الارتهان دخل . وفائدة الرهن للرهن ﴾ .
قد يستظهر من العبارة بطلان الرهن و الشرط ، أما بطلان الشرط من جهة التعليق في البيع ، بل يمكن الإشكال من جهة أن هذا من باب شرط النتيجة وحقيقة

البيع يحتاج إلى الإيجاب والقبول ولو بالمعاطاة وما يحتاج إلى السبب الخاص لا يتحقق بالشرط كالنكاح والطلاق وأما بطلان الرهن فهو مبني على كون الشرط الفاسد مفسداً فإن بنينا على عدم كونه مفسداً لا يفسد الرهن من جهته وقد مضى الكلام فيه في كتاب البيع .

وأما عدم دخول حمل الدابة و ثمرة النخل و الشجر فلما مضى في بيع النخل و الشجر من عدم الدخول ، وأما دخول ما يتجدد بعد الارتهان فيشكل من جهة عدم الدليل على التبعية لعدم حصول الملكية للمرتهن والمسئلة محل الخلاف والمحكي عن الشيخ في الخلاف والمبسوط والعلامة والفخر وغيرهم - قدس الله تعالى أسيارهم - عدم الدخول وهو الأظهر ويكفي عدم الدليل على التبعية .

وأما كون الفائدة للرهن فيدل عليه رواية إسحاق بن عمار في الصحيح عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « فإن رهن داراً لها غلة لمن الغلة ؟ قال : لصاحب الدار ^(١) ، مضافاً إلى أن الفائدة تبع للعين في الملكية لافي الحق .

﴿ ولو رهن رهنين بدينين ثم أدى عن أحدهما لم يجز إمساكه بالآخر ولو كان دينان و بأحدهما رهن لم يجز إمساكه بهما ، ولم يدخل زرع الأرض في الرهن سابقاً كان أو متجدداً ﴾ .

الوجه في ما ذكر واضح حيث لا ارتباط حتى يجوز الإمساك ولم يظهر وجه للتعرض مع الوضوح ولا إشكال أيضاً في عدم دخول زرع الأرض في الرهن مطلقاً لعدم التبعية .

﴿ الثاني في الحق ويشترط ثبوته في الذمة مالاً كان أو منفعة ولو رهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صح ﴾ .

ادعى الإجماع على اشتراط ثبوت الحق الذي يؤخذ الرهن عليه ووجهه بأن مفهوم الرهن لا يتحقق في الخارج إلا بأن يكون للمرتهن عند الرهن شيء كان في ذمته أو على عهده على إشكال في الأخير ولا يخفى صحة الاستيناق بحبس المال أو أخذ

الكفيل لئلا يسرق من أموال العايب إذا كانت في معرض السرقة ولا نفهم من مفهوم الرهن إلا الحبس للاستيثاق ودعوى أن الإطلاقات العرفية مبنية على المسامحة بمنوعة إلا أن يدعى عدم وجود إطلاق في خصوص الرهن وأن عموم «أوفوا بالعقود» لا يشمل للانصراف إلى العقود المتعارفة ، وقد يقال : إن ماهية الرهن يتوقف تحققها على ثبوت شيء يحاذيها فلا يعقل أخذ الرهن على ما هو ثابت تحت يده من الأجنبي باحتمال أنه سيسرقه ، فحينئذ نقول الشيء الثابت عند الرهن إما أن يكون كلياً على ذمته بمعنى الدين فلا إشكال في جواز أخذ الرهن عليه وإما أن يكون عيناً خارجية تحت يده حقيقة أو حكماً بأن يكون ضمانها عليه وأما ضمان العقد أو درك المبيع فعلى فرض الالتزام بجواز الرهن عليه لا بد من إرجاعه إلى أحد هذين القسمين ثم العين الخارجية مع عدم كونها مضمونة لا إشكال في عدم جواز الرهن عليها ، وأما الأعيان المضمونة فإما أن يكون ضمانها بقاعدة اليد أو بالعقد و الضمان العقدي إما ضمان الدرك أو غيره مثل ضمان المبيع قبل قبضه أو الضمان المتحقق في زمن الخيار على من لا خيار له . أما القسم الأول فالأقوى فيه جواز أخذ الرهن عليه لأن المستفاد من قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت» نحو من التعهد المقتضي لخروجه عن عهدة العين بمراتبها فهذا التعهد أمر اعتباري له نحو وجود عند العقلاء نظير الذمة فهذا الثبوت هو المصحح لتحقيق مفهوم الرهن وما هو ملاك صحة الرهن في الدين أعني التعهد متحقق في المقام بنحو أكمل وإما الضمان بالعقد أما القسم الثاني منه فقد يقال بجواز أخذ الرهن عليه نظراً إلى كونه نظير ضمان لكن يضعفه أن الضمان فيه ليس على حقيقة ومن قبيل الالتزام والتعهد بل هو حكم شرعي تعبدى بانفساخ البيع وأما ضمان الدرك فالظاهر عدم جواز أخذ الرهن عليه لتوقف تحققه عرفاً على ثبوت شيء يحاذي الرهن للمرتهن على الرهن وهو منتف في مرحلة الظاهر ، نعم بعد ظهور الاستحقاق له ذلك إلا أنه يرجع إلى الضمان باليد ، وقد يتصور صحة الرهن التعليقي في الفرض لو قلنا بعدم اعتبار التنجيز في مثل المورد .

ويمكن أن يقال ما ذكر مبني على تفسير الحديث المعروف «على اليد ما أخذت

حتى تؤدي ، بالمعنى المذكور وأما إذا فسر بمعنى أن المأخوذ مالم يؤد خسارته على الآخذ فقبل توجه الخسارة لاشيء على الآخذ وعلى هذا لا تعرض للحديث بالنسبة إلى رد العين بمراتبها ، ولعل هذا المعنى أظهر ، بل لعله المتعين لعدم مناسبة المعنى المذكور مع الغاية المذكورة حيث إنه بمنزلة أن يقال صل حتى تصلى ، وقد سبق الكلام فيه .

وثانياً نقول لازم ما ذكر صحة الرهن على الثمن والمثمن الخارجيين لكون التمهيد بالنسبة إليهما متحققاً من جهة وجوب الوفاء بالعقد المفسر بالعقد المشدد والحاصل ، أنه إن قلنا بأن القدر المتيقن الصحة في خصوص الدين وعدم عموم أو إطلاق يشمل غيره فلا بد من الاقتصار عليه وإن تعدنا عن الدين فلا بد من القول بصحة الرهن في كل مورد يعتبر العقلاء صحة الحبس والاستيثاق فيه من دون اختصاص بما ذكر .

و أما ما ذكر من عدم معقوليته في بعض الموارد فلانفهم وجهه .

و أما ما ذكر في القسم الثاني من الضمان بالعقد من أنه حكم شرعي تعبدتي بانفساخ البيع ، فهو المشهور لكنّه لا يخلو عن الاشكال لامكان حمل الرهن وايتين في المسئلة على ضمان اليد وقد سبق الكلام في كتاب البيع .

و أما ما ذكر من تصوّر صحة الرهن التعليقي فالظاهر أن القائلين باعتبار التنجيز يعتبرون التنجيز فيما لا دخل له في حقيقة المعاملة فالتعليق على الملكية في البيع مثلاً لا يضر ، وما نحن فيه من هذا القبيل ، و أما جعل العين المرهونة رهناً ثانياً لما استدان بعد الدين السابق فقد يستشكل فيه من جهة أن الحق كما حقق في محله مرتبة ضعيفة من الملكية فكما أنه لا يعقل كون جزئي خارجي بتمامه ملكاً لشخصين بأن يكون كل منهما مستقلاً في ملكيته وكذا توارد سببين مستقلين لنقل شيء واحد من شخص واحد كذلك هذا الحق الواحد الشخصي المتحقق لشخص واحد بسبب لا يقبل التكرار بعد ذلك لذلك الشخص بسبب آخر إلا أن يفسخ الرهن الأوّل .

ويمكن أن يقال : ما ذكر منقوض بالخيار الثابت للبائع والمشتري مع أن الخيار

حق فالبايع له حق فسخ العقد والمشتري أيضاً له الحق وقد يثبت لواحد أو يزيد من خيار واحد فكيف يدعى عدم المعقوليّة ، وأما التنظير بملكيّة جزئي خارجي بتمامه لشخصين لعلّه في غير محله لأنّ المملكيّة لشخصين غير متحققة لعدم اعتبار العقلاء لا لعدم المعقوليّة مع أنّه لا يبعد اعتبارها كما إذا أباح مالك العين الشخصية جميع التصرفات لشخصين فإنّ المختار في جميع التصرفات في شيء يكون مالكا عند العقلاء كما لو أعطى أهل مملكة شخصاً جميع الاختيارات حيث ينتزع منه السلطنة ومن هذه الجهة لا يبعد أن يقال في المعاطاة إنّ قلنا بإفادتها الإباحة إباحة جميع التصرفات بحصول المملكيّة لأنّ المملكيّة ليست إلا اختيار جميع التصرفات ، غاية الأمر في البيع العقدي لا يعتبر العقلاء ملكيّة شيء واحد لشخصين بخلاف الولاية حيث إنّها ثابتة للأب والجدّ للأب ولكلّ منهما السلطنة التامة .

﴿ الثالث في الرهن ويشترط فيه كمال العقل وجواز التصرف ، وللوليّ أن يرهن لمصلحة المولى عليه ، وليس للرهن التصرف في الرهن بإجارة ولا سكنى ولا وطيء لأنّه تعريض للإبطال وفيه رواية بالجواز مہجورة ﴾ .

وجه اشتراط ما ذكر من كمال العقل وجواز التصرف ذكر في كتاب البيع ، وأما ما ذكر من رهن الولي لمصلحة المولى عليه فلا إشكال فيه إذا كان الولي الأب أو الجدّ للأب بل والقيّم من قبل أحدهما ، وأما الحاكم فتصرفه مع اللزوم لا إشكال فيه ، وأما مع عدم اللزوم فيشكل للتأمل في ثبوت الولاية العامة للحاكم ، نعم في خصوص مال اليتيم يستفاد من بعض الأخبار جواز التصرف مع المصلحة ولا يبعد الاستفادة من الآية الشريفة حيث نهى عن القرب إلا بالتي هي أحسن .

وأما عدم جواز تصرف الرهن في الرهن فقد يقال فيه أنّ التصرف تارة يكون بنحو ينتفع به الرهن ويضر بالرهن إمّا بخروجه عن ملكه أو بإيجاد المانع عن التصرف فيه بما يقتضيه الرهن كالاستيلاء وتارة أخرى بنحو ينتفع به الرهن ولا يضر بالرهن كالاستيجار في زمان لا يزيد عن أجل الدين مع عدم الإضرار بالرهن وثالثة بنحو لا يضر بالرهن ولا يعد مثله انتفاعاً للرهن كالمس الجارية وتقليب الرهن من

مكان إلى مكان آخر من دون أن يراعى فيه مصلحة الرهن ، ورابعة بنحو لا ينتفع به الرهن وفيه مصلحة الرهن كسقي الدابة وما يؤدي إلى حفظها ولا ينبغي الإشكال في عدم جواز التصرف بالنحو الأول للإجماع المستفيض أن لم يكن متواتراً كما لا ينبغي الإشكال في الجواز في الصورة الأخيرة .

و أما الصورة الثانية والثالثة فإن بنينا على أن حقيقة الرهن ليس إلا إيجاد حق للمرتهن بأن يستوفي دينه فالتصرف المنافي لحقه لا يجوز دون غيره فالأقوى الجواز فيهما إن لم يثبت إجماع على خلافه مطلقاً حتى يبيعه لشرط بقاء حق المرتهن كالعارية المرهونة ولا نلتزم بحجية نبوية المرسله المعتمد عليها كما عن بعض الرأى والمرتهن ممنوعان من التصرف، إلا أن الظاهر الإجماع على ممنوعيته من التصرف من حيث أنه تصرف لامن حيث أنه مزاحم المرتهن ولا يضر في تأمل بعض متأخري المتأخرين في بعض أنحاء التصرف، خصوصاً ما تضمنه حسن الحلبي " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن جارية عند قوم أيحل له أن يطمها ، قال: إن الذين ارتهنوها يحلون بينه وبينها ، قلت : رأيت إن قدر عليها خالياً ، قال : نعم لا أرى هذا عليه حراماً ^(١) .

وصحيح محمد بن مسلم الذي هو مثله حيث أن الرهنين حكماً عليهما بشذون والهجر مضافاً إلى الموافقة للعامة .

و أما إن بنينا على أن حقيقة الرهن إنما هو حبس المال عن المالك وقصده عنه لأمجد إحداه حق للمرتهن فيكون كالعبد الجاني ولعل هذا البناء هو الأظهر من مفهوم الرهن وإن لم يظهر موافقة السيد يعني سيد مشايخه (قدس سره) .

ويمكن أن يقال : إن تم الإجماع فلا كلام لكنه مع ذكر المرسله النبوية والاعتماد عليها يقرب أن يكون مدرك المجمعين المرسله فكل ما بعد تصرفاً يكون ممنوعاً منه ولا يبعد أن يكون التصرف الممنوع منه نظير التصرف المسقط للخيار للمشتري وعلى هذا فمثل السقي للدابة خارج .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٥ ،

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٣٧ .

وأما الإجارة في زمان لا يزيد عن أجل الدين فهي داخل ، و أما ما ذكر من الابتداء على أن حقيقة الرهن ماهي فقد سبق الكلام فيها وأنه لانفهم منه إلا الحبس وإن كان المسلم بينهم (قد سراسرهم) استحقاق المرتهن استيفاء دينه من العين المرهونة ، وعلى فرض التسليم لا يمنع عن التصرفات حتى الناقله كالبيع حيث أنه لامانع من أن يكون المشتري حال الرهن فمع عدم تأدية الدين يستوفى دينه من الرهن كما أنه يمكن جواز وطى الجارية ومع الاستيلاء يمكن تقديم حق المرتهن من جهة سبقه . و يمكن الرجوع إلى القيمة إن قلنا بتقدم الاستيلاء وإن كان متأخراً .

تم إنه مع ظهور المرسله في المنع الوضعي يشكل القول بصحة البيع مع لحوق الإجارة كالفضولي لا يمكن كون المنع كالمنع عن البيع الغرري ، وكذلك مثل العتق ، نعم لو كان وجه المنع الحق المتعلق بالعين المرهونة أمكن القول بالصحة مع لحوق الإجارة ، ومع ذلك يحتاج إلى عموم أو إطلاق يشمل الفضولي والظاهر أن الرواية المهجورة حسن الحلبي المذكور وصحيح محمد بن مسلم ، ومما ذكر ظهر الوجه فيما ذكر في المتن .

﴿ولو باعه الرهن وقف على إجارة المرتهن ، وفي وقوف العتق على إجارة المرتهن تردّد وأشبهه الجواز﴾ .

تم إنه مع فرض الصحة في بيع الرهن إن كانت الإجارة راجعة إلى إسقاط الحق فاللزم صحة البيع وانفساخ عقد الرهن ، وإن كان امضاء للعقد بدون إسقاط الحق فلا يبعد القول بكون العوض رهناً كبيع العين الموقوفة في صورة الجواز و معاوضتها مع ما يكون له نمرة قابلة للتسييل لامعاوضتها مع الاثمان كما أنهم يلتزمون ظاهراً برهنية البديل المأخوذ من الغاصب للرهن مع التلف أو الإلتاف لكنّه لا يخلو عن الإشكال .

﴿الرابع في المرتهن ويشترط فيه كمال العقل وجواز التصرف ويجوز اشتراط الوكالة في الرهن ولو عزل له لم ينزل وتبطل الوكالة بموت الموكل دون الرهانة﴾ .
أما اشتراط كمال العقل وجواز التصرف فلما مرّ لكن قبول الرهن بالنسبة

إلى السفه لادليل على منعه لأنه ليس تصرفاً ولذا شرط بعض الأكابر عدم السفه في خصوص الرهن من بعض المتون ، وأما اشتراط الوكالة فجوازه معروف وللتأمل فيه مجال من جهة أن المعروف أن الوكالة من العقود والعقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول فاشتراطها بنحو اشتراط النيجة كيف يصح وهذا هو الإشكال في اشتراط المبيعية في ضمن العقد نعم لامانع من اشتراط الإذن لعدم كونه داخلياً في العقود ولكن أحكام الوكالة لا يترتب على الإذن ثم إنه مع فرض الصحة المعروف عدم انعزال الوكيل بعزل الرهن لكون الشرط في ضمن العقد اللازم من طرف الرهن وفيه أيضاً تأمل لا يمكن أن يقال إن الوكالة استنابة للوكيل من طرف الموكل بحيث يعد فعله فعله ومع عزل الموكل كيف يعد فعله فعله وبهذا الإشكال يتأمل في بقاء الإذن مع فرض كون الوكالة من الإيقاعات الغير المحتاجة إلى القبول .

وأما بطلان الوكالة بموت الموكل فهو المشهور بل ادعى عليه الإجماع وربما يستدل عليه بأن مناط جواز التصرف هو الإذن وينقطع بالموت وبأن المال بعدموته ينتقل إلى الورثة ، ولا يخفى الإشكال في ما ذكر من الاستدلال فإنه لا يعتبر بعد تحقق الوكالة والإذن التفات الموكل والآذن فما لم يرجع الموكل عن توكيله ولم يعزل ولم يصل العزل إلى الوكيل يكون الوكيل باقياً على وكالته والمأذون يكون باقياً على إذنه فكيف يدعى انقطاع الإذن بالموت مضافاً إلى النقص بالوصية وفي الوصية يتحقق الاستنابة عن الموصي للموصي ، والاستنابة تتعلق بما بعد الموت فالعمدة الإجماع إن كان متحققاً ، فما ذكر من أن المال ينتقل إلى الورثة لا يخفى ما فيه فإن الوكالة تتعلق بما للموكل من التصرفات والتصرف ليس منحصراً بالأموال المنتقلة إلى الورثة فمع انتقال المال إلى الغير في حال الحياة أيضاً تبطل الوكالة بالنسبة إليه .
وأما الرهانة فلا وجه لبطلانها .

﴿ ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن والمرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن سواء كان الرهن حياً أو ميتاً وفي الميت رواية أخرى ، ولو قصر الرهن عن الدين ضرب مع الغرماء بالفاضل ﴾ .

أما جواز ابتياع الرهن للمرتهن فلأن الحق والملك غير خارجين عنهما
فباختيارهما تحقق البيع .

و أما أحقية المرتهن من غيره باستيفاء دينه من الرهن مع حياة الرأهن كما
إذا قصر أمواله عن ديونه وراجع الدين الحاكم وحجره وحكم بتقسيم أمواله بين
الدينان فوجهت بسبق حق المرتهن وهذه الجهة مقتضية لتقدم حقه حتى بعد الموت
وفي بعض الرأيات ما يخالف هذا الحكم ففي مكاتبة سليمان بن حفص المروزي قال :
« كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه دين ولم يخلف شيئاً إلا رهناً في يد
بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن يأخذه بماله أو هو وسائر الدينان فيه
شركاء ؟ فكتب عليه السلام جميع الدينان فيه سواء و يتوزعونه بينهم بالحصص ^(١) ، وقريب
منه رواية عبدالله بن الحكم عنه عليه السلام ^(٢) .

و يمكن أن يقال : إن كان المقام من باب تراحم الحقوق فمجرد سبق لحق
لا يوجب تقدمه على حق آخر بل لا بد من ملاحظة الأقوى ومع عدم الترجيح
يتخير أو يقسط ، لكن المعروف ما في المتن وعليه فمع قصر الرهن ضرب مع الغرماء
بالفاضل . هذا مع تسليم ما هو المعروف بينهم من تعلق حق المرتهن بالنسبة إلى العين
المرهونة سوى حق الحبس .

✽ والرهن أمانة في يد المرتهن ولا يسقط بتلفه شيء من ماله ما لم يتلف بتعد
أو تفریط وليس له التصرف فيه ولو تصرف من غير إذن ضمن العين والأجرة ولو كان
الرهن دابة قام بمؤوتها وتقاصاً . وفي رواية الظهر يركب والدّر يشرب وعلى الذي
يركب و يشرب النفقة ✽ .

أما كون الرهن أمانة في يد المرتهن فيدل عليه قول الصادق عليه السلام على المحكمي
في صحيح جميل « عن رجل رهن عند رجل رهناً فضع الرهن فهو من مال الرأهن و
يرتجع المرتهن عليه بماله ^(٣) » .

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ١٦٦ .

(٣) الفقيه باب الرهن تحت رقم ١ .

وفي صحيح إسحاق بن عمار الصيرفي الثقة « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك ؟ قال : على مولاه ، قال : قلت : إن الناس يقولون إن رهن العبد فمرض أو انفقت عينه فأصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد ؟ فقال : رأيت لو أن العبد قتل [قتيلاً] على من تكون جنايته ؟ قال : جنايته في عنقه ^(١) .

وفي خبره الآخر عنه أيضاً « قلت له : الرجل يرتهن الرهن الغلام أو الدار فيصيبه الآفة على من يكون ؟ قال على مولاه ، ثم قال : رأيت لو قتل قتيلاً على من يكون ؟ قلت هو في عنق العبد قال : ألا ترى فلم يذهب مال هذا ، ثم قال : رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون ؟ قلت لمولاه قال : وكذلك يكون عليه ما يكون له ^(٢) ، إلى غير ذلك من الأخبار .

وفي قبالة هذه الأخبار أخبار أخر ظاهرها خلاف ما في هذه الأخبار كخبر محمد بن قيس عن الصادق عن أبي جعفر عليه السلام « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدنى إلى صاحبه فضل ماله ، وإن كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شيء ^(٣) .

و موثق ابن بكير « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرهن فقال : إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدنى إلى صاحبه فضل ماله ، وإن كان سواء فليس عليه شيء ^(٤) .

ومنها خبر إسحاق بن عمار « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرتهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائة

(١) الفقيه باب الرهن تحت رقم ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٤ .

(٣) الفقيه باب الرهن تحت رقم ٢١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٣٤ و التهذيب ج ٢ ص ١٦٤ .

درهم؟ قال : نعم لأنه أخذرهناً فيه فضل وضيعة ، قلت : فهلك نصف الرهن؟ فقال : على حساب ذلك ، قلت فيتراد أن الفضل؟ قال : نعم ^(١) ، وقد يحمل هذه الأخبار على التقيّة من جهة موافقتها لمذهب العامّة ، وقد يجمع بين هذه وبين الأخبار السابقة بحمل هذه على صورة التفريط بقربة خبر إسحاق بن عمّار حيث عبّر فيه بلفظ وضعيه الظاهر في التفريط ، و يمكن أن يقال : يشكل الحمل على التقيّة لأنّ نقل قضاء أمير المؤمنين صلوات الله عليه لا يناسب التقيّة ويشكل الجمع المذكور من جهة إطلاق الطرفين وما في خبر إسحاق بن عمّار ليس ظاهراً في التفريط حيث إنّ السائل سأل عن هلاك الرهن الظاهر في التلف السماوي فالجواب المناسب لا يحمل على التفريط ولا أقلّ من الإجمال نعم يمكن الاستدلال بما رواه في الكافي عن أبان عن عثمان أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام و في الفقيه و التهذيب عن أبان عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال في الرهن إذا ضاع عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الرهن فأخذته فإن استهلكه تراداً الفضل في ما بينهما ^(٢) .

لكنه لا يرفع المعارضة بين الطائفتين فمع عدم إمكان الجمع لا يبعد التخيير التخيير الأصولي إن لم يثبت إعراض الأصحاب عن العمل بالطائفة الثانية ثم ، لا يخفى أنّه بناءً على الأخذ بالطائفة الثانية يستفاد منها صحة التهاثر على ما هو المعروف في كلمات الفقهاء كما لا يخفى ومع التعدّي و التفريط يكون المرتهن ضامناً كما هو المقرّر من ضمان الأمين مع التعدّي و التفريط ، ويمكن الاستدلال عليه برواية أبان المذكورة وما رواه ثقة الإسلام عن محمد بن الحسن في الصحيح قال : « كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاقت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه؟ فوقع عليه السلام هو ضامن لها إن شاء الله ^(٣) .

ورواه في الفقيه هكذا « رجل دفع إلى رجل وديعة وأمره أن يضعها في منزله أولم

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٦٤ والكافي ج ٥ ص ٢٣٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٤ و التهذيب ج ٢ ص ١٦٥ والفقيه باب الرهن تحت رقم ٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ .

بأمره فوضعها في منزل جاره - إلى آخر ما تقدم،^(١).

وهذه الرواية وإن وردت في الوديعة لكن الظاهر عدم الفرق، لكن يقع الإشكال فيما هو المعروف من الضمان بمجرد التعدي أو التفريط ولو لم يكن التلف مستنداً إلى التعدي والتفريط كما لو وضع الرهن في محل لا يجوز وضعه فيه ثم رده إلى محله فتلف. وجه الإشكال أن عقد الرهن هاته باق وكذلك مثل عقد الوديعة والوكالة ومقتضى العقد كون المرتهن والمستودع والوكيل أمناء على المشهور بمعنى كونهم مأذونين من قبل الرهن والمستودع بالكسر والموكل لا بمعنى كونهم أمناء خارجاً وبتعبير بعض الأعلام أيديهم بمنزلة أيدي أولئك والإنسان لا يضمن ما في يده وإن لم يدخل عن الإشكال دلالة الدليل على ضمانهم إذا تلف العين من جهة التعدي أو التفريط فما وجه تضمينهم مع التلف بغير التعدي والتفريط. ومما ذكر ظهر الإشكال في ضمان العين بمجرد التصرف الغير المجوز وكذلك ضمان المنافع الغير المستوفاة، نعم يضمن بالنسبة إلى المنفعة المستوفاة فيستحق الرهن أجره المثل بمقتضى احترام مال المسلم، وأما لو كان الرهن دابة أنفق المرتهن عليها وقام بمؤنتها وتقاص الرهن والمرتهن إن لم يكن لأحدهما فضل على الآخر بأن كانت الأجرة مساوية للمؤونة على ما في المتن ولا بد من تقييد ذلك بصورة الإذن من الرهن أو من يقوم مقامه ومع التعذر ينفق حسبة ويقصد الرجوع إليه فإن كان المصروف قيمياً يقابل ما عليه من الأجرة ويحصل التها ترعلى المعروف وإن كان مثلياً فلا وجه للمقابلة بل يستحق كل من الرهن والمرتهن شيئاً على الآخر. نعم لهما أن يتصالحا وعليه لا يلزم التساوي في القيمة. وأما الرواية المشار إليها فلعلها مصححة أبي ولاد سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة أو البعير رهناً بماله أنه أن يركبه فقال عليه السلام: إن كان يعلفه فله أن يركبه وإن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه^(٢).

وعن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آباء عن علي عليه السلام قال: «قال رسول الله

(١) المصدر باب الوديعة تحت رقم ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٦.

والله أعلم : «الظهر يركب إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب نفقته والدَّرُّ يشرب إذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته (١)» .

ولا يبعد حمل الرُّ وايتين على صورة الإذن من الرهن بدعوى كون ترك المؤونة قرينة على رضاه وإلا يشكل الأخذ بظاهرهما لمخالفة القواعد .

✽ وللمرتهن استيفاء دينه من الرهن إن خاف جحود الوارث ولو اعترف بالرهن وادّعى الدين ولا بينة فالقول قول الوارث وله إحلافه إن ادّعى عليه العلم ✽ .

أما جواز استيفاء الدين للمرتهن فيدلُّ عليه مكاتبة المروزي لأبي الحسن عليه السلام في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادّعى عليه مالا وأنَّ عنده رهناً فكتب عليه السلام إن كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله ممّا في يده و يرد الباقي على ورثته ومتى أقرَّ بما عنده أخذ به وطولب بالبينّة على دعواه وأوفي حقه بعد اليمين ، ومتى لم يقم البينّة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون على ميتهم حقاً (٢) .

و المناقشة في سندها بعد الانجبار بعمل الأصحاب لاوجه لها وحيث علّق أخذ المالم ممّا في يد المرتهن على عدم البينّة مع أنّ إثبات الحقّ معها يحتاج إلى اليمين و المشقّة فكيف له الأخذ مع الاطمينان باعتراف الورثة ، ومن هذه الجهة أخذ في الحكم خوف جحود الورثة .

ويمكن أن يقال : لا يبعد الأخذ بإطلاق المكاتبة حتّى في صورة الاطمينان باعتراف الورثة وكانت الحكمة إمكان جحود الورثة في بعض الموارد كما يقال الحكمة في اعتداد المرأة الغير اليائسة عدم اختلاط المياه ولا تنافي وجوب الاعتداد حتّى مع العلم بعدم الاختلاط وعلى القول باعتبار الخوف يتحقّق بمجرد قيام الاحتمال المعتدّ به عند الشخص وهذا تارة يكون مسبباً من احتمال معتدّ به عند العقلاء فلا اعتداد بخوف من يخاف سلوك طريق مأمون عند العقلاء في صيرورة السفر حراماً عليه . هذا إذا أخذ الخوف موضوعاً لأجل عدم إرادة الشارع وقوع متعلّقه في الخارج كخوف الضرر

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٦٥ .

(٢) الفقيه باب الرهن تحت رقم ١٧ . والتهذيب ج ٢ ص ١٦٦ .

والهلاك ، وأما لو أخذ موضوعاً لأجل ذاته وأنه صفة في الشخص موجبة لترخيص الشارع عليه لبعض الأشياء إزالة لمرضه فلا يعتبر أن يكون مسبباً من احتمال معتد به عند العقلاء لكن في المقام لم يؤخذ الخوف موضوعاً للحكم فلا يبعد الأخذ بالإطلاق إلا في صورة اطمينان المرتهن بعدم وجود الوارث ومع عدم الاطمينان يكون مرخصاً في استيفاء دينه من الرهن وإن كان خوفه غير مسبب من احتمال معتد به عند العقلاء ومع اعتراف الشخص بالرهن لا بدّ له من إثبات الدّين على الميّت فمع قيام البيّنة والحلف يأخذ دينه ومع عدم البيّنة له إحلاف الوارث وليس في المكاتبه جواز الإحلاف مقيداً بصورة دعوى العلم ، وتمام الكلام في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى .

﴿ ولوباع الرهن وقف على الإجازة ولو كان وكيلاً فباع بعد الحلول صح ولو أذن الرهن في البيع قبل الحلول لم يستوف دينه حتى يحل ﴾ .
أما صحّة البيع مع الإجازة فلا إشكال فيه بناء على صحّة البيع الفضولي كما لا إشكال في الصحّة بعد حلول أجل الدّين .

وأمّا ما يظهر من التفصيل بين البيع قبل حلول الأجل وبعده وعدم جواز استيفاء الدّين إذا كان البيع قبل حلول الأجل وجوازه بعده فلعلّ النظر إلى أنه قبل حلول الأجل يكون الثمن رهناً كالمثمن فلا يجوز استيفاء الدّين منه وبعده يبطل الرهن وإلا فمقتضى القاعدة عدم جواز الاستيفاء بدون إذن ، فنقول : مقتضى القاعدة بطلان البيع في كلتا صورتين لأنّ المعاوضة بين نفس العين المرهونة والثمن دون الوصف وقد يستشكل من جهة أنّ بناءهم على أنّ العين المرهونة إذا أتلفه المثلّف أو تلف في يد الغاصب يضمنها المثلّف والغاصب فالبديل يكون رهناً وكذلك يقال بوقفية ثمن العين الموقوفة في صورة جواز بيعها ، وقد يفرق بين الصور بأن العين في صورة الإتلاف أو التلف في يد الغاصب في عهدة الضامن بأوصافها فكما أنّ العين في العهدة كذلك خصوصية الرهنية بخلاف صورة المعاوضة بالبيع .

وأمّا العين الموقوفة فليست ملكاً للطبقة الموجودة بل بنحو الاختصاص بل لها بالفعل وللطبقة المعدومة شأناً فكأنّها شريكة مع الطبقة الموجودة فلا بدّ من انتقال العوض في

البيع بهذا النحو بخلاف بيع العين المرهونة .

ويمكن أن يقال : لانسلم في صورة الإلتاف أو التلف في يد الغاصب كون العين بأوصافها في عهدة الضامن ولا يكون حديث «على اليد ما أخذت» ظاهراً فيما ذكر كما سبق الكلام فيه وعلى فرض التسليم لا يتصور التعهد للضامن بالنسبة إلى ما هو خارج عن اختياره فإن الرهنية ليست تحت اختيار الضامن فإن الرهنية تحتاج إلى الإيجاب والقبول أو الاشتراط في ضمن العقد بنحو اشتراط النتيجة إن قلنا بالصحة بهذا النحو وقد سبق الإشكال فيه وليس في المقام شيء مما ذكر فتدبر . وأما العين الموقوفة فليست مشتركة بين الطبقات ولذا يختص ثمرتها بخصوص الموجودين غاية الأمر على القول بالملكية تكون العين مملوكة للطبقة الموجودة ملكية موقته تتلقى الطبقة الآتية بعد انقراض الأولى هذه الملكية وهذا ليس شركة . هذا مضافاً إلى أن العوض قد لا يكون قابلاً للوقفية لو كان من الأثمان فإن الذهب والفضة المسكوكين لا يقبلان الوقفية لأن حقيقة الوقف تحبب العين وتسيل الثمرة ولائمة لهما . فتلخص مما ذكر الأشكال في رهنية عوض التالف والتلف وكذلك وقفية العوض في بيع الموقوفة .

✽ ويلحق به مسائل النزاع وهي أربع الأولى يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه وقيل أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف ولو اختلفا فالقول قول الرهن وقيل القول قول المرتهن وهو أشبه ✽ .

إذا ضمن المرتهن من جهة التعدي أو التفريط وحصول التلف فإن كان الرهن مثلياً فلا بد من رد المثل وإن كان قيمياً رد القيمة قيمة يوم التلف على المشهور ومن قال بأن العين في العهدة حتى بعد التلف يعتبر قيمة يوم الاداء وأما قيمة أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف فلم يظهر له وجه سوى الاحتياط لأن يوم القبض لم يكن مضموناً والأظهر قول المشهور لما سبق في كتاب البيع من الإشكال فيما استدل به لسائر الأقوال المذكورة وأما لو اختلف الرهن والمرتهن في القيمة فمقتضى القاعدة أن يكون القول قول المرتهن حيث ينكر الزيادة غالباً لأصالة براءة ذمته عن الزائد .

و أما لو ادعى الأكثر والرهن ينكره لغرض عقلائي فالقول قول الرهن لما

ذكر إلا أن يقال حيث أقر المرتهن بالأكثر يكون مأخوذاً بإقراره لكن يعارضه إقرار الرهن بعد الاستحقاق فاللزام أن يدس في مال الرهن ، ولم يظهر للقول الآخر وجه إلا ما ذكر من أن المرتهن خائن فلا يؤخذ بقوله ، وفيه أنا نأخذ بقوله من جهة أنه منكر مضافاً إلى أنه قد يكون الضمان من جهة الغفلة في الحفظ أو من جهة إتلافه غفلة وليس خائناً .

﴿ الثانية لو اختلفا فيما على الرهن فالقول قول الرهن وفي رواية القول قول المرتهن ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن ﴾ .

مقتضى القاعدة في صورة اختلاف الرهن والمرتهن في كمية الدين أن يكون القول قول الرهن حيث يكون منكرًا للزيادة التي يدعيها المرتهن و يدل عليه صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل رهن عند صاحبه رهناً لا يئنة بينهما فيه ، فادعى الذي عنده الرهن أنه بألف فقال صاحب الرهن : إنما هو بمائة ، قال عليه السلام : البيئنة على الذي عنده الرهن أنه بألف ، وإن لم يكن له بيئنة فعلى الرهن اليمين ^(١) .

وموثقة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام إذا اختلفا في الرهن فقال أحدهما : رهنته بألف درهم وقال الآخر بمائة درهم ، فقال : يسئل صاحب الألف البيئنة فإن لم يكن على بيئنة حلف صاحب المائة ^(٢) .

وفي قبالتها خبر السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام في رهن اختلف فيه الرهن والمرتهن فقال الرهن هو بكذا وكذا وقال المرتهن هو بأكثر قال علي عليه السلام : يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لأنه أمينه ^(٣) .

ولا مجال للأخذ به مع ضعف السند والمخالفة للمتواتر كما في جامع المقاصد .
﴿ الثالثة لو قال القابض : هو رهن وقال المالك هو وديعة فالقول قول المالك مع

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٧ و التهذيب ج ٢ ص ١٦٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٦٥ . والفتاوى باب الرهن تحت رقم ١٠ .

بمينه وفيه رواية اخرى متروكة : الرابعة لو اختلفا في التفريط فالقول قول المرتهن مع بمينه .

المشهور أن القول قول المالك في الاختلاف في أن المال رهن أو ودیعة لأنه منكر جهة موافقته لأصالة عدم الارتهان ، ولا يعارضها أصالة عدم الإيداع لعدم ترتب أثر عليها ، ويمكن الاستدلال بصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال الذي عنده الرهن أرهنته عندي بكذا وكذا وقال الآخر : إنما هو عندك وديعة فقال : البيئنة على الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا فإن لم يكن له بيئنة فعلى الذي له الرهن اليمين ^(١) » وحمله الشيخ (قدس سره) على صورة النزاع في الدين لا الرهن ولا يخفى الإشكال في هذا الحمل حيث إن مورد السؤال الاختلاف في أن المال رهن أو ودیعة ولا مجال لحمل الجواب على غيره ، نعم لا بد من حمل كلام السائل في رجل رهن الخ ، على ما اعتقد الآخر ، وفي قبالة خبر عبادة بن صهيب قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يدي رجلين أحدهما يقول : استودعتك والآخر يقول : هو رهن فقال عليه السلام القول قول الذي يقول إنه رهن عندي إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أو دعه بشهود ^(٢) » .

وموثق ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام المتقدم صدره وفيه قال « وإن كان الرهن أقل مما رهن به أو أكثر و اختلفا فقال أحدهما : هو رهن وقال الآخر هو ودیعة قال على صاحب الودیعة البيئنة وإن لم يكن له بيئنة حلف صاحب الرهن » .

وصحيح أبان الموافق في المتن للموثق المذكور ولا يمكن الجمع وقد يقوي المشهور من جهة الشهرة و ندرة العامل بالأخبار المخالفة حيث إن القائل بمضمونها الصدوق و الشيخ (قدس أسرارهما) والمسئلة مشكلة إلا أن يؤخذ بعموم « البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر » فالعام إما مرجح أو مرجع إلا أن يقال يكون العام أيضاً طرفاً للمعارضة وأما لو اختلفا في التفريط فالقول قول المرتهن لأنه موافق للأصل ويكون منكراً .

كتاب الحجر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و الصلوة والسلام على محمد وآله الطاهرين

﴿ كتاب الحجر المحجور هو الممنوع من التصرف في ماله وأسبابه ستة الصغير والجنون والرق والمرض والفلس والسفه ولا يزول حجر الصغير إلا بوصفين الأول البلوغ وهو يعلم با نبات الشعر الخشن على العانة أو خروج المنى الذي منه الولد من الموضع المعتاد ويشترك في هذين الذكور والأناث ، أو السن وهو بلوغ خمس عشرة وفي رواية من ثلاث عشرة إلى أربع عشرة وفي رواية أخرى بلوغ عشرة و في الأثنى بلوغ تسع ﴾ .

الحجر لغة المنع والتضييق و المراد هنا المعنى الأول فالمنوع من التصرف في ماله ولو في بعض ماله محجور وموجبات الحجر كثيرة متفرقة في تضاعيف أبواب الفقه كالرهن والمكاتبه وغيرهما لكن التي جرت عادة الفقهاء (قدس الله أسرارهم) بذكرها وعقد كتاب لها الستة المذكورة أما الصغير فيزول حجره بوصفين البلوغ والرشد وقد فسر البلوغ بالكمال الطبيعي للإنسان بحيث يبقى به النسل ويقوى معه العقل وهو حال انتقال الأطفال إلى الحد المذكور و لازم ما ذكر أنه مع القطع بعدم الوصول إلى ذلك الكمال لا يرفع الحجر ولا يترتب الآثار المترتبة على البلوغ وإن بلغ خمس عشرة سنة ولا أظن أن يلتزم به وإن التزموا بحصوله قبل البلوغ إلى هذا الحد من السن ونظير هذا ما يشاهد بالنباتات حيث أنها قد تكون قابلة لتوليد المثل وأثمار الثمرة في مدة معينة ومثلها لا تكون مثمرة في تلك المدة فمع العلم بحصول البلوغ لإشكال ومع الشبهة يرجع إلى العلائم فمنها إنبات شعر الخشن على العانة ويدل عليه الأخبار المروية من طرق العامة والخاصة منها ما روي أن سعد بن معاذ لما حكم على قريظة

كان يكشف عن عورات المراهقين و من أنبت منهم قتل ومن لم ينبت جعل في الذراري وما روى عن عطية القرظي قال : عرضنا على رسول الله صلى الله عليه وآله يوم قريظة وكان من أنبت قتل و من لم ينبت خلى سبيله فكنت ممن لم ينبت فخلى سبيلي .

ومن طريق الأصحاب خبر أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عنه « إن رسول الله صلى الله عليه وآله عرضهم يومئذ يعني بني قريظة على العانات فمن وجدته أنبت قتله ومن لم يجده أنبت ألحقه بالذراري ^(١) ، وما في خبر يزيد الكناسي « إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان الخيار له إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عاتقه ^(٢) . » .

فلا مجال للتوقف و استشكل عمومه للانات من جهة ظهور النصوص في خصوص الذكور ، ويمكن أن يقال : « إن إنبات الشعر ليس من الأمارات التي تحتاج أماريتها إلى التبعيد بل هي من الأمارات التي تعتبرها العقلاء و توجب الاطمينان بحصول البلوغ و ما لم يردع عنه الشرع يكون حجة ، نعم لا بد من اعتبار الانبات باقتضاء السن و الطبيعة دون ما كان بالعلاج و لعله من هذا القبيل إنبات الشعر في الوجه و قد ذكر في خبر يزيد الكناسي المذكور آنفاً و الخبر من أخبار الحسان . ومنها خروج المنى بلا خلاف مضافاً إلى الكتاب و السنة قال الله تعالى « وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا . وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح » و قال الصادق عليه السلام « على المحكمي في خبر هشام بن سالم : « انقطاع اليتيم الاحتمام وهو أشده ^(٣) . » .

وفي موثق ابن سنان « سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله تعالى « حتى إذا بلغ أشده » قال : الاحتمام ^(٤) . »

وفي النبوي المعروف « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون

(١) الوسائل أبواب مقدمة العبادات ٤ ح ٨ .

(٢) أبواب عقد النكاح من الوسائل ب ٦ ح ٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٥ . والفقير كتاب الوصايا ، ب ١٠٤ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٥ .

حتى يفيق وعن النائم حتى ينتبه^(١) ، إلى غير ما ذكر .

والظاهر أن المدار الاستعداد لا الفعلية فلو لم يحتلم بعد لكنته بحيث لو أراد إخراج المنى بالنكاح أو بغيره تمكن منه و يعرف ذلك بتحريك الطبيعة والإحساس بالشهوة سواء انفصل منه المنى من الموضع المعتاد أو من غيره ، ويمكن استفادة من قوله تعالى « إذا بلغوا النكاح ، الظاهر في البلوغ إلى حد أهلية النكاح كما أن التقييد بكون المنى مما يكون منه الولد المراد منه الشائبة لا الفعلية فإنه كثيراً لا يكون منه الولد ولا إشكال في اشتراك هذا بين الذكر والأنثى لعموم الآية الشريفة « وابتلوا اليتامى » لأن الأنثى أيضاً يحصل له الاحتلام ويخرج منه المنى ، ولا يخفى أنه بناء على اعتبار الاستعداد دون الفعلية يشكل جعله علامة بل لعله حقيقة البلوغ كما ذكر سابقاً حيث إن البلوغ أهلية الإنسان لتوليد المثل أو معنى ملازم له ونظير هذا متحقق في الحيوانات والنباتات .

ومن العلائم السن والمعروف المشهور بلوغ خمسة عشر سنة في الغلام وبلوغ تسع سنة في الإناث ويدل عليه ما رواه في الكافي عن حمزة بن حمران قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له : متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة وتقام عليه ويؤخذ بها قال : إذا خرج عنه اليتيم وأدرك ، قلت : فلذلك حد يعرف ؟ وقال : إذا احتلم أو بلغ خمسة عشر سنة أو أبت أو أشعر مثل ذلك أقيمت عليه الحدود التامة وأخذ بها وأخذت له قلت فالجارية متى يجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها وتؤخذ لها قال : إن الجارية ليست مثل الغلام إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهبت عنه اليتيم ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع وأقيمت عليها الحدود التامة وأخذ لها بها ، قال : والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم ، أو يشعر أو ينبت قبل ذلك^(٢) . »

ورواه ابن إدريس في مستطرفات السرائر نقلاً من كتاب المشيخة للحسن بن

(١) الوسائل عن الخصال أبواب مقدمة العبادات ب ٤ ح ١١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٩٦ .

المحجوب عن حمزة بن حمزة عن أبي جعفر عليه السلام بغير واسطة . وعن يزيد الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم وزوجت وأقيمت عليها الحدود التامة عليها ولها ^(١) » .

و الأخبار ببلوغ الجارية بالتسع كثيرة فلا إشكال وإنما الإشكال في بلوغ الغلام بخصوص خمسة عشر أو أقل .

ففي قبال ما ذكر أخبار منها رواية أبي حمزة الثمالي عن الباقر عليه السلام قال : « قلت له : جعلت فداك في كم تجري الأحكام على الصبيان قال : في ثلاث عشرة أو أربع عشرة قلت : فان لم يحتلم فيها قال : وإن لم يحتلم فيها فإن الأحكام تجري عليه ^(٢) » . وصحيفة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما يوجب على المحتمل من احتلم أو لم يحتلم ، وكتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات وجاز له كل شيء إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً ^(٣) » و روى في الكافي و الفقيه عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئة و عوقب ، وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك وذلك أنها تحيض لتسع سنين ^(٤) » .

و روى في التهذيب في الموثق عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله تعالى «حتى إذا بلغ أشده» قال الإحتلام فقال : يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوهما فقال : إذا أنت عليه ثلاث عشرة سنة ونحوها قال لا إلا إذا أنت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً ، فقال : وما السفية ؟ قال : الذي يشتري الدرهم بأضعافه قال : وما الضعيف ؟ قال : الأبله ^(٥) » .

(١) الكافي ج ٧ ص ١٩٧ .

(٢) (٢)

(٣) الفقيه كتاب الوصايا باب ١٠٤ ح ٣ .

(٤) الوسائل كتاب الوصايا باب ٤٤ ح ١٢ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٥ .

وروى في الكافي و التهذيب عن عيسى بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام يثغر الصبي لسبع سنين ويؤمر بالصلاة لتسع ويفرق بينهم في المضاجع ويحتلم لأربع عشرة وينتهي طوله لأحدى و عشرين ، وينتهي عقله لثمان وعشرين إلا التجارب (١) » .

وروى في التهذيب في الموثق ، عن عمّار بن موسى الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سأته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة فقال : إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فإذا احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة و جرى عليه القلم ، و الجارية مثل ذلك إذا أتى لها ثلاث عشرة أو حاضت قبل فقد وجبت عليها الصلاة و جرى عليه القلم (٢) » .

و هذه الأخبار مع اعتبارها من حيث السند والصرحة بحسب الدلالة لم يعمل المشهور بها ويمكن أن يكون الأخذ بما يقابلها من جهة الترجيح وقد يستدل بالآية الشريفة « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » حيث إن مفهومها عدم الدفء مع عدم ايناس الرشد المشروط ببلوغ النكاح ، فمع عدم بلوغ النكاح الايناس المذكور منتف ومعه انتفائه لا يجوز الدفء وبعبارة أخرى تكون إذا للشرط وجوابها مجموع الشرط والجزاء وهو قوله تعالى « فإن آنستم - الخ » وحنود الابتلاء في الغالب من العشر إلى الخمسة عشر و أحقها الدخول سن الاحتلام وتوقع بلوغ النكاح وهي من الثانية عشر إلى السادسة عشر إلا أن الإجماع على خروجها في تعيين كون الخمسة عشر هي البلوغ بحسب السن ، ويمكن أن يقال : هذا مبني على كون قوله تعالى « فإن آنستم - الخ » متفرعاً على الإمتحان إلى زمان بلوغ النكاح ، وأما إن كان متفرعاً على نفس الابتلاء و الامتحان فلا يتم ما ذكر ويشكل الأوّل من جهة أن لازمه اشتراط الابتلاء و الامتحان قبل البلوغ أيضاً مع أنه لا يشترط مضافاً إلى أنه لم يبيّن في الآية زمان بلوغ النكاح فيمكن أن يكون المراد زمان الاحتلام ويشهد له ما روي القمي في تفسيره عن الامام عليه السلام في تفسير قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء » قال : من كان

(١) الكافي ج ٦ ص ٤٦ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٥ .

(٢) الوسائل أبواب مقدمات العبادات ب ٤ ح ١١ .

في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتمل الحديث ، وإن كان المراد زمان أهلية النكاح وجواز الأمر وإقامة الحدود النامة عليه فمقتضى الأخبار المذكورة كفاية ثلاث عشرة و أربع عشرة و قد مضى بعض الكلام الرأجع إلى مفاد آية الشريفة في كتاب البيع .

و بالجمله بحسب الأدلة يشكل القول المشهور لكنّه لا محيص و المخالفة أشكل .

الثاني الرشد وهو أن يكون مصلحاً لماله و في اعتبار العدالة تردّد ، ومع عدم الوصفين أو أحدهما يستمر الحجر ، ولوطعن في السنّ و يعلم رشد الصبي باختباره بما يلائمه من التصرفات ويثبت بشهادة الرّجلين في الرّجال و بشهادة الرّجال أو النساء في النساء .

قد يفسر الرشد بالملكة النفسانيّة المقتضية لإصلاح المال المانعة من صرفه في الوجوه الغير اللائقة بأفعال العقلاء وعن مجمع البيان أنّه العقل وإصلاح المال وهو المروي عن الباقر عليه السلام ، ويمكن أن يقال فرق بين الرشد وسائر الكمالات الحاصلة بالممارسة والتّمرين حيث أنّ الرشد ضدّ السفه وهي ترجع إلى سخافة العقل ونقصه و السخافة في العقل على خلاف الطبيعة كالجنون فلا حاجة في الرشد إلى الممارسة ولعلّ الأمر بالابتلاء والامتحان من جهة أنّ الصبي غالباً ناقص العقل ويصل إلى الكمال العقلي بالتدريج و بمجرد البلوغ لم يحرز كماله العقلي المقتضي لإصلاح المال و التجنّب عمّا لا يليق بأفعال العقلاء و بعد التجاوز عن حدّ البلوغ يعامل معه معاملة الرشيد من جهة أصالة السلامة كما يعامل معه معاملة العاقل يؤخذ بإقراره على نفسه و يقام عليه الحدّ و لعلّه لهذا جرت السيرة على المعاملة مع مجهول الحال معاملة الرشيد . و أمّا اعتبار العدالة فلا مجال لاحتماله و إلّا لزم بطلان نوع المعاملات مع المسلمين وجميع المعاملات مع الكفّار وما ربما يظهر من بعض الأخبار من أن شارب الخمر سفیه محمول على غير السفاهة الموجبة لفساد معاملاته ، فلا مجال لأن يقال إذا ثبتت السفاهة بالنسبة إليه تثبت بالنسبة إلى غيره من مرتكبي الكبائر لعدم القول

بالفصل كيف وفي الأخبار ما يدل على صحة معاملة الفساق مثل الأخبار الدالة على جواز بيع الخشب ممن يعمله صنماً والعنب والتمر ممن يعمله خمراً وبعد اعتبار الرشد زائداً على البلوغ يكون الحجر مع عدمه باقياً ولو طعن في السن وبلغ ما بلغ .

وأما صورة الشك في الرشد فإن كان قبل البلوغ أو بعده قبل مضي مدة فلا بد من رفعه بالاختبار أو بشهادة البيّنة ، ولا يبعد الاكتفاء بما يوجب الوثوق والاطمينان لاعتماد العقلاء وإمضاء هذا البناء من طرف الشرع وقد سبق في بعض المباحث السابقة وأما بعد مضي مدة من البلوغ فالظاهر عدم الحاجة إلى ما ذكر لقيام السيرة على المعاملة مع المجهول الحال معاملة الرشد ، ثم إنه لم يظهر وجه لاشتراط الصجراً أو رفعه بحكم الحاكم بل الإطلاق على خلافه ، ومما ذكر ظهر ما في المتن من قوله :

﴿ والسفيه هو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة فلو باع والحال هذه لم يمض بيعه وكذا لو هب أو أقر بما لو يصح طلاقه وظهاره وإقراره بما لا يوجب مالا ﴾ .

و ظاهر كلماتهم أنه مع عدم الرشد يكون الإنسان ممنوعاً من جميع التصرفات المالية وعدّ منها الإقرار بما لا يخفى أنه مع علمه باشتغال ذمته بالمال لا بد له من الفراق بينه وبين ربه ويشكل الحكم بعدم نفوذ إقراره لأن الإقرار ليس تصرفاً في ماله بل لازم نفوذه إخراج المقر به من ماله إن كان له مال وإن لم يكن له مال فهو دين في ذمته يصح أن يؤدّي عنه غيره كما أنه لو جنى جنابة موجبة للدية من ماله يخرج من ماله ومن هنا يقع الإشكال في بيع الكلي في الذمة فإنه ليس تصرفاً في ماله بل بالبيع يعتبر المالية إلا أن يكون اجماع وبعبارة أخرى ظاهر الآية الشريفة الناهية عن إيتاء السفهاء أموالهم ممنوعيتهم بالنسبة إلى أموالهم لا الممنوعيّة من كل تصرف مالي أو الممنوعيّة من كل ما يوجب التصرف في المال وكذلك الأخبار المتعرّضة لهذا المقام فمنها رواية العياشي في تفسير قوله عز وجل « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم - الآية » عن الصادق عليه السلام قال : هم اليتامى لا تعطوهم حتى تعرفوا منهم الرشد ، قيل فكيف يكون أموالهم أموالنا فقال : إذ كنت أنت الوارث لهم ، وفي التفسير عن الباقر عليه السلام أنه

سئل عن هذه الآية قال : السفهاء النساء والولد إذا علم الرجل إن امرأته سفية مفسدة وولده سفية مفسدة لا ينبغي له أن يسلطوا أحداً منهم على ماله الذي جعله الله له قياماً بالحديث .
وفي خبر آخر عن أبي جعفر عليه السلام في هذه الآية قال : « لا تؤتوها شراب الخمر ولا النساء ثم قال : وأي سفية أسفه من شارب الخمر » .

وروى في المجمع عن الباقر عليه السلام الرشد العقل وإصلاح المال . والقسمي في تفسيره عنه عليه السلام في هذه الآية قال : « من كان في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتلم فإذا احتلم وجب عليه الحدود وإقامة الفرائض ولا يكون مضياً ولا شارب الخمر ولا زانياً فإذا آانس منه الرشد دفع إليه المال وأشهد عليه وإن كانوا لا يعلمون أنه بلغ فاته يمتحن بريح إبطه أو نبت عاتته فإذا كان كذلك فقد بلغ في دفع إليه ماله إذا كان رشيداً ولا يجوز أن يحبس ماله ويعتل عليه أنه لم يكبر بعد ، إلى غير ما ذكر فالنظر فيها لا يستفاد منها ما هو المعروف إلا أن يتحقق الإجماع فتدبر .
وأما الطلاق والظهار والإقرار بما لا يوجب مالاً فلا مانع من صحتها بحسب الأدلة فمثل الإقرار بالنسب نافذ بالنسبة إلى ثبوت النسب وأما النفقة فلا يثبت وجوبها من باب وجوب نفقة الأقارب على ما هو المشهور بينهم وظاهر المتن عدم نفوذه حيث أنه يوجب المال .

﴿ والمملوك ممنوع من التصرفات إلا باذن المولى والمريض ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث وكذا في التبرعات المنجزة على الخلاف ﴾ .
إن قلنا بعدم الملك للمملوك فلا يبقى الكلام لأن الحجر بعد الفراغ عن الملكية وإن قلنا بحصول الملكية كما هو الأقوى فهو محجور بالنسبة إلى ماله وقد سبق الكلام في بيع الحيوان ، وأما المريض فادعى الإجماع على كونه ممنوعاً من الوصية بما زاد على الثلث بمعنى عدم نفوذ الوصية بما زاد على الثلث فإن أجاز الورثة صحته وإن لم تجز بطلت وبدل عليه النصوص المشتمل جملة منها على أنها الحيف والتعدى وأنه يرد إلى الثلث وهو المعروف بين الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - ولم يظهر خلاف إلا عن علي بن بابويه .
ومنها المروي عن الصادق عليه السلام كما عن المقنع « أنه سئل عن الرجل أوصى بماله

في سبيل الله عز وجل فقال اجعله إلى من أوصى له به وإن كان يهودياً أو نصرانياً فإن الله عز وجل يقول : « فمن بدله بعد ما سمعها فيما نزلنا على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم » ثم قال عقيب ذلك ماله هو الثلث لأنه لا مال للميت أكثر من الثلث، وأما خبر ابن عبدوس « أوصى رجل بتركته متاعاً وغير ذلك لأبي محمد عليه السلام فكتب إليه رجل أوصى إلي بجميع ما خلف لك وخلف ابني أخت له فأريك في ذلك فكتب إلي بع ما خلف وبعث به إلي فبعث به إلي فكتب إلي فتوصل ^(١) . » .

وكذا خبر عمار « الرجل أحق بماله مادام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز » ^(٢) وغيرهما مما يظهر منه نفوذ الوصية بما زاد على الثلث فيرد علمها إلى أهله ولا مجال لمعارضتها مع الأخبار الكثيرة المدعى تواترها ، نعم مع إجازة الورثة تنفذ وبسط الكلام موكول إلى محله إن شاء الله تعالى .

وأما الممنوعة في التبرعات المنجزة في مرض الموت بالنسبة إلى الزائد على الثلث وهو محل الخلاف بين القدماء والمتأخرين فلا بد من نقل أخبار الطرفين فالأخبار التي استدلت بها على الخروج من الثلث كثيرة منها صحيح شعيب بن يعقوب « عن الرجل يموت ماله من ماله فقال عليه السلام : له ثلث ماله » ^(٣) .

ومنها صحيحة علي بن يقطين « ما للرجل من ماله عند موته ، قال : الثلث و الثلث كثير ^(٤) » .

ومنها خبر عبد الله بن سنان « للرجل عند موته ثلث ماله - وقال بعد ذلك - وإن لم يوص فليس على الورثة إضاؤه ^(٥) » .

ومنها خبر البحار « الوصية على كل مسلم » ثم قال : ليس للميت من ماله إلا

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ .

(٢) الفقيه كتاب الوصايا ب ٨٨ ج ٤

(٣) الكافي ج ٧ ص ١١ .

(٤) الوسائل كتاب الوصايا ب ١٠ ج ٨ .

(٥) ، ، ، ، ج ٧ .

الثالث فإذا أوصى بأكثر من الثلث ردَّ إلى الثلث (١) .

ومنها خبر العلل الوارد في الإقرار في المرأة التي استودعت رجلاً من الأنصار ففي ذيله « فأنما لها من مالها ثلث (٢) » .

ومنها خبر أبي بصير « عن الرجل يموت ماله من ماله ؟ فقال : له ثلث ماله و للمرأة أيضاً (٣) » .

ومنها رسالة جامع المقاصد « المريض محجور عليه إلا في ثلثه » ومنها خبر أبي حمزة المروري عن بعض الأئمة عليهم السلام قال : « الله تبارك وتعالى يقول : يا ابن آدم تطولت عليك بثلاثة : سترت عليك ما لو يعلم به أهلك ما واروك ، وأوسعت عليك فاستقرضت منك فلم تقدم خيراً ، و جعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدم خيراً (٤) » .

ومنها النبوي « إن الله قد صدق عليكم بثلك أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم (٥) » .

ومنها خبر علي بن عقبة « في رجل حضره الموت فاعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه إلا ثلثه و سائر ذلك الورثة أحقُّ بذلك ولهم ما بقي (٦) » .

ومنها خبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام « ثم قال : سألت عن رجل حضره الموت وأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه إلا ثلثه (٧) » .

ومنها خبر أبي بصير عنه عليه السلام « إن أعتق رجل عند موته خادماً ثم أوصى بوصية

(١) بحار الأنوار ج ٢٣ ص ٤٨ .

(٢) الفقيه كتاب الوصايا ، ب ١١٥ ح ٤ .

(٣) الفقيه كتاب الوصايا ب ٨٤ ح ٢ ، والكافي ج ٧ ص ١١ .

(٤) التهذيب ح ٢ ص ٣٨٣ .

(٥) في خطبة له (ص) .

(٦) و (٧) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ .

أخرى أُلغيت الوصية واعتقت الخادم من ثلثه إلا أن بفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية»^(١).
ومنها خبر السكوني عن علي عليه السلام «إن رجلاً أعتق عبداً له عند موته أم يكن له مال غيره قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : يستسعى في ثلثي قيمته للورثة»^(٢).
ومنها خبر العامي الذي ادعى في المسالك أنه أجود ما في الباب متناً وسنداً ومن ادعى خلاف ذلك فالسيرة يردُّ دعواه وعليه اقتصر ابن الجنيد في كتابه الاحمدى وهو «أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه ولا له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وجزأهم ستة أجزاء وأفرع بينهم وأعتق اثنين وأرق أربعة»^(٣).
ومنها صحيحة زرارة أو جميل عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل أعتق مملوكه عند موته وكان عليه دين فقال عليه السلام : إن كان قيمته مثل الذي عليه و مثله جاز عتقه وإلا لم يجز»^(٤).

ومنها موثقة ابن الجهم «سمعت أبي الحسن عليه السلام في رجل أعتق مملوكاً وقد حضره الموت فأشهد له بذلك و قيمته ستمائة وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئاً غيره ، قال : يعتق منه سدسه لأنه إنما له منه ثلاثمائة درهم وتقضى عنه ثلاث مائة درهم وله من الثلث مائة درهم ثلثها وله السدس من الجميع»^(٥).

ومنها صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الطويلة قال : «سئلني أبو عبد الله عليه السلام : هل يختلف ابن أبي ليلا و ابن شبرمة فقلت : بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه ديناً كثيراً و ترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت - إلى إن قال الإمام عليه السلام - إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته و اجيزت وصيته على وجهها فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس»^(٦).

(١) الوسائل كتاب الوصايا ، ب ١١ ح ٦ .

(٢) الاستبصار ج ٤ ص ٧ .

(٣) سنن أبي داود ج ٢ ص ٣٥٣ .

(٤) الاستبصار ج ٤ ص ١٥٧ .

(٥) و (٦) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٤ . والكافي ج ٧ ص ٢٧ .

ومنها صحيح الحلبي سئل أبو عبد الله عليه السلام «عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فقبضه منه في مرضها فقال عليه السلام : لا^(١)» .

ومنها خبر سماعة «سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده فقال عليه السلام إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع ماشاء ، وأمّا في مرضه فلا يصلح^(٢)» .

ومنها خبر جراح المدائني «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده بينة قال : إذا أعطاه في صحته جاز^(٣)» .

ومنها خبر السكوني عن علي عليه السلام «أنه كان يرد النحلة في الوصية وما أقرّ به عند موته بلا ثبت ولا بينة رده^(٤)» .

ومنها خبر أبي ولاد «سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فقبضه منه في مرضها قال عليه السلام بل تهبه له فيجوز هبتها له ويحتسب ذلك من ثلثها^(٥)» .

وقد يناقش في دلالة التسعة الأول منها بضعف الدلالة مضافاً إلى ضعف السند في بعضها من جهة أنها ظاهرة في إرادة الوصية فإن المراد منها المال الذي للميت بعد موته . أمّا ما اشتمل منها على لفظ الميت ولفظ يموت فظاهر وما اشتمل على لفظه عند موته يحمل عليه ولو بقيت على ظاهرها أفادت عدم ملكية ما عدى الثلث وعدم جواز إتلافه وأكله و صرفه على نفسه بلبس واستخدام وهو خلاف الضرورة فيتعين إرادة الملكية البعدية .

ويمكن أن يقال : لإشكال في أنه لولم يتصرف في حال الحياة معلّقاً على الموت لم يعتبر له المال بعد الموت فالنظر إلى التصرف قبل الموت فأطلاقها يشتمل التصرف المعلق على الموت والمنجز ، ولا وجه لحمل المشتمل على لفظه عند موته على بعد الموت

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٩ .

(٢) و (٣) الاستبصار ج ٤ ص ١٢٧ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٨٩ .

(٤) الاستبصار ج ٤ ص ١١٢ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ .

بل العكس أولى ، وما ذكر من أنه لو بقيت على ظاهرها النخ يشكك من جهة أن مثل ما ذكر من الأكل واللبس والاستخدام وغيرها خارج عن محل السؤال ولا يسئل عما هو ضروري .

ونوقش أيضاً في دلالة الخمسة المذكورة بعدها بضعف الدالة مضافاً إلى ضعف السند بأن ظاهرها إرادة الوصية بالعتق بملاحظة أن الغالب الوقوع من العتق الواقع في حال المرض هو ذلك لا العتق المنجز ، ولا يخفى بعدما ذكر ، فإن الظاهر أن المراد العتق المنجز وعلى تقدير الشمول للمتعلق بالمنجز المتيقن ، نعم في خصوص خبر أبي بصير حيث عبر فيه ثم أوصى بوصية أخرى يوهم إرادة الوصية من جهة لفظة أخرى ولكنه يشكك أيضاً من جهة أنه قال عَلَيْهِ السَّلَامُ في الجواب على المحكي «الغيت الوصية» ولم يقل الوصية الأخرى .

و نوقش في دلالة الثلاثة المذكورة بعدها بأنها ظاهرة في الوصية بالعتق خصوصاً الأخيرة منها حيث قال عَلَيْهِ السَّلَامُ فيها لم يتهم على وصيته واجيزت وصيته مع أن صحيحة زارة لدلالة لها على الخروج من الأصل أو الثلث وإنما تدل على أن الدين مقدم على العتق وإن كان العتق سابقاً على الموت ، وثانياً لو سلمنا حملها على العتق المنجز يجب الاقتصار على موردها لكونها على خلاف القاعدة ولا يخفى بعد الحمل على الوصية و حمل الأخيرة على الوصية لا يوجب حمل غيرها مع إمكان منع حمل الأخيرة بل الوصية في المقام نظير الوصية بالتقوى وغيره ، وما ذكر من أنه مع التسليم يجب الاقتصار على موردها لكونها على خلاف القاعدة بشكل بأن الظاهر إلغاء الخصوصية ولذا لم يقل من وجدنا كلماتهم في الأخبار السابقة بالاختصاص بمواردها .

ونوقش أيضاً في دلالة الاخبار الخمسة المذكورة بعدها بأن مساقها مساق الكراهة ولا يخفى الإشكال في المناقشة .

وأما الأخبار المستدل بها للقول بالخروج من الأصل لا الثلث وعدم الممنوعة فمنها الصحيح إلى صفوان الذي هو من أصحاب الإجماع عن مرزم عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ « في الرجل يعطى الشيء من ماله في مرضه قال عَلَيْهِ السَّلَامُ : ما أبان به فهو

جائز وإن أوصى به فهو من الثلث^(١) .

ومنها خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام : « الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقرابته قال عليه السلام : هو ماله يصنع به ما يشاء إلى أن يأتيه الموت أن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء مادام حياً إن شاء وهبه وإن شاء تصدق به وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت فإن أوصى به فليس له إلا الثلث إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعول به ولا يضر بورثته^(٢) .

ومنها خبر سماعة عنه عليه السلام قلت لأبي عبد الله عليه السلام : « الرجل يكون له الولد يسعه أن يجعل ماله لقرابته ، قال : هو ماله يصنع ما شاء به إلى أن يأتيه الموت »^(٣) .
ومنها موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الميِّت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به ، قال : نعم ، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث »^(٤) ومنها موثقة الأخرى عنه عليه السلام ، قال : « الميِّت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به فإن قال بعدى فليس له إلا الثلث »^(٥) هكذا عن التهذيب وعن الفقيه روايته هكذا « فإن تعدى فليس له إلا الثلث » مكان قوله « فإن قال بعدى » .

ومنها موثقة الثالثة عنه عليه السلام « في الرجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه فقال : إذا أبانه جاز^(٦) » .

منها موثقة الرابعة عنه عليه السلام « الرجل أحق بماله مادام فيه الروح إن أوصى به كله جائز^(٧) » .

ومنها خبره الذي رواه المحمّدون الثلاثة عنه عليه السلام « صاحب المال أحق بماله

(١) الفقيه كتاب الوصايا . ب ٨٨ ح ٣ . والكافي ج ٧ ص ٨ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٩٠٨ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٨ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٨ وفيه في حديث آخر « فإن تعدى فليس له إلا الثلث » . و

التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧ .

(٥) و(٦) الوصائل كتاب الوصايا ، باب ١٧ ح ١٣١٠ .

(٧) الفقيه كتاب الوصايا ، باب ٨٨ ح ٤ . والكافي ج ٧ ص ٧ .

مادام فيه شيء من الروح يضعه حيث شاء (١) .

ومنها الحسن كالصحيح بإبراهيم بن هاشم عن أبي شعيب المحاملي عنه عليه السلام :
«الإنسان أحق بماله مادامت الروح في بدنه» (٢) .

ومنها خبر إبراهيم بن أبي سمائل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «الميت
أحق بماله مادامت فيه الروح» (٣) .

و «منها مرسله الكليني» قال : «وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله قال لرجل من
الأنصار أعتق مملوك له لم يكن له غيرهم فعابه النبي صلى الله عليه وآله وقال : ترك صبية صفاراً
يتكفون الناس» (٤) .

ورواه الصدوق مسنداً إلا أنه قال : «فأعتقهم عند موته» (٥) .

ومنها صحيحة محمد بن مسلم «عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية
وكان أكثر من الثلث قال يمضي عتق الغلام ويكون النقصان في ما بقي» (٦) .

ومنها حسنته في رجل أوصى بأكثر من ثلثه وأعتق مملوكه في مرضه فقال : إن كان
أكثر من الثلث يرد إلى الثلث وجاز العتق (٧) .

ومنها خبر إسماعيل بن همام «في رجل أوصى عند موته بماله لذي قرابته و
أعتق مملوكاً وكان جميع ما أوصى يزيد على الثلث كيف نصنع في وصيته؟ قال يبده بالعتق
فينفذه» (٨) .

(١) الكافي ج ٧ ص ٧ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٨ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٧ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٩ .

(٥) الفقيه كتاب الوصايا ، ب ٨٥ ح ٣ .

(٦) الفقيه كتاب الوصايا ، ب ٩٧ ح ٤ . والكافي ج ٧ ص ١٧ .

(٧) الكافي ج ٧ ص ١٦ .

(٨) الفقيه كتاب الوصايا ، ب ٩٧ ح ٥ . والكافي ج ٧ ص ١٧ .

وهذه الأخبار وإن أمكن الخدشة في دلالة بعضها وسند بعضها إلا أنه لا مجال للإشكال سناً ودلالة بالنسبة إلى البعض الآخر وتكون مؤيدة بالشهرة عند القدماء فيقع التعارض بينها وبين الأخبار السابقة ولا يبعد التخيير أعني التخيير الأصولي .
 ﴿ و الأب والجد ﴾ يليان على الصغير و المجنون فان فقدا فالوصي ، فان فقد فالحاكم ﴿ .

قد سبق الكلام في ولاية المذكورين غير الوصي و المراد القيسم من قبل الأب أو الجد و يدل على ولاية الوصي مارواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون بينه وبينهم فقال : لا بأس به من أجل أن أباه أذن له في ذلك وهو حي ، ^(١) ورواه الشيخان الآخرا أيضاً .

وعن خالد بن بكر الطويل قال : دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال : يا بني اقض مال إخوانك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف وليس عليك ضمان فقد متني أم ولد أبي إلى ابن أبي ليلى أن هذا تأكل أموال ولدي قال : فاقترضت عليه ما أمرني أبي فقال : ابن أبي ليلى إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ، ثم أشهد على ابن أبي ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقضت عليه قصتي ، ثم قلت ماترى فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده ، و أما في ما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان ^(٢) .

ثم إن المشهور كما في المتن أنه مع فقد الوصي يرجع إلى الحاكم ومع التعذر يرجع إلى عدول المؤمنين ولا يبعد أن يقال يجوز تصرف عدول المؤمنين في عرض الحاكم لما رواه محمد بن إسماعيل قال : « إن رجلاً من أصحابنا مات ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصر عبد الحميد بن سالم القيسم بماله وكان رجلاً خلف ورثة صغاراً و متاعاً و جوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه في بيعهن »

(١) و(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٢ . والفقيه كتاب الوصايا ب ١١٤ ح ١ . والتهذيب ج ٢

إن لم يكن الميت صير إليه وصيته وكان قيامه بهذا بأمر القاضى لأنهن فروج قال :
فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت له : يموت الرجل من أصحابنا و لم يوص إلى
أحد و يخلف جواري فيقيم القاضى رجلاً منا لبييعهن أو قال يقوم بذلك رجل منا
فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى في ذلك القيم ، قال : فقال إذا كان القيم مثلك أو
مثل عبد الحميد فلا بأس ، (١) .

ولم وثقة سماعة قال : « سألته عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصيته
وله خدم وماليك وعقار كيف يصنعون الورثة لقسمة ذلك الميراث قال : إن قام رجل ثقة
فقاسهم ذلك كله فلا بأس » (٢) .

وصحيحة عبد الرحمن بن الحججاج الواردة في وصية أمير المؤمنين صلوات الله
عليه وعلى أولاده الطاهرين قال : « وإن حدث بالحسن والحسين حدث فإن الآخر منهما
ينظر في بني علي فإن وجد فيهم من يرضى بهديه وإسلامه وأمانته فإنه يجعله إن شاء
وإن لم يرفيهم بعض الذي يريد فإنه يجعله إلى رجل من آل أبي طالب يرضى به فإن
وجد آل أبي طالب قد ذهب كبارهم وذوو آرائهم فإنه يجعله إلى رجل يرضى به من
بني هاشم - الحديث (٣) » .

ويمكن أن يقال : أما رواية محمد بن إسماعيل فلم يعلم نحو المماثلة في قوله عليه السلام
على المحكي « إن كان القيم مثلك - الخ » فلعل المراد المماثلة في الفقهة والعلم بأحاديثهم
وأحكامهم كما في المقبولة ومشهورة أبي خديجة المستدل بهما لجواز الحكومة والقضاء .
وأما صحيحة عبد الرحمن فظاهرها الإذن في الإيضاء . وأما موثقة سماعة فلا
إشكال فيها من حيث الدلالة والسند وعلى فرض عدم الإشكال من حيث السند يكون
المأذون الرجل الثقة ولم يعتبر فيه العدالة لكن في صحيحة إسماعيل بن سعد اشتراط
العدالة : قال « سئلت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار

(١) التهذيب ج ٢ ص ٤٠٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٧ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٤٩ و ٥٠ .

أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ قال بإيجاب : إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك ^(١) .

و يمكن أن يكون الشرط أحد الوصفين من العدالة والوثاقة لأنّ الظاهر أنّ العدالة لا تلازم الوثاقة نعم لا إشكال في أنّه إذا لزم التصرف جاز على الترتيب المذكور أخذاً بالمتيقّن .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

﴿كتاب الضمان وهو عقد شرعي للتعهد بنفس أو مال وأقسامه ثلاثة الأوّل ضمان المال ويشترط في الضامن التكليف وجواز التصرف ولا بدّ من رضى المضمون له، ولا عبرة بالمضمون عنه ، ولو علم فأنكر لم يبطل الضمان على الأصحّ ، وينقل المال من ذمّة المضمون عنه إلى الضامن وتبرء ذمّة المضمون عنه﴾ .

الضمان له معنى مشترك بين الضمان بالمعنى الأخصّ والحوالة والكفالة وهو التعهد بنفس أو مال ، ومعنى أخصّ وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً وهو المراد من القسم الأوّل والفرق بينه وبين الحوالة أنّ التعهد في الحوالة تمّن عليه المال بخلاف الضمان بالمعنى الأخصّ فإنّ الضامن ليس عليه مال وإن قلنا بصحة الحوالة على البريء - يفترقان بأنّ الإيجاب في الحوالة من طرف المضمون عنه والقبول من طرف الضامن ولا بدّ من رضى المحيل المضمون عنه ، وفي الضمان بالمعنى الأخصّ الإيجاب من طرف الضامن والقبول من طرف المضمون له ولا يحتاج إلى رضى المضمون عنه . وحيث أنّه من العقود لا بدّ فيه من الإيجاب والقبول وقد يقال بتحقيقها بالفعل كاللفظ واستشكل بأنّه صرف فرض لا يتحقّق في الخارج وليس مثل البيع .

ويمكن أن يقال يتحقّق بالكتابة وبالإشارة كما لو قال أحد لمن يريد أن يضمن تعهد بالمال الذي على زيد فحزك رأسه بقصد الإثشاء وكما لو أراد الأخرس أن يضمن

بدون تحريك لسانه بل بتحريك اليد ، وبعد تحقق عقد الضمان ينتقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن على مذهب الخاصة وتفرغ ذمة المضمون عنه خلافاً للعامّة حيث ذهبوا إلى عدم فراغ ذمة المضمون عنه فيصير المقام نظير تعاقب الأيدي على العين المنصوبة وسيجيء ذكر بعض الأخبار الدالة على مذهب الخاصة وحيث أن الضمان عقد لا بدّ فيه من القبول الإنشائي فما يظهر من كلامه - قدّس الله سرّه - من الاكتفاء بالرّضا يشكّل ولذا يستشكل في كفاية الرّضا القلبي في الاجازة .

نعم ربما يظهر من كفاية نفس الرّضا صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام في الرّجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت ^(١)، لكنّه لا بدّ من الحمل على الرّضا الإنشائي لتقوم العقد به ، نعم لو أنكر كون الضمان من العقود أمكن الاكتفاء بنفس الرّضا أخذاً بظاهر هذا الصحيح وموثق إسحاق بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام في الرّجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول له وليّه عليّ دينك ، قال : يبرئه ذلك وإن لم يوفه وليّه من بعده وقال أرجو أن لا يأنم وإنما إثمه على الذي يجسه ^(٢) ، بعد تقييده بمادلاً على لزوم الرّضا فلا بدّ في الضامن من التكليف كاعتباره في سائر العقود وجواز التصرف فلابح من السفه حيث عدّ من التصرف المالي وقد سبق في كتاب الحجر الإشكال في شمول الأدلة لمثل هذه التصرفات ولعلّه إجماعي ولا من المملوك لأنّه لا يقدر على شيء بحسب الآية الشريفة ، نعم مع الاجازة من طرف الولي والمولى لا مانع .

وأمّا عدم اعتبار رضی المضمون عنه فالظاهر عدم الخلاف فيه بل ادّعى الإجماع عليه ويدلّ عليه إطلاق صحيح ابن سنان المذكور آنفاً وأمّا لو أنكر المضمون عنه وأبى فالمحكى عن النهاية بطلان الضمان فإن جعل الضمان من العقود يكفي في عدم اعتبار عدم الإنكار دليل صحة العقد وإلا يشكّل من جهة عدم إطلاق في الأخبار الخاصة إلاّ

(١) الفقيه كتاب الوصايا ، ب ١٠٨ ح ١ والكافي ج ٧ ص ٢٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٦٠ .

أن يتمسك بمثل حديث الرِّفْع وهو خلاف بنائهم حيث أنهم يقولون الأصل في المعاملات الفساد والظاهر أن النظر إلى استصحاب عدم ترتب الأثر ويتوجه عليه أن مثل حديث الرِّفْع يرفع الشرطيّة و المانعيّة وبعد الرِّفْع لا يبقى شكّ حتى يتمسك بالاستصحاب إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة ، و يشكل جريانه فيها كما قرّر في محله .

و أمّا انتقال المال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن فلا خلاف فيه ظاهراً وادّعى الإجماع عليه ويدلّ عليه الصحيح والموثق المذكوران .

و يشترط فيه الملاءة أو علم المضمون له بإعساره ولوبان إعساره كان المضمون له مخيراً ، و الضمان المؤجل جائز وفي المعجل قولان أصحهما الجواز .

أمّا اعتبار الملاءة في اللزوم دون الصحة بقرينة ما في المتن من ثبوت الخيار إذا بان الإعسار فالظاهر عدم الخلاف فيه وقد تمسك بقاعدة نفي الضرر و ماعساه يشير إليه ذيل موثق ابن الجهم «سئلت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله على دين وخلف ولداً رجلاً و نساءً و صبياناً فجاء رجل منهم فقال أنت في حلّ ممّا لإخوتي و أخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك قال : تكون في سعة من ذلك و حلّ ، قلت : وإن لم يعطهم قال : ذلك في عنقه ، قلت فإن رجع الورثة عليّ فقالوا أعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم الظاهر فأما بينك وبين الله فانت في حلّ منها إذا كان الرّجل الذي أحلك يضمن رضاهم قلت : فما تقول في الصبي لاؤمه أن تحلّل ؟ قال : نعم إذا كان له مال ما ترضيه أو تعطيه ، قلت : فإن لم تكن له مال ؟ قال : فلا ، قلت : فقد سمعتك تقول : إنّه يجوز تحليلها فقال : إنّما أعني بذلك إذا كان لها مال (١) ، .

و ببعض النصوص الواردة في الحوالة التي هي أخت الضمان ، فإن تمّ الإجماع وإلا فللمناقشة في ما ذكر مجال فإنّ التمسك بعموم قاعدة نفي الضرر مشككٌ ولذا لا يلتزم بالخيار لوباع إلى أجل مثلاً فإن إعساره ولا يلتزم في المفلس بكونه محجوراً

قبل حجر الحاكم .

وأما الرواية المذكورة فظاهرها عدم صحة الضمان مع عدم المال وأما بعض النصوص الواردة في الحوالة فيشكل التمسك به مع مغايرة الضمان في الحوالة ولا مجال للقطع بعدم الفرق فالعمدة الإجماع المدعى في كلماتهم، لكن هذا مع عدم العلم بالإعسار، أما مع العلم أو الرضا على كل حال فلا إشكال ظاهراً في اللزوم، وذكر أنه احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدين لهم فقال لهم لا مال عندي فأعطيتكم ولكن أرضوا بمن شئتم من ابني عمي علي بن الحسين عليه السلام أو عبدالله بن جعفر فقال الغرماء عبدالله بن جعفر ملي مطول وعلي بن الحسين لا مال له صدوق وهو أحبهما إلينا فأرسل إليه فأخبره الخبر فقال : أضمن لكم المال إلى غلّة ولم تكن له غلّة يحملها فقال القوم قد رضينا وضمنه فلما أتت الغلّة أتاحت الله له المال فأدّاه ^(١) .

ثم أنه لا إشكال ولا خلاف في صحة الضمان المؤجل للدائن الحال لشمول الأدلة ولم ينقل فيه خلاف ونقل الخلاف في ضمان الحال ففي محكي المقنعة والنهاية لا يصح ضمان نفس أو مال إلا بأجل بل قد ادعى الإجماع في بعض العبارات وإن الضمان يعتبر فيه الأجل كما يعتبر في السلم الأجل ولم يعثر على دليل يدل عليه سوى ما ذكره في شمول الأدلة لا مجال للإشكال فيه .

✽ ويرجع الضامن على المضمون عنه إن ضمن بسؤاله ، ولا يؤدي أكثر مما دفع فلو وهبه المضمون له أو أبرئه لم يرجع على المضمون عنه بشيء ولو كان باذنه وإذا تبرع الضامن بالضمان فلا رجوع ✽ .

أما رجوع الضامن على المضمون عنه مع سؤاله فلا خلاف فيه ظاهراً بل ادعى الإجماع عليه وفي الخبر « سئلته عن قول الناس الزعيم غارم ؟ فقال : ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال ^(٢) » .

وفي خبر آخر « عن رجل ضمن ضمناً ثم صالح عليه قال : ليس له إلا الذي

(١) الوسائل كتاب الضمان ب ٥ ح ١ .

(٢) الفقيه كتاب القضايا والاحكام باب الكفالة ح ٣ وفيه « الضامن غارم » .

صالح عليه ^(١) ، مضافاً إلى قاعدة احترام مال المسلم .

ويمكن أن يقال : إن كان سؤال المضمون عنه الضمان تبرعاً أو شكاً في نحو سؤاله يشكل الرجوع لولا الإجماع فإن كلام الإمام علي المحكي بعد السؤال عن قول الناس يستفاد منه أن قرار الضمان على من أكل المال في الجملة ، ولا يشمل مالو تبرع الضامن في ضمانه فلا حظ ما ذكر من احتضار عبد الله بن الحسن وسؤاله ضمان ابني عمه وهل يحتمل الرجوع عليه ، وفي الخبر الثاني يمكن أن يكون النظر إلى أنه بعد الفراغ عن الرجوع لا يرجع عليه بأزيد مما أدى ، وأما قاعدة احترام مال المسلم فلا تجري في المقام لأن نظر المضمون عنه إلى التبرع ومع الشك يشك في الاحترام ولا أظن تحقق الإجماع في الصورتين نعم قد يقع الإشكال في مالو كان الضمان بغير سؤال المضمون عنه لكن التأدية كانت بسؤال المضمون عنه لا من جهة تأدية ما عليه من جهة الضمان نظير الأتيان بالواجب الكفائي نيابة عن الغير لا بقصد نفسه ونظير هذا أتيان الولي بمافات الأب من الصلوة باستدعاء الغير المتبرع ولا يبعد استحقاق الرجوع إلا أن يقال : إذا وجب عليه الدفع بالعوض فكيف يستحق العوض .

ويمكن الجواب بأنه لا يستحق العوض إذا دفع بعنوان الواجب عليه لا بعنوان التبرع بأمر الغير ، ومقتضى الخبر المذكور فيه ليس له إلا الذي صالح عليه أنه لو أبرء المضمون له ذمة الضامن ليس له أن يرجع إلى المضمون عنه وإن كان الضمان بسؤاله .

وأما عدم الرجوع مع عدم سؤال المضمون عنه فالظاهر أنه مجمع عليه نظير أداء دين المدين بدون إذنه وهو مقتضى القاعدة كما لا يخفى .

ولو ضمن ما عليه صح وإن لم يعلم كميته على الأظهر ويثبت عليه ما تقوم به البيئنة لا ما ثبتت في دفتر وحساب ولا ما يقر به المضمون عنه .

يمكن التمسك لصحة الضمان مع عدم العلم بكمية المضمون بعموم ما دل على

وجوب الوفاء بالعقد وبالأخبار الخاصة مثل ما حكى فيه ضمان علي بن الحسين صلوات الله عليهما لدين عبدالله بن الحسن صلوات الله عليه وربما يدعى استفادته من خبر عطاء عن الصادق عليه السلام « قلت له : جعلت فداك إن علياً ديناً إذا ذكرته فسد علي ما أنا فيه فقال : سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله ﷺ كان يقول في خطبته « من ترك ضياعاً فعلياً ضياعه ومن ترك ديناً فعلياً دينه ومن ترك مالاً فهو لوارثه » وكفالة رسول الله ﷺ ميتاً ككفالاته حياً وكفالاته حياً ككفالاته ميتاً فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك (١) » .

ويمكن أن يقال : الظاهر أن الكفالة المذكورة في هذه الرواية راجعة إلى أمر آخر من قبيل المسئولية الأخروية ونقل حسنات المدين إلى الدائن فلعل كفالة رسول الله ﷺ توجب عدم المسئولية ، وعدم نقل الحسنات أو نقل ما يترتب على سيئات الدائن إلى المدين وإلا لزم أن لا يصح تبرع أحد بتأدية دين من مات لم يترك مالاً فتدبر ثم إن ثبت كمية المال المضمون بالبيئنة لعموم حجيتها وأما ما أثبت في دفتر وحساب فمع الوثوق بالصحة لا يبعد الثبوت مع الإثبات فيهما لأن الوثوق من الطرق التي يتوجه العقلاء إليها .

وأما الإقرار فقد يستشكل في حجتيته بالنسبة إلى الضامن من جهة أن الإقرار نافذ بالنسبة إلى المقر لا بالنسبة إلى الغير إلا أن يكون الإقرار سابقاً على الضمان وبشكل الفرق بين الإقرار السابق واللاحق فإن الإقرار السابق نافذ بالنسبة إلى نفس المقر ولا يثبت به الدين والمضمون هو الدين ، وإن قلت بعد نفوذ الإقرار يكون المقر به بمنزلة الدين الواقعي ، قلت : كذلك الإقرار اللاحق فيبعد نفوذه يكون المقر به بمنزلة الدين الواقعي . وبعبارة أخرى إن كان المقر به بمنزلة الموضوع ففي صورتين تحقق الموضوع وإلا فلا بد من الالتزام بعدم النفوذ بالنسبة إلى الغير والحمد لله أولاً وآخراً .

القسم الثاني الحوالة وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله ، ويشترط رضا الثلاثة ، وربما اقتصر بعض على رضا المحيل والمحتال ولا يجب قبول

الحوالة ولو كان على ملي ، نعم لو قبل لزمتم ، ولا يرجع المحتمل على المحيل ولو افتقر المحال عليه .

لا يخفى أن التعبير بتحويل المال - الخ إن كان النظر فيه إلى تعريف الحوالة ينتقض بصدقه على الضمان و يخرج منه الحوالة على البريء إن قيل بصحتها فالأولى التعبير بالإحالة و إلغاء قيد شغل الذمة و إن كان الأمر في أمثال هذه التعريفات سهلاً و بعد الفراغ عن كون الحوالة من العقود لا بد فيها من الإيناء و لا يكفي مجرد الرضا بدون الإيناء و إذا كان المتعارف العقد الواقع بين الثلاثة بأن يكون العقد مرغباً من إيجاب و قبولين فهو المتيقن في شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد و يشك في شموله للفاقد لقبول المحال عليه و لا يقاس المقام بالتوكيل في استيفاء ما على الغير حيث إنه لا اعتبار برضى الغير لأن الحوالة توجب فراغ ذمة المحيل بخلاف باب التوكيل ، و وجه ما ذكر من الاقتصار بالمتيقن احتمال أن يكون اللام في مثل «أوفوا بالعقود» للمهد دون الاستفراق حتى يشمل كل عقد ولو كان مستحدثاً ، و قد يقال : إن الحوالة من الإيقاع غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتمل أو منه و من المحال عليه ، و مجرد هذا لا يصير عقداً .

و يشكل لما ذكر من أن الحوالة ليس مجرد نوع من وفاء الدين بل توجب فراغ ذمة و اشتغال ذمة أخرى ، نعم إن قلنا بجريان حديث الرفع لرفع الجزئية أو الشرطية في أمثال المقام أمكن القول بالاكفاء برضا المحتمل دون المحال عليه .

و إما عدم وجوب قبول الحوالة فوجهه بناء على كونها عقداً واضح و القائل بكونها إيقاعاً حيث يلتزم بآته بعد الحوالة تفرغ ذمة المحيل و تشتغل ذمة المحال عليه بدون وفاء ما على المحيل لا بد له من اعتبار رضا المحتمل لأنه ليس من قبيل تسليطه على المال حيث إنه يجب عليه القبول على المعروف و مع قبول المحتمل لزم الحوالة و ليس له الرجوع على المحيل و لو افتقر المحال عليه بعد الحوالة لخبر أبي أيوب «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^(١) .

و خبر منصور بن حازم « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه قال : لا يرجع عليه ابداً ^(١) .

و خبر عقبه عن أبي الحسن عليه السلام « سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي قال : لا ^(٢) .

و يشترط ملاءة وقت الحوالة أو علم المحتال بأعساره ، و لو بان فقره رجع و يبرء المحيل ، و إن لم يبرئه المحتال ، و في رواية إن لم يبرئه فله الرجوع ^(٣) .

وجه الاشتراط خبر أبي أيوب المذكور و لا ظهور فيه في أن الرجوع من باب بطلان الحوالة أو من جهة خيار الفسخ ، لكن ظاهر كلماتهم أنه من باب خيار الفسخ كما ذكروا في الضمان و هذا هو مقتضى القاعدة لأن الأصل الصحة مع اللزوم و مع إجمال المخصص يؤخذ بالعام و يرفع اليد بالمقدار المتيقن .

و أما براءة المحيل و إن لم يبرئه المحتال فهي ما يقتضيه صحة الحوالة ، و غاية ما يمكن أن يقال : إن باب الحوالة نظير باب تعاقب الأيدي على العين المغصوبة و كباب الضمان على مذهب الجمهور حيث يقولون : الضمان ضم ذمه إلى ذمه لكن هذا بنا في الأخبار المذكورة الدالة على أنه لا يرجع المحتال إلى المحيل أبداً ، و الخبر المشار إليه في المتن خبر زرارة عن أحدهما عليه السلام « في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل فيقول الذي احتال بزئت من مالي عليك ، فقال : إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه و إن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله ^(٤) .

و الظاهر أن هذا الخبر مناف مع الأخبار المذكورة حيث إنه مع الإبراء تبطل الحوالة لأنه مع الإبراء ليس للمحتال الرجوع إلى المحال عليه فلامجال لتقييد تلك الأخبار بهذا الخبر فمع صحة الحوالة يرجع المحتال على المحال عليه و مع الإبراء تبطل الحوالة كما أنه على فرض القول في الحوالة كما ذهب إليه الجمهور في الضمان

(١) الكافي ج ٥ ص ١٠٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٦٦ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ١٠٤ و التهذيب ج ٢ ص ٦٦ .

لا حاجة إلى الإبراء لأنه مع الإبراء لا يرجع على المحال عليه إلا أن يقال : المراد من الرواية أنه مع عدم الأخذ من المحال عليه للمحتال أن يرجع على المحيل إلا أن يكون قد أبرء .

و بالجمله بعد تسلّم انتقال الدّين إلى المحال عليه بمقتضى الأخبار لا بدّ من ردّ العلم بالخبر المذكور إلى أهله .

﴿ القسم الثالث الكفالة وهي التعهّد بالنفس و يعتبر رضی الكافل و المكفول له دون المكفول عنه ، و في اشتراط الأجل قولان ، وإن اشترط أجلاً فلا بدّ من كونه معلوماً و إذا دفع الكافل الغريم فقد برء ﴾ .

لا إشكال في مشروعیة هذا العقد لأنّه من العقود المتعارفة عند العقلاء فيكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء مضافاً إلى الأخبار الخاصّة و يقع الإشكال في أنّها هل تعهّد بالنفس خاصة أو تعمّ التعهّد بغير النفس كالتعهّد بالدّابة أو العين المضمونة و أيضاً هل هي تصحّ بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حقّ شرعيّ و الحقّ أعمّ من أن يكون ديناً أو لا يشترط هذا بل يكفي استحقاق الإحضار في مجلس الشرع فتصحّ كفالته؟ لا يبعد أن يقال : التعهّد بالنفس متيقّن و غيره غير معلوم شمول الأدلّة له حيث إنّ الأدلّة لا يشمل العقود الغير المتعارفة و أمّا كفاية استحقاق الإحضار في مجلس الشرع فقد يستشكل فيها على فرض تحقّق الاستحقاق و عدم الشبهة فيه حيث عدّ من موارد صورة ادّعاء المدّعي و يشكل من جهة أنّه مع عدم ثبوت حقّ المدّعي كيف يستحقّ المدّعي استحضار المنكر نعم مع وجود البيّنة للمدّعي أن يقيم البيّنة عند الحاكم و للحاكم أن يحكم له و الغائب على حجّته فإن أقام الحجّة على خلاف ما حكم و إلاّ فهو محكومٌ عليه و مع عدم البيّنة للمدّعي أن يحلف المنكر و هل الإحضار حقّ للمدّعي أو يكون من وظائف الحاكم من جهة لزوم فصل الخصومة و الفصل يتوقف على إحضار المنكر للتخليف أو النكول أو ردّ اليمين على المدّعي يظهر من كلماتهم أنّه لو طلب الخصم من الحاكم إحضار خصمه للمرافعة وجب عليه إجابته و إحضاره و ادّعي عليه الإجماع ، والظاهر أنّه لا دليل عليه إلاّ دعوى توقف الحكم على ذلك و إنّ الحاكم

منصوب لاستيفاء الحقوق وبشكل خصوصاً قبل تحرير الدعوى وتحقق كونها مسموعة ومع تسليم ما ذكر لم يظهر حق للمدعى بل ولا للحاكم، حتى يقال للمدعى حق الإحضار فيجوز أخذ الكفيل إلا أن يقال: مع وجوب الحضور على المنكر عند أمر الحاكم تكليفاً يجوز أخذ الكفيل لكنه مع كونه من باب الأمر بالمعروف وبشكل جواز أخذ الكفيل له، ومما ذكر ظهر الأشكال في جواز أخذ الكفيل في سائر الموارد التي يجب تكليفاً الحضور فيها كالحضور لأداء الشهادة عند الحاكم.

و أما اعتبار رضا الكافل والمكفول له بمعنى الإيجاب والقبول بينهما لا مجرد التراضي فلا إشكال فيه بعد الفراغ عن العقديّة ويقع الإشكال في اعتبار رضا المكفول بالمعنى المذكور حتى يصير العقد أطراف ثلاثة وجه الإشكال أنه يحتمل مدخلة رضى المكفول في تحقق العقد فعدمه يشكل شمول الدليل له ولا يبعد أن يقال: الكفالة المتعارفة بين الناس في مقاصدهم لا يعتبر فيها رضا المكفول كما لو أراد الجائر حبس إنسان ظلماً فمع كفالة أحد برضا الجائر يتحقق عندهم الكفالة مع أن المكفول غير راض بل غير مطلع فمع تحقق الكفالة عند العرف يكون مشمولة للدليل ولا إشكال في صحة الكفالة مؤجلة وأما صحتها حاله فقد وقع الخلاف فيها ولم يعرف وجه لعدم الصحة إلا دعوى أنها بلا فائدة ولا يخفى ما فيها إذ للمكفول له أن يطلب المكفول من الكفيل بعد تامة الكفالة و بعد شمول الدليل بإطلاقه لا يبقى إشكال وأما لزوم تعيين الأجل في المؤجلة فادعى عليه إجماع ولا مجال للتمسك فيه بدليل نفي الفرر لعدم تامة في غير البيع وما الحق به مثل الاجارة والصلح المبني على المداقة فإن تم الإجماع وإلا ففيه إشكال.

و أما البراءة مع دفع المكفول فوجهه ظاهر.

وإن امتنع كان للمكفول له حبسه حتى يحضر الغريم أو ماعليه ولو قال إن لم أحضره إلى كذا كان عليّ كذا كان كفيلاً أبداً ولم يلزمه المال ولو قال عليّ كذا إلى كذا إن لم أحضره كان ضامناً للمال إن لم يحضره في الأجل *
أما الحبس مع الامتناع فيدل عليه قول الصادق عليه السلام على المحكمي في خبر

عمار الموثق «أُتِيَ أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه وقال اطلب صاحبك» (١) .

وما رواه الشيخ في التهذيب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال احبسوه حتى يأتي صاحبه» (٢) ، وفي خبر أصبغ بن نباته «قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس وقال له اطلب صاحبك» (٣) .

وأما التخيير بين إحضار الغريم أو ما عليه من الحق فيشكل من جهة أنه قد يتعلق الغرض بخصوص إحضار المكفول ومع عدم تعلق الغرض بخصوصه أيضاً لوجه لتخيير الكفيل بل الاختيار للمكفول له ، وربما يتمسك للتخيير بأن مبنى الكفالة عرفاً على ذلك بل هو المقصود بين المتعاقدين بها وبظهور قول الصادق عليه السلام على المحكي في مرسل الصدوق «الكفالة خسارة غرامة ندامة» (٤) ، كقوله في خبر داود «مكتوب في التوراة كفالة ندامة غرامة» (٥) .

ولا يخفى الإشكال فيه لأن الملتزم به في العقد نفس الإحضار وتعلق العرض باستيفاء الحق لا يوجب التخيير ورفع اليد عن مقتضى العقد والخبر ان لا يستفاد منهما التخيير ، نعم غاية ما يمكن أن يقال : إن كان الإحضار لاستيفاء حق مالي أمكن تأديته لغير المدين ، وقلنا بوجوب القبول على الدائن وإن كان التأدية من غير المدين فمقصور الحق إلى ذي الحق ووصوله إليه موجب لسقوط الكفالة إلا أن الظاهر أن الوجه الذي تمسك به لوجوب القبول على الدائن إذا كان المؤدّي المدين لا يجري إذا كان المؤدّي غير المدين هذا مضافاً إلى أن ما ذكر لا يوجب إلزام الكفيل بالتخيير بين إحضار المكفول وبين

(١) الكافي ج ٧ ص ١٠٥ . والتهذيب ج ٢ ص ٦٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٦٦ .

(٣) و(٤) الفقيه كتاب القضايا والاحكام ب ٤ ح ١ ص ٦٠ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٦٦ .

تأدية ما على المكفول بحيث لو لم يمكن حبه وأمكن أخذ المال منه بدون رضاه
جاز أخذه منه .

وأما التفرقة بين الصورتين المذكورتين فللخبرين اللذين هم الأصل في هذه المسئلة
أحدهما خبر البقباق عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن الرجل تكفل بنفس الرجل
إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما ، قال : إن جاء به إلى الأجل فليس
عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدء بالدرهم فإن بدء بالدرهم فهو له ضامن
إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله ^(١) ، وهو إما صحيح أو موثق .

و الثاني خبره الآخر أيضاً قلت لأبي عبدالله عليه السلام « رجل تكفل للرجل بنفس
رجل وقال إن جئت به وإفعلني خمسة مائة درهم على ما في التهذيب وفي الكافي إن
جئت به وإلا فليك خمسة مائة درهم (وفيهما معاً) قال عليه نفسه ولا شيء عليه من
الدرهم فإن قال علي خمسة مائة درهم قال : يلزمه الدرهم إن لم يدفعه إليه ^(٢) ،
وهو موثق أيضاً بل في سنده أبان الذي هو من أصحاب الإجماع وحيث إنه لا فرق
بحسب القاعدة بين تقديم الجزاء وبين تأخيره أشكل الأمر والحمل على التعبد بعيد
جداً وغاية ما يوجه به أن يقال على ما نقل في الكافي القائل بقوله « إن جئت وإفعلني
الرخ » هو المكفول له وهذا إلزام منه على الكفيل وحيث أن الكفيل لم يلتزم بهذا بل
التزم بخصوص الكفالة ليس عليه إلا إحضار المكفول من دون التزام بالدارهم بخلاف
مالو التزم بالدرهم إن لم يحضر المكفول لكن هذا التوجيه لا يصح في الخبر الأول
لأن الظاهر منه أن الكفيل هو بنفسه التزم بالدرهم على تقدير عدم المجيء به لكن
عدم المال على الكفيل فيه مشروط بالمجيء بالمكفول إلى الأجل وهذا هو الظاهر
ويبعد حمل قوله « فإن لم يأت به الرخ » على الاستفهام هذا وادعى الإجماع على ما اقتوا به
فإن تحقق وإلا فلا بد من رد العلم في الخبرين إلى أهله .

(١) الفقيه كتاب القضاة والاحكام باب ٤ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٦٦ و الكافي ج ٥ ص ١٠٤ .

﴿ومن خلى غريباً من يدغريه قهرألزمه إعادته أو أداء ما عليه ولو كان قاتلاً أعاده أو يدفع الدية وتبطل الكفالة بموت المكفول﴾ .
 أدعى عدم الخلاف في لزوم الإعادة أو أداء ما عليه واستدل على الحكم بقاعدة نفي الضرر والضرار وفحوى ما ذكره وافي القاتل وبأنه غصب اليد المستولية من صاحبها فكان عليه إعادتها أو أداء الحق ويمكن أن يقال : أما القاعدة فيشكل التمسك بها من جهة ما هو المعروف من أن القاعدة ليست مشرعة بل ترفع الحكم الضرري من جهة حكومة دليلها على أدلة الأحكام ، وأما الفحوى المذكور فلم يظهر وجهه فإن الدليل في تلك المسئلة الصحيح أو الحسن الوارد في « رجل قتل عمداً » فإسراء الحكم إلى غيره مشكل ، وأما ما ذكر من حصول غصب اليد المستولية فكان عليه الإعادة فيشكل من جهة أن المعروف أن الحر لا يد عليه ولا يد على أوصافه وأحواله فالمقام كما لومنع المالك عن التصرف في ملكه من دون تصرف في الملك والظاهر أنهم لا يلتزمون بالضمان بالنسبة إلى العين أو المنفعة .

والحاصل أنه إن تحقق الإجماع وإلا فإثبات الحكم المذكور بما ذكر مشكل .
 وأما لو كان الغريم قاتلاً فيدل على لزوم إعادته الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفعه إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فدخلوا القاتل من أيدي الأولياء فقال : أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل ، قيل : فإن مات وهم في السجن قال فإن مات فعليهم الدية يردونها جميعاً إلى أولياء المقتول (١) » .

و ظاهر هذه الرواية تعيين الإحصار لا التخيير بين الإحصار والدية وللدية بعد الموت ، والرواية في خصوص القتل العمدي والتعميم منوط بالقطع بعدم الفرق ، ومقتضى القاعدة تعلق الدية بمتروكات القاتل كسائر الديون وليس في النص رجوع القوم بعد أداء الدية إلى ورثة القاتل إلا أن يقال بعدم الدية مع هلاك القاتل في القتل العمدي كما نسب إلى الشيخ (ره) .

وأما بطلان الكفالة بموت المكفول فهو المشهور ، فإن قلنا بأن المتلزم به في عقد الكفالة خصوص إحضار الإنسان الحي فبعد الموت يكون الموضوع منتفياً فلامعنى لبقاء الكفالة وإن كان المتلزم به إحضار البدن سواء كان حياً أو ميتاً لغرض كالأشهاد عليه فبالموت لا تبطل الكفالة لكن الظاهر أن هذا النحو خارج عن وضع الكفالة .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين

كتاب الصلح وهو مشروع لقطع المنازعة ويجوز مع الاقرار والإنكار إلا ما حرم حلالاً أو حلالاً حراماً ويصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع جهالتهما ديناً تنازعا أو عيناً وهو لازم من طرفيه ويبطل بالتقابل .

الصلح هو التسالم على أمر من تمليك عين أو منفعة أو إسقاط دين أو حق وغير ذلك بعموض أو بلاعوض والمعروف أنه شرع لقطع التجاذب والتنازع لكنّه لا يشترط فيه سبق النزاع والخصومة وأدعى الإجماع على عدم اعتبار سبق النزاع واستدل عليه بعموم ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً وحرّم حلالاً » (١) .

و ما رواه حفص بن البختري في الحسن لابراهيم عن الصادق عليه السلام قال : « الصلح جائز بين الناس » (٢) .

و ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام ومنصور بن حازم عن الصادق عليه السلام أنّهما قالاً « في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل منهما كم عند صاحبه ، فقال كل واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عندي ، فقال : لا بأس

(١) الفقيه كتاب القضايا والاحكام ، ب ١٦ ج ١٠

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ .

بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما (١) .

وقد يتأمل في دلالة مثل النبوي وما فيه لفظ الصلح من الأخبار على العموم من جهة احتمال أن مفهوم الصلح ما كان مسبقاً بالنزاع نعم لا تتأتى هذه الشبهة في الرواية المنقولة عن الباقر والصادق عليهما السلام لكن لاعموم لها ، ويمكن الاستدلال ببعض الأخبار كصححة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يكون عليه شيء فيصالح فقال : إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس (٢) » .

وصححة عمر بن يزيد قال « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن على رجل ضمان ، ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال : ليس له إلا الذي صالح عليه (٣) » .

فإن الظاهر عدم سبق نزاع وخصومة بل المراد مجرد التسالم والتراضي ، وأما جواز الصلح مع الإقرار والإنكار ففي صورة الإقرار لإشكال إلا أن يوجب الربا وقتنا بجران الربا المعاوضي في الصلح كالبيع وأما في صورة الإنكار فقد يستشكل من جهة أنه مع إنكار المنكر كيف يصح المعاوضة ، وقد يقال : المراد من الصحة الصحة بحسب الظاهر فإن كان المدعى محققاً والمدعى عليه مبطلاً في إنكاره فالصلح أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر وعدم صحة الدعوى بعد ذلك إلا أنه لا يفيد براءة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح مع فرض وقوع الصلح على أقل مما في ذمته في الواقع ، ويدل على ذلك صححة عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورتته على شيء فالذي أخذته الورثة لهم وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة فإن هو لم يصلحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به (٤) » .

ويحتمل أن يكون المدعى مبطلاً والمدعى عليه محققاً في إنكاره وأنه بريء

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٨ و التهذيب ج ٢ ص ٦٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٦٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٥٩ ، و التهذيب ج ٢ ص ٦٥ .

الذمّة في الواقع فإنّ الصلح وإن صحّ ظاهراً لكنّه لا يصحّ بحسب الواقع ولا يستباح للمدعيّ مادفع إليه لأنّه أكل للمال بالباطل ، نعم لو كانت الدّعوى مستندة إلى شبهة وقرينة تخرج بها عن الكذب المحض كما لو وجد المدعيّ بخطّ مورثه أن له على فلان مالاً أو شهد له من لا يثبت الحقّ بشهادته شرعاً ولم يكن المدعيّ عالماً بالحال وتوجهت له اليمين على المدعيّ عليه فيصالحه على إسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعة فالظاهر هنا صحة الصلح في نفس الأمر واستحقاق ما يأخذه من مال الصلح .

ويمكن أن يقال : لانعرف وجهاً لصحة الصلح ظاهراً مع عدم معلومية حقّ يصلح عنه شيء في مقابله ومجرّد جواز المرافعة وطلب اليمين من المنكر لا يثبت حقاً يقابل بالمال وادلّ على ذهاب اليمين بالحقّ وعدم جواز المقاصة لا يثبت صحة الصلح ظاهراً ولا نجد فرقاً بين صورة العلم بكذب أحد الطرفين وصورة الشبهة ووجدان الخطّ أو شهادة من لا تقبل شهادته ، والصحة المذكورة لا يستفاد منها صحة الصلح في صورتين بل هي متعلّقة لصورة الاستحقاق والصلح بأقلّ ممّا في الذمّة ، وربما يظهر منها ما هو خلاف القواعد حيث إنّ مال الميت ينتقل إلى الوارث بعد الموت فلعلّ المراد من مؤاخذة الميت في الآخرة من جهة حرمانه وحرمان ورثته .

والحاصل أنّ الصحة بحسب الظاهر توجب أن يعامل مع المأخوذ معاملة الملكية بحيث يجوز للغير أن يتصرّف فيه باذن الاخذ مع التفاوت الغير بوقوع الصلح ظاهراً وإثبات هذا في غاية الأشكال .

ومما ذكر ظهر الأشكال فيما هو المعروف من أن طلب البيع من المنكر إقرار بخلاف طلب الصلح حيث إنّ صحة الصلح العقدي منوطة بالاستحقاق فطلب الصلح اعتراف بالاستحقاق ، وأمّا إحضار الحاكم للمنكر وإلزامه بالحلف مع عدم ثبوت حقّ للمدعيّ فلعلّ الوجه فيه الاحتياط في الأموال والحقوق ولعلّه من هذه الجهة يحكم بحبس الغريم حتى يتبيّن إفساره مع أنّه إن كان معسراً واقعاً لا يطالب بالمال .

وأمّا استثناء محرّم حلالاً أو حلّ حراماً فهو نظير الاستثناء في الخبر المعروف « المؤمنون عند شروطهم - الخ » ويقع الأشكال في تمييز محرّم حلالاً وقد سبق الكلام

فيه في البيع في باب الشرط وأما صحة الصلح مع العلم والجهل فلا إشكال ولا خلاف فيها في الجملة لعموم الأدلة وخصوص خبرين المذكورين عن الباقر والصادق عليهما السلام ونحوهما الموثوق والمناقشة باحتمال كون مضمونها الإبراء لا الصلح قد تدفع بفهم الاصحاب وظهور المعاوضة فيها والأولى أن تدفع بترك الاستفصال حيث إن السؤال محتمل للإبراء والصلح فالجواب بعدم البأس يشمل الصورتين هذا مضافاً إلى أن الإبراء يتحقق في صورة كون الشيء في الذمة دون العين الخارجية وظاهر الأخبار خصوص ما كانت العين الخارجية عند كل منهما ، نعم يشكل الأخذ بمضمون هذه الأخبار على القول بثبوت الربا في المعاوضة الواقعة بنحو الصلح وقد يستشكل في صحة الصلح واقعاً لو كان أحد الطرفين عالماً بالقدر والآخر جاهلاً به وصولح بالأقل كما يظهر من صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة لكن الظاهر منها أن عدم براءة الذمة من جهة وقوع الصلح بالأقل لا من جهة الجهل ويشكل الأخذ بظاهاها من جهة أن الصلح إن كان صحيحاً فلا بد من حصول البراءة وإن كان فاسداً فلا يجوز التصرف في المال المصالح به إلا بعنوان التقاص وفي الصحيحة لم يتعرض للتقاص والقول بالصحة ظاهراً لافي نفس الأمر لانفهم وجهه ثم إن الظاهر صحة الصلح مع الجهل سواء أمكن رفعه بسهولة أم لا لعموم الأدلة والأخبار المذكورة المتعرضة للطعام عند الطرفين فما ذكر في بعض الكلمات من التفرقة بين صورة تعسر المعرفة وتيسرها فالحكم بالصحة في الأولى دون الثانية تمسكاً بقاعدة نفي الفرر مشكل من جهة أن المسلم من القاعدة جريانها في البين والحق بها الإجارة وإلا فمجرد التعسر لا يصحح المعاملة ولا فرق في ما ذكر بين العين والدين للإطلاق وأما لزوم وهو مقتضى عموم «أوفوا بالعقود» بعد الفراغ عن كون الصلح عقداً مستقلاً بنفسه وإن كان يفيد تارة فائدة البيع و أخرى فائدة الهبة وثالثة فائدة أخرى كما هو مقتضى ظاهر أدلته ومجرد إفادة عقد فائدة عقد آخر لا يوجب فرعية أحدهما للآخر .

وأما البطلان بالتقابل وهو مقتضى دليل صحة الإقالة بل استحبابها وقد تكاثرت الأخبار باستحباب الإقالة ومنها ما رواه الصدوق قدس الله تعالى روحه في المقنع مرسلًا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أيما مسلم أقال مسلماً ندامة أقاله الله عثرته يوم القيامة »

وروي أنه لم يأذن رسول الله ﷺ لحكيم بن حزام في تجارة حتى ضمن له إقالة النادم وإنظار المسرو وأخذ الحق وافيأ أو غير واف (١) .

ولو اصطاح الشريكان على أن الخسران على أحدهما والربح له وللآخر رأس ماله صح ، ولو كان يبدائنين درهمان فقال أحدهما : همالي ، وقال الآخر : هما بيني وبينك فلمدعي الكلّ درهم ونصف وللآخر ما بقى .

استدل لصحة الاصطلاح على النحو المذكور بالعمومات وخصوص المعبرة منها الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه أعطني رأس المال ولك الربح عليك التوى فقال لا بأس إذا اشترطاً فإذا كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد إلى كتاب الله عز وجل » (٢) .

ونحوه الآخر عنه أيضاً إلا أنه قال : « وكان من المال دين وعين » ولم يقل و عليهما دين وكذا الثالث إلا أنه قال « وكان من المال ديناً » ولم يذكر العين ولا عليهما دين ، والرابع « إلا أنه قال كان المال عيناً و ديناً » .

قد يحمل هذه الأخبار على الصحة في صورة التراضي بعد الشركة وإرادة التقسيم لا بأن يشترطاً في عقد الشركة لقوله فربحاه وربحاً وأعطني رأس المال وليس في قوله « إذا اشترطاً » منافاة لذلك لاحتمال أن يكون المراد منه إذا تراضيا رضياً يتعقب اللزوم بوقوعه في عقد لازم وليس المراد إذا اشترطاً في عقد الشركة لاختصاصه حينئذ بنفي البأس في صورة وقوع الشرطية بل ثبوت البأس مع وقوعه في غيره ولا قائل بهما وقال الشهيد قدس سره لوجعاً لذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع لمنافاته موضوعها .

ويمكن أن يقال حمل قوله عليه السلام على المحكي إذا اشترطاً على التراضي الواقع في عقد لازم بعيد بل الظاهر وقوع الاشتراط في عقد الشركة فهذا نظير أن يسئل إذا باع الإنسان هل له الفسخ فيجب لا بأس إذا اشترطاً ، فهل يحمل على الاشتراط في

(١) قد تقدم .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٦٥ .

عقد آخر وقول السائل فربحاه ربحاً وأعطني رأس المال لا يوجب صرف الكلام عما هو ظاهر فيه بل المحتمل قريباً أن يكون النظر إلى أن مورد السؤال مع فرض الاشتراط في عقد الشركة لا بأس وهذا لا ينافي صحة الشرط مع وقوعه في غير عقد الشركة كما يبين في الأصول ومجرد عدم القول به لا يوجب صرف الكلام عما هو ظاهر فيه .

وأما ما حكى عن الشهيد - قدس سره - من أن جعل ذلك في ابتداء الشركة ينافي موضوع الشركة فالأقرب المنع فيشكل لورود النقص بالمضاربة فإن طبع المعاوضة يقتضى انتقال العوض إلى رب المال وعقد المضاربة يقتضى انتقال مقدار من الربح إلى العامل وإن وجه في المضاربة بأن تمام العوض في المرتبة الأولى ينتقل إلى رب المال وفي المرتبة الثانية ينتقل إلى العامل مقدار منه فليوجه في المقام بهذا النحو نعم لولم يكن النص "لأمكن الإشكل باحتمال المخالفة" ، ولذا يستشكل في صحة المضاربة مع كون رأس المال غير الذهب والفضة و أما لو كان بيد اثنين درهمان وادعى أحدهما الكل والآخر النصف فالحكم لمدعى الكل بدرهم ونصف وللآخر بالنصف لصحيح عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمين فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الآخر هما بيني وبينك قال : فقال أبو عبدالله عليه السلام أما الذي قال هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحدهما درهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين ^(١) .

ومثله مرسل محمد بن أبي حمزة المنجبر إرسالهما بالشهرة مع أن في سنديهما ابني أبي عمير والمغيرة من أصحاب الإجماع وظاهر النص والقنوى عدم الحاجة إلى اليمين لكن في التذكرة بعد فرض موضوع المسئلة دعوى أحدهما الدرهمين والآخر اشتراكهما قال الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعويهما فيه فمن نكل منهما قضى به للآخر ولو نكلاماً أو حلفاً معاً قسم بينهما نصفان واستحسنه في المسالك لعموم اليمين على من أنكر ، واستشكل بأن الرجلين كل منهما ذواليد بالنسبة إلى الكل فيكون من باب التداعي غاية الأريقع التعارض بين اليمينين

فمقتضى القاعدة تنصيف ما فيه النزاع وهو الدرهم الغير المقر به ولا مجال لقاعدة « البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر » .

ووجه ما ذكر أن العين المشاعة لا يتصور اليد على كل جزء جزء منها إلا باعتبار اليد على الكل وحيث إن العين غير خارجة عن ملك الرجلين يحكم بالتنصيف ولا مجال للقرعة لاختصاصها بتعارض البيئتين بحسب الأخبار الواردة في تعارض البيئتين .

ويمكن أن يقال : ظاهر الجواب في الخبر المذكور عدم الإشاعة وإلا لكان الأ نسب أن يقال نصف الدرهمين أقرب به فالوجه المذكور في العين المشاعة لا يتأتى في المقام ، ثم نقول لازم ما ذكر عدم ملكية النصف المشاع حيث إن الإضافة الملكية بالنسبة إلى كل جزء جزء لا يتصور إلا بحصول الإضافة إلى الكل وهذا يؤيد ما قيل من أن المال المشترك يكون لكل من الشريكين فيه إضافة إلى الكل نظير ما يقابل الموزون حيث أن البعض منه ليس مقابلاً للبعض بل يقابل الكل وما ذكر خلاف المشهور فإن قيل الإضافة الملكية أمر اعتباري يمكن أن يتعلق بالمردد بخلاف الاستيلاء واليد يجاب بإمكان تعلق الاستيلاء أيضاً بالمردد كقدرته على أحد الأمرين لا بالجمع وأيضاً لازم ما ذكر عدم جواز تصرف ورثة المتصرفين في عين واحدة حيث لم يعلم الوارث بالملكية لمورثه لتعارض اليمين والأظن أن يلتزم به ، وأيضاً لازم ما ذكر تمام العين على الغاصب إذا كانت بيد المالك والغاصب وبالجملة تطبيق المضمون في الخبرين المذكورين على القواعد لا يخلو عن الأشكال .

ويمكن أن يقال : اليد عند العقلاء أمانة الملكية فإذا كانت العين بيد اثنين مثلاً يكون يد كل منهما أمانة على الملكية وحيث إن الملك الواحد لا يكون مملوكاً لمالكين في عرض واحد وإن كان هذا محالاً للتأمل حيث جوزه بغض الأكبر - قدس سره - تكون يد كل منهما أمانة على ملكية بنحو الشركة ولا يقع التعارض عندهم من جهة أن يد كل منهما أمانة على ملكية تمام العين والملك الواحد لا يكون مملوكاً لمالكين في عرض واحد ولذلك تشتري العين منهما من دون حاجة إلى إثبات الملكية لهما

أولاً أحدهما .

﴿ وكذا لو أودعه إنسان درهمين وآخر درهما فامتزجت لاعتن تفريط وتلف واحد فلصاحب الاثنين درهم ونصف وللآخر ما بقي ﴾ .

وجه الحكم المذكور يظهر ممّا ذكر حيث إنّ الذي الدرهمين درهما منهما لا احتمال فيه والآخر محتمل لكلّ منهما ولا مرجح فالعدل والانصاف يقتضيان التقسيم بينهما ويؤكد هذه القاعدة خبر السكوني عن الصادق عليه السلام « في رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع ديناراً منهما ، فقال : يعطي صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين » (٤) .

ويمكن أن يقال : إن كان الخبر المذكور مجبوراً وإلا فيشكل العمل بالقاعدة المذكورة مع عدم طيب النفس من المتداعين لاحتمال جريان قاعدة القرعة ولذا قيل بها في النزاع في زوجية المرأة بعد سقوط البيّنتين بالنكول عن الحلف من المتداعين لعبومات القرعة واحتملت القرعة أيضاً فيما لو علم قدر المال ولم يعلم صاحبه ولكن علم في عدّة محصورة مع أن القاعدة المذكورة تقتضي التوزيع .

﴿ ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين فاشتبهها ، فإن خيّر أحدهما صاحبه فقد أنصفه وإلا يباع وقسم الثمن بينهما أخماساً ، وإذا ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح ﴾ .

قد أفتى المشهور في الثوبين بما ذكر لخبر إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرّجل يبضعه الرّجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب ، فبعث بالثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسي الثمن ، قلت فإنّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيّهما شئت قال : قد أنصفه ، المخيّر المنجبر بالشهرة مع احتمال صحّة سندها في طريق الصدوق ، بل والشيخ فإن كان المراد الصلح بالنحو المذكور مع تراخي الطرفين فلا

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٦٥ .

(١) الفقيه .

إشكال وإن كان المراد تعيين العمل بالنحو المذكور حتى مع عدم تراضي الطرفين لا يمكن أن يكون ثمن الثوب المشتري بعشرين أزيد من ثمن الثوب الآخر فيكون من باب التعبد يقتصر على مورده ويشكل التعدّي إلى أمثال مورد السؤال وإن كان الاختصاص بمورد السؤال أيضاً مشكلاً .

و أما بطلان الصلح مع ظهور استحقاق أحد العوضين فقد علل بأن العوضين في هذا الصلح من الأركان وإن لم يكن العوض في حقيقة الصلح ركناً لصحة الصلح بلا عوض فيفيد فائدة الهبة ولا يقاس المقام بباب النكاح حيث دلّ الدليل فيه على الصحة مع كون المهر مستحقاً للغير وبأن المقصود غير واقع والواقع غير مقصود ولا يخفى الإشكال فيما ذكر فإن الركن ما يتقوم به الحقيقة دون ماله الدخّل في قسم منها .

وأما ما ذكر من أن المقصود غير واقع - الخ ، فهو إشكال ذكر في صورة تخلف الوصف كما لو اشترى العبد الموصوف بالكتابة مع كون المبيع شخصاً خاصاً فبان غير كاتب وكذا في صورة اشتراط شرط مخالف للكتاب أو السنة فإن قيل بالصحة فيما ذكر أمكن القول بالصحة في المقام إلا أن تكون في المقام إجماع أو يقال هذا نظير ما لوبان في البيع أحد العوضين خلاف الحقيقة التي وقع العقد عليها كما لوباع على أنه عبد حبشي فبان حماراً وحشياً و الظاهر تسلم البطلان فيه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و الصلوة والسلام على محمد وآله الطاهرين
 كتاب الشركة و هي اجتماع حقّ المالكين فصاعداً في الشيء على سبيل الشيع
 ويصحّ مع امتزاج المالكين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر ولا ينعقد
 بالأبدان والأعمال ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد أجره عمله ولا أصل لشركة الوجوه
 والمفاوضة الظاهر أن الشركة تطلق على معنيين أحدهما ما في المتن كما لو ورث اثنان
 أو أزيد من المورث أو اشترى أو ملكا بنحو آخر وهذا ليس شركة عقدية وهي الثباني على
 المعاملة بالمال المشترك بنحو يكون الربح لهما والخسران عليهما و على هذا فالمشاركة

العقدية في المعاملة في المال المشترك لاني نفس المال فلا يرد أن الشركة في العمل ليست مدلولة حتى يتحقق بالإشياء ولا يتوجه أن هذا يتحقق بمجرد الإذن من الطرفين فلا حاجة إلى العقد الأتري أن صحة تصرفات غير المالك بمجرد الإذن من المالك لا تنافي صحتها بالوكالة الحاصلة بالعقد فالشركة العقدية موقوفة على الشركة بالمعنى الأول وقد يقال بعد تسلّم كون الشركة داخلة في العقود أن المنشأ بقول اشتركتنا تحقيق الشركة وصيرورة كل من المالكين بينهما على الأشاعة إلا أنه يشترط في صحة ذلك تحقيق المزج بعده إن لم يكن فهو حينئذ شرط كاشف أو ناقل ومتى حصل مزج بقصد إنشاء الشركة من دون قول تحققت وكانت كالمعاطاة ، أما المزج القهري المجرد عن قصد إرادة إنشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصّة المشاعة في نفس الأمر وإنما يفيد الاشتباه في كل من أجزاء المال إلا أن الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهري ولوسلم إفادة المزج القهري الملك في الواقع كما هو ظاهر كلمات الأصحاب أمكن أن يقال لامانع من صيرورته جزء السبب مثلاً إذا جرى به لاتمام عقد الشركة بل ومن صيرورته سبباً تاماً في ذلك إذا قصد الإشاء به في المعاطاة .

ويمكن أن يقال إن كان المنشأ بقول اشتركتنا تحقيق الشركة فلامعنى له إلا نقل حصة مشاعة من ماله إلى الشريك بحصة مشاعة من ماله كما لو ملك بالوراثة أو بالاشتراء فأى حاجة إلى المزج وجعله شرطاً في صحة الشركة ولا إشكال في أنه مع الإذن يترتب أحكام الشركة حيث إنه مع المعاملة يكون الربح بينهما والخسران عليهما ولعله من هذا القبيل ما في موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال «سئلت عن الرجل يشري الدابة وليس عنده نقدها فأتمى رجل من أصحابه فقال : يا فلان أنقد عنى ثمن هذه الدابة والربح بينى وبينك فنقد عنه فنفتت الدابة قال ثمنها عليهما لأنه لو كان ربح لكان بينهما^(١)» كما أنه مع المزج القهري مع الإذن يترتب أحكام الشركة مع المعاملة ويكون الربح بينهما والخسران عليهما سواء قلنا بالشركة الواقعية أو الظاهرية والصلح القهري فأى حاجة إلى إنشاء الشركة حتى يصير المزج جزء السبب

وكيف كان فهذا النحو من الشركة لا إشكال في صحته حيث إنه المتعارف بين الناس ولم يردع عنه الشارع بل يظهر من بعض الأخبار الإضاء كالموثقة المذكورة وصحيحة هشام ابن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال « سئلته عن الرجل يشارك في السلعة قال : إن ربح فله وإن وضع فعليه ^(١) » .

وصحيحة ابن رثاب قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبيعه بضاعة ولا يودعه وديعة ^(٢) » .

و أما عدم صحة شركة الأبدان وقد فسرت بالشركة في الأعمال بأن يكون كل منهما عاملاً عاملاً مماثلاً لعمل الآخر أو مخالفاً لعمله ويكون الحاصل بينهما ، سواء كان الصنعة في مال مملوك أو في تحصيل مال مباح كالاصطياد و الاحتشاش و الاحتطاب فالمعروف أنه مجمع عليه ولولا الإجماع لم يمنع مانع لاختصاص الفرر المنهي عنه بالبيع وليست الشركة بيعاً ولذا قال المحقق الأردبيلي قدس سره ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع فإن كان فهو وإلا فلا مانع فإنه يرجع إلى الوكالة في بعض الأمور و تمليك مال في البعض الآخر وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض ولا مانع منه في العقل والشرع ونوقش في كلامه بأنه خروج عن محل النزاع إذا فرض كون المقصود لهما المعنى الصحيح وإن سمّوه باسم الفاسد ، ولا يخفى البطلان ، إذا أراد تأثير عقد الشركة الذي أوقعه ذلك وإن اتفق في بعض الأحوال اتحاد مصداق مع مصداق مفهوماً الصحيح الذي لم يكن مقصوداً لهما ، ويمكن أن يقال : إذا جوز ما في كلامه من الوكالة في بعض الأمور النخ فيرجع النزاع إلى أنه لا بد في ما ذكر أن ينشأ بغير عنوان الاشتراك كما يقولون أو يتحقق بعنوان الاشتراك فلا بد من إقامة الدليل على الأوّل مع أن الظاهر عدم اعتبار لفظ خاص في تحقق المذكورات ولذا تتحقق بالشرط وقد قالوا في الخبر الوارد « في الرجلين وقد كان عندك واحد منهما طعام وقال أحدهما لك ما عندك ولي ما عندي ^(٣) » ، أنه صلح مع عدم التعبير بالصلح ، هذا ولكن كيف يمكن التخطي عما ذهب إليه الأكابر فمع

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٦٨

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٦٨

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٦٨

البطلان كان لكل منهما أجرة عمله .

وأما شركة الوجوه والمفاوضة المفسرة اوليها باشتراك وجهين لامال لهما بعقد لفظي على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبتاعان ويبيعان ويؤدىان الأثمان وما فضل فهو لهما وقيل: ان يبتاع وجهيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما وقيل أن يشترك وجهيه لامال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجهيه والمال من الخامل ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجهيه والربح بينهما ، وقيل ان يبيع الوجهيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له والمفسرة ثابتهما باشتراك شخصين في ما يفتنمان من ربح وارث ولقطة وركاز وغير ذلك ويفرمان من أرش وجناية وضمان غصب وقيمة متلف وغير ذلك مطلقاً فيهما كما عن بعض أو باستثناء قوت اليوم وثياب البدن والخدام وبذل الخلع والصداق والجناية على الحر فادعى الإجماع على فسادهما والكلام السابق يجري فيهما .

❖ وإذا تساوى المالان في القدر فالربح بينهما سواء و لو تفاوتا فالربح كذلك وكذا الخسران بالنسبة ولو شرط أحدهما في الربح زيادة فلا شبه أن الشرط لا يلزم .
أما كون الربح والخسران بالنسبة مع عدم الشرط فهو مقتضى الشركة بلا خلاف ولا إشكال والسنة مستفيضة أو متواترة فيه ، وأما لو شرط أحدهما في الربح أزيد مما يستحقه فقد يقال بالجواز والصحة لأنه ليس شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة وللمالك اختيار ماله .

ويمكن أن يقال : إن كانت الزيادة في مقابل عمل يعمل المشروط له فالظاهر عدم الإشكال وكذلك لو كان النظر إلى التملك المجاني من دون ملاحظة كون الزيادة بعنوان ربح المال ، وأما لو كان النظر إلى استحقاق الزيادة بعنوان الربح فهو نظير شرط الضمان بدون تحقق سبب من أسباب الضمان ولذا يقع الإشكال في صحة شرط الضمان في الإجارة بالنسبة إلى العين المستأجرة ، نعم دلّ الدليل على صحة شرط الضمان في العارية ومع فساد الشرط إن قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد تفسد الشركة العقدية الموجبة لصحة تصرفات الطرفين وإن لم نقل فالشركة باقية على الصحة .

﴿ ومع الامتزاج ليس لأحد الشركاء التصرف إلا مع الإذن من الباقيين ويقتصر في التصرف على ماتنا وله الإذن ولو كان الإذن مطلقاً صح ، ولو شرط الاجتماع لزم وهي جائزة من الطرفين وكذا الإذن في التصرف ﴾ .

أما أنه ليس لأحد - إلى قوله - وهي جائزة فلحرمة التصرف في مال الغير وحيث لا يميز بين التصرف على ماله و مال الشريك ولا ينافي صحة العقد الفضولي لأنه لا يعد مجرد العقد تصرفاً و ترتب الأثر موقوف على الإجازة .

و أما جواز الشركة من الطرفين فالظاهر أنه مجمع عليه وعلل بأنها بمنزلة التوكيل ولعل النظر في قوله - قدس سره - وكذا الإذن إلى الشركة غير الشركة العقدية .

﴿ وليس لأحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة إلا أن يتضمن ضرراً ﴾ يمكن التمسك لاستحقاق المطالبة وعدم جواز امتناع الشريك من القسمة بقاعدة السلطنة فيكون مسطاً على إفراز ماله ومع تضمن الضرر على الشريك من جهة القسمة يجوز الامتناع لما هو المعروف من حكومة دليل نفي الضرر على سائر الأدلة لكنه قد يتضرر المالك من جهة عدم الإفراز فتقع المزاخمة بين الضررين ولا يبعد تقديم أقوى الضررين .

﴿ ولا يلزم أحد الشريكين إقامة رأس المال ولا ضمان على أحد الشركاء ما لم يكن بتعد أو تفريط ، ولا تصح مؤجلة ، و تبطل بالموت ، و تكره مشاركة الذمى و ابضاعه وإيداعه ﴾ .

بعد الفراغ عن كون الشركة من العقود الجائزة فلعل من الطرفين رفع اليد عنها من دون أن يكون ملزماً باقامة رأس المال وإبقاء الشركة بل يقسمان العين الموجودة وأما عدم الضمان بالنسبة إلى التالف فلأن مال الشركة أمانة والأمانة غير مضمونة إلا بالتعدّي أو التفريط في الاحتفاظ .

وأما عدم صحة الشركة مؤجلة بمعنى أنه لو شرط في الشركة الأجل لم يلزم البقاء عليها إليه بل لكل من الطرفين رفع اليد عنها فلكون الشركة من العقود الجائزة

ولا ينافي هذا القول بلزوم العمل بالشرط وإن كان في ضمن العقد الجائز لعموم «المؤمنون عند شروطهم» لأن هذا فرع بقاء العقد ومع الفسخ لا يبقى الشرط . نعم فائدة الشرط أنه يحتاج جواز التصرف بعد الأجل إلى إذن جديد ، بل يمكن أن يقال بانتفاء الشركة العقدية بانقضاء الأجل لما قلنا من أنه لا معنى للشركة العقدية إلا التباني على التصرف في المال المشترك فمع انتهاء الإذن لا معنى لبقاء الشركة .

وأما البطلان بالموت فلرجوع الشركة العقدية معنى إلى الوكالة في التصرف في المال المشترك فكل ما تبطل به الوكالة تبطل به الشركة فمن تأمل في بطلان الوكالة بالموت وغيره لعدم دليل عليه غير الإجماع يتأمل في المقام .

و أما كراهة مشاركة الذمي وإبضاعه وإيداعه فيدل عليها صحيحة ابن رثاب المتقدمة قال : «قال أبو عبدالله عليه السلام لا ينبغي لرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبضعه ولا يؤدعه ودعة (١) .»



﴿ كتاب المضاربة ﴾

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

﴿ كتاب المضاربة وهي أن يدفع الانسان إلى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه ، ولكلّ منهما الرجوع سواء كان المال ناضاً أو مشتغلاً ، ولا يلزم فيها اشتراط الأجل و يقتصر على ماتعيين له من التصرف ﴾ .

وجه التعبير بالمضاربة يمكن أن يكون ضرب العامل في الأرض للتجارة وابتغاء الربح ، ويمكن أن يكون ضرب كل من صاحب المال والعامل في الربح بينهما ، ويمكن أن يكون ضرب المال وتقليبه وهي لغة أهل العراق ، وأما أهل الحجاز فيسمون بالقراض من القرض بمعنى القطع فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها للعامل ، وكيف كان فقد قال في المسالك تبعاً للتذكرة واعلم من دفع إلى غيره مالا ليتجربه فلا يخلو إما أن يشترط كون الربح بينهما أولاً أحدهما أو لا يشترط شيئاً فإن شرطاه بينهما فهو قراض وإن شرطاه للعامل وهو قرض و أن شرطاه للمالك فهو بضاعه وإن لم يشترط شيئاً فكذلك إلا أن للعامل أجرة المثل وظاهر كلامهما ككلام المصنّف - قد سره - تقوم المضاربة بالدفع خارجاً على خلاف سائر العقود حيث تحقق بالإيجاب لفظي ويقوم الإيجاب الفعلي مقامه إلا أن يراد الأعم من الدفع الإيجابي الناشئ الحاصل باللفظ ، والمعنى المقصود به الإيجاب و بعد تحقق بناء العقلاء على الاكتفاء بالفعل من الطرفين كالمعاطاة في البيع ، وعدم الردع من طرف الشارع بل الإمضاء كما يظهر من حسنة الكاهلي عن أبي الحسن موسى عليه السلام « في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فجعل له شيئاً من الربح مسمى

فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه ، قال : على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح (١) .

و موثقة إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن مال المضاربة قال : الربح بينهما والوضعية على المال (٢) ، لامجال للإشكال في المقام بأن عموم مثل أوفوا غير شامل لأن المضاربة من العقود الجائزة ومقتضى الأصل تبعية الربح لأصل المال بل لا يبعد التمسك بقوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » حيث يقع حصّة من الربح في مقابل عمل العامل و حيث إن المضاربة من العقود الجائزة حيث ادعى الإجماع على عدم لزومها وجوازها من الطرفين فلذلك منهما الرجوع سواء كان المال ناضباً أو مشتغلاً ، لكن قد يقال مع عدم حصول الربح و رفع اليد عن العقد مقتضى قاعدة احترام عمل المسلم استحقاق العامل أجره عمله إن لم يكن رفع اليد من قبله ، وقد يقال بالاستحقاق حتى مع رفع اليد من قبله ، و يشكل بأن العمل إن كان بأمر من رب المال مع قطع النظر عن عقد المضاربة يستحق العامل أجره المثل .

و أمّا مع كون العمل بمقتضى عقد المضاربة الذي من شأنه جواز رفع اليد متى شاء كيف يستحق الأجره ألا ترى أنه لو عمل في أرض باعتقاد أنها أرضه فبانت أنها ملك الغير فهل يستحق الأجره من قاعدة الاحترام و أمّا ما ذكر في المتن من أنه لا يلزم فيها اشتراط الأجل فالظاهر أن المراد أنه ليست المضاربة مثل الاجارة و نحوها التي لا بد فيها من ذكر الأجل بل حالها حال الوكالة و نحوها فمقتضى الإطلاق بقاؤها إلا أن يكون انصراف موجب للتحديد و وجهه عدم الدليل على اشتراط الأجل وعدم لزومه عند العقلاء و المضاربة المتعارفة بينهم كانت ممضاة عند الشرع كالوكالة و نحوها . ويمكن أن يكون المراد أنه إذا اشترط فيه الأجل لم يلزم بل لكل من المالك و العامل رفع اليد عنها والمعروف بطلان الشرط بل بطلان العقد بناء على مفسدية الشرط الفاسد ، ويمكن القول بالصحة واللزوم لأنه بعد ما لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد ولم يعلم مخالفته للكتاب والسنة فهو محكوم بالصحة ، أمّا عدم المنافاة مع مقتضى العقد

فمعلوم بل لولا الإجماع كان مقتضى القاعدة اللزوم ، وأما الحكم بالصحة مع عدم إحراز المخالفة فللتقريب المذكور في أمثال المقام حيث إن الباقي تحت العام ليس هو الشرط الغير المخالف حتى يستشكل من جهة عدم جريان الأصل بل الباقي شرط ، ولم تكن مخالفة بنحو التركيب كاعتبار عدم زيادة الرُّكوع في الركعة حيث إن الشاك في زيادة الرُّكوع يجري في حقه أصالة عدم الرُّكوع الزائد فإن كان المعتبر الرُّكوع بقيد الوحدة لزم البطلان لعدم إثبات الأصل إلا أن يدعى الانصراف في دليل الاستصحاب عن أمثال المقام ، ولا يتوجه الإشكال بأنه بعد ما كان الشرط تابعاً للعقد فمع عدم لزوم العقد كيف يلزم الشرط من جهة أن المعروف عدم وجوب الوفاء بالشرط إذا لم يكن في ضمن عقد بل هو وعدٌ لا يجب الوفاء به ، وإن التزم بعض الأعظم قدس سره بلزوم الوفاء به أيضاً بل قد ينكر صدق الشرط على مثله ، وأما إذا كان الشرط في ضمن عقد سواء كان العقد لازماً أو جائزاً يكون مستولاً لعموم « المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم » فيجب الوفاء به ، غاية الأمر وجوب الوفاء مادام الشرط باقياً فمع انفساخ العقد وارتفاعه لا شرط حتى يجب الوفاء به .

و أما إذا كان اشترط لزوم هذا العقد الذي كان الشرط في ضمنه فمع صحته لزم العقد و مع لزوم العقد لا مجال لارتفاع الشرط .

و أما لزوم الاقتصار على ما عين فوجهه واضح مع كون التعيين من قبل ربّ المال لأنه المسلّط على ماله و أما لو كان التعيين من قبل العامل بأن يشترط العامل على ربّ المال فمع إجازة ربّ المال لا إشكال في صحة المعاملة ، لكن الظاهر أنه ليست المعاملة مرتبطة بعمل المضاربة بحيث يكون الربح بينهما بل الربح راجع إلى ربّ المال فمع التبرّع في عمل العامل لا يستحق شيئاً و مع عدم التبرّع يستحق أجره العمل مع كون العمل بأمر ربّ المال .

و لو أطلق تصرف في الاستثمار كيف شاء و يشترط كون الربح مشتركاً و ثبت للعامل ما شرط له من الربح ما لم يستغرقه و قيل للعامل أجره المثل و ينفق العامل في السفر من الأصل ما لم يشترطه ، ولا يشتري العامل إلا بعين المال ، ولو اشترى

في الذمّة وقع الشراء له والرّبح له .

لا إشكال في أنّه مع الإطلاق يتصرّف العامل كيف شاء لكن يشترط أن لا يخرج عن شأن المضاربة لأن مقتضاها الاشتراك في الرّبح الحاصل من التصرّف في رأس المال وإن تبعه النماء في بعض الأحوال فيشكل صرف رأس المال في اشتراء مثل الأشجار بانتظار نموّها نعم مع الإذن لا إشكال لكنّه لا يبعد خروجه عن عنوان المضاربة وما كان وضع المضاربة على الاشتراك في الرّبح الحاصل من التصرّف فلا تصحّ المضاربة مع اشتراط تمام الرّبح لربّ المال أو للعامل فلو شرط كذلك تبطل المضاربة وقد عمل العامل وعمله محترم فلا يبعد استحقاقه أجره المثل إلا أن يستشكل من جهة أن العمل ليس بأمر ربّ المال بل العمل وقع بتخيّل صحة المضاربة كما لو عمل الأجير في الإجارة الفاسدة بتخيّل لزوم الوفاء بالعقد الواقع .

و أمّا إنفاق العامل في السفر من الأصل مالم يشترطه فيدلّ عليه صحيح عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن « في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال فإذا تقدم بلده فما أنفق فمن نصيبه ^(١) » .

وعن السكوتى عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام في المضاربة الحديث ^(٢) » ، قد يقال المراد بالسفر هنا السفر العرفي لا الشرعيّ الذي يجب فيه القصر فلو كان السفر قصيراً أو أقام في الطريق وأتمّ الصلوة فنفقة تلك المدّة من أصل المال إلا أنّه يجب الاقتصاد على ما يحتاج إليه التجارة فلو أقام زيادة على ما يحتاج إليه كان الزائد عليه ويمكن أن يقال : يشكل صدق السفر على أقلّ من أربعة فراسخ ولهذا استشكل في وجوب القصر في المسافة الملتفقة من أقلّ من أربعة فراسخ ذهاباً وأزيد منها بمقدار النقص إيجاباً ، وكذا في صورة إقامة عشرة أيّام مع تنزيل المقيم منزلة أهل مكّة ، ومع اشتراط كون نفقة السفر على العامل يظهر من المتن عدم الخروج من أصل مال المضاربة لكنّه مبنيّ على عدم كون هذا الشرط مخالفاً للسنة بأن يقال : الحكم بالخروج نظير الحكم بلزوم العقد لو خلّي وطبعه حيث لا ينافي مع الخيار المشترط

في العقد ولا يخلو عن الإشكال ألا ترى أن مثل شرط عدم التسري على الزوج في النكاح لا يلزم ، إلا أن يقال حيث إن استثناء الشروط المخالفة غير قابلة للتخصيص نستكشف في بعض الشروط المجوزة شرعاً مع أنه يترأى مخالفتها لعام أو مطلق من السنة أنه ليس مخالفاً ، ومن الممكن أن يكون المقام من هذا القبيل ومع الشك يرجع إلى أصالة عدم المخالفة بالتقريب المذكور لكنته يشكل من جهة أنه يلزم الإحالة إلى مالا سبيل إليه كما لا يخفى ، لكنته ادعى الاتفاق على أنه مع شرط المالك على العامل عدم النفقة لم يجزله الاتفاق من المال ولو أذن له بعد ذلك وهو تبرع محض .

وأما لزوم اشتراء العامل بعين المال ووقوع الشراء والربح له لو اشترى في الذمة فلزوم اشتراء العامل بعين المال لافي الذمة لعلّه المشهور ، وقد عكس بوجوده غير ناهضة للمدعى كدعوى أنه القدر المتيقن في باب المضاربة وأن الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء و لعل المالك غير راض به وعدم صدق ربح مال المضاربة ، ولا يخفى الإشكال فيه بل الظاهر جواز الاشتراء في ذمة صاحب المال أو في ذمة العامل بما هو عامل ومختار من قبل رب المال حيث إن المتعارف في التجارة بل الغالب وقوع الاشتراء في الذمة ورب المال فوض أمرها إلى العامل فالمقام كصورة التوكيل والفرق استحقاق العامل حصة من الربح على تقدير حصوله بخلاف صورة التوكيل حيث إن الوكيل مع التبرع لا يستحق شيئاً ومع عدمه يستحق أجره المثل أو ما عقدا عليه من الأجرة ، وأما وقوع الشراء للعامل وكون الربح له مع فرض قصده لرب المال أوله بما هو عامل والقول بعدم صحة الاشتراء في الذمة في باب المضاربة فلم يظهر وجهه ، نعم بحسب الظاهر حيث لم يصرح في المعاملة بمن له الاشتراء يؤخذ العامل به كصورة التوكيل لكن الكلام في الوقوع بحسب الواقع وذلك لأن الكلي في الذمة ما لم ينسب إلى ذمة خاصة لم تشتغل به فمع قصد العامل ذمة رب المال أو ما يرجع إليها كيف تشتغل ذمة العامل ، ثم إن ما قلنا من أن العامل إذا اشترى في الذمة يؤخذ به بحسب الظاهر حيث لم يصرح بأن الاشتراء لرب المال يشكل بالنسبة إلى من ظهر من حاله أنه عامل وكذا الكلام فيمن ظهر من حاله أنه وكيل .

ولو أمر بالسفر إلى جهة فقصدها غيرها ضمن ولوربح كان الربح بينهما بمقتضى الشرط ، وكذا لو أمره بابتياح شيء فعدل إلى غيره ، وموت كل واحد يبطل المضاربة .
مقتضى القاعدة الإشكال في صحة المعاملة مع النهي عن السفر إلى جهة بل مع الأمر إلى السفر إلى جهة فعدل العامل إلى غيرها مع النهي أو مع المضادة إلا أن يكون بنحو تعدد المطلوب لكن في المقام نصوص تدل على الصحة ففي الصحيح عن أحدهما « سئلته عن رجل يعطى المال المضاربة وينهى أن يخرج قال يضمن المال والربح بينهما (١) » .

وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام « في الرجل يعطى للرجل المال فيقول آئت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها قال : فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن وإن اشتري فوضع فيه فهو عليه وإن ربح فهو بينهما (٢) » .

ففي خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج به إلى الأرض الأخرى فعصاه قال هو له ضامن والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه (٣) » .

وخبر أبي الصباح « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به إلى أرض وينهى أن يخرج به إلى أرض آخر فعصى فخرج به إلى أرض آخر فعطب المال ، فقال هو ضامن فإن سلم فربح فالربح بينهما (٤) » .

وفي صحيح الحلبي منه أيضاً « قال : المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس له الوضعية شيء إلا أن يخاف أمر صاحب المال ، فإن العباس كان كثير المال وكان يعطى الرجال يعملون به مضاربة ويشترط أن لا ينزلوا بطن واد ولا يسروا فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال (٥) » .

وفي صحيحه الآخر عنه أيضاً في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة فخالف ما شرط قال هو ضامن والربح بينهما (٦) » .

(١) و (٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٦٩ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٦٩ والفقيه باب المضاربة ج ١ .

(٥) الوسائل كتاب المضاربة ب ١ ح ٥ و ١١ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ١٦٩ .

ولا يخفى أنه لولا هذه الأخبار لأشكك تصحيح المعاملة لأنه كثيراً ما يكون نظرباً المال بنحو وحدة المطلوب فيكون المقام نظير نفوذ عمل الوكيل المعزول قبل بلوغ العزل إليه .

وأما إبطال موت كل واحد للمضاربة فهو المعروف وقد علل بأنها في معنى الوكالة التي هي كغيرها من العقود الجائزة و نحو الوديعة والعارية تنفسخ بالموت والجنون والإغماء فإن تم الإجماع وإلا فلا إشكال فيه مجال لمنع بطلان الإذن من المالك بالموت نعم مع خروج المال عن الملك لا إشكال وأما مع بقاء المال على ملكه كما ، لو عينت ثلث ماله للمضاربة فيشكل الأثرى أن الوصية استنابة للوصي في العمل بعد الموت ولا تبطل بالجنون والإغماء والموت نعم في طرف العامل إذا كان العامل بشخصه مازوناً في العمل ترتفع المضاربة بموته .

✽ ويشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً دنائزاً أو دراهم ، ولا تصح بالعروض ولوقوم عروضاً وشرط للعامل حصّة من ربحه كان الربح للمالك وللعامل الأجرة ولا يكفي مشاهدة رأس مال المضاربة مالم يكن معلوم القدر ، وفيه قول بالجواز .

أما اشتراط كون مال المضاربة عيناً دنائزاً أو دراهم فادعى عليه الإجماع لكن المصنف - قدس سره - تردد في الشرايع في القراض بالنقرة أي القطعة المذابة من الذهب والفضة مع أنها ليست من الدراهم والدنانير ولا يبعد أن يقال المضاربة معاملة متعارفة بين العقلاء ممضاة لها أحكام خاصة والقدر المتيقن منها ما كانت بالدراهم والدنانير وإن أمكن الخدشة بشمول إلا أن تكون تجارة عن تراض .

وأما ما في المتن من أنه لوقوم عروضاً وشرط للعامل حصّة من ربحه الخ ، فيشكل بما ذكر سابقاً من أن عمل المسلم محترم لكن استحقاق العامل الأجرة على صاحب المال منوط بكون العمل بأمره وأما لو كان العمل مبنياً على صحة المضاربة الفاسدة فكيف يستحق الأجرة .

وأما لزوم العلم بمال المضاربة فقد يعلل بلزوم الفرع مع الجهل وبعدم معرفة الربح من رأس المال ويشكك بأن المسلم بطلان البيع والإجارة الملحقه به من جهة الفرع ،

ويمكن معرفة الرّبح بالعلم بمال المضاربة بعد عقد المضاربة ولا مانع من شموله إلا أن تكون تجارة عن تراض ، وكفاية المشاهدة محكيّة عن السيّد المرتضى وأحد قولي الشيخ قدس أسرارهما .

ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل [مع يمينه و يملك العامل نصيبه من الرّبح بظهوره و إن لم ينض ، ولا خسران عن العامل إلا عن تعدّ أو تفريط وقوله مقبول في التلف ، ولا يقبل في الرّد إلا بيّنة على الأ شبه .

وجه تعدّد قول العامل أصالة عدم وصول الزائد الذي يدعيه المالك إليه وعدم دخوله تحت سلطانه وأصالة عدم اشتغال ذمته به مع تحقق الضمان بتعدّ أو تفريط وقد يستشكل في صورة ظهور الرّبح حيث إنّ النزاع يرجع إلى استحقاق العامل أزيد ممّا يقرّ به المالك ومقتضى الأصل كون جميع المال الموجود للمالك إلا ما قرّ به للعامل ومع التلف والضمان لا بدّ أن يفرم المقدار الذي للمالك ، ويمكن أن يقال : الشك في استحقاق المالك أزيد ممّا هو المتسالم بينهما مسبّب عن الشكّ في مقدار رأس المال فإنّ بنينا على عدم لزوم انتقال العوض إلى مالك المعوض في البيع بل يصحّ أن ينتقل العوض إلى المالك والعامل في عرض واحد كما التزم به بعض الأكابر - قدس سرّه - فكيف يكون جميع المال بمقتضى الأصل ملكاً للمالك إلا المقدار المقرّ به ، وإن قلنا بمقالة المشهور وأنّه لا بدّ من انتقال العوض إلى المالك أو لا ثمّ ينتقل إلى العامل من جهة عقد المضاربة فمقتضى أصالة عدم الزيادة عدم استحقاق المالك أزيد ممّا يقرّ به العامل بمعنى أنّه لا يستقرّ له ملكيّة الزائد على ما يقرّ به العامل و الشكّ في بقاء ملكيّة الزائد مسبّب عنها فلا تجري أصالة بقاء الملكيّة للمالك فيكون المالك والعامل متداعيين بالنسبة إلى ملكيّة الزائد .

وأما تملك العامل نصيبه من الرّبح بظهوره وإن لم ينض فهو المشهور بل ادّعى ظهور الإجماع عليه واستدلّ عليه بأنّه مقتضى اشتراط كون الرّبح بينهما وبأنّه مملوك وليس للمالك فيكون للعامل وبالصحيح درجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم فقال يقولم فاذا زاد درهماً واحداً اعتق واستسعى في مال الرجل^(١) إذ لو لم يكن

مالكاً لحصته لم ينعتق أبوه ، وحكي عن فخر المحققين عن والده - قدس سرهما - أن
في المسئلة أربعة أقوال أحدها ما ذكر. الثانية أنه يملك بالانضاض لأنه قبله ليس موجود
خارجياً بل مقدراً موهوم ، الثالث أنه يملك بالقسمة لأنه لملك قبله لاخص بربعه
ولم يكن وقاية لرأس المال ، الرابع أن القسمة كاشفة عن الملك سابقاً لأنها توجب
استقراره ، ورد القول الثاني بمنع كون القيمة أمراً وهمياً بل الملك يسير شريكاً في
العين الموجودة مع أن المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً فإن الدين مملوك
مع أنه ليس في الخارج .

ورد القول الثالث بأنه لا ملازمة بين الملك و ضمان الحادث على الشياح إذ يجوز
أن يكون مالكاً ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال فيكون الملك متزلزلاً واستقراره
مشروط بالسلامة ومن ضعف القول الثاني والثالث ظهر ضعف القول الرابع لكونه متفرعاً و
يمكن أن يقال قد ذكروا في باب الخمس أن ترقى القيمة السوقية لانوجب تعلق الخمس
لعدم صدق الفائدة وعدم صدق التكسب ، نعم إذا اشترى المتاع بقصد التجارة فارتفاع
القيمة السوقية يوجب الخمس بعد البيع أو قبل البيع فمع منع صدق الفائدة هناك
كيف يسلم في المقام صدق الربح وشركة العامل في العين الموجودة ولازم الشركة في المقام
شركة صاحب الخمس هناك إن قلنا في باب الخمس بالشركة أو بنحو الكلي في المعين كما
أنه لم يظهر الفرق في باب الخمس بين اشتراء الشيء بقصد التجارة وارتفاع قيمته وبين
الاشتراء بقصد الاقتناء وارتفاع قيمته في صدق الفائدة .

وأما الوجوه المذكورة للقول المشهور فيمكن المناقشة فيها بمنع صدق الربح قبل
الانضاض كما منع في باب الخمس ، و الالتزام بكون العين المملوكة قبل الانضاض ملكاً
للمالك و بعد الانضاض يسير حصّة العامل ملكاً له ، والخبر الدال على اعتناق
الأب يؤخذ به من باب التعبّد ولعله من جهة الاكتفاء في الاعتناق بالقابلية لأن يملك
العامل ، وبعبارة اخرى الاستدلال بهذا الخبر مبني على التمسك بالعموم مع معلومية
الحكم في فرد فيقال في المقام بعد قيام الدليل على أنه لا اعتق إلا في ملك و قيام الدليل
على اعتناق العبد أصالة العموم يقتضي كون الأب المنعتق ملكاً و إلا لزم تخصيص ذلك

العام واستشكل فيه بمنع استقرار بناء العقلاء على التمسك بالعام مع العلم بالمراد و
مورد التمسك بالشك في المراد .

وأما عدم الخسران على العامل فالظاهر عدم الخلاف فيه لأنه أمين و من
المسلمات بين الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم المعاملة مع المؤذنين كالوكيل والمستودع
والمستأجر معاملة الأمانة وإن اشتهر الضمان في المقبوض بالسوم مع أن القابض مؤذون
و ربما يكون القبض لمصلحة المالك كما لو احتاج إلى بيع سلعته وأراد المشتري الاثراء
لرفع حاجة البائع و من جهة الأمانة ادعى عدم الخلاف في قبول قول العامل في التلف
لكن وقع التردد في قبول قوله في الرد إلى المالك ولم يتضح الفرق فإن كان الوجه
في عدم قبول قوله في الرد عموم «البينة على المدعى» فهذا الوجه متحقق في دعوى التلف
مع إمكان إقامة البينة إلا أن يكون إجماع على القبول في دعوى التلف و كيف كان
يمكن استفادة عدم الضمان والخسارة من الأخبار الخاصة في المقام .

﴿ولو اشترى العامل أباة فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل وسعى العبد في باقي
ثمنه و متى فسخ المالك المضاربة صح و كان للعامل أجرته إلى ذلك الوقت ولو ضمن
صاحب المال العامل صار الربح له ﴾ .

قد ظهر من الصحيح المذكور آنفاً انعقاد العبد المشتري و لزوم سعيه في الباقي
من غير فرق بين إفسار العامل و يساره لترك الاستفصال إذ المسئول مطلق الرجل لارجل
مخصوص يكون حاله معلوماً لكن مع ذلك قيل بالسراية والتقويم على العامل الموسر
لأنه فعل السبب الموجب لها جمعاً بين الأدلة و متى فسخ المالك صح فسخه لكون المضاربة
من العقود الجائزة صح فسخها للمالك و العامل فمع وجود الربح يأخذ العامل حصته
والشيء له غيرها و مع عدم الربح يستحق العامل أجره المثل لعمله عند المصنف . قدس
سره . لأنه عمل عملاً من غير تبرع وعمله محترم ، ويشكل من جهة أن العامل أقدم
على العمل بانياً على أنه مع الربح يأخذ حصته منه و مع عدم الربح لا يأخذ شيئاً
مع أن المضاربة جائزة يجوز فسخها في جميع الأوقات و قد يقال باستحقاق الأجرة لو
عمل العامل و فسخ المالك قبل إتمام عمله المحتمل حصول الربح به باعتبار احترام عمله

وإقدامهما على الرّبح المترتب عليه والفرض احتمالهما فبالفسخ تفوت الحصّة ولكن العمل على احترامه ورضاهما بهذا العقد الجائز في جميع الأوقات لا ينافي ثبوت الأجرة له من جهة أخرى .

و يشكّل من جهة أنّ العمل قبل إتمامه و بعده من شؤون عقد المضاربة و يجتمع ضمان العامل للمالك مع استحقاق الرّبح و قد سبق ضمانه في صورة المسافرة مع النهي من المالك أو مخالفته لما شرط عليه أمّا لو كان النظر إلى شرط الضمان لرأس المال و لعلمه الظاهر من المتن أو شرط الخسارة على العامل ففي صحّة الشرط إشكال من جهة أنّه وإن لم يكن منافياً لمقتضى العقد بل لا إطلاقه لكنّه يحتمل مخالفته للسنة حيث يظهر من أخبار الباب اختصاص ضمان رأس المال والخسارة ببعض الصور كصورة مخالفة الشرط أو الخروج إلى مكان مع النهي عنه ومع بطلان الشرط نجىء شبهة فساد العقد لشبهة أنّ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد و شبهة عدم استحقاق العامل الرّبح حيث إنّ استحقاقه مترتب على صحته بل شبهة عدم استحقاق أجرة المثل لأنّه عمل عملاً باعتقاد صحّة العقد لا بأمر المالك و قد يفسّر ما في المتن بأنّه لو شرط في عقد المضاربة الضمان يكون رأس المال مضموناً على المضارب والرّبح للعامل لرواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث «إنّ علياً عليه السلام قال : من ضمنّ تاجراً فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الرّبح شيء» ^(١) ، و روي « من ضمنّ مضاربة » فمع اضطراب المتن يشكّل حمله على ما ذكر إلا أنّ يكونا روايتين ، و يحتمل على الرواية الأولى أنّ يكون المراد من التضمن الإقراض حيث إنّ تملك على وجه التضمن ، و يشكّل الحمل على تضمين المضارب مع المخالفة للقاعدة .

ولا يبطأ المضارب جارية القراض ولو كان المالك أذن له و فيه رواية بالجواز متروكة ، ولا تصح المضاربة بالدّين حتّى يقبض بها .

لا إشكال في عدم جواز وطى المضارب أي العامل للجارية المشتراة بمال المضاربة بدون التحليل من المالك و معه يجوز بناءً على جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه

(١) الفقيه باب المضاربة ج ٢ ، و الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ .

وطى الجارية المشتركة إذا كان بعد حصول الربح وقبله بلا إشكال .
 و أما الإذن من المالك قبل عقد المضاربة أو بعده قبل الاشتراء فالمشهور على عدم الجواز لأن التحليل إما تملك أو عقد و كلاهما لا يصلحان قبل الاشتراء و قد يقوَّى الجواز كما عن الشيخ لمنع كون التحليل أحد الأمرين بل هو إباحة و تجوز الإباحة قبل الشراء كما إذا قال اشتر بمالي طعاماً ثم كل منه مضافاً إلى خبر الكاهلي عن أبي الحسن عليه السلام قلت : « رجل سألتني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالاً مضاربة يشتري ما يرى من شيء و قال له : اشتر جارية تكون [له] معك و الجارية إنما هي لصاحب المال إن كان فيها وضيعة فعليه و إن كان فيها ربح فله فللمضارب أن يبطئها ؟ قال عليه السلام نعم (١) » .

و يمكن تأييد هذا بما ورد في باب الخمس من تحليلهم عليهم السلام الغنائم التي منها الاماء للشيعة لتطيب ولادتهم و إن أمكن أن يكون المراد من التحليل في تلك الأخبار التملك و لذا يجوز بيعها و اشتراؤها و إن أشكل الأمر فيها حيث إن الإباحة و المباح لهم معدومون و الإباحة لا تصحح البيع و الاشتراء عند المشهور ، و المسئلة مشكلة و الرواية مع عدم عمل المشهور بها يشكل الأخذ بها و إن قيل أنها موثقة .
 و أما عدم صحة المضاربة بالدَّين حتى يقبض فيدلُّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فتقاضاه و لا يكون عنده ما يقضيه فيقول عندك مضاربة قال : لا يصح حتى يقضيه (٢) » ، و لا يضرُّ ضعف السند مع عمل الأصحاب به .

❦ و لو كان في يده مضاربة فمات فإن عينها لواحد بعينه أو عرفت منفردة و إلا تحاص فيه الفرء ❦ .

يدلُّ عليه ما رواه الشيخ في التهذيب عن السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام عن آباءه عن علي صلوات الله عليهم أنه كان يقول « من يمت و عنده مال مضاربة قال إن

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٧٠ و الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ .

سماء بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء^(١).
 ورواه الصدوق مرسلًا والمراد من استوائهم كما ذكره الأصحاب أن يقسم
 بينهم على نسبة أموالهم لا بمعنى أن يقسم بالسوية هذا إذا كانت أموالهم مجتمعة في
 يده عليحدة .

وأما إن كانت ممتزجة مع جملة ماله مع العلم بكونها موجودة فالغرماء
 بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك إن وسعت التركة أموالهم أخذوها وإن قصرن
 تحاصروا .



﴿ كتاب المزارعة و المساقاة ﴾

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .
 ﴿ كتاب المزارعة و المساقاة أما ، المزارعة فهي معاملة على الأرض بحصة من حاصلها وتلزم المتعاقدين لكن لو تقابلا صحح ولا تبطل بالموت، و شروطها ثلاثة : الأول أن يكون النماء مشاعاً تساويًا فيه أو تفاضلاً ، الثاني أن تقدر لها مدة معلومة ، الثالث أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها ﴾ .

اعلم التعبير بالمزارعة مع أن الزرع فعل أحدهما و هو خلاف ظاهر باب المفاعلة من جهة كون صاحب الأرض سبباً وكيف كان تكون المزارعة من العقود اللازمة المحتاجة إلى الإيجاب و القبول سواء كانا باللفظ الظاهر في المراد و لو بالقرينه و بنحو المجاز أو بالفعل بأن تبانيا عليها ثم سلم صاحب الأرض إلى من يقبلها فيشملها عموم ما دل على لزوم العقود الأخبار الخاصة الواردة في خصوص المقام و مع التقايل ينسخ لعموم ما دل على صحة التقايل كما ذكر في كتاب البيع و أما عدم بطلانها بموت أحدهما فلعدم موجب له بعد الوقوع صحيحاً كسائر العقود اللازمة و إن وقع الخلاف في عقد الإجارة .

نعم إذا اشترط المالك على العامل العمل بنفسه تبطل بموته ولقائل أن يقول ما الفرق بين اشتراط المباشرة و بين اشتراط زرع نوع خاص حيث قالوا هناك لوزرع الزارع غير ما اشترط عليه تخير المالك بين الفسخ و الإمضاء فإن صحح هناك بتعدد المطلوب فلم لا يقال في المقام إلا أن يكون في المقام إجماع .

و أما اشتراط أن يكون النماء مشاعاً فالظاهر عدم الخلاف فيه بل ادعى عليه الإجماع واستدل عليه بقاعدة الإقتصار على المتيقن من النص و الفتوى في عقد المزارعة والمساقاة المخالف لأصالة عدم الفرر ، والصحيح «لاتقبل الأرض بحنطة مسماة ولكن بالنصف والثلث والرابع والخمس لا بأس به^(١)» و فسر الشرط المزبور بكون مجموع النماء بينهما مشاعاً و يخرج بذلك ما لو شرط لأحدهما شيئاً معيناً والباقي للآخر أو لهما و ما لو شرط لأحدهما نوع خاص من الزرع دون صاحبه و في بعض الصور وقع الخلاف كما لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل وما زاد عليه بينهما ففي الشرايع نفى الصحة لجواز أن لا تحصل الزيادة فيبقى الآخر بلا شيء ، وحكى عن الشيخ (ره) و جماعة جواز اشتراط مقدار البذر ، و عن الفاضل جواز استثناء شيء مطلقاً و رجحه في الكفاية ، و يمكن أن يقال : إن تم الإجماع على الشرط المذكور بالنحو المفسر فلا كلام و إلا فيشكل من جهة أن المستفاد من الصحيح المذكور لزوم الاشاعة في الجملة لافي جميع ما يزرع و ما ذكر من الإقتصار على المتيقن من النص و الفتوى يتم لو تم قاعدة نفى الفرر في المقام فمع وجود العام مثل «أوفوا بالعقود» يشكل الحكم بالبطلان إلا أن يدعى إن وضع المضارعة المتعارفة بين الناس على الاشاعة في جميع ما يزرع و العمومات منصرفة إلى ما هو المتعارف بينهم لكنته مع التسليم يكون كذلك مع عدم الاشتراط لا مع الاشتراط كما أن بناء البيع على اللزوم ومع اشتراط الخيار لا لزوم . و مما ذكر يظهر قوة ما عن الشيخ والفاضل و قد استفاد صحة بعض الصور من خبر إبراهيم الكرخي قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام أشارك العليج ويكون من عندي الأرض والبذرو البقرو يكون على العليج القيام والسقي والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً و تكون القسمة فيأخذ السلطان حظه و يبقى ما بقي على أن للعليج منه الثلث ولي الباقي فقال لا بأس بذلك ، قلت : فلي عليه أن يرد علي مما أخرجت الأرض من البذرو ويقسم ما بقي قال إنما شاركته على أن يكون البذر من عندك و عليه السقي و القيام^(٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٧١ والقيمه باب المزارعة والاجارة ح ٨ .

و خبر يعقوب بن شبيب قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها و يؤدي خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لا بأس ^(١) . »

و يشكل الاستفاده من هذين الخبرين فإن ما يأخذه السلطان بحق أو بغير حق ليس شيئاً قابلاً لأن يقسم بين المالك والزراع بحيث يحتاج إلى الإشتراط بل يؤخذ مع الإشاعة من ملك الطرفين ، نعم يمكن أن يشترط أن ينقص من حصّة أحدهما وهذا غير المذكور في الخبرين ، و أما إخراج مقدار البذر فلعلّ الظاهر من الخبر الأوّل عدم الجواز حيث يظهر منه أن البذر في مقابل السقي والقيام فكيف يردّ .

و أما اشتراط أن تقدّر للمزارعة مدّة معلومة فالظاهر عدم الخلاف فيه و استدللّ عليه بخبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام « سئلت عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأني وجوه القبالة أحلّ ؟ » قال : يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسمّاة فيعمر و يؤدي الخراج ، قال : فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الأرض ^(٢) .

وصحيح الحلبيّ عنه عليه السلام أيضاً أن القبالة إن تأنى الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقلّ من ذلك أو أكثر فتعمرها و تؤدي ما خرج فلا بأس به ^(٣) ، بناء على إرادة المزارعة من القبالة أو الأعمّ منها و من الإجارة و قد يقال بكفاية تعيين المزروع من غير ذكر المدّة فإن لكلّ مزروع مدّة يدرك فيها بحسب الغالب و غايتها إدراك المزروع و ربما يستظهر من خبر إبراهيم الكرخي قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشارك العلج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي والعمل والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ويكون القسّم فأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقي على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي قال : لا بأس ^(٤) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧١ و ١٧٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٧٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٧١ .

(٤) قد تقدم .

و حملت هذه الرأية على أن يكون عمل العليج إلى صيرورة الزرع حنطة أو شعيراً إلا أن يكون الصيرورة غاية للمشاركة والمزارعة، ويمكن أن يقال: إذا احتمل كلام الرأوي لصورة جعل الغاية المذكورة غاية للمزارعة أيضاً ومع هذا قال: لا بأس فلا يبعد القول بالصحة إن لم يشك الأخذ بها من جهة السندور بما يستشكل الأخذ بظاهر الرأيتين السابقتين حيث إن السنة في لسان العرب محمولة على القمرية و المعبر في الزراعة العام الشمسي فمع اشتراط زمان ادراك الزرع بل يقال هو بمنزلة الركن كيف يكتفى بالعام القمري وحمل السنة على الشمسية من جهة ذكر تقبل الأرض بعيد إلا أن يقال اللازم تعيين مدة يدرك فيه الزرع بحسب الغالب سواء كان بالسنة القمرية أو الشمسية والاختلاف اليسير لا يضر فإنه مع تعيين سنة الشمسية أيضاً قد لا يدرك الزرع ويوجب فيه البحث عن حكمه هل للمالك إلزام الزارع بقلعه أو للزارع إبقاؤه حتى يدرك مع الأجرة أو بلا أجرة .

و أما اشتراط كون الأرض مما يمكن الانتفاع به فوجهه واضح بل يكون عقد المزارعة مع عدم القابلية خارج عن أفعال العقلاء نعم ربما تكون الأرض غير قابلة للنوع الغالب و يتمكن شخص خاص من تسوية الأرض وتسطيحها وحفر البئر و إجراء الماء أو كانت الأرض غير قابلة واتفق القابلية بطروء الطواري ولا يبعد الصحة لو عقدا برجاء الانتفاع .

❦ وله أن يزرع الأرض بنفسه وبغيره ومع غيره إلا أن يشترط عليه زرعها بنفسه وإن يزرع ما شاء إلا أن يعين له ، وخراج الأرض على صاحبها إلا أن يشترط على الزارع و كذا لو زاد السلطان زيادة ❦ .

إذا أطلق المزارعة المعقود عليها من حيث المباشر و من حيث المزروع فلا إشكال لحجية المطلق كسائر المطلقات إلا أن يكون انصراف في البين فهو بمنزلة التقييد ، و أما مع عدم الاطلاق، بل الإهمال فيشكل لامن جهة الفرر حتى يقال لا دليل على نفي الفرر في المزارعة بل من جهة عدم وقوع العقد على الخاص حتى يجوز التصرف و يملك المالك حصته مع كون البذر للعامل أو يملك الزارع حصته مع كون البذر

للمالك إلا أن يكون في البين قدر متيقن فلا إشكال لتعلق العقد حتى مع الإهمال ، وأما ما يقال من التفرقة بين التعميم والإطلاق فمع التعميم لا إشكال حتى مع اختيار الزارع زرعاً تنضّر به الأرض بخلاف الإطلاق فللمجال له حيث إن المطلق بمنزلة العام ومع الاشتراط لا بد من ملاحظة الشرط ومع الاشتراط تارة يكون بنحو تعدد المطلوب فلو لم يعمل بالشرط لم يمنع عدم العمل من العمل بمقتضى المزارعة بخلاف صورة وحدة المطلوب حيث إن لازمه استحقاق المالك أجره الأرض دون حصّة من الزرع .
و أما الخراج فان كان على الأرض فمع عدم الشرط يكون على صاحبها وتفصيل ذلك إن الأراض تارة تكون من الأراضى التي فتحت عنوة والسلطان العادل أو غيره يقبلها أحداً ويأخذ منه الخراج وهذا نظير الإجارة فالمتقبل كأنه يعطى أجره الأرض وتارة أخرى ليست من تلك الأراضى بل الأرض من الأراضى المملوكة التي يؤخذ من جهتها من قبل السلطان شيء من جنس المزروع أو من النقود من غير استحقاق فمقتضى القاعدة عدم رجوع من أخذ منه إلى الغير سواء كان المأخوذ منه مالكا للأرض أو زارعا حيث لا استحقاق في البين وهذا وإن كان مقتضى القاعدة في الأراضى التي فتحت عنوة إذا تصدّى أمرها غير الحاكم الشرعي إلا أنه يظهر من بعض الأخبار لزومه على المالك وهو خبر سعيد الكندي « قلت لأبي عبد الله عليه السلام إنى آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم قال : أعطهم فضل ما بينهما ، قلت : أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم ، قال : إنهم إنما زادوا على أرضك ^(١) » .

و استشكل فيه من حيث السند وفي المقام أخبار ربما يستظهر منه لزوم على الزارع بالشرط منها ما رواه في التهذيب والكافي عن داود بن سرحان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يكون له الأرض عليه الخراج وربما زاد وربما نقص فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة قال : لا بأس ^(٢) » .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٧١ والكافي ج ٥ ص ٢٦٥ . والفتاوى باب المزارعة تحت

و رواه الصدوق في الفقيه عن يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .
 و ما رواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال :
 « سئلته عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى رجل على أن
 يعمرها و يصلحها و يؤدّي خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما ؟ قال : لا بأس ^(١) »

ولا يخفى أن خبر داود بن سرحان ليس من باب المزارعة لما سبق من لزوم تقسيم
 ما حصل من الزرع بين صاحب الأرض والزارع والخبر الأخير ليس صريحاً في المزارعة
 لأن قوله « فما فضل » قابل لأن يكون مما حصل من الزرع ولأن يكون من الثمن
 بعد بيعه ، نعم مع احتمال كليهما حكم بالصحة لكن لا يستفاد من هذه الأخبار اللزوم
 على المالك بدون الشرط بحيث لو أخذ الخراج من قبل السلطان من الزارع مع عدم
 الاستحقاق كان له الرجوع إلى المالك لأنه لازم عليه ، ومما ذكر ظهر حال الزيادة
 على الخراج خصوصاً إذا كانت الزيادة من قبل عمال السلطان ظلماً منهم لا من قبل
 السلطان ، ويمكن أن يقال في خصوص الأراضي الخراجية أعني التي فتحت عنوة
 بعد ما أجزت تقبلها من قبل السلاطين مثل العباسيين فجواز تصرف المتقبل مجاناً
 و بلا أجر مع أن الأراضي ملك المسلمين بعيد ، و احتمال أن تكون ذمة المتقبل
 بعد أخذ عمال السلطان الخراج مشغولة من جهة عدم أهلية الاخذ بعيداً أيضاً فلا يبعد
 أن يكون الخراج لازماً على المتقبل و يتعين بأخذ الآخذ و إن لم يجز للآخذ أن
 يتصرف فيه فالخراج اللازم على المتقبل على المتقبل لا على الزارع إلا مع الشرط ،
 و لعله لا خلاف فيه و الزيادة حالها حال أصل الخراج إلا أن يكون راجعاً إلى العمال
 ظلماً منهم .

﴿ و لصاحب الأرض أن يحرص على الزارع ، والزارع بالخيار في القبول
 فإن قبل كان استقراره مشروطاً بسلامة الزرع ، وثبت أجره المثل في كل موضع تبطل
 فيه المزارعة ﴾ .

أما جواز الخرس على الزرع فيدل عليه ما رواه في الفقيه والكافي عن محمد بن عيسى عن بعض أصحابه قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام إن لنا أكرة فنزارعهم فيجيثون ويقولون لنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا فأعطونا ، ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحرز ، فقال وقد بلغ ؟ قلت : نعم ، قال : لا بأس بهذا ، قلت : فإنه يجيء بعد ذلك فيقول لنا : إن الحرز لم يجيء كما حرزت وقد نقص ، قال : فإذا زاد يرد عليك ؟ قلت : لا ، قال : فلكم أن تأخذوه بتمام الحرز كما أنه إذا زاد كان له ، كذلك إذا نقص كان عليه ^(١) . »

ويمكن استفادة جواز الخرس من صحيحة الحلبيين عن أبي عبد الله عليه السلام أن « أباه عليه السلام حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة فقوم عليهم قيمة ، فقال لهم : إما أن تأخذونه وتعطوني نصف الثمن وإما أن أعطيكم نصف الثمن وآخذنه ، فقالوا بهذا قامت السموات والأرض ^(٢) ، حيث إن التقويم لا يكون بغير الخرس ، وقد صرح الأصحاب بأن محل الخرس بعد بلوغ الغلة وهو عبارة عن انعقاد الحب ولا يستفاد من الخبرين في المقام وماورد في خرس ثمرة النخل إلا جواز الخرس وعدم البأس ومقتضى قاعدة السلطنة الخيار للزرع والمساقى .

وأما اشتراط سلامة الزرع فالظاهر عدم الخلاف فيه إلا ما عن ابن إدريس قال في المسالك بعد أن ذكر أن المشهور أن لزوم العوض مشروط بالسلامة ما لفظه : والحكم هو المشهور بين الأصحاب ومستنده غير واضح وحكمه لا يخلو من إشكال إن لم يكن انعقد عليه الإجماع وأنهى لهم به انتهى .

ووجه الاشتراط في كلام المحقق الأردبيلي - قدس سره - بأنه بمنزلة معاملة مشرطة بقبض العوض ووصوله إلى صاحبه فلولم يسلم لم يحصل ذلك كالمبيع إذا تلف

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٨٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٦٦ .

قبل القبض ، ويمكن أن يقال : إن كان بطلان البيع بتلف المبيع قبل القبض كما هو المسلم بينهم من جهة النص فيشكل تسرية ذلك الحكم في المقام لعدم الدليل على كون التقييد بيعاً وإن كان وجه البطلان في البيع بناء العقلاء نظير رد المعيب إلى صاحبه حيث إن بناء العقلاء على أن المعيب مردود بأن يقال التقييد بمقدار من ما حصل من الزرع معاملة متعارفة بين العقلاء أمضاها الشرع وهذه المعاملة مشروطة بالسلامة فإذا أمضاها الشرع صححت بالنحو المتعارف بين العقلاء هذا غاية ما يمكن أن يوجه به ما هو المشهور .

وأما ثبوت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه المزارعة فلقاعدته احترام مال المسلم وقد سبق الإشكال في جريان القاعدة في مالوكان العمل من العامل باعتقاد صحة المعاملة لأمر الطرف ، نعم مع بطلان المزارعة وكون البذر من العامل الذي منه الحاصل يجب لصاحب الأرض أجرة المثل ومع كون البذر من صاحب الأرض فديقال عليه أجرة المثل لعمل العامل وفيه الإشكال المذكور نعم إذا عمل بأمر صاحب الأرض لا باعتقاد صحة المزارعة فمقتضى القاعدة لزوم أجرة المثل .

✽ وتكره إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير ، وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها حدثاً ، أو يؤجرها بغير الجنس الذي استأجرها به ✽ إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير تارة تكون مع ضمان الأجرة في الذمة وأخرى مع الضمان مما يخرج من تلك الأرض ويحصل فيها فديقال مورد الكراهة الأولى والثانية ممنوعة ضرورة اعتبار ملكية الأجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجاً أوزمة ولا شيء منهما في الفرض ومن ذلك يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونه منها أو من أرض أخرى ولا بين استيجارها بجنس ما يريد زرعها فيها أو غيره وإلى ما ذكر أشار الصادق عليه السلام بقوله عليه السلام في خبر أبي بصير ولا تؤاجر الأرض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالأربعاء ولا بالنطاف ولكن بالذهب والفضة لأن الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون ،^(١) بناء على إرادة عدم إيجارتها بذلك إذا كان منها حتى

تصحّ التعليل فيه مضافاً إلى خصوص خبر أبي بردة سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إجارة الأرض المحدودة بالدراهم فقال: لا بأس ، وسألته عن إجاتها بالطعام فقال إن كان من طعامها فلا خير فيه ، ^(١).

وخبر الفضيل بن يسار «سألت أبا جعفر عليهما السلام عن إجارة الأرض بالطعام قال : إن كان من طعامها فلا خير فيه ، ^(٢) .

ويمكن أن يقال : ما ذكر في وجه المنع ممنوع لورود النقض ببيع الثمار قبل ظهورها مع أنه على ما ذكر لافرق بين كون إجاتها بطعامها أو طعام غيرها وفي الروايتين وقع التقييد بكونه منها ، ورواية أبي بصير لا ظهور لها في خصوص الحنطة والشعير من الأرض الموجرة والشاهد عليه أنه شرط في الخبرين كون الطعام منها ومع الظهور فيما ذكر لم يحتج إلى الشرط فالأولى الحمل على الكراهة مطلقاً لرواية أبي بصير المذكورة وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام : « لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة ، ^(٣) .

وأما الروايتان فلا يستفاد منهما الحرمة لعدم ظهور فلا خير فيه في الحرمة نعم يمكن الجمع بينهما وما فيه الهني المطلق بأشدية الكراهة في مورد الخبرين ، وما ذكر من تفسير المضمون في خبر أبي بصير بالمملوك لا يخفى بعده مع أن الظاهر أن النظر إلى أصل الحقيقة فالذهب بحسب الحقيقة مضمون وكذلك الفضة دون الحنطة والشعير إلى آخر ما ذكر ، ولا يبعد كون النظر إلى وقوع الذهب والفضة أثماناً في البيع وأجرة في الإجارة بخلاف ما ذكر وأمثاله ، ووجه حمل رواية أبي بصير والصحيحة على الكراهة مع أن ظاهر النهي التحريم الوضعي اشتراط عدم الخير في الروايتين بصورة كون الطعام منها فلو أردنا تقييد خبر أبي بصير والصحيحة بهذه الصورة يلزم كون الباقي تحت المطلق أقل من المخرج فتأمل .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٧١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٦٥ .

وأما كراهة أن يؤجر الأرض بأكثر - الخ ، فموكول بكتاب الإجارة إن شاء الله تعالى .

﴿وأما المساقاة فهي معاملة على الأصول بخصّة من ثمرها ، ويلزم المتعاقدين كلا إجارة ويصحُّ قبل ظهور الثمرة وبعدها إذا بقي للعامل عمل فيه المستزاد ، ولا تبطل بموت أحدهما على الأثبه إلا أن يشترط تعيين العامل﴾ .

المساقاة معاملة متعارفة عند العقلاء قد أمضاها الشرع ويدلُّ على صحّتها النصوص منها صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها قال «سألته عن الرّجل يعطي الرّجل أرضاً وفيها الرّمّان والنخل والفاكهة ويقول استق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما خرج قال : لا بأس» (١) .

وصحيحة الحلبيين «عن أبي عبد الله عليه السلام أن أباه حدثه أنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خبير بالنصف أرضها ونخلها الحديث» (٢) ،

والظاهر عدم لزوم لفظ خاص في تحقّق المعاملة بل تحقّق بما يفيد بل بالفعل بأن يسلم صاحب البستان إلى المساقى ويقبل هو وقد اعتبر فيه الوقوع على الأصول فلا تصحُّ على ما لأصل ثابت له بل يضمحلُّ غالباً بانقضاء السنة كأصل اليقطين والبطيخ وأمثالهما ، واعتبر أيضاً كونها مثمرة كالنخل والرّمّان ونحوهما لا مثل الخلاف ممّا لاثمرة له ، ووقع الخلاف في مثل التوت والحناء ، وقد يستدلُّ على ذلك بأن المعاملة غربية فلا بدّ من الاقتصار على المتيقن والأولى أن يقال لا بدّ في صحّة المعاملة وترتب الآثار من إمضاء الشرع ويشكُّ في بعض المعاملات إمضاء الشارع حيث إن المطلقات والعمومات منصرفة إلى المعاملات المتعارفة دون غيرها إلا أن يتمسك في مورد الشكِّ بعموم حديث الرّفْع في رفع اعتبار شيء جزءاً أوقيداً كما يتمسك في الشكِّ في كون الشرط مخالفاً إلى الأصل والمسئلة لا تخلوا عن شوب الإشكال .

وأما لزومها على الطرفين فلشمول ما دلّ على اللزوم للمقام ولا إشكال في صحّتها

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧١ و ١٧٢ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ١٧٠ .

قبل ظهور الثمرة و أمّا بعد ظهور الثمرة فقد يقع فيه التردّد و الإشكل للشكّ في شمول مثل «أوفوا بالقعود» و دعوى أن صحيح ابن شبيب و قصة خير ظاهران في ما قبل الخروج و احتمال أولوية الصّحة بعد الظهور لأنّ المفروض أبعد من الفرر ، و يمكن أن يقال لا يبعد الأخذ بترك الاستفصال في خبر يعقوب بن شبيب حيث لم يستفصل فيه أنّ المعاملة قبل ظهور الثمرة أو بعدها كما أن قصة خير إن كانت ظاهرة في بيان الحكم و أنّ المعاملة الواقعة مماثلة لما وقعت صحيحة بدون ذكر خصوصيّة أخرى من أنّها وقعت قبل ظهور الثمرة أو بعدها لا يبعد الأخذ بظهورها حيث يستفاد منه الإطلاق نعم لا بدّ من مدخليّة عمل المساقى في الثمرة و المعروف لزوم مدخليّته في الاستزادة ولا يبعد كفاية المدخليّة في إدراك الثمرة و لو لم تستزد . و أمّا ما ذكر من الأبعديّة عن الفرر فمع عدم شمول دليل النهي عن الفرر للمقام لا وجه له .

و أمّا عدم بطلانها بموت أحدهما فلا أنّه لا وجه للبطلان إلّا أنّ المعروف أنّه مع اشتراط المباشرة للعامل المساقى تبطل وقد سبق الإشكل فيه مع كونه بنحو تعدّد المطلوب ، نعم لا وجه لالزام ورثة العامل بالعمل إلّا أن يقال عمل العامل بمنزلة الدّين عليه فكما يجب أداء دينه من ماله المتروك كذلك يجب إتمام العمل على من يجب عليه إخراج الدّين ممّا ترك إلّا أن يتبرّع متبرّع فيستحقّ الوارث ما تستحقّه العامل من حصّته من الثمرة .

﴿ و تصحّ على كلّ أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه و يشترط فيها المدّة المعلومة التي يمكن حصول الثمرة فيها غالباً ، و يلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة و على المالك بناء الجدران و عمل النواضح و خراج الأرض إلّا أن يشترط على العامل ﴾ .

قد سبق الكلام في اعتبار وقوع المساقاة على كلّ أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه ، و أمّا اشتراط المدّة المعلومة فاستدلّ عليه بالاجماع فإنّ تمّ و إلّا فالوجوه المذكورة لا اعتبار تعيين المدّة كالوقوف على ما هو المتيقّن فيما خالف الأصل و احتمال الفرر و الجهل و إنّ عقد المساقاة لازم ولا معنى لوجوب الوفاء به دائماً ، ولا إلى مدّة

غير معلومة ، ولا إلى سنة واحدة لاستحالة الترجيح بلا مرجح ، وما في قصة خبير من ظهور ذكر المدّة باعتبار كون المحكيّ منها أنّ الواقع قد كان مزارعة ومساقاة بعقد واحد وعلى كيفة واحدة بالنسبة إليهما ومن المعلوم اعتبار ذكر المدّة في المزارعة غير تامّة لا يمكن أن يقال لامانع من الأخذ بترك الاستفصال في خبر يعقوب بن شعيب واستفادة الإطلاق من صحيحة الحلبيّين ، غاية الأمر علمنا من دليل آخر اعتبار تعيين المدّة في خصوص المزارعة ومع وجود الإطلاق وترك الاستفصال لوجه للوقوف على ما هو المتيقن .

وأما ما ذكر من أنّه لا معنى لوجوب الوفاء - إلخ ، فلا يوجب تعيين المدّة بالنحو المعروف بل بنحو آخر كأن يعيّن بإدراك الثمرة في سنة واحدة مع الاختلاف بحسب اختلاف السنين أو عيّن بمدّة حياة الطرفين أو طرف واحد أو مادامت الأصول باقية ثابتة بل لو أطلقت المساقاة من دون تعيين مدّة تنتهي بخروج الأصول عن الأثمار فلا موضوع حتى يقال : لا معنى لوجوب الوفاء دائماً .

وأما لزوم العمل على العامل فلأنّ استحقاق الحصة من الثمرة يكون في مقابل العمل فمع لزوم المعاملة يجب على الطرفين الوفاء لكن في اعتبار تأثير العمل في استزادة الثمرة بالخصوص تأمل بل لا يبعد مدخليته في إدراك الثمرة إلا أن يدعى الملازمة بينهما .

وأما ما ذكر من لزوم بناء الجدران وعمل النواضح فمع توقف الأثمار وإدراك الثمرة عليه لإشكال ومع عدم التوقف بالنسبة إلى إدراك الثمرة وإن كان دخيلاً في كماله فلا دليل على لزومه على المالك .

وأما خراج الأرض فالكلام فيه هو الكلام المذكور في المزارعة بلا اشتراط على العامل ومع اشتراط عليه .

ولا بدّ أن تكون الفائدة مشاعة فلواختصّ بها أحدهما لم يصحّ وتملك بالظهور وإذا اختلّ أحد شروط المساقاة كانت الفائدة للمالك وللعامل الأجرة ويكره أن يشترط المالك مع الحصة شيئاً من ذهب أو فضة ويجب الوفاء به لو شرط مالم تلتف الثمرة .

أما اعتبار إشاعة الفائدة بينهما فلأن المشروع من المساقاة كانت بهذا النحو ومادلاً على وجوب الوفاء بالعقود منصرف إلى النحو المتعارف دون غيره .
وأما تملك الفائدة بالظهور من دون انتظار إدراك الثمرة فالظاهر أنه لا خلاف فيه ويتفرع عليه تعلق الزكاة بهامع تمامية الشرائط ، فلولا شبهة الإجماع لأمكن التأمل فيه لأنه لا يبعد أن يقال ظاهر خبر يعقوب بن شعيب أن ما يخرج بعد ما عمل العامل من السقي وغيره يكون بينهما ولا أقل من الإجمال ومع اختلال بعض شروط المساقاة كانت الفائدة للمالك لأنها تابعة للأصل .

وأما استحقاق العامل الأجرة فقد سبق الإشكال فيها ، وقد يقال : إن كان عالماً بالفساد ومع ذلك عمل فهو متبرع بالعمل ولا أجرة له وكذلك لو كان الاختلال من جهة اشتراط عدم الفائدة للعامل ، فحينئذ لا يستحق أجرة ولو كان جاهلاً بالفساد لأنه مقدم على أن لا يكون له شيء فلا يستحق في صورتين شيء من الأجرة .

ويمكن أن يقال : مجرد العلم بالبطلان لا يوجب سلب الاحترام عن العمل وإلا لزم عدم الضمان في البيع الفاسد بالنسبة إلى المقبوض من الثمن والمثمن ، وأما الصورة الثانية فإن رأى العامل نفسه ملزماً بالعمل بحيث لا يزال بتخييل لزوم العقد ما كان يعمل بلا عوض كيف أحضر نفسه حين العمل للعمل بلا عوض .

وأما كراهة اشتراط المالك شيئاً من ذهب أو فضة زائداً على الحصّة فالظاهر عدم الخلاف فيها بعد الفراغ عن جواز الاشتراط ووجوب العمل بالشرط ، وأما الجواز فلعدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد وعدم مخالفته للشرع بناءً على أصالة عدم المخالفة فيما يشك في مخالفته للشرع ، وأما وجوب العمل فلمعموم « المؤمنون عند شروطهم » .

وأما تقييد وجوب الوفاء بالشرط بصورة عدم تلف الثمرة كما في المتن وكذا إذا لم تخرج الثمرة فعلم بأنه مع التلف أو عدم الخروج لا يستحق المالك على العامل ما شرط لأنه أكل للمال للباطل لا امتناع استحقاق أحد العوضين أو بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر فإن الشرط جزء من العوض ، نعم لو اشترط العامل على المالك شيئاً سوى الحصّة من الثمرة لا يتوجه ما ذكر لأن عمله في مقابله .

ويمكن أن يقال : على ما ذكر يتوجه الإشكال مع عدم اشتراط شيء أيضاً حيث أن العامل في مقابل عمله ما أخذ شيئاً مع تلف الثمرة أو عدم خروجها فإن أُجيب بأن العامل وإن كان عمله محترماً لكنه أقدم على العمل مع احتمال تلف الثمرة أو عدم خروجها يقال له أن المشروط عليه أيضاً أقدم على الشرط مع احتمال تلف الثمرة أو عدم خروجها و نظير المقام عمل العامل في المضاربة فإن العامل مع أن عمله محترم أقدم على العمل مع احتمال عدم الربح فيها وقد يوجه بأنه مع تلف الثمرة أو عدم خروجها تنفسخ المساقاة ومع الانفساخ لا يبقى شرط يجب الوفاء به ، ويشكل بأن لازم الانفساخ في المقام وكذا في المضاربة استحقاق العامل أجره عمله على ما تسالموا عليه من أنه مع بطلان المعاملة يستحق العامل أجره المثل لعمله .



﴿ كتاب الوديعة و العارية ﴾

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

﴿ كتاب الوديعة و العارية أما الوديعة فهي استئابة في الاحتفاظ و تنقير إلى القبول قولاً كان أو فعلاً و بشرط فيهما الاختيار و تحفظ كل وديعة بما جرت به العادة ، ولو عين المالك حرزاً اقتصر عليه و لو نقلها إلى أدون أو أحرز ضمن إلا مع الخوف ﴾ .

أما الافتقار إلى القبول فلكون الوديعة من العقود و العقد لا بد فيه من الإيجاب و القبول ، و يكفي في المقام الإعطاء و الأخذ بقصد الإيداع و القبول كالمعاطاة في البيع لتحقق الوديعة المترتب عليها آثارها و أما اعتبار الاختيار فلحديث الرّفع نعم لورضي المكروه فالقائلون بكفاية الرّضى اللاحق في البيع يلزمهم القول بكفاية الرّضى اللاحق و قد سبق الإشكال في كتاب البيع و أنه لا يبعد القول بالبطلان و على القول بالصحة بالرّضى اللاحق فديقال الصحة من جهة أنه إجازة للعقد السابق لأنّ رضاه و وضع يده المتجدد دين يكون قبولاً جديداً باعتبار عدم اعتبار مقارنة هذا القبول للإيجاب و إن كان هو ممكناً أيضاً لكن مع قصده لامع حصول الرّضا بما وقع سابقاً على نحو بيع المكروه و نكاحه ، بل فديقال بعدم صحته حتى مع القصد المزبور لأنّ العقد الأوّل بعد حصول الارتباط فيه بين الإيجاب و القبول إمّا أن يجاز فيصح ، أو لا فيبطل هو و إيجابه و لا يجدى القبول المتجدد ، و تظهر الثمرة في الضمان بالتفريط السابق و غيره ، و يمكن أن يقال : على القول بالصحة من جهة الرّضى اللاحق لورضي المستودع بالفتح بنفس الإيداع من دون توجهه إلى العقد الواقع بنحو الإكراه و لا بقصد أنه قبول للإيجاب السابق فلا مانع من صيرورة الرّضى الإنشائي قبولاً للإيجاب السابق و لو لم يقصده فتأمل .

و أما ما ذكر من قوله «لأن العقد الأوّل - الخ، فيشكل لأنّه مع عدم الإجازة لا يبطل بل البطلان يحصل بالرّدّ ولاردّ في المقام ومع عدم الرّدّ لا وجه لبطلان الإيجاب بحيث لا يرتبط به القبول الآحق .

وأما ما ذكر من ظهور الثمرة فهو فرع القول بالكشف في صورة لحوق الرضا بعد الكراهة ولادليل عليه وإن قلنا به في المعاملات الفضوليّة بالدليل الخاص .

و أما وجوب حفظ الوديعة فالظاهر عدم الخلاف فيه وقد يستدل عليه بما دل على وجوب ردّ الأمانة ويشكل من جهة أنّه لو لم يحفظ الوديعة وبقيت بدون الحفظ فردت إلى أهلها لم يخالف المستودع تكليفه لأداء ما هو عليه وعلى ما هو المعروف من وجوب الحفظ عسى وخالف لترك الواجب و نظير هذا ما يقال في وجوب حفظ العورة عن الناظر المحترم إن الواجب نفس الحفظ بحيث لو كشف عن العورة في محلّ يكون معرضاً لرؤية الناظر خالف وعسى لترك الحفظ ولولم تقع الرؤية عليها ، واستدل أيضاً بما دل على ضمان المستودع لو خالف أمر المالك ولم أفهم وجه الدلالة والمعروف أنّ الحفظ بما جرت به العادة كما هو الضابط في كلّ ما لاحد له في الشرع على وجه لا يعدّ الودعيّ مضيعاً ومفرطاً خائناً ، ويمكن أن يقال : إن قلنا بوجوب الحفظ مقدّمة لردّ الأمانة إلى أهلها أو قلنا بالوجوب النفسي فاللزام مراعاة ما هو حفظ بنظر الودعيّ فإنّه كثيراً ما لا تتوجّه العامّة وتقع أموالهم في معرض النهب والسرقة ويتوجّه الفطن الذكيّ ولا يقع ماله في معرض النهب والسرقة فكيف يكفي مثل هذا بالحفظ المتعارف بين العامّة إلا أن يقال وجوب الحفظ مدرّكه الإجماع ولا دليل على وجوب غير ما ذكر .

وأما لزوم الاقتصار على الحرز الذي عينه المالك ومع النقل إلى الأذن أو الأحرز يضمن إلا مع الخوف فاستدلّ عليه بأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه فمع النقل ضمن لأنّه عاد ومع خوف التلف يجوز النقل حسبة ، ويمكن أن يقال نارة لا يرضى المالك كون الوديعة عند المستودع إلا بالنحو المذكور فلا إشكال وأخرى يرضى المالك بكون الوديعة عنده ولو خالف ما عين لكن له مطلوب آخر بنحو تعدّد المطلوب

فلا مجال للتمسك بأصالة حرمة التصرف في مال الغير بل لابد من إقامة الدليل على وجوب ما عينه ففي الصورة الأولى يحكم بالضمان للخروج عن الأمانة إلا مع الخوف فالنقل جائز حسبة ومقتضى القاعدة عدم الضمان لأن الناقل معسن وما على المحسنين من سبيل وربما يظهر من العبارة ترتب الضمان ولورد الوديعة إلى المحل المعين، ويشكل من جهة أنه مع عدم بطلان الوديعة وكون اليد أمانة ما وجه الضمان وقد يتأمل في صدق الإحسان بمجرد الخوف خصوصاً إذا كان الخوف شخصياً بحيث لا يتحقق لنوع الناس .

وهي جائزة من الطرفين وتبطل بموت كل واحد منهما ولو كانت دابة وجب علفها وسقيها و يرجع به على المالك و الوديعة أمانة لا يضمنها المستودع إلا مع التفريط أو العدوان .

ادعي الإجماع على جواز عقد الوديعة من الطرفين والمعروف أن العقود الجائزة من شأنها أن تبطل بالموت والجنون والإغماء فإن تم الإجماع على البطلان بما ذكره وإلا أمكن الخدشة فيما عكس به من أن المال ينتقل عن المودع ولا عقد مع وارث الودعي فلا يجوز بقاءه على حكم الوديعة ومن أنه مع الجنون مثلاً ونحوه ينتقل ولاية التصرف إلى غيره ولا عقد مع غير الودعي لا يمكن أن يقال : لامانع من أن يعين الميت نكث ماله بالوصية ويدهه عند من يختار حتى يصرف في وقت معين مصرفه ، ولادليل على لزوم ولاية التصرف حدوثاً وبقاءً مضافاً إلى النقض بالهبة الجائزة حيث أنها مع القبض لا تبطل بموت الواهب والنقض بالإجارة مع القول بعدم بطلانها بموت المودع فإنها باقية مع أن المال انتقل إلى الوارث ولا عقد مع الوارث ، وما قد يقال من أنه لو لم تكن الوديعة عقداً بل كانت إنزاعاً من الودعي والإذن مع موت الآذن أو جنونه أو إغمائه واضح البطلان لانفهم وضوحه فإن الوصية العهديّة حقيقتها استنابة وإذن من الموصى ولا تبطل بواحد من هذه الأمور فالعمدة الإجماع إن تم نعم مع تعيين المستودع بنحو وحدة المطلوب لا مجال لبقاء الوديعة .

وأما وجوب العلف والسقى مع كون الوديعة دابة فهو من لوازم وجوب الحفظ

على المستودع على ما هو المسلم بينهم ، وأما الرجوع به على المالك مع عدم قصد التبرع فاستدل عليه بأنه حيث لا يجب على المستودع الإيفاء من ماله لأصالة براءة ذمته وللضرر المنفي في الشرع يرجع على المالك فوجوب البذل يكون بالترتيب المذكور في كلماتهم وهو التوصل إلى ذلك باستيذان المالك أو وكيله فيه فان تعذر رفع أمره إلى الحاكم ليأمره به إن شاء أو يستدين عليه أو يبيع بعضه للنفقة أو ينصب أميناً عليه فإن تعذر الحاكم أفق هو وأشهد عليه ويرجع مع نيته ولو تعذر الإيفاء اقتصر على نية الرجوع والقول قوله في مقدار النفقة كما أن القول قول المالك في مقدار زمانها فإن تم الإجماع وإلا أمكن الخدشة بأن يقال : إذا كان الحفظ واجباً على المستودع وجبت مقدماته فإذا وجبت المقدمات فلا يرفع وجوبها قاعدة نفي الضرر كما في سائر الواجبات ، مضافاً إلى أن المستودع مع قبول المستتبع لوجوب الحفظ كأنه أقدم على ضرره ونظير هذا الكلام يجيء فيما لو أوجب ردّ الوديعة إلى صاحبها مع وجوبه إنفاقاً على المستودع إلا أن يقال الواجب على المستودع الإيفاء الجامع مع المجانية والغرامة وقد وجب على المالك الإيفاء على دوابه كما ذكر في النفقات الواجبة ولازم هذا جواز مطالبة أجرة المكان والعمل اللازم عليه لحفظ كلّ وديعة وإن باشره بنفسه ومقتضى ما هو المذكور في سائر المقامات أنه مع تعذر الرجوع إلى الحاكم يرجع إلى عدول المؤمنين ، وتقدم قوله في مقدار النفقة محلّ تأمل .

وأما عدم الضمان في الوديعة مع عدم التعدي والتفريط فهو من المسلمات بل القدر المتيقن من الأمانة الخارجة عن قاعدة اليد الوديعة حيث إنها مأذون فيها وتكون لمصلحة الودعي والمستودع محسن « وما على المحسنين من سبيل » .

و أما الضمان مع التفريط أو العدوان فعلم بصدق الخيانة المقابلة للإيمان المجعول في النصوص سبباً أو عنواناً لعدم الضمان والنصوص المذكورة في باب الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان بالتعدي والاستهلاك بعد معلومية اشتراك الجميع في الحكم باعتبار كونها أمانة ، وما في بعض النصوص من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره محلّ الإعراض عن العمل به ، هذا مضافاً إلى مكتبة محمد بن الحسن

أبانه بِقِطْعَةٍ «رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فصاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه؟ فوقع عَلَيْهِ هو ضامن إن شاء الله^(١)» ويمكن أن يقال لانسلم صدق الخيانة مع التفريط فهل ترى أن من ترك نشر الثوب لحفظه لعدم القدرة يكون خائناً معذوراً من جهة عدم القدرة أو ترى الفرق بين صورة القدرة وعدمها في صدق الخيانة وما أشير إليه من بعض النصوص التعرُّض لعدم ضمان الثوب قد ذكر منه صحيحة الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عَلَيْهِ «قال : سألت عن رجل رهن عنده آخر عبيدين فهلك أحدهما أيكون حقه في الآخر؟ قال : نعم ، قلت : أوداراً فاحترقت أيكون حقه في التربة؟ قال : نعم ، قلت : أودابتين فهلك إحديهما أيكون حقه في الأخرى؟ قال : نعم ، قلت : أومتاعاً فهلك من طول ما تركه أو طعاماً ففسد أو غلاماً فأصابه جدري فعمى أو ثياباً تركها مطوية لم يتعادها ولم ينشرها حتى هلكت؟ قال : هذا نحو واحد يكون حقه عليه^(٢) .»

قيل و نحوها غيرها ، والظاهر أن محل الاستشهاد قوله : « أو ثياباً تركها إلخ » وهذا فرع لزوم النشر على المرتهن ، ولادليل عليه ، بل يمكن أن يكون حفظ المتاع راجعاً إلى الرهن مع إذن المرتهن وغيرها من الأخبار لا بد من ملاحظتها ، ثم على فرض وجوب الحفظ على المرتهن يتوقف الاستشهاد على صحة التهاتر بأن يقال : قوله عَلَيْهِ على المحكي « هذا على نحو واحد يكون حقه عليه » يدل على عدم الضمان لأنه مع كون التلف على المرتهن من جهة التفريط يقابل حقه على الرهن مع حق الرهن على المرتهن ، والتهاتر مشكل لا بد من إقامة الدليل عليه وإن لم يبعد استفادته من بعض الأخبار وقد سبق بعض الكلام فيه في بعض المباحث السابقة .

وأما المكتبة المذكورة فعلى فرض عدم الإشكال فيها من جهة السند يكون الضمان المذكور فيها مترتباً على مخالفة أمر المودع فلا يتم الاستدلال بها لصورة التفريط ، نعم

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ .

(٢) الفقيه باب الرهن تحت رقم ١٩ .

لا يبعد أن يستدل على الضمان من جهة التفريط والتعدّي بنصوص واردة في الرهن والمضاربة إن حصل القطع بالاشتراك في الحكم .

وأما الضمان بالعدوان فهو المسلم بينهم وعمل بأنه خيانة ويخرج العادي عن كونه أميناً وعدم الضمان مرتب على الأمانة وقد يستدل بالمكاتبة المذكورة ، نعم يقع الإشكال في صدق التعدّي على بعض الصور كما لو سافر المستودع مع الوديعة أو أودع الوديعة الغير من غير ضرورة ومقتضى الأصل البراءة إلا أن يقال مقتضى عموم على اليد الضمان خرج اليد الأمانى فمع الشك يؤخذ بالعموم إلا أن يتصدّق عليه المحسن وما على المحسنين من سبيل في الصورة الأولى وفي الصورة الثانية الضمان لعدم جواز تسليط الغير على الوديعة من دون إجازة المالك إلا أن يستظهر من جهة أخرى كما كان المعلوم من حال المستودع عدم تمكنه بنفسه حفظ الوديعة كما لو وكل شخصاً ليس من شأنه أن يباشر الأمر الموكل فيه .

ولو تصرف فيها باكتساب ضمن وكان الربح للمالك ، ولا يبرء بردّها إلى الحرز وكذا لو تلفت في يده بتعدّي أو تفريط فردّها مثلها إلى الحرز ، بل لا يبرء إلا بالتسليم إلى المالك أو من يقوم مقامه المشهور بينهم أنه إذا اتجر الودعي بالوديعة ضمن والربح للمالك وهذا مشكل بحسب القواعد حيث إن التجارة إن كانت بين الوديعة فهي معاملة فضوليّة إن أمضاها المالك صحّت وإن ردّها بطلت فما يظهر من الصحة بدون حاجة إلى الإمضاء مشكل وإن كانت بالكلي في الذمّة مع دفع الوديعة عمّا في الذمّة فمقتضى القاعدة استرداد الوديعة مع الإمكان وغرامة المثل أو القيمة مع عدم الإمكان وكون الربح للودعي إلا أن تستشكل في صحّة مثل هذه التجارة لقصد أداء ما في الذمّة وإن كان المالك أذن في التصرف مع الضمان فمقتضى القاعدة صحّة التجارة وكون الربح للودعي التاجر ، ولا مجال للشبهة من جهة قصد أداء ما في الذمّة بمال الغير ، وقد ذكر في المقام رواية وهي رواية رواها في التهذيب والفقهاء عن مسمع قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّي كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لي عليه ثم إنّه جاءني بعد ذلك بسنتين بالمال الذي كنت استودعته إياه فقال : هذا مالك فخذّه وهذه أربعة

آلاف درهم ربحتها في مالك فيها فهمي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت المال منه وأبیت أن آخذ الربح منه وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأبیت حتى أستطلع رأيك فماترى قال: فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله ، إن هذا رجل نائب والله يحب التوابين^(١) والشيخ - قدس سره - أفتى بما تضمنته الرواية في الدّين .

و يمكن أن يكون أمر الإمام عليه السلام بالأخذ على المحكي أمر بائضاء المعاملات الواقعة وإعطاء النصف إياه إحساناً إليه مع وقوع التجارة بالعين وأمر بأخذ نصف الربح مع كونها بما في الذمّة من باب قبول الاحسان الواقع من طرف الودعي .
و أما ما ذكر في المتن من عدم البراءة بردّ الودیعة إلى الحرز فاستدلّ عليه بالأصل ، ويمكن أن يستدلّ عليه بأنه بعد الخروج عن الأمانة تكون العين مضمونة حتى تردّ إلى المالك أو من يقوم مقامه .

ويمكن أن يقال إن الودیعة لم تبطل بعد وتصدق الأمانة ، وبعد عود الأمانة ماوجه الضمان مع خروج اليد الأمانية عموم عن « على اليد » وما دلّ على الضمان في خصوص المقام لا يشمل .

و أما صورة التلف بتعدّد أو تفريط وردّ مثلها أو قيمتها إلى الحرز فمع بطلان عقد الودیعة فيها لا بدّ من ردّ المثل أو القيمة إلى المالك أو من يقوم مقامه ولا استيمان في البين ، نعم في خبر الخثعمي عن الصادق عليه السلام « قلت له : الرجل تكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه فقال : لا يأخذ إلا أن يكون له إذن قال : رأيت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال : نعم ^(٢) » .

وفي خبر عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام المروي عن قرب الاسناد ومستطرفات السرائر « سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج إليه هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردّها بغير إذن صاحبها ، قال : إن كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذها ويردّها ^(٣) » ، إلا أنه لم نجد عاملاً بشيء منهما ما نفاهما أصول المذهب لعدم اقتضاء عقد الودیعة

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ١٦٧ والفقيه باب الودیعة تحت رقم ٣٥٤ .

(٣) الوسائل كتاب الودیعة ب ٨ ح ٢ .

الوكالة في القرض والاستيفاء ، ويبعد كون الإذن منه عَلَيْكَ من باب الولاية .
 ﴿ ولا يضمنها لو قهره عليها ظالم لكن إن أمكنه الدفء وجب ، ولو أحلفه
 أنها ليست عنده حلف مورياً و يجب إعادتها إلى المالك مع المطالبة ، ولو كانت غصباً
 منعه وتوصل في وصولها إلى المستحق ﴾

المشهور عدم الضمان مع الإكراه وعلل بضعف المباشرة وقوة السبب وللضربترك
 التسليم فيباح له شرعاً ويكون مندرجاً في حديث الرفع المقتضى لرفع الحكم تكليفاً
 ووضماً ، والمحكى عن أبي الصلاح الضمان لكونه متلفاً فيشملة عموم من أتلف ،
 واستشكل في تناول الأدلة لمثل القرض مع كون الوديعة محسناً ، ويمكن أن يقال :
 لازم هذا عدم الضمان لو اضطر الوديعة إلى إتلاف الوديعة من دون قهر قاهر كما لو توقف
 حفظ حياته على أكل أو شرب ولا أظن أن يلتزم به .

و أما التقييد بعدم إمكان الدفء وجوبه مع الإمكان فإن كان النظر فيه إلى
 إمكان الدفء بدون توجه ضرر عليه فلا إشكال فيه وإن كان النظر إلى إمكان الدفء مع
 توجه الضرر أو خوفه فالظاهر ارتفاع الحكم التكليفي ، و أما الوضعي أعني الضمان
 فالكلام فيه الكلام المذكور .

و أما صورة الإحلاف فالظاهر جواز الحلف فيها في الجملة و مقتضى القاعدة
 لزوم التورية لوجود المنذوحة ، ولعله يمكن الاستفادة الجواز بدون التورية عن بعض
 الأخبار في غير هذا المقام فلاحظ قضية عمّار وإكراه المشركين إياه على إساءه الأدب
 بالنسبة إلى رسول الله ﷺ ، و أما وجوب إعادة الوديعة إلى المالك فلا شبهة فيه « إن
 الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، ولا كلام فيه إنما الكلام فيما قالوا من وجوب
 المبادرة وعدم جواز التأخير وأنه هل يكون الوديعة معذوراً في التأخير بمقدار ارتفاع العذر
 الشرعي ككونه في حال الصلاة المحرمة قطعاً أو العذر العرفي ككونه في الحمام أو مشغولاً
 بمثل الأكل والشرب بحيث لو أخر كان عاصياً وضامناً ولا يبعد أن يقال : أما الأعدار
 العرفية فلا تراحم التكليف برد الأمانة إلا في صورة الحرج ، و أما الأعدار الشرعية
 فمع المزاحمة فيها يلاحظ الأهم ومع عدم الترجيح بخير ، هذا في الحكم التكليفي »

وأما الحكم الوضعي أعني ترتب الضمان من جهة التأخير فيشكل رفعه بدليل نفي الحرج و دليل تقدم العذر الشرعي مع عدم كون اليد أمانية مالكية إلا أن يقال مع تقدم العذر الشرعي أو لزوم الحرج تكون اليد أمانية شرعية كما لومات المالك ولم يتمكن الودعي من الرد إلى الورثة .

وأما لو كان مال المودع غصباً فلا بد من رده إلى مالكة إن عرف وإن جهل فالمعروف أنه عرف سنة ، ثم جاز التصديق بها عن المالك ويضمن المتصدق إن كره صاحبه لخبر حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الأكثر « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم فهل يرد عليه؟ قال لا يرد له فإن أمكنه أن يرد إلى صاحبه فعل وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً فإن أصاب صاحبها ردّها عليه وإلا تصدق بها . فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله ، وإن اختار الغرم غرم له فكان الأجر له ^(١) »

وقوله عليه السلام على المحكي « يصيبها النخ » يمكن أن يكون شرحاً للمنزلة باشتراك المال الذي أودعه اللص مع اللقطة في جميع ما ذكر ، ويبيده أن المفروض عدم إمكان الرد إلى صاحبه فعالة حال اللقطة التي حصل اليأس من وجدان صاحبها ، ولا مجال لاحتمال وجوب التعريف حولاً مع القطع بعدم وجدان صاحبه إلا أن يحمل على عدم إمكان الرد في هذا الخبر على عدم التمكّن بدون التعريف حولاً .

ويمكن أن يكون المراد أن الدّراهم أو المتاع بمنزلة اللقطة التي عرفت حولاً في التصديق والتخيير بين الأجر والغرم فلا يتأتى الإشكال المذكور لكن يتوجه عليه أنه على هذا الاحتمال لا يجب التصديق كما يظهر من كلماتهم ، بل يجوز أن يتملك ومع الإجمال لا يبعد الأخذ بعموم ما دلّ على حكم المال المجهول المالك ، و الأظهر ما ذهب إليه المشهور من وجوب التعريف لقوة أن يكون المراد من عدم إمكان الرد على صاحبه عدم إمكان الرد بدون التعريف حولاً ، ومما ذكر ظهر قوة ما في المتن .

﴿ ولو جهله عرفها كاللقطة حولاً ، فإن وجده وإلا تصدق بها عن المالك إن شاء ، ويضمن إن لم يرض ، ولو كانت مختلطة بمال المودع ردّها عليه إن لم يتميز ﴾ .
 لكن بقي ما ذكر من أن لازم الأخذ بظاهر الخبر المذكور عدم وجوب التصدق وجواز التملك كما في اللقطة ، والظاهر عدم التزامهم به .

وأما صورة الاختلاط بمال المودع الفاصب فمع إمكان تمييز المالكين لا إشكال في لزوم ردّ مال الفاصب إليه والعمل بالمال المغصوب ما ذكر مع عدم الاختلاط ، وأما مع عدم إمكان التمييز فالمعروف بينهم لزوم الردّ على الفاصب تقدماً لحقه المعلوم صاحبه على الحقّ المجهول صاحبه ، ولا يخفى ما في هذا إذا كان الفاصب غير تائب وكان بناؤه على التصرف نحو التصرف في مال نفسه ، وأما مع توبته وبنائه على الردّ إلى صاحبه فلا أولوية إلى الغير فمع معرفة المالك يردّ عليه ومع عدم المعرفة إمّا أن يعامل معاملة اللقطة أو يعامل معاملة المجهول المالك ويتصدّق به سواء كان المباشر للتصدّق الحاكم أو عدول المؤمنين أو من بيده ، نعم حيث إنّه مع الاختلاط لا يتميز لابدّ في التقسيم والتمييز من المراجعة إلى الحاكم و عدول المؤمنين على الترتيب على المعروف أو على التخيير إلا أن يقال إذا صار مال الغير بيده لا يجوز له أن يردّه إلى الغير ويسلّطه على المال وإن كان هو مثله في الأمانة وإن كان الفاصب حاله قبل الإيداع حال المستودع من جهة عدم جواز تسليط الغير على مال الغير ومع عدم الردّ على الفاصب لعدم الأهلية يعامل المستودع تلك المعاملة ولا بدّ في التقسيم من المراجعة إلى الحاكم أو غيره بالنحو المذكور .

﴿ وإذا ادعى المالك التفريط فالقول قول المستودع مع يمينه ، ولو اختلفا في مال هل هو وديعة أو دين فالقول قول المالك مع يمينه أنّه لم يودع إذا تعذّر الردّ أو تلف العين ﴾ .

المشهور قبول قول الودعي في التلف بغير تفريط ويمكن أن يستدلّ عليه بالمرسل في المقنع عن الصادق عليه السلام « عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال : نعم ولا يمين عليه » ، و بأنه أمين محسن قابض لمصلحة المالك فهو أولى من المضارب الذي قد يظهر من جملة من النصوص المفروغية من تصديقه ، و بقول أبي جعفر عليه السلام « لم

یخنك الأمين ولكن ائتمنت الخائن^(١) ، بناءً على أن المراد من هذا وشبهه الحكم شرعاً بعدم خيانة كل أمين لك وأنه متى ائتمنته كان غير خائن ، ولكن اذا خوته فاللوم عليك حيث إنك ائتمنت الخائن بزعمك ، وبقول الصادق عليه السلام في خبر مسعدة « ليس لك أن تأمن من خانك ولا تسهم من ائتمنت^(٢) » .

و خبر مسعدة بن زياد عنه عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : ليس لك أن تسهم من قد ائتمنت ولا تأمن الخائن وقد جرّته^(٣) » .

و يمكن أن يقال تارة يشك المالك في التفريط و التلف معه فمقتضى الأخبار المذكورة مع عدم الإشكال فيها من جهة السند لا أخذ الفقهاء بها تصديق المودع ، و أما مع دعوى المودع المالك القطع بالتفريط كيف يصدق وليس المقام مما يجب السكوت فيه حتى مع القطع كسكوت من شاهد الزنا حيث إنه ليس له القذف و إن كان النظر إلى الحاكم حيث إنه بعد مراجعة المالك إليه و دعوى القطع بالتلف عن تفريط يكون شاكاً و مقتضى المرسل المذكور في المقنع قبول قول المودع بالنسبة إلى الحاكم فله وجه لكن يبعد من جهة أن حكم الحاكم في الموضوعات من عدم القطع بلائسنة ولا يمين غير معهود ، و فرق بين مقام الحجية و بين مقام فصل الخصومة ألا ترى أن اليدحجة ولا يفصل به الخصومة هذا مضافاً إلى ما سبق من الإشكال في صدق الخيانة في صورة التفريط ، والخبر المذكور صريح في عدم اليمين إلا أن لا يؤخذ بهذا الجزء من الخبر . و أما التمسك بأنه أمين محسن فهو مناسب لمقام الشك دون القطع وكذلك سائر الأخبار المذكورة و بعضها لا نفهم دلالاته على المقصود فإن قول أبي جعفر عليه السلام على المحكي « لم يخنك الأمين - الخ » ظاهر في أمر آخر كما لا يخفى .

و أما ما ذكر من أن القول قول المالك في صورة الاختلاف في الودیعة و الدین

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٦٧ عن الصادق عليه السلام « لم يخنك الامين و انما ائتمنت

الخائن » .

(٢) و (٣) راجع الوسائل كتاب الودیعة ب ٩ ح ٤ و ١ .

فیدل علیه ما رواه الكلینی والشیخ والصدوق فی الموثق عن إسحاق بن عمار قال « سئلت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة و قال الآخر إنما كانت عليك قرضاً قال : المال لازم له إلا أن يقيم البيئنة أنها كانت وديعة ^(١) » .

و ما رواه الكلینی والشیخ عن إسحاق بن عمار أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل قال لرجل لي عليك ألف درهم فقال الرجل : لا ولكنها وديعة ، فقال عليه السلام القول قول صاحب المال مع يمينه ^(٢) » .

هذا مضافاً إلى أصالة عدم الوديعة التي يدعيه الطرف في مقابل المالك ليرتب عليها عدم الضمان من جهة تعدد الرد أو تلف العين وهذا الأصل وإن لم يثبت به الدائن حتى يترتب عليه الغرامة من المثل أو القيمة إلا أن قاعدة احترام مال المسلم كفيه في إثبات الغرامة من المثل أو القيمة ، بل يمكن التمسك بقاعدة اليد بأن يقال عموم القاعدة تشمل كل يد وتوجب الضمان خرج عنها اليد الأمانية و ليس الباقي اليد الغير الأمانية حتى يستشكل بأن أصالة عدم الوديعة لا تثبت القيد لأن من الأفراد الباقية يد ولم تكن في البين وديعة بنحو التركيب لا التقييد .

❖ و لو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه وقيل القول قول المستودع وهو أشبه ، ولو اختلفا في الرد فالقول قول المستودع ❖

في المسألة الأولى قولان أحدهما أن القول قول المالك واستدل عليه بيطان الأمانة بالخيانة فلا يكون قوله مسموعاً وبما نقل عن أبي الصلاح أنه قال وروي « أن اليمين في القيمة على المودع ، فيكون هذه الرواية دليلاً للشيخين - قدس سرهما - وأجيب بأن قبول قول الودعي ليس من جهة أمانته بل من جهة كونه منكرأ للزيادة والخبر المذكور لم يثبت على وجه تقوم به الحجة واستدل للقول الثاني بكونه موافقاً لقاعدة المدعي والمنكر حيث يكون الودعي منكرأ للزيادة لكن لا يخفى الإشكال فإن الشيخين - قدس سرهما -

(١) الوسائل كتاب الوديعة ب ٧ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ .

سرهما - مع توجههما إلى كون الودعي منكرأ أخذ بالقول الأول فيكون أخذهما موجبا لقوة الخبر المشار إليه وفي المسئلة الثانية وقع الإشكال من جهة أن الودعي مدع للرد وهو خلاف الأصل فالقول قول المالك ومن أنه أمين محسن يقبل قوله .

و يمكن أن يقال إن أخذ بما ذكر في مسئلة الاختلاف في التفريط فلا مجال للإشكال في هذه المسئلة بل المتعين تصديق الودعي فإن مرسل المقنع يشمل المقام و إن لم يشمل الأخبار الأخر لعدم ارتباط الرد بالخيانة .

❖ ولومات المودع وكان الوارث جماعة دفعها إليهم أو إلى من يرتضونه ، ولودفها إلى البعض ضمن حصّة الباقيين ❖ .

لاخلاف ولا إشكال فيه كما هو واضح .

❖ **وأما العارية** فهي الإذن في الانتفاء بالعين تبرعاً وليست لازمة لأحد المتعاقدين ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة ، ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع بل لا يضمن إلا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط إلا أن تكون العين زهباً أو فضةً فالضمان يلزم وإن لم يشترط ❖ .

ظاهر المتن لولا قوله بعده « لأحد المتعاقدين » كون العارية من الإيقاعات لا العقود وظاهر الشرايع كونها من العقود الجائزة ، ولم تظهر ثمرة بين الاحتمالين فإن جواز التصرف المترتب على العارية محفوظ ولولم يكن قبول للمستعير وليست العارية كالهبة التي لا يترتب الملكية فيها بدون القبول والقبض وما يقال من أن جواز التصرف من اللوازم والاشتراك في اللازم لا يرفع المباينة وبهذا يجاب عن النقض الوارد على تعريف الشرايع بأنها عقد ثمرته التبرع بالمنفعة بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة وحاصل الجواب أنها متباينة مفهوماً وتشارك في اللازم بشكل بأن ما ذكر يتم على تقديم الحاجة إلى إنشاء معنى خاص باللفظ أو الفعل ، وأما إذا اكتفى بكل لفظ أو فعل في مقام الإنشاء فلا تتحقق البيئونة إلا بالإطلاق والتقييد ولازم ما ذكر من كون العارية من العقود عدم جواز التصرف إذا قال المعير « أعرتك » ولم يقبل المستعير بقوله « قبلت » لعدم تحقق العارية المحتاجة إلى القبول ، وكيف كان المعروف أنها

ليست لازمة بل ادعى عليه الإجماع إلا بالعرض كإعارة العين للرهن وإعارة الأرض لدفن الميت وإعارة اللوح للسفينة في لجة البحر المستلزم رجوعه للفرق للأفس وقد يمنع في هذه الموارد وأمثالها لزوم العارية بل الجواز باق بحاله غاية الأمر منع مانع عن رد العين خارجاً كما لو فرض في بعض الأمثلة الإجارة التي فسخت بتقابل أو خيار فإنه لا إشكال في تحقق الفسخ حينئذ وإن منع مانع خارجي من رد العين إلى مالكيها ولازم هذا المنع جواز النباش في صورة الدفن خصوصاً بعد انتقال الأرض إلى الوارث وجواز أخذ أجرة الأرض مع عدم النباش ولا أظن أن يلتزم به مع أن لازم ما ذكر أنه مع امتناع رجوع العين الرجوع إلى البدل كما في صورة فسخ البيع أو الإجارة مع امتناع رجوع العين كما لو دفن في ملك الغير جهلاً بأنه ملك الغير فإن الظاهر عدم الإشكال في جواز النباش .

ويمكن أن يقال بعد فرض كون العارية من العقود تكون مشمولة لمادلاً على لزومها والإجماع المدعى على عدم اللزوم غير متحقق في الموارد المذكورة وأمثالها إلا أن يقال : لو كانت مشمولة لمادلاً على لزوم الوفاء ما احتيج إلى التشبث بالجهات الخارجية فطرواً هذه الطواري نظير اشتراط اللزوم بالعرض .

و أما اشتراط كمال العقل وجواز التصرف فلا كلام فيه ولا إشكال لكون الإعارة تصرفاً مالياً فمع عدم كمال العقل أو السفه أو المحجورية بجهة أخرى لا يترتب أثر على الإعارة سواء كانت عقداً أو إيقاعاً .

نعم وقع الإشكال في المقام حيث قال في الشرايع « ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة » كالمحكي عن الإرشاد « ولو أذن الولي للطفل صح أن يعير مع المصلحة » كالمحكي عن غيرهما وظاهر هذه العبارات أنه مع الإذن من قبل الولي يجوز للصبي الإعارة لابنحو آلية الصبي بحيث يكون الأذن الولي وهذا خلاف ما يظهر من كلماتهم في سائر العقود كالبيع والإجارة والصلح من عدم نفوذ تصرف الصبي مع الإذن من الولي إلا أن يكون الصبي آلة وفي الحقيقة طرف المعاملة ليس غير الولي ، والظاهر أن المستفاد من أدلة الحجر ليس إلا عدم النفوذ بالاستقلال لامع إذن الولي والمذكور

في المقام ليس مخالفاً لدليل حجر الصبي وما ذكرنا في مثل البيع والإجارة من عدم النفوذ حتى مع الإذن بل الصحة منحصرة بصورة آليّة الطفل يشكل استفادته من الأدلة إلا أن مخالفة المشهور مشكلة وقد سبق الكلام في كتاب البيع .
وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة بلا إشكال لأنه المتيقن وأما غير ماجرت به العادة فإن كان بحيث ينصرف عنه الإذن ، وأما مع عدم الانصراف فيشكل المنع عنه لعدم الفرق بين الاطلاق في هذا المقام وبين سائر المطلقات فاذا أعار لحافاً فالعادة اقتضت الانتفاع به بالتغطية وأما الافتراض به فهو خارج عن العادة لكن كون الإذن منصرفاً عنه كما لو قيد بالقيد اللفظي مشكلاً وكيف كان لو أوجب التصرف النقص في العين أو التلف مع كون التصرف مازوناً فيه لم يضمن المستعير كما في المتن لأنه استعمال مأذون فيه وبناء العارية على النقص بالاستعمال ولقول الصادق عليه السلام على المحكي في صحيح ابن سنان المسئول فيه عن العارية « لاغرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً » (١) .

وقد يستشكل من جهة أن الظاهر عدم شمول الإذن للاستعمال المتلف للعين ومع إيجاب الضمان يضمن المستعير بالقيمة آخر حالات التقويم ، وقد يقال : إن هنامقامين أحدهما ما كان النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ولومن جهة الاتفاق في مثل تلك العين كما لو استعار دابة للركوب أو الحمل ولم يزد على المعتاد واتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال لعثرة ونحوها وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان للنص وفتوى ، الثاني ما كان التلف بالاستعمال بسبب استدامته واستمراره المقضى لاستيفاء عمره بالنسبة إلى تلك العين وهذا هو المناسب للإشكال في الضمان به باعتبار اقتضاء إطلاق عقد العارية تناوله وعدمه إلا مع التصريح ، ولعل الضمان فيه وجيه .

ويمكن أن يقال : مع عدم الاطلاق بالنسبة إلى استدامة الاستعمال لامجال للإشكال في الضمان لأنه تصرف غير مأذون فيه فمع القطع بعدم إرادته لا إشكال في الضمان ومع الشك يكون الضمان مقتضى الأصل في الأموال فتأمل ، ومع الإطلاق

لا نجد فرقا بين المقامين والصورتان مشمولتان للنص المذكور .

و أما صورة التفريط و العدوان فلا إشكال في الضمان في الجملة ، أما التفريط بعدم حفظ المال مع أنه أمانة مالكية فالظاهر تسلم الضمان مع النقصان أو التلف المستنديين إليه وقد مرّ الكلام فيه في الوديعة .

و أما العدوان فالتلف و النقصان المستنديين إلى خصومه فلا إشكال في ضمانهما و أما لو كانا مستنديين إلى المجموع من التصرف المأذون فيه و الغير المأذون فيه كما لو حمل على الدابة الزائد على المقدار العادي فهل يضمن تمام النقص و تمام قيمة المتلف أو يقسط ؟ فيه إشكال قد يقال بعدم التقسيط تمسكاً بالأصل و من جهة ظهور تقييد الإذن في الأقل بعدم دخوله في ضمن الأكثر أما الأصل فمقتضاه البراءة عن الزائد ، فأما التقييد المذكور فلم يعرف و جهة فإنه إذا توجه المعير ينكر على المستعير في المثال من جهة حمل الزيادة لا من جهة أصل الحمل و الاحتياط في الأموال كما يقتضى في طرف المستعير غرامة التمام كذا يقتضى في طرف المعير الإقتصار على المتيقن إلا أن يقال هذا مع التفات المعير و مع عدم التفاته يحتاط المستعير لكن هذا فرع لزوم الاحتياط .

و أما الضمان مع الاشتراط فهو منصوص فيه وكذلك عارية الذهب و الفضة ، و يدل على ما ذكر صحيح زرارة « قلت لأبي عبد الله عليه السلام العارية مضمونة ، فقال : جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواء ، إلا الذهب و الفضة فإنهما يلزمان إلا أن تشرط أنه متى توى لم يلزمك تواء ، و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزومك ، و الذهب و الفضة لازم لك و إن لم يشترط عليك ^(١) . »

و رواية إسحاق بن عمار عنه أيضاً و أبي إبراهيم عليه السلام « العارية ليس على مستعيرها ضمان إلا ما كان من ذهب أو فضة فإنهما مضمونان اشتراطاً أو لم يشترطاً ^(٢) ، » وقد يظهر من بعض الأخبار اختصاص الضمان بالذهب و الفضة بالدائير

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ . و التهذيب ج ٢ ص ١٦٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٦٨ .

والدراهم وهو صحيح ابن سنان عنه رضي الله عنه ، أيضاً « لا تضمن العارية إلا أن تكون اشترط فيها ضمان إلا الدنانير فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً ^(١) » ، ومثله خبر ابن مسكان وخبر عبد الملك بن عمرو عنه أيضاً « ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يشترط صاحبها إلا الدراهم فإنها مضمونة اشترط صاحبها أم لم يشترط ^(٢) » .
ويمكن أن يقال إن كان الدينار بمعنى الذهب المسكوك والدراهم بمعنى الفضة المسكوكة فالظاهر لزوم تقييد الذهب والفضة بالمسكوك منهما لأن الأصل في القيود أن تكون احترازية وإن لم يكونا كذلك بلهما فردان من الذهب والفضة كفردية زيد وعمرو للإنسان وإن كانا بالدقة ينحلان إلى جهة الإنسانية وخصوصية أخرى فالظاهر الأخذ بإطلاق الذهب والفضة لأن إثبات الحكم لفرد من الكلي لا يوجب نفي الحكم عن الأفراد الأخر فتأمل .

❖ ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن ، وكذا لو كان جاهلاً لكن يرجع على المعير بما يفترم ، وكل ما يصح الانتفاع به مع بقائه تصح إعارته و يقتصر المستعير على ما يؤذن له ، و لو اختلفا في التفريط فالقول قول المستعير مع يمينه ، و لو اختلفا في الرد فالقول قول المعير ❖ .

أما الضمان سواء كان عالماً أو جاهلاً فليليد ، وأما رجوع المستعير فيما اغترم إلى المعير مع الجهل فلكونه مغروراً والمغرور يرجع إلى من غرّه .

و يمكن أن يقال تارة لا يكون المستعير قاصداً للتصرف في العين المستعارة إلا بنحو الاستعارة والتصرف بلا أجره للمنفعة المستوفاة فأعاره الغاصب فلا إشكال في صدق الغرور وأخرى يكون قاصداً للتصرف مع الأجرة فيعيره الغاصب و يقول تصرف مجاناً ففي هذه الصورة يشكل صدق الغرور لأن الغرر إن كان بمعنى الخطر كما عن الصحاح والمصباح والاساس وغيرها فلا خطر في البين بل لو فسر بالجهل أيضاً يشكل صدقه في بعض الموارد كما لو استأذن المالك في التصرف في العين فأذن له المالك بقصد أخذ

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٦٧ و ١٦٨ .

الأجرة و تخيل المستأذن الأذن في التصرف مجاناً فهل يمكن القول بعدم استحقاق الأجرة من جهة أن الأذن ما صرح بمقصوده فهو غارث و المغرور يرجع إلى من غرّه و لو كان المراد من الفاصب المتصرف بغير حق و لو مع الجهل بالموضوع فلا وجه للرّجوع إليه بوجه بل قرار الضمان على من تلف عنده كما قرّر في تعاقب الأيدي على العين مع عدم الاستحقاق هذا في منافع العين المستعارة و أمّا الكلام في نفس العين المستعارة فقد يفصل بين العين التي لم تكن بمقتضى العقد مضمونة كما لو لم تكن العارية مشروطة بالضمان و لم تكن العين درهماً أو ديناراً أو ذهباً أو فضة فالضمان على المعير في صورة الجهل للمرور و بين ما كانت مضمونة من إحدى الجهتين ، فالضمان على من تلف العين في يده . وقد يناقش بظهور أدلة ضمان العارية المشروط فيها الضمان أو إذا كانت ذهباً أو فضة في الصحيح من العارية بخلاف الفاسدة فلا يترتب على الشرط فيها إلا على كونها ذهباً أو فضة ضمان من هذه الجهة بل ترتب الضمان بقاعدة اليد وعموم من أتلف فرجوع المعير على المستعير بقيمة العين باعتبار صيرورها عوضاً شرعاً مما أدّاه عنها برجوع المالك عليه والفرض عدم الغرور منه بخلاف ما لورجع المالك على المستعير فإنه لا يرجع إلى المعير لأنّ التلف في يد المستعير علّة لاشتغال ذمته بالقيمة بخلاف المعير المخاطب في الحقيقة بردّ العين أو قيمتها ممّن هي في يده إن لوجه لخطابهما و البدليّة المشخّصة بالخيار لا دليل عليها فالقيمة في ذمّة من تلف في يده والآ خر مخاطب بإرجاع ذلك منه و إلا فبالغرامة عنه فإنّ أدّاه صار ما في ذمته عوضاً شرعياً إذ لا وجه لملك الفاصب فقام الإذن الشرعي بالأداء عنه مقام الإذن منه بذلك بخلاف ما لو أدّى هو فإنّ ما يؤدّي عن نفسه و بذلك اتضح وجه الرّجوع على من حصل التلف في يده من ذوي الأيدي المتعاقبة دونه إلا إذا كان مغروراً .

و يمكن أن يقال لا نسلم صدق الغرور مع الاشرط أو كون العين المستعارة ذهباً أو فضة أو درهماً أو ديناراً مع إقدام المستعير على الضمان .

و أمّا ما ذكر في وجه رجوع من لم يتلف العين في يده إلى من تلفت في يده إذا أخذ المالك القيمة منه بخلاف صورة رجوع المالك على من تلفت في يده فلا يرجع إلى الآ خر ،

فيشكل من جهة أنه لم نجد نصاً دالاً على رجوع من لم تلتف العين في يده إلى من تلتف في يده إذا أخذ المالك القيمة أو المثل منه حتى يقال مع عدم ملك الغاصب قام الإذن الشرعي بالأداء عنه مقام الإذن منه بذلك فإن الاستفادة من الحديث المعروف بضمان كل من أخذ من غير فرق بين من تلف عنده و من لم يتلف عنده فما ذكر من أن القيمة في ذمة من تلف عنده الظاهر في الاختصاص به و الآخر مخاطب بإرجاع ذلك منه و إلا بالفراغة عنه لم يظهر وجهه ولا دليل على العوضية الشرعية و عدم رجوع السابق إلى اللاحق لا يوجب ملكية الغاصب حتى يدفع بأنه لا وجه لملك الغاصب لإمكان أن يكون ما نحن فيه من قبيل الواجبات الكفائية تسقط بفعل أحد المأمورين بها و من قبيل الضمان عند الجمهور خلافاً لمذهب الخاصة ، وغاية ما يمكن أن يستفاد من الحديث أن الآخذ ليس ضامناً لخصوص المالك بالنسبة إلى العين و منافعها بل ضامن لخسارة كل من توجهت عليه الخسارة ، و لذا يقال في العين المرهونة إذا غصبت يكون الغاصب ضامناً للرهن والمرتهن وعلى هذا فالشخص الأول بعد أخذه مال الغير ضامن بمقتضى على اليد لنفس المالك ليس غير والشخص الثاني الآخذ منه ضامن لشخصين المالك للعين والشخص الأول المقترم بعد أخذ الفراغة منه ، و قيمة العين أو لمثل وصل إلى المالك بأخذه من الشخص الأول و تبقى الفراغة المأخوذة منه فلا بد من جبرانها بمقتضى على اليد ، و هكذا الكلام بالنسبة إلى الأيدي المتأخرة عن هاتين اليدين ولا يستشكل بأن الخسارة المذكورة تحققت على اليد فكيف يمكن أن يشملها لإمكان أن يكون على اليد متعريضاً للحكم نحو القضية الطبيعية باصطلاح أكابر علماء العصر لا باصطلاح المنطقيين هذا غاية ما يمكن أن يقال بعد تسلم رجوع المتقدم إذا أخذ منه الفراغة إلى المتأخر و استقرار الضمان على من تلف عنده إلا أن يكون المتأخر مغروراً و إلا فلنائل أن يمنع ظهور على اليد في لزوم غرامة غير العين المأخوذة فلو غصب العين المرهونة وتلفت عند الغاصب و أبرء مالك العين ذمة الغاصب يشكك الالتزام بلزوم المثل أو القيمة عليه من جهة خسارة المرتهن مع براءة ذمة الغاصب بالنسبة إلى نفس العين من جهة المالك .

و أما ما ذكر من أن كل ما يصح الانتفاع به الخ فإن كان النظر فيه إلى عدم الصحة فيما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاتلاف فيرد عليه أنه بعد ما كانت العارية عقداً ثمرتها التبرع بالمنفعة ليس غير لا يدخل مثل ما ذكر في العارية وإن كان النظر فيه إلى اخراج ما ليست له منافع محللة قابلة لتوجه العقلاء كان الأنسب التعبير بأن كل ما يجوز الانتفاع به الخ والأمر سهل .

و أما الاقتصار على ما يؤذن له فلا اشكال فيه إلا أنه لا يلزم التصريح بل الإطلاق كاف إلا أن يكون في البين انصراف و لو اختلف المعير و المستعير في التفريط فالمعروف أن القول قول المستعير لكونه أميناً و في صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام «صاحب العارية والودیعة مؤتمن»^(١) ونحو غيره و مقتضى الأمانة قبول قوله كما سبق في الودیعة و لو اختلفا في رد العارية فالمعروف أن القول قول المعير لقاعدة البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر والایتمان لا يقتضى تصديقه في الرد و قبوله في الودیعة للنص ويشكل التفرقة حيث إن المذكور في باب الودیعة قول الصادق عليه السلام على المحكي في خبر مسعدة «ليس لك أن تأتمن من خائفك ولا تشهم من ائتمنت»^(٢) ، وخبر مسعدة بن زياد عنه عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : «ليس لك أن تشهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن و قد جرته»^(٣) ، فإن أمكن استفادة قبول قول الأمين منهما في مقام الدعوى ففي كلا المقامين وإن لم يمكن ففي كليهما .

و لو اختلفا في القيمة فقولان أشبههما قول الغارم مع يمينه ، و لو استعار الرهن من غير إذن المالك انتزع المالك العين ويرجع مرتين بماله على الرهن .
الظاهر تعيين الأخذ بقول الغارم مع يمينه إلا أن تقوم البيئنة لأصالة براءة ذمته من الزيادة ، وما قد يقال من أن « الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال » فلا نعرف له مدركاً و أما استعارة الرهن بدون إذن المالك فلا يصح بدون الاجازة و للمالك انتزاع العين ، و أما مع الاجازة فإن قلنا بصحة الفضولي في المعاملات على القاعدة فلا مانع من تصحيح العارية بالاجازة .

(٢) تقدم سابقاً .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٦٧ .

﴿ كتاب الإجارة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين
﴿ كتاب الإجارة وهي تملك منفعة معلومة بعوض معلوم ، و يلزم من الطرفين
و تنفسخ بالتقابل ولا تبطل بالبيع ولا بالعقود وهل تبطل بالموت قال الشيخان نعم و
قال المرتضى لا تبطل و هو أشبه ﴾ يمكن أن تكون حقيقة الإجارة تملك المنفعة
بعوض ، و يمكن أن تكون التسليط على العين لينتفع بها في مقابل العوض ، و يؤيد
الثاني تعلق الإجارة بنفس العين بدون تقدير المضاف .

و يؤيد الأول عدم صحة التسليط في إجارة الأحرار حيث أن الحر غير قابل
لهذا المعنى و لذا لو حبس الحر لا يضمن منافعه بخلاف حبس العبد أو التسلط على
الأعيان الخارجية فإن الاستيلاء عليها موجب الضمان واختلاف الحقيقة باختلاف
المتعلق بعيد و لكل من المعنيين اعتبار عقلائي لكن المعروف في حقيقتها المعنى الأول
و كيف كان الظاهر أن معلومية المنفعة والعوض من شرائط الصحة شرعاً كشرط صحة
البيع لا أن تكون من مقومات الحقيقة .

و أما لزوم من الطرفين فلا خلاف فيه و يدل عليه عموم « أو فوا بالعقود » و
عموم « المؤمنون عند شروطهم » بناء على عدم كون الشرط التزاماً في ضمن التزام
آخر و ما عن علي بن يقطين في الصحيح قال : « سألته يعني أبا الحسن عليه السلام عن الرجل
يكتري السفينة سنة أو أقل أو أكثر ، قال : الكراء لازم إلى الوقف الذي اكتراه إليه
والخيار في أخذ الكرى إلى ربها إن شاء أخذ و إن شاء ترك ^(١) » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن سهل قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام
عن الرجل يتكاري من الرجل البيت و السفينة سنة أو أقل أو أكثر قال : كراء لازم
إلى الوقت الذي تكراه إليه - الحديث ^(٢) » .

و أما الانفساخ بالتقابل فيدل عليه عموم ما دل على مشروعيته واستحباب إقالة

النادم وأما عدم البطلان ببيع العين المستأجرة فلعدم تنافي العقدين من جهة اختلاف المتعلق والمعروف أن المشتري مع جهله بوقوع الإجارة قبلا يتخير بين الصبر إلى انتهاء الإجارة وبين الفسخ ، نعم لا بد من التقييد بصورة احتفاظ المأليّة بعد انقضاء مدة الإجارة فلو كانت مدة الإجارة طويلة بحيث لا مالية للعين المستأجرة بعد انقضائها لم يصحح البيع لعدم المأليّة للعين ويدل على صحة إجارة المبيع ما رواه في الفقيه عن أبي همام أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المورث تلك الضيعة بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له مشاهداً فمات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت أم يثبت في يد المستأجر إلى أن ينقضي إجارته فكتب عليه السلام ثبت في يد المستأجر إلى أن ينقضي إجارته ^(١) .

وما رواه المشايخ الثلاثة قد أسرارهم في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحافي عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال « سألته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده كما شرط قلت : فإن احتاج إلى بيعها يبيعها ، قال : نعم قلت : فينقض بيعه الدار السكنى ؟ قال : لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت أبي يقول قال أبو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى و لكن يبيعه على أن الذي يشتره لا يملك ما اشترى حتى ينقض السكنى على ما شرط والإجارة ، قلت : فإن رد على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من النفقة والعمارة فيما استأجره ؟ قال : على طيبة النفس ورضى المستأجر بذلك لا بأس ^(٢) ، وكذلك العتق على حسب القاعدة لا يوجب بطلان الإجارة ، وأما البطلان بالموت فقد وقع فيه الخلاف واختلفوا على أقوال ثلاثة فقيل بأن الإجارة تبطل بموت كل من المورث والمستأجر ونسبه في الشرايع إلى المشهور ، وقيل : بأنها لا تبطل بموت واحد منهما وهو المشهور بين المتأخرين وقيل : إنها تبطل بموت المستأجر دون المورث واحتج للقول الأول بأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لأنه استحق بال عقد استيفائها على ملك المورث فإذا مات زال ملكه عن العين وانتقلت إلى الورثة فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق

المستأجر استيفائها لأنه ما عقد على ملك الوارث و إذامات المستأجر لم يكن إيجاب الأجرة في تركته ، ولا يخفى ما فيه فإن المنتقل إلى الورثة الملك المسلوب المنفعة في طرف الموجر وفي طرف المستأجر إن كانت الأجرة عيناً خارجة فهي ملك الموجر أو وارثه ولا تربط بورثة المستأجر ، وإن كانت ديناً تنتقل تركة المستأجر إلى الوارث بعد خروج الدين واحتج للقول الثاني بأن الإجارة من العقود اللازمة ومن شأنها أن لا تبطل بالموت ولعموم الأمر بالوفاء بالعقود ، وبما رواه في التهذيب عن إبراهيم الهمداني قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشرين على أن تعطى الإجارة في كل سنة عنه انقضائها لا يقدّم لها شيئاً من الإجارة ما لم ينقض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت أم تكون الإجارة منتقضة بموت المرأة ؟ فكتب عليه السلام إن كان لها وقت مسمى لم تبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجارة وإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله تعالى ^(١) ، وبهذا المضمون أيضاً رواية إسحاق بن أحمد الأبهري عن أبي الحسن عليه السلام ولا يخفى أن الرواية على فرض تمامية دلالتها تكون أخص من المدعى لأنها متعزّضة لخصوص موت الموجر وتقريب دلالتها على عدم بطلان الإجارة بالموت بأن يكون المراد من قوله عليه السلام على المحكي وقت مسمى لم تبلغه على ما في بعض النسخ أو لم تبلغ على نسخة أخرى مدّة الإجارة بقريضة ذكر الوقت في كلام السائل حيث قال : «هل يجب على ورثتها - إلى آخر ، ويكون قوله عليه السلام على المحكي وإن لم تبلغ ذلك بياناً للشريطة الأولى لا مقابلاً لها ويكون المراد من قول فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت بنسبة ما بلغت فإن المعطى حينئذ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت ، واحتمل في الرواية معنى آخر وهو أن يكون المراد من الوقت المذكور النجم المضروب لدفع أبعاض الأجرة وهو انقضاء السنة ويؤيده أن وقت الإجارة مفروض في السؤال فلا يقبل التشكيك والاحتمال حتى يحتاج إلى الاشتراط وكذا عدم بلوغها ذلك الوقت بل قيل : إنه على هذا التقدير لا يلزم تفكيك في الوقت فإن المتكسر منه معنى

واحد بخلاف الأوّل فإنّ الوقت في قول السائل أوّلاً « ما لم يمض الوقت » هو وقت دفع الأجرة لا وقت الإجارة وكذا قوله عليه السلام « إن كان لها وقت مسمّى » فإنّ مدّة الإجارة ليس لها وإنما عليها إمضاءها بخلاف وقت الأجرة وكذا حسن المقابلة بين الشرطيتين فإنّ المراد من الأوّل حينئذ موتها عند انتهاء النجم قبل أخذ الأجرة والمراد من قول « لم تبلغه » أنّها لم تبلغها أجرته ومن الثانية موتها في أنثائه في الثلث أو النصف أو غيرهما ويكون قوله عليه السلام « فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت » على ظاهره وهو أنّ الورثة يعطون مقدار الأجرة الماضية دون الباقية وعلى هذا المعنى تكون الرواية دالّة على بطلان الإجارة بموت الموجر ، ولا يخفى أنّ ما ذكر لتقريب المعنى الثاني ليس بحيث توجب الظهور في المعنى الثاني بل في مصايح العلامة الطباطبائي قدّس سرّه أنّ الظاهر هو المعنى الأوّل وقوله عليه السلام « إن كان لها وقت لم تبلغه » كالصريح في عدم بلوغ الوقت والحمل على عدم بلوغ الأجرة في نهاية البعد وفي بعض النسخ مكان « لم تبلغه » « لم تبلغ » والدلالة فيه أظهر وأوضح ، وحمل قوله « بقدر ما بلغت » على إرادة النسبة ليس بهذه المثابة ، ثمّ قال ويحتمل عود الضمير في قوله « بلغت » إلى الورثة دون الأمراء فيكون المراد بقية المدّة التي صارت للورثة وفي قول السائل « هل يجب الخ » دلالة واضحة على إرادة المدّة دون الأجل المضروب لدفع الأجرة والأمر في باقي القرائن هيّن ، قوله قدّس سرّه « و يحتمل عود الضمير الخ » لدفع الاستبعاد الناشي من إرجاع الضمير إلى المرأة الموجبة للحمل على إعطاء الورثة بنسبة ما بلغت مع أنّ المعطى حينئذ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت .

ويمكن أن يقال على فرض عدم ظهور الرواية في المعنى الأوّل لا أقلّ من الإجماع ومعه لا مجال لرفع اليد عمّا دلّ على لزوم العقد وبقائه ، وقد يقال إنّ الرواية ظاهرة على التقدير الأوّل أيضاً في الفسخ بأن يكون المراد إن كان للإجارة وقت مسمّى ولم تبلغ المرأة أي لم تبلغ شيئاً منه بقريئة الشرطية الثانية على معنى أنّها آجرت إلى مدّة معلومة فماتت حال الإجارة قبل أن تبلغ شيء من المدّة فالحكم فيه أنّ

لورثتها تلك الإجارة على معنى أن لهم إمضاءها أو فسخها بناءً على أن المراد من القول بالفسخ بالموت عدم لزوم الإجارة على الورثة نحو ما اعترف به القائل بالصحة في ما استثناء من هذه المسئلة وهو إجارة البطن الأول من الموقوف عليهم وانتقل إلى البطن الثاني بموت الأولين في أثناء الإجارة فإن لهم الخيار في انفاذ الإجارة الأولى وفسخها ، وإن أبيت فيمكن أن يكون المراد أن الورثة إن شاؤوا آجروا وإن شاؤوا لم يوجروا .

ويمكن أن يقال قوله بالتصريح على المحكي «فلورثتها تلك الإجارة» ليس ظاهراً في ما ذكر من أن لهم إمضاءها أو فسخها ، نعم هو قابل لأن يحمل عليه لكن يعارضة ما بعده «فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت» مع رجوع الضمير في بلغت إلى الورثة حيث إنه ظاهر في تعيينه .

﴿ وكل ما تصح إعارته تصح إجارته وإجارة المشاع جائزة ، والعين أمانة لا يضمنه المستاجر ولا النقص منهما إلا مع تعدد أو تفریط ﴾ .

قد فسر هذه العبارة أعني « كل ما يصح إعارته تصح إجارته » بأن كل ما يصح إعارته من الأعيان اللاتقاء بالمنفعة التي لا تكون عيناً تصح إجارته أيضاً لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض والعارية بدون العوض ووجه القيد التي أن لا تكون عيناً أنه نقل الإجماع على عدم صحة الإجارة إذا كانت المنفعة المنتقلة مثل لبن الشاة وثمر البستان وقد منع الاتفاق على عدم صحة إجارة الشاة للبنها بل ادعى الاتفاق على جوازها وهي المنحة وقيد قاعدة المذكورة بعض الفقهاء قدس الله أسرارهم بما صح إعارته بحسب الأصل لا مطلقاً فإن المنحة وهي الشاة المعارة للاتقاء بلبنها مما يصح إعارتها مع أنه لا يصح إجارته إلا أن هذا الحكم ثبت فيها على خلاف الأصل ، وبعضهم حمل الكلية على الغالب .

وأما جواز إجارة المشاع فلعوم «أوفوا بالعقود» وخصوص الملاقات الإجارة واستيفاء منافع العين المشتركة ممكن كاستيفاء المنافع للمالك مع اشتراك العين المشتركة نعم لا بد في تسليم العين من إذن الشريك سواء كان المستاجر عالماً بالاشاعة أو جاهلاً كما

لو أجز العين المشتركة ولم يجز الشريك في سهمه .

وأما كون العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا مع التفريط أو التعدّي فلكون العين مأذون التصرف وبنائهم على أن كل ما أذن التصرف فيه يكون أمانة سواء كان الإذن من قبل الشرع فيكون أمانة شرعية أو من قبل المالك فيكون أمانة مالكية ولكن اشتهر في المقبوض بالسوم كونه مضموناً وكذلك الطيب والبيطار بل قد يقال المصداق العرفي للأمانة خصوص الوديعة ويدل على عدم الضمان في باب الإجارة صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام «سألته عن الرجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت فما عليه؟ قال: إن كان اشترط ألا يركبها غيره فهو ضامن لها وإن لم يسم فليس عليه شيء» (١) .

وصحيح الحلبي «سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفقت الدابة قال إن كان جاز الشرط فهو ضامن وإن دخل وادياً ولم يوثقها فهو ضامن وإن سقطت في بئر فهو ضامن لأنه لم يستوثقها» (٢) ، إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك ، وظهر مما ذكر حكم صورة التعدّي والتفريط ولزوم الضمان فأعطاء الغير مع اشتراط أن لا يركب غيره تعدد وعدم استيثاقها تفريط ، وقد حكم في كل منهما بالضمان وربما يظهر من هذا الصحيح الضمان بمجرد التفريط ولو في غير باب الإجارة كالوديعة والعارية .

❦ وشرائطها خمسة : أن يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف ، وأن تكون الأجرة معلومة كيلاً أو وزناً ، وقيل تكفي المشاهدة ولو كان مما يكال أو يوزن ، وتملك الأجرة بنفس العقد معجلة مع الإطلاق أو اشتراط التعجيل ، ويصح تأجيلها نجومياً أو إلى أجل واحد ❦ .

أما شرطية كون المتعاقدين كاملين جائزي التصرف فقد سبقت في كتاب البيع لعدم الاختصاص بالبيع فلا حاجة إلى التعمُّن .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧٦ .

(٢) في التهذيب ج ٢ ص ١٧٦ ، لم يستوثق منها ، .

وأما اعتبار معلومية الأجرة في الجملة فالظاهر أنه لا خلاف فيه وإنما الكلام في أنه هل يعتبر المعلومية بالنحو المعتبر في البيع ففي ما كان الأجرة مما يكال أو يوزن لا بد من الكيل أو الوزن أم يكفي المشاهدة؟ الأقوى الثاني لعدم الدليل على الاعتبار والدليل على نفي الغرر في غير البيع غير مسلم فيكفي العمومات لإثبات الصحة، وقد يقال إنما تكفي المشاهدة في ما ترتفع الجهالة والغرر بها عرفاً لا في مثل الموزون والمكيل ضرورة عدم كفاية المشاهدة فيهما وفي المعدود، وإلا لكفت في البيع المعلوم اعتبار عدمهما فيه على وجه يرتفع فيه النزاع والخطر ويتحقق به صدق البيع المعلوم لا المجهول، ويمكن أن يقال قد اعتبر في البيع الكيل والوزن والعد في صحة بيع المكيل والموزون والمعدود من جهة عدم ارتفاع الغرر المنهى في البيع إلا بها أو من جهة الأخبار الخاصة. والخبر الدال على اعتبار عدم الغرر في الباب ولو بعمومه لم يثبت اعتباره والدليل الخاص بالمقام غير موجود وليس في المقام إلا اعتبار عدم كون المعاملة جزافية كما لو لم تكن مشاهدة في البين والشاهد عليه اكتفاء بعض من يدعى اتفاقهم في المقام بالمشاهدة وتردد بعض آخر فعن الشيخ والمرضى الاكتفاء واستحسنه في الشرايع واستشكل في الإرشاد وظاهر المحقق الأردبيلي الميل إليه فليس في المقام إلا الشهرة، ثم إنه بعد تحقق عقد الإجارة يتحقق الملكية بالنسبة إلى الأجرة فمع الإطلاق أو اشتراط التأجيل يستحق الموجر مطالبتها ويصح تأجيلها نجومياً أو إلى أجل واحد كل ذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ويمكن أن يقال إذا اقتضى الإطلاق استحقاق الموجر المطالبة فما معنى اشتراط التعجيل فإن الشرط في ضمن العقد التزام في ضمن الالتزام العقدي فإذا اقتضى الالتزام العقدي استحقاق المطالبة بلا انتظار مدة فما معنى الالتزام الآخر في ضمنه، وليس المقام من قبيل الوجوب المتصور فيه المراتب وكون مرتبة أشد من مرتبة أخرى فإن إطلاق العقد يقتضي استحقاق المطالبة فاقضاء الشرط الاستحقاق من قبيل تحصيل الحاصل والاستحقاق ليس ذاهباً، ومع الإشكال من هذه الجهة لا مجال لأن يقال فائدة الشرط استحقاق الموجر الخيار من جهة تخلف الشرط.

ولو استأجر من يحمل له متاعاً إلى موضع في وقت معين بأجرة معينة فإن لم يفعل نقص من أجرته شيئاً معيناً صح ما لم يحط بالأجرة .
 هذا هو المشهور بين الأصحاب قدس الله أسرارهم واستدل عليه بالصحيح أو الموثق أو الخبر المنجبر بالعمل عن محمد الحلبي قال : « كنت قاعداً عند قاض من القضاة وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما : إنني تكرت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن واشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا لا تفها سوق أتخوف أن تفوتني فإن احتبست عن ذلك حطت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا وكذا وإنه حسبني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً ، فقال القاضي : هذا شرط فاسد وفه كراه ، فلما قام الرجل أقبل إلي أبو جعفر عليه السلام فقال : شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه (١) .

قيل و لصحيح محمد بن مسلم قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إنني كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما : إنني اكتريت من هذا دابة ليبلغني عليها من كذا وكذا إلى كذا وكذا وإنه لم يفعل قال : فقال : ليس له كرى ، قال : فدعوته فقلت : يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه وقلت للأجير ليس لك أن تأخذ كل الذي عليه اصطلاحاً فتراداً بينكما (٢) .

وأورد بآته غير محلّ الفرض وهو اشتراط النقصان فيه إن لم يوصله فيه وليس فيه تعرض لماعدى اليوم المعين بالأجرة ولا لغيرها بل في حواشي ثاني الشهيدين قدس سرهما أن ما تضمنه من الحكم مخالف للقواعد الشرعية لأنّ اللازم من تعيينه اليوم المعين والسكوت عن غيره أنه لا يستحق في غيره الأجرة كما قال ذلك القاضي إلا بفرض إطلاعه عليه السلام على ما يوجب بطلان الإجارة فحكم عليها بالاصطلاح لأنّ الثابت أجرة المثل وهي خارجة عن المعين .

ويمكن أن يقال أمّا ما ذكر من أن الحكم مخالف للقواعد فهو مبني على كون التعيين

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ .

والتقييد في الاكتراء بنحو وحدة المطلوب وأما مع تعدد المطلوب ولعله الغالب فلا مخالفة فيه للقواعد الشرعية ، نعم كان بعض الأكابر - قدس سره - يفرق في مثل البيع بين أن يقع على الكلي الموصوف بوصف كذا وبين أن يقع على العين الخارجية الموصوفة بوصف كذا ويرى أنه لو سلم المشتري في الصورة الثانية العين الفاقدة للوصف سلم المبيع و للبايع خيار تخلف الوصف بخلاف الصورة الأولى فلو سلم الفاقدة للوصف فيها سلم شيئاً مباحيناً للمبيع ولو كان بنحو تعدد المطلوب ، ولعله يظهر من هذه الرواية الصحيحة خلافه .

و أما ما ذكر من أنه غير محلّ الفرض فهو حقّ لكنّه يستفاد من الخبرين أنه مع شرط الايصال أو التقييد ينقص من الكرى شيء وليس بحيث لا يستحقّ المكاري شيئاً .

وأما ما في كلام ثاني الشهيدين من أنه مع بطلان الاجارة يثبت أجره المثل فيشكل حيث إنه مع وحدة المطلوب و مباحنة ما وقع لما تعاقدا عليه كيف يستحقّ أجره المثل إلا أن يثبت بالتعبّد ، وكيف كان ففي الرواية الأولى كفاية وقد يستشكل في الصحة من جهة التعليق و الجهالة والابهام و أنه كالبيع بثمنين نقداً و نسيئةً ومن هنا كان خيرة المحقق الثاني وغيره من المتأخّرين البطلان وطرح الخبر أو الحمل على الجمالة واجب بمنع التعليق في العقد إذ ليس المراد منه الاجارة بالمقدار الناقص لو نقص بل أقصاه التعليق في الشرط و هو النقص من الأجرة ولادليل على بطلانه فيه إذا لم يرجع إلى التعليق في نفس العقد ، و يمكن أن يقال : التكري المذكور في الرواية مع الاشرط المذكور يتصور على نحوين أحدهما أن يكون الكرى على تقدير إدخال الرّجل المعدن يوم كذا المقدار المعين وعلى تقدير التأخير مقداراً آخر ولا إشكال في أنه نظير البيع بثمنين أو أزيد و النحو الآخر أن يكون الكرى معيناً ليس غير و اشترط براءة ذمته على تقدير التأخير و هذا ليس كالبيع بثمنين أو أزيد و ليس تعليقاً في المعاملة و لامانع من صحته فإن بنينا على حفظ القواعد و عدم التخصيص فيها فلا بدّ من حمل الرواية على النحو الثاني أو الحمل على الجمالة و إن كان الحمل على الجمالة بعيداً جداً ، و

إن قلنا بأنه لا مانع من تخصيص القواعد بالنصّ المعبر فلا مانع من الصحة في كلتا الصورتين .

﴿و أن تكون المنفعة مملوكة للموَجِر أو لمن يوجر عنه وللمستأجر أن يوجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ﴾ .

أما اعتبار كون المنفعة مملوكة للموَجِر أو لمن يوجر عنه فمن جهة أن المعاوضة لا يتحقق بدون الملكية من غير فرقيين أن يكون الموَجِر مالكا للعين وبالبيع مالكا للمنفعة أو يكون مالكا للمنفعة بالاستقلال كما لو استأجر العين بدون اشتراط استيفاء المنفعة بنفسه أو اشتراط أن لا يوجر غيره فالمالك يوجر لنفسه والمتولي للوقف والحاكم والولي والوصي يوجرون للغير والفضولي يوجر للغير والنفون محتاج إلى الإجازة إن قلنا بصحة الفضولي في الإجارة وقد يقال : إن المراد بالملكية في المقام صحة التصرف والسلطنة على المنفعة بوجه شرعي لتدخل فيه ما إذا كان وقفاً بناءً على القول بعدم ملك الموقوف عليه ، ويمكن أن يقال في منافع الموقوفة لا بد من الالتزام بالملكية غاية الأمر في الوقف على مثل الأولاد أو صنف خاص من الإنسان يكون المالك الاشخاص أو الكلي وفي الوقف على الجهات يكون المالك الجهة كوقف أرض على أن يصرف منافعها في المسجد وإن كان النظر إلى نفس العين الموقوفة ففي مثل المساجد والمدارس والخوانات الظاهر خروجها عن المملوكية فلا يصح بيعها وفي العين الموقوفة على الأولاد أو صنف خاص إن صح بيعها لطرواً بعض الطواري فلا محيص عن اعتبار المملوكية لها لأن البيع لا يتحقق بدون الملكية حيث إنه مبادلة مال بمال والمبادلة في الملكية وما أفيد من كفاية مجرد السلطنة لازمه جواز إجارة العين المستعارة إذا لم تكن العارية بنحو تكون السلطنة مختصة بنفس المستعير وجواز بيع الضيف ما أبيع له من الطعام والغذاء .

وأما إيجار المستأجر فمع عدم الاشتراط لا إشكال فيه ومع الاشتراط لا مانع من الإجارة بمعنى تملك المستأجر المنفعة مستأجراً آخر مع حفظ المباشرة واستيفاء المستأجر الأوّل المنفعة كما لو أباح المستأجر الثاني المنفعة للمستأجر الأوّل أو ملكه بعوض ،

نعم مع اشتراط أن لا يوجر غيره و قلنا بصحة هذا الشرط ليس له أن يوجر غيره بناءً على أن الشرط المذكور يوجب سلب سلطنته .

✽ و أن يكون المنفعة مقدرة بنفسها كخياطه الثوب المعين أو بالمدّة المعيّنة كسكنى الدار و تملك المنفعة بالعقد و إذا مضت مدّة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر استقرت الأجرة و لولم ينتفع ✽ .

ادعى الاتفاق على اعتبار تقدير المنفعة بالنحو المذكور وقد يعكّل بلزوم الفرر لولا التقدير و كأنه وقع الاتفاق على اشتراط عدم الفرر في الإجارة نعم لو كانت للعين منافع متعدّدة قابلة للاستيفاء على البدل فقد يقال بعدم لزوم تعيين بعضها مع التساوي بل يملك الجميع و يتخير في الاستيفاء ، و يمكن أن يقال تملك الجميع غير صحيح لعدم إمكان الاستيفاء ، و تملك البعض الغير المعين تملك لأحد الفردين والظاهر عدم التزامهم بالصحة فيه ، نعم يمكن أن يلاحظ القدر المشترك بين المنافع فيتخير في الاستيفاء لكن لو كان المعتبر عدم حصول الفرر يشكل لعدم الإكتفاء بالجامع في البيع فلو باع الجامع بين النوعين لم يحكم بالصحة و إن كانا متساوي القيمة والحاصل أن الجامع بين أفراد نوع واحد أو صنف واحد في الأعيان مع عدم الاختلاف لا مانع من بيعه والجامع بين أفراد نوع واحد أو صنف واحد مع عدم الاختلاف لا مانع في تملكه في الإجارة ، و أما الجامع بين الأنواع أو الأصناف في الأعيان فمع عدم جواز بيعه معيّلاً بحصول الفرر يشكل تملكه في المنافع في الإجارة إن كان المعتبر عدم الفرر فيها و إن قلنا بكفاية الخروج عن المعاملة الجزائية فلا إشكال .

و أما استقرار الأجرة مع مضي المدّة القابلة لاستيفاء منفعة العين فيها و لولم ينتفع المستأجر فلأنّ اللازم على الموجر تسليط المستأجر على العين للاستيفاء و قد حصل وقد فوتت المستأجر على نفسه و ليس على الموجر شيء و يدل عليه خبر ابن يقطين « سئلت ✓ أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقل أو أكثر ، قال : الكرى لازم إلى الوقت الذي اكتره إليه والخيار في أخذ الكرى إلى ربها إن شاء أخذوا إن شاء ترك ^(١) .

ونحوه خبر على ابنه وخبر سهل وخبر أبي بصير والخبر الآخر «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال آجرنيها بكذا إن زرعتها أولم أزرعها أعطيتك ذلك فلم يزرعها الرجل قال له أن يأخذ بماله إن شاء ترك وإن شاء لم يترك (١) .
 * وإذا عين جهة الانتفاع لم يتعدها المستأجر ويضمن مع التعدي ، ولو تلفت العين قبل القبض أو امتنع الموجه من التسليم مدّة الإجارة بطلت الإجارة ولو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل وكان الدرك على الظالم ، ولو انهدم المسكن تخير المستأجر في الفسخ وله إلزام المالك بإصلاحه ولا يسقط مال الإجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر * .

أما عدم جواز التعدي فلا نته تصرف في ملك الغير غير مجاز ، وأما الضمان فلما سبق من الأخبار ومنها صحيح أبي ولادوفيه «أرأيت إن عطب البغل أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته ، قلت : فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز (٢) ؟ فقال : عليك قيمة ما بين السحّة والعيب يوم تردّه عليه » (٣)

و في صحيح الحلبي «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابته [دابة - خل] إلى مكان معلوم فنفتت الدابة قال : إن كان جاز الشرط فهو ضامن - الحديث » (٤) .

و أما بطلان الإجارة بتلف العين قبل القبض أو امتناع الموجه من التسليم ففي صورة تلف العين حكم بالبطلان من جهة أن استيفاء المنفعة أحدالعوذين فاذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع فاستيفاء المنفعة هنا كالقبض في البيع ، و يمكن أن يقال إن قلنا في البيع بانفاسه من جهة تلف المبيع فهو من جهة النصّ ولاوجه لمقايسة باب الإجارة بباب البيع ، نعم لو كانت العين غير قابلة لاستيفاء المنفعة أمكن القول ببطلان

(١) الوسائل كتاب الاجارة ب ١٨ ح ١ .

(٢) الدبر بالتحريك : الخراجه و منه جمل أدبر كما في المنرب ، و غمز الدابة :

مالت من رجلها كما في القاموس .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٩١ والتهذيب ج ٢ ص ١٧٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ .

العقد أصلاً من جهة عدم صحته المعاوضة بخلاف ما لو كانت قابلة فاتفق التلف السماوي من غير فرق بين ما كان قبل القبض أو بعد القبض لكن الحكم المذكور كأنه من المسلمات بينهم وظاهر كلماتهم أن الأجرة من حين العقد مملوكة للموجز بتمامها وبالتلف قبل القبض أو بعده أوفي أثناء المدّة ترجع إلى المستأجر كلاً أو بعضاً من حين البطلان كما في تلف المبيع قبل القبض وقد يفرّق بين تلف المبيع قبل القبض والتلف في باب الإجارة حيث إن المبيع قبل القبض مال موجودٌ قوبل بالمعوض فبالتلف يعرض البطلان فلو تصرّف البايع في الثمن قبل البطلان تصرّف في ملكه وتلف العين المستأجرة كاشف عن عدم كون الموجر مالكا للمنفعة إلى تمام المدّة فلم ينتقل ما يقابلها إليه فتصرّفه في ما يقابلها تصرّف فضولي في ملك الغير .

ويمكن أن يقال : لازم هذا القول بالبطلان في بعض صور تلف المبيع قبل القبض أو بعد القبض كما لو باع الدابة فماتت بلا فصل قبل القبض أو بعد القبض فإنّ ماليّة الدابة بالقابليّة للركوب أو الحمل فإذا كانت في علم الله غير قابلة فلا ماليّة لها وما لا ماليّة له لا يقابل بالمال فلم يصحّ البيع من أوّل الأمر وفي صورة امتناع الموجر من التسليم إلى انقضاء مدّة الإجارة فالمعروف بطلان الإجارة بمعنى انفساخ العقد قهراً تنزيلاً له منزلة التلف قبل القبض في البيع ، ولا يخفى الإشكال فيه حيث إنّ القول بالبطلان في البيع من جهة النصّ فلا مجال للتعدّي إلى غير مورده فالأظهر عدم الفرق بين منع الموجر ومنع الظالم وفي صورة منع الظالم لا نجد فرقا بين المنع قبل القبض أو بعد القبض فمقتضى القاعدة في هذه الصورة بقاء الإجارة على الصحة واللزوم والرجوع إلى المانع سواء كان هو الموجر أو الظالم وسواء كان قبل القبض أو بعد القبض لكنّ المشهور خلاف ما ذكر .

وأما صورة انهزام المسكن فمع عدم القابليّة للبقاء مقتضى القاعدة بطلان العقد من أوّل الأمر لعدم المنفعة حتّى يقابل مع الأجرة ، وأمّا مع القابليّة وطروء الانهزام لآفة سماويّة ففي الشرايع كما في المتن اختيار الفسخ للمستأجر ومع إعادة المسكن بفعل الموجر أو بالزام المستأجر لا خيار إلا من جهة التأخير وتخلل عدم الانتفاع بمقدار

إعادة المسكن أو إصلاحه .

ويمكن أن يقال : إن كان انتفاء الانتفاع من جهة الانهدام بمنزلة الانتفاء من جهة عدم القابلية للانتفاع فمقتضى القاعدة بطلان عقد الإجارة ولو بالنسبة إلى بعض المدّة ولا مجال للقول بالانفاسخ أو الفسخ وإلا فما الوجه في الانفاسخ أو الفسخ غاية الأمر توجّه ضرر على المستأجر كما لو لم يتمكّن من الانتفاع بالعين المستأجرة ، وأمّا صورة إعادة المسكن أو إصلاحه فلقاتل أن يقول : ما وقعت الإجارة على المسكن المعاد أو المصلح خصوصاً إذا بني بغير الاجزاء السابقة وهذا ليس من قبيل إعادة المعدوم بنظر العرف حتى يقال الإجارة وإن كانت بنظر أهل المعقول مستحيلة لكن العرف يجوز وقد يقال مع الانهدام وفوت أصل الانتفاع وعدم إمكان الإعادة تنفسخ الإجارة لتعذر المستأجر عليه فله من المسمّى حينئذٍ بنسبة مافات من المنفعة وإن لم يفتأ أصل الانتفاع وأمكن إزالته كان للمستأجر فسخ الإجارة مع فوات بعض المنفعة للتعيّب بالتبعض إلا أن يعيد صاحبه ويمكّنه منه ويتوجّه عليه ما ذكر حيث إنّه إن كان تعذّر الانتفاع بمنزلة عدم الانتفاع لعدم القابلية فمقتضى القاعدة بطلان العقد ولو بالنسبة إلى البعض ويكون تصرف المورج في ما يقابله من الأجرة تصرفاً في ملك الغير وهذا غير الانفاسخ وما ذكر من الخيار من جهة التبعض لا بدّ من الحمل على ردّ بعض مال الإجارة وإمساك الباقي مع عدم الفسخ لعدم المنفعة المقابلة لمجموع مال الإجارة ، والكلام في إعادة المسكن أو إصلاحه هو الكلام السابق .

وأما عدم سقوط مال الإجارة لو كان بفعل المستأجر فلحصول التلف بفعله فحاله حال الظالم المانع بعد القبض فكما لا يسقط هناك مال الإجارة ويرجع المستأجر إلى الظالم كذلك هنا لا يسقط وإتلافه بمنزلة استيفاء المنفعة ، ويمكن أن يقال : لا إشكال في ضمان المستأجر المتلف للعين المستأجرة بالنسبة إلى العين لقاعدة من أتلف وهل إتلافه للعين يكون إتلافين إتلاف للعين وإتلاف للمنفعة فيكون ضامناً للعين بالنسبة إلى المورج وليس ضامناً للمنفعة لأنّها ملك له ولازم هذا أن يكون المتلف للعين القابلة للمنفعة سنيّن متمادية ولم تكن مستأجرة لأحد ضامناً غارماً للعين ولتلك المنفعة ولا أظنّ أن يلتزم

به أحد بل الضمان للعين ليس غير أم يكون إتلافاً لنفس العين ليس غير فيكون كصورة
تعذر الاستيفاء لا كصورة استيفاء المنفعة ، ويتضح هذا في صورة كون العين المتلفة مثلية
فمع رد المتلف المثل هل يمكن أن يلتزم بلزوم رد قيمة المنفعة المتصورة للعين في سنين
متتالية وهذا الكلام يجري في صورة إتلاف الغير للعين المستأجرة .

✽ و أن تكون المنفعة مباحة فلو أجره ليحمل الخمر وليعلمه الغناء لم تنعقد ،
ولا تصح إجارة الآبق . ولا يضمن صاحب الحمام الثياب إلا أن يودع فيشترط ، ولو
تنازعا في الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه ✽ .

أما اشتراط كون المنفعة مباحة فقد تقدم الكلام فيه في المكاسب المحرمة .

و أما عدم صحة استيجار الآبق فقد علل بالسفه ولا يفيد ضم شيء إليه كالبيع
لحرمة القياس ويمكن أن يقال : مع القطع أو الاطمينان بعدم الرجوع تكون المعاملة
سفيهة ومع الاحتمال لا تكون سفيهة ، غاية الأمر مع الرجوع يستوفى منه المنفعة
والعمل ومع عدم الرجوع تنفسخ الإجارة أو تبطل من أوّل الأمر لتعذر استيفاء
المنفعة .

و أما عدم ضمان صاحب الحمام الثياب فلا خلاف فيه ولا إشكال لعدم ما يوجب
الضمان وفي المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام « إنه أتني بصاحب الحمام وضعت عنده الثياب
فضاعت فلم يضمنه وقال : إنما هو أمين ^(١) » وفي خبر السكوني عن جعفر عن أبيه
أن علياً عليه السلام كان يقول « لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب فإنه إنما
أخذ الجعل على الحمام ولم يأخذ على الثياب » ^(٢) و أما مع استيداع الثياب عنده
فحكّمه حكم الوديعة فمع التقريط أو التعدي يضمن وبدون التعدي والتفريط لا
ضمان ، ولو تنازعا في الاستيجار فالقول قول المنكر لأصالة عدمه ، ثم إن كان النزاع
قبل استيفاء شيء من المنافع رجع العين إلى صاحبه والمنفعة تابعة للعين وإن كان بعد

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ و الفقيه باب الضمان ح ٩ . و التهذيب ج ٢ ص ١٧٧ .

(٢) الوسائل أحكام الإجارة ب ٢٨ ح ٢٢ من حديث اسحاق بن عمار ،

استيفاء شيء من المنافع أو بعد استيفاء الجميع فإمّا أن يكون المدعى للإجارة المالك أو المتصرف فإن كان المالك وحلف المنكر انتفت ووجبت الأجرة المثل فإن كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن للمنكر المطالبة إن كان دفعه لاعترافه باستحقاق المالك بل يجب عليه إيصاله إلى المالك إن لم يكن دفعه إليه وإن لم يكن للمالك قبضه بعد اعترافه بعدم استحقاقه وإن زاد المسمى على أجرة المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه ويسقط عنه إن لم يكن دفعه والعين ليست مضمونة في هذه الصورة لاعتراف المالك بكونها أمانة بالإجارة .

ويمكن أن يقال في هذه الصورة العين مضمونة باعتراف المنكر لاعترافه بعدم الإجارة فلا بدّ من الدّس في مال المالك إلا أن يكون الإذن في التصرف محققاً وقلنا بكفاية مجرد الإذن في عدم الضمان ، وأمّا ما ذكر من كون أجرة المثل أزيد من المسمى أو كون المسمى أزيد ففي صورة كون المسمى من الأثمان وأمّا مع فرض كون المسمى من غير الأثمان ولو كان بحسب القيمة أزيد أو أنقص فلا يتأتى ما ذكر بل لا بدّ من ردّ المسمى في صورة الدّفع ودفع أجرة المثل وهذا لو لم يكن الدّفع بعنوان الأجرة بمنزلة الإقرار بتحقيق الإجارة ، ثمّ إنّه على فرض كون المسمى من الأثمان وكان تالفاً و كان مقبوضاً لا بعنوان أجرة المثل بحسب أجرة المثل إن صحّ التهاثر كما لعله المشهور وإن أشكل التهاثر فلا بدّ من الترادّ وإن كان المدعى للإجارة المتصرف فحلف المالك استحقاق أجرة المثل وله المطالبة إن لم يكن قبض قدرها وإن زادت عن المسمى بزعم المتصرف وإن كان المسمى أكثر فليس له المطالبة في الزائد وإن وجب على المتصرف إيصاله إليه ولو كان المتصرف أقبض المسمى وكان أزيد من أجرة المثل فليس له المطالبة بالزائد لاعترافه بعدم استحقاقه وإن وجب على المالك إيصاله إليه ، والعين مضمونة إذا كان المالك منكر الأصل الإذن وإلا فلا ضمان إن قلنا بكفاية مجرد الإذن في عدم الضمان والكلام السابق من جهة التهاثر يجري في المقام .

❦ و لو اختلفا في ردّ العين فالقول قول المالك مع يمينه وكذا لو اختلفا في قدر الشيء المستأجر ، و لو اختلفا في قدر الأجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه وكذا

لو ادّعى عليه التفريط ، وثبتت الأجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الإجارة .
 أما صورة الاختلاف في ردّ العين فلا إشكال في أن القول قول المالك لأصالة عدم الردّ
 و أما صورة الاختلاف في قدر الشيء المستأجر فالقول قول من يدّعي الأقل سواء ، كان
 هو المالك أو المستأجر ولعل التعبير في المتن بقوله : وكذا الخ من جهة الغلبة و ذلك
 لأصالة عدم الزيادة على ما اتفقا عليه ، ومن هذه الجهة يقدم قول المستأجر لو اختلفا
 في قدر الأجرة ، وأما لو ادّعى الموجر على المستأجر التفريط ففيه خلاف ، فديقال بعدم
 الضمان من جهة قاعدة الأمانة وصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته
 عن الصباغ والقصار قال ليس يضمنان » ^(١).

وخبر بكر بن حبيب « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أعطيت جبّة إلى القصار فذهبت
 بزعمه قال : إن اتهمته فاستحلفه وإن لم تتهمه فليس عليه شيء » ^(٢)
 وخبره الآخر عنه أيضاً « لا يضمن القصار إلا ما جنت يدها وإن اتهمته
 أحلفته » ^(٣).

و خبر أبي بصير المروي عنه أيضاً « لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك إلا
 أن يكونوا متهمين فيخوف بالبيّنة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً » ^(٤).
 وفي قبالها أخبار أخر كحسن الحلبي عنه أيضاً « في الغسّال و الصباغ ماسرق
 منهما من شيء فلم يخرج منه على أمر يبين أنه قد سرق وكل قليل له أو كثير فهو ضامن
 فإن فعل فليس عليه شيء وإن لم يفعل ولم يقيم البيّنة وزعم أنه قد ذهب الذي قد ادّعى
 عليه فقد ضمنه إن لم يكن له بيّنة على قوله » ^(٥).

وخبر أبي بصير عنه أيضاً « سألته عن قصار دفعت إليه ثوباً فزعم أنه قد سرق من
 بين متاعه ، فقال : عليه أن يقيم البيّنة أنه قد سرق من بين متاعه وليس عليه شيء وإن
 سرق متاعه كلّهُ فليس عليه شيء » ^(٦).

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٧٨ والاستبصار ج ٣ ص ١٣٢ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٧٨ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٧٧ .

(٥) و (٦) الكافي ج ٥ ص ٢٤٢ . والتهذيب ج ٢ ص ١٧٧ .

وحسن الحلبيّ عنه أيضاً « أنه سئل عن رجل جمّال استكرى منه إبلاً وبعث معه بزيت إلى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه فقال : إن شاء أخذ الزيت وقال أنه انخرق ولكن لا يصدق إلا ببينة عادلة ^(١) » و نحوه خبر زيد الشحام ^(٢) .

ويمكن أن يقال: أما قاعدة الأمانة فتماميتها منوطة باثبات أن ما أذن التصرف فيه أمانة وقد استشكل فيه في مثل المقبوض بالسوم وغيره وأما الأخبار المذكورة فصحيح معاوية بن عمّار إن كان ما فيه « قال : ليس يضمنان » بدون التشديد فهو راجع إلى عدم الضمان بالنسبة إلى العين كضمان المأخوذ بغير إذن ولا يثبت به سماع قوله في عدم التفريط وإن كان مع التشديد يثبت المطلوب لكنّه لم يحرز هذا مضافاً إلى أن الكلام في العين المستأجرة ولا تعرض لما فيه لما نحن فيه ، وكذا سائر الرّوايات ، هذا مضافاً إلى أن هذه الرّوايات ناظرة إلى قبول قول مثل الصائغ والقصار ونحوهما بالنسبة إلى مالك العين لا بالنسبة إلى الحاكم لو ادعى المالك التعدّي أو التفريط إلا أن يستفاد منها أن المذكورين يقبل قولهم في دعواهم متى شكّ فيها وأما الأخبار المذكورة في قبال ما ذكر مع كثرتها بل لعلها بلغت إلى حدّ التواتر وظهورها بل صراحتها في ثبوت الضمان مع احتمال التعدّي أو التفريط بلا حاجة إلى يمين المالك ، فالمشهور لم يعملوا بها و من البعيد تضمين من لم يحرز خيانه أو تفريطه بمجرد الاحتمال احتياطاً ورعاية لحفظ الأموال والفرق بين الاحتياط في المقام والاحتياط في حبس من يدعى الإعسار ولم يحرز إعساره حتى يتبين إعساره غير خفيّ ولعلّ الأولى حملها على التقيّة لموافقة مضامينها لما ذهب إليه جماعة من فقهاء العامّة .

وأما ثبوت أجرة المثل فيما تبطل فيه الإجارة فقد علل باحترام عمل المسلم وقد سبق الإشكال في إطلاقه وقد يقال مع علم العامل ببطلان الإجارة وكذا مع علم صاحب

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) رواه في التهذيب وهو مثل الخبر الاول .

العين المستأجرة بالبطلان قدهتك احترام ماله فلا يثبت أجرة المثل وقد سبق الإشكال فيه .

﴿ولو تعدى بالدأبة المسافة ، المشترطة ضمن ولزمه في الزائد أجرة المثل وإن اختلفا في قيمة الدأبة أو أُرش نقصها فالقول قول الغارم ، وفي رواية القول قول المالك ﴾ .

يدل على الضمان بالنسبة إلى الدأبة صحيحة أبي ولاد المذكورة في الكافي قال: واكثرت بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم فلما صرت قرب فنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت أنه قد توجه إلى بغداد فأبعته فلما ظفرت به وفرغت مما بيني وبينه رجعت إلى الكوفة وكان زهابي ومجيشي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن أتحلل منه مما صنعت وأرضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل فقال وما صنعت بالبغل قلت قد دفعته إليه سليماً ، قال : نعم بعد خمسة عشر يوماً قال : فما تريد من الرجل قال أريد كرى بغلي فقد حبسه خمسة عشر يوماً فقال : لا أرى لك حقاً لأنه اكرى إلى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه إلى النيل وإلى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكرى فلما رد الرجل البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى قال : فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته بما أفنى به أبو حنيفة وأعطيته شيئاً و تحللت منه و حججت في تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفنى به أبو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركنها قال : فقلت لأبي عبد الله عليه السلام فما ترى أنت ؟ قال : أرى أن له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ومثل كرى البغل راكباً من النيل إلى بغداد ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إياه ، قال : فقلت : جعلت فداك إني قد علفته بدارهم ولي عليه علفه قال : لا لأنك غاصب ، فقلت : أرايت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته ، قلت : فإن أصاب البغل كسر أودبر أو غمز [عقرخ] فقال : عليك قيمة ما بين الصحيح والمعيب يوم

تردّء عليه قلت فمن يعرف ذلك قال : أنت وهو إمّا أن يحلف هو على القيمة فتلزمك وإن ردّء اليمين عليك فحلفت على القيمة فيلزمك ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود ويشهدون قيمة البغل حين كراه وكذا فيلزمك ، قلت : إننى كنت أعطيته دراهم ورضى بها وحللتني فقال إنتما رضى بها وأحلّك حين قضى عليه أبوحنيفة بالظلم والجور ولكن إرجع اليه وأخبره بما أفتيتك به فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد هذا ، فقال أبوولاد فلما اصرفت من وجهي ذلك لقيت المكارى فأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله عليه السلام وقلت له قل ما شئت أعطيكه فقال : قد حببت إليّ جعفر بن محمد عليه السلام ووقع في قلبي له التفضيل وأنت في حلّ وإن أحببت أن أردّء عليك الذي أخذته منك فعلت ، (١) .

وقد سبق الكلام في مدلول هذه الصحيحة في كتاب البيع والغرض من ذكرها هنا الاستدلال بها على أصل ضمان الدّابة مع التلّف وضمنان نقصانها ولزوم أجرة المثل مع أنّ العين المستأجرة مع عدم التعدّي غير مضمونة ، ويستفاد من قوله فيها على المحكي إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك أنّ القول قول المالك في الاختلاف في القيمة مع أنّ مقتضى الأصل براءة ذمة الغارم بالنسبة إلى الزيادة كما في سائر الموارد ، وربما يحتمل كون الحكم فيها كذلك تخصيصاً كما احتمل في كون المدار قيمة يوم المخالفة إن استظهرناه منها مع أنّ المشهور في تضمين القيميات قيمة يوم التلّف ، ولعلّ قوله قدس سره : « وفي رواية إشارة » إلى ما في هذه الصحيحة .

❖ ويستحبّ أن يقاطع من يستعمله على الأجرة ويجب إيفاؤه عند فراغه ، ولا يعمل أجير الخاص لغير المستأجر ❖ .

أمّا استحباب المقاطعة وإن كان التعبير في غالب الكلمات بكرة استعمال الأجير قبل أن يقاطع فاستدلّ عليه بخبر مسعدة بن صدقة . عن أبي عبد الله عليه السلام « من كان يؤمن

بالله واليوم الآخر فلا يستعمل أجيراً حتى يعلمه ما أجره^(١) .
 وصحيح سليمان بن جعفر الجعفري « أن مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلامه و
 غضب غضباً شديداً حيث استعانوا برجل في عمل و ما عيّنوا له أجرته ، فقال له سليمان :
 جعلت فداك لم تدخل على نفسك فقال عليه السلام نهيتهم عن مثل هذا غير مره ، و اعلم أنه
 ما من أحدٍ يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة ، ثم زدته على ذلك الشيء ثلاثة أضعاف على
 أجرته إلا ظن أنك قد نقصت أجرته ، فإذا قاطعته ، ثم أعطيته أجرته حمدك على
 الوفاء ، فإن زدته حبة عرف ذلك لك ورأى أنك قد زدته^(٢) .

وقد حمل على الكراهة ، ولولا الخبر الأوّل لأمكن منع استفادة الكراهة
 الشرعية من الصحيح المذكور لا مكان أن يكون النظر إلى الإرشاد إلى عدم الوقوع
 في المحذور المذكور ، وقد يستشكل في جواز ذلك من جهة لزوم تعيين الأجرة في الإجارة
 حتى في الإجارة المعاطية .

و يمكن أن يقال لا مانع من استيفاء منفعة أو عمل على وجه التفرغ مع رضی
 الطرفين وقد أجزى في بعض الأخبار الوارد فيمن وجد سفره فيها كذا و كذا التقييم
 والأكل مع أنه قد لا تكون القيمة حال التصرف معلومة وهذا نظير اقتراض القيميات
 مع أن القيمة لمال الاقتراض ليست معلومة للطرفين .

و أمّا وجوب الإيفاء فهو مقتضى المعاملة الإجارية سواء كانت بالصيغة أو بالمعاطاة
 فمع عدم المقاطعة يرجع إلى أجرة المثل ومع المقاطعة و حصول المعاملة لا بد من
 الإيفاء على نحو الذي قاطعوا عليه سواء كان أقل من أجرة المثل أو أكثر أو مساوياً
 و يجب على الأجير أيضاً الإيفاء بخلاف صورة عدم المقاطعة حيث إن العامل لا يكون
 ملزماً بشيء و كذلك صاحب العين لا يكون ملزماً بتسليم العين للارتفاع .

و أمّا الأجير الخاص و هو الذي يستأجر مدة معينة للعمل بنفسه على وجه
 الاستغراق و التقييد للعمل لا الشرطية قيل ومنه أيضاً من يستأجر لعمل معين أو لزمانه
 اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه وقد يفسر بمن أجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه

للمستأجر في مدّة معيّنة أو على وجه تكون منفعته الخاصّة كالخياطة مثلاً له أو أجر نفسه للعمل مباشرة مدّة معيّنة وكان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدّة أو كليهما على وجه الشرطيّة لا القيديّة فلا يجوز أن يعمل لغيره بالإجارة أو الجعالة أو التبرّع ولا لنفسه عملاً ينافي حقّ المستأجر إلّا مع إذنه و مثل تعيين المدّة تعيين أوّل زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ ، نعم لا بأس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل إذا لم يكن موجباً لضعفه في النهار ، وادّعى عدم الخلاف فيه بل لعلمه مجمع عليه مضافاً إلى خبر اسحاق بن عمار سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرّجل يستأجر الرّجل بأجر معلوم فيبعثه في ضيعة فيعطيه رجل آخر دراهم و يقول اشترىها كذا و كذا و ما ربحت بيني و بينك فقال : إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس ^(١) .

وقد يستشكل في التفسير الثاني بأن مجموع المنافع مع تضادّها و عدم القابليّة لأن تملك جميعاً في عرض واحد لا يتعلّق بها عقد الإجارة فلا بدّ من تعلّق العقد بالقدر الجامع المشترك بما له الشمول لمراتب الانتفاء فيملك المستأجر ما كان الموجر مالكا له و يتخير في استيفاء أيّ مرتبة شاء في ضمن أيّ الأنواع فمع تحقّق الإجارة بالنحو المذكور فالمعروف أنّه لو عمل الأجير لنفسه في تمام المدّة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها أو تبقيتها و يطالب عوض الفاتت من المنفعة بعضاً أو كلّاً و كذا إن عمل للغير تبرّعاً ولا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرّع له بالعوض لأنّ الموجر هو الذي أتمّ المنفعة عليه دون الغير و إن كان عمل للغير بعنوان الإجارة فللمستأجر أن يجيز ذلك و يكون له الأجرة المسماة في تلك الإجارة وله الإبقاء و مطالبة عوض المقدار الذي فات كما أن له الفسخ والرّجوع إلى الأجرة المسماة و إن كانت الإجارة على الوجه الآخر وهو أن تكون منفعته الخاصّة للمستأجر فحالها كالوجه الأوّل إلّا إذا كان العمل للغير على وجه الإجارة لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه فإنّه ليس للمستأجر إجارة ذلك فيكون مخيراً بين الأمرين

من الفسخ والابقاء و مطالبة عوض التالف .

و يمكن أن يقال : أمّا الرّواية المذكورة فيشكل استفادة عدم الجواز الوضعي منه ، بل يكفي في البأس المفهوم منها مع عدم الإذن لزوم تفويت حق الغير بدون إذنه ، ولا يظهر منها الاستيجار بنحو يكون جميع المنافع أو القدر المشترك بينها ملكاً للمستأجر بل يمكن أن يكون الاستيجار راجعة إلى منفعة خاصّة تضادّ مع عمل آخر للغير ، و من هذه الجهة احتاج إلى الإذن ، وأمّا بالنظر إلى القواعد فقد سبق أن تمليك جميع المنافع المتصورة لا يصحّ لعدم القابليّة للوجود في عرض واحد وأمّا تمليك القدر المشترك فيشكل من جهة اختلاف القيم و اختلاف الأغراض فتخليكه بمنزلة تمليك القدر الجامع بين الخياطة و الكتابة مثلاً و الظاهر عدم التزامهم بصحّة مثل ذلك بل لا بدّ من التعيين . و على فرض الصحّة المستأجر لا يملك خصوصيات المنافع و قيمة الجامع و أجرته غير أجره الخاصّة و قيمتها فبالإجارة لا يملك أجرتها و على فرض التسليم ما وجه كون تعيين المنفعة الخاصّة بيد المستأجر دون المورج ، و لذا يقولون في بيع الكلي في المعين اختيار التعيين بيد البايع دون المشتري .

ثمّ نقول على فرض تسليم ما ذكر فلو عمل للغير بعنوان الإجارة ولم يجز المستأجر الأوّل الإجارة الثانية ولم يفسخ و أخذ عوض التالف من العامل يلزم كون العمل للغير بلا عوض حيث إنّه مع عدم الإجارة لم يستحقّ المستأجر الأوّل و حيث إنّ المورج لم يكن مالكاً لم يستحقّ أيضاً و كذلك على الوجه الثاني حيث إنّ المستأجر الأوّل لا يملك تلك المنفعة المخالفة لنوع المنفعة المملوكة بالإجارة و ليس له الإجازة ، و ليس المقام من قبيل تعاقب الأيدي على العين المنصوبة حيث يكون فيه قرار الضمان على من تلف عنده اللّهمّ إلا أن يدعى الإتفاق على جواز الاستيجار بالنحو المذكور و يعبر عن الأجير فيه بالأجير الخاصّ و يترتب عليه ما ذكر .

﴿ كتاب الوكالة ﴾

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

﴿ كتاب الوكالة ﴾ وهي تستدعى فصولاً : الأوّل الوكالة عبارة عن الإيجاب والقبول الدالّين على الاستنابة في التصرف ، ولا حكم لوكالة المتبرّع ، ومن شرطها أن تكون منجزة فلا تصحّ معلقة على شرط ولا صفة ، ويجوز تنجزها وتأخير التصرف إلى مدّة ، وليست لازمة لأحدهما .

إن كانت الوكالة من العقود فالعقد مسبّب عن الإيجاب والقبول و يكون باقياً لازماً إن كان من العقود اللازمة ، أو جائزاً إن كان من العقود الجائزة ، ثمّ إن الظاهر أنّ ما يترتب على الوكالة من جوار التصرفات لغير من له التصرف مستقلاً يترتب على الإذن بمن له التصرف للغير والإذن من الإيقاعات لا يحتاج إلى القبول وعلى هذا فما الحاجة إلى القبول ومن هنا قد يقع الشكّ في كونها من العقود ، بل ربما يكتفي بإيجاب من طرف المؤكّل وإتيان الوكيل ما وُكّل فيه ، ولعلّ هذا المعنى يناسب المعنى اللغوي للوكالة حيث قيل في معناها أنّها التفويض ، ويمكن حمل الأخبار الواردة في باب الوكالة على المعنى اللغوي حيث إنّ الوكالة ليست من الأمور المستحدثّة بل هي مثل سائر المعاملات .

و يمكن أن يقال : إذا احتمل اعتبار القبول في حقيقة الوكالة فيشكل ترتب بعض الأحكام المترتب على الوكالة بمجرد الإذن ، فإنّ المستفاد من بعض الأخبار عدم انزال الوكيل بعزل المؤكّل ما لم يصل العزل إلى الوكيل فنقوم تصرف المأذون بمجرد الإذن محلّ الشكّ في هذه الصورة ، وقد يستشهد على عدم الاعتبار بأنهم ذكروا

أنه لو قال : وكتلتك في بيع دارى فباعه صح بيعه ، والظاهر ذلك وإن غفل عن قصد النيابة وعن كونه قبولاً لا إيجابه مع أنها لو كانت من العقود لزم عدم صحته بعبه لعدم تمامية الوكالة قبله والرضى الباطنى لا يكفى في القبول .

و يمكن أن يقال إن كان الإذن الضمنى في قوله « وكتلتك » كافياً فلا إشكال من جهة حصول البيع مأذوناً فيه ، وإن لم يكن كافياً فلا يبعد تحقق القبول والبيع الموكل فيه بنفس البيع نظير بيع صاحب الخيار العين المبيعة حيث قالوا بنفس البيع بتحقيق الفسخ والبيع مع أن نفوذ البيع مترتب على الفسخ ، وأما الصحة مع عدم الالتفات إلى النيابة فمشكلة جداً بل النيابة من الأمور القصدية ونظير هذا معاملة الطهارة مع مستصحب النجاسة في صورة قيام البيئنة على التطهير وعدم التفات المعامل بقيام البيئنة وكون البيئنة على خلاف الواقع .

ومما ذكره عدم تحقق الوكالة مع التبرع فالتعبير بعدم الحكم للوكالة مع التبرع لا يخلو عن مسامحة .

وأما اشتراط التنجيز وعدم الصحة مع التعليق على شرط أوصفة فقد ادعى الإجماع عليه كسائر العقود وليس وجه الاشتراط منفاة الإشاء مع التعليق كما قرر في محله ، نعم من لا يتوجه إلى الاجتماعات يشكل عليه والاشتراط في العقد وأما الإذن الإيقاعى فلا مانع فيه وإنما قد يقال بصحة العمل الموكل فيه مع التعليق بملاحظة الإذن الضمنى فيه والمعروف أنه لا مانع من التوكيل بنحو التنجيز وتأخير التصرف إلى مدة فتارة يقول الموكل إن جاء رأس الشهر فأنت وكيل وأخرى يقول : أنت وكيل بدون التعليق ولا تصرف إلى رأس الشهر ففي الصورة الأولى لا تصح للتعليق وفي الثانية تصح فالصورة الأولى نظير الوجوب المشروط والثانية نظير الوجوب المعلق ومن استشكل في الوجوب المعلق ويقسم الوجوب بين المطلق والمشروط فقط يشكل عليه قبول هذا الفرق .

وأما جواز الوكالة من الطرفين الموكل والوكيل فالظاهر عدم الخلاف فيه قال في التذكرة العقود أربعة أضرب : عقد لازم من الطرفين لا ينفسخ بفسخ أحد المتعاقدين

وهو البيع والإجارة والصلح والخلع والنكاح ، الثاني عقد جائز من الطرفين وهو الوكالة والشركة والمضاربة والجماعة ، فلكل منهما فسخ العقد في هذه ، الثالث عقد لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن فإنه لازم من طرف الرهن ، جائز من طرف المرتهن ، والكتابة عند الشيخ جائزة من طرف العبد لأن له إن يعجز نفسه ولازمة من جهة المولى ، الرابع المختلف فيه وهي السبق والرماية إن قلنا أنهما إجارة كان لازماً وإن قلنا أنهما جمالة كان جائزاً ، ولا نعلم خلافاً من العلماء في أن الوكالة عقد جائز من الطرفين انتهى كلامه رفع مقامه .

❦ ولا ينزل مالم يعلم العزل وإن أشهد بالعزل على الأصح و تصرفه قبل العلم ماض على الموكل ، وتبطل بالموت والجنون والإغماء وتلف ما يتعلق به ❦ .

إذا عزل الموكل الوكيل ففيه اختلاف فذهب جماعة إلى أنه لا ينزل إلا بإعلامه بالعزل مشافهة أو إخبار ثقة ومع عدم إمكان الإعلام يكفي الإشهاد على ذلك والمشهور بين المتأخرين أنه لا ينزل إلا بالإعلام وقيل ينزل بمجرد العزل ، والأخبار الواردة في المسئلة منها ما عن العلاء بن سيبان قال : «سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً بأن يزوجه من رجل فقبل الوكالة وأشهدت له بذلك فذهب الوكيل فزوجها ، ثم إنهما أنكرت ذلك الوكيل وزعمت أنها عزلته عن الوكالة فأقامت شاهدين أنها عزلته فقال ما يقول من قبلكم في ذلك فقلت : يقولون ينظر في ذلك فإن كانت عزلته قبل أن يزوجه فالوكالة باطلة والتزويج باطل وإن عزلته وقد تزوجه فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل على ما اتفق معها من الوكالة إذالم يتعد شيئاً مما أمرته واشترطت عليه في الوكالة قال : فقال : يعزلون الوكيل عن وكالته ولا تعلمه بالعزل ، فقلت : نعم يزعمون أنها لو وكلت رجلاً وأشهدت في الملاء وقال في الملاء إنى قد عزلته بطلت وكالته بلا أن تعلم العزل وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل ويقولون المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد فقال سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده إن النكاح أحرى وأجدر أن يحتاط فيه وهو فرج منه يكون الولد إن علياً صلوات الله عليه أتمه امرأة

مستعدية على أخيها فقالت : يا أمير المؤمنين وكّلت هذا أن يزوّجني رجلاً فاشهدت له ثمّ عزّلته من ساعته ذلك فذهب وزوّجني ولي بيّنة أتى قد عزّلته قبل أن يزوّجني فأقامت البيّنة وقال الأخ يا أمير المؤمنين إنّها وكّلتني ولم تعلنمي أنّها عزّلتني عن الوكالة حتّى زوّجتها كما أمرتني به ، فقال لها ما تقولين فقالت قد أعلمته يا أمير المؤمنين عليه السلام فقال لها ألك بيّنة بذلك فقالت هؤلاء شهودي يشهدون قال لهم ماتقولون قالوا نشهد أنّها قد قالت أشهدوا أنّي قد عزّلت أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً وأنّي مالكة لأمرى من قبل أن يزوّجني فلاناً فقال أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر قالوا ، لا قال : فتشهدون أنّها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة قالوا لا قال أرى الوكالة ثابتة والنكاح واقعاً أين الزّوج فجاء فقال خذبيدها بارك الله لك فيها ، فقالت يا أمير المؤمنين أحلفه أنّي لم أعلمه العزل وأنّه لم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح قال وتحلف قال نعم يا أمير المؤمنين فحلف وأثبت وكالته وأجاز النكاح ،^(١)

وما روي عن ابن أبي عمير عن هشام بن سالم وطريقه إلى ابن أبي عمير صحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وكّل آخر على وكالة في أمضاء أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر فقال أشهدوا أنّي قد عزّلت فلاناً عن الوكالة فقال : إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكّل فيه قبل العزل عن الوكالة فإنّ الأمر ماض على إمضاء الوكيل كره الموكل أمرضى ، قلت فإنّ الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنّه قد عزّل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه قال نعم قلت فإن بلغه العزل قبل أن يمضى ثمّ ذهب حتّى أمضاه لم يكن ذلك بشيء قال نعم إنّ الوكيل إذا وكّل ثمّ قام عن المجلس فأمره ماض أبداً والوكالة ثابتة حتّى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافه بالعزل عن الوكالة ،^(٢)

ومقتضى إطلاق الخبر الثاني وترك الاستفصال في الخبر الأوّل عدم الفرق بين التمكن من إبلاغ العزل إلى الوكيل وعدم التمكن منه فلا مجال للتفصيل المذكور .

(١) الفقيه باب الوكالة ج ٣ .

(٢) المصدر تحت رقم ٥

وأما القول الأخير فلم يعثر بمدرك له إلا ما قيل من وجود رواية بذلك ومجرد هذا لا يوجب رفع اليد عما ورد في المقام مع أنه قد عمل به من لم يعمل إلا بالقطعيّات من الأخبار .

وأما بطلان الوكالة بالموت والجنون والإغماء من غير فرق بين عرضها للموكل أو للوكيل فادعى الإجماع عليه وهو العمدة وأما الوجوه المذكورة للبطلان مع قطع النظر عن الإجماع فغير ناهضة فاستدل للبطلان بموت الموكل بأن جواز تصرف الوكيل منوط بالأذن وبالموت يرتفع الإذن وفيه أنه كيف يرتفع الأذن وقد يصحح تقرب الميت إلى الله تعالى بالعبادات المأتمى بها نيابة عنها برضاء في عالم الآخرة مع أنه لم يصدر منه عمل لا بالمباشرة ولا بالتسيب وبأن المال الموكل فيه بعد الموت ينتقل إلى الوارث .

وفيه أنه لا مانع في الثلث الذي يكون راجعاً إليه نعم مع عروض الجنون لما خرج الموكل أو الوكيل عن الأهلية للتصرف تبطل الوكالة وعودها بعد الافاقة يحتاج إلى الدليل و العمدة الإجماع ومع تلف ما يتعلق به الوكالة لاشبهه في بطلان الوكالة لاتقاء الموضوع .

ولو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكل الأذن بذلك القدر ، فالقول قول الموكل مع يمينه ، ثم تستعاد العين إن كانت موجودة ، و مثلها إن كانت مفقودة ، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل . وكذا لو تعدّر استعادتها .

وجه تقديم قول الموكل أنه موافق بأصالة عدم التوكيل على النحو الذي يدعى الوكيل ويشكل من جهة ادعاء الموكل الخيانة في بعض الصور كأن يدعى أن الوكيل مع التفاته إلى عدم الإذن بذلك القدر باع به والوكيل أمين بل لا يعيب التمسك بأصالة الصحة في فعل الوكيل .

لا يقال : بيع الوكيل لا يكون باطلاً بل يكون فضولياً يحتاج إلى الإجازة ، و البيع الفضولي صحيح ، فدعوى الموكل ليس مخالفاً لأصالة الصحة .

لأنه يقال أصالة الصحة تثبت الآثار المترتبة على البيع بلا انتظار أمر البيع الفضولي
لا أثر له بل هو قابل لأن يترتب عليه الأثر بالأجازة الأثرى أنه لو غسل أحد الثوب
المتنجس بالبول بالماء القليل وشك في غسله مرة أو مرتين هل يستشكل في طهارته
بأن الأصل عدم تحقق الغسلة الثانية ، ولا ينافي هذا أصالة الصحة وكذا لو تصدّى
أحدٌ تفسيل الميت وشك في أنه غسله بالقراح أو اكتفى بالغسل بماء السدر بماء الكافور
بأن يقال الأصل عدم تحقق الغسل الأخير ولا ينافي هذا مع أصالة الصحة إلا أن يقال:
لما كان مصب الدعوى التوكيل على النحو الذي يدعيه الوكيل فالقول قول الموكل
للأصل والمسألة لا تخلو عن شوب الإشكال ، ثم إنه بعد تصديق الموكل والحكم
بفساد البيع لعدم الوكالة فيه وعدم إمضاء المالك إن كانت العين موجودة تستعاد وإن
كانت تالفة فإن كانت مثلية يؤخذ المثل بدل التالفة وإن كانت قيمية يؤخذ قيمتها و
كذا مع تعذر الاستعادة فإن كانت موجودة ولم يصدق المشتري الوكيل فالموكل يسترجع
العين من كل من كانت عنده ويرجع المشتري على الوكيل بالثمن إن دفعه إليه ، و
إن صدقه فقد يقال : يرجع المشتري إلى الوكيل بالثمن إن دفعه إليه فإن كانت
قيمة العين أقل من الثمن يأخذ بمقدار قيمة العين بعنوان التقاص والباقي يجب
رده إلى الموكل باعتقاد الوكيل وإقراره ولا يجوز للمالك أخذه لإقراره بعدم وقوع
ما وقع مطابقاً لما وكل فيه فلا بد للوكيل من الدس في ماله وإن كانت أكثر من
الثمن يأخذ الثمن بقصد التقاص والزائد عليه مال للمشتري على المالك محروم منه .
ويمكن أن يقال : إذا حلف المالك وأخذ المال فمقتضى بعض الأخبار في باب
القضاء سقوط الحق الدنيوي فلا مجال للتقاص فكيف يجوز للوكيل دفع الثمن وأخذ
المشتري الثمن بعنوان التقاص هذا في صورة اعتراف المشتري بوكالة الوكيل ، وأما
لو أنكر المشتري الوكالة وبنى على أن الوكيل باع ملك نفسه من دون وكالة فقد يقال
بأنه ليس للمالك الرجوع إلى المشتري وإن كانت العين موجودة عنده في صورة عدم
البينة والاكتفاء باليمين من طرف المالك ويرجع المالك إلى خصوص الوكيل بالمثل
أو القيمة لحيلولته بين المالك والعين الموجودة عند المشتري إلا أن يدعي المالك على

المشتري علمه بوكالة البايع فله إخلافه على عدم العلم ، واعتراف الوكيل بالوكالة لا يضر لعدم نفوذه في حق المشتري .

ويمكن أن يقال : أما لو كان إنكار المشتري الوكالة مع اعتراف البايع حين البيع بالوكالة فلا أثر له لأنه مع سلب البايع الملكية عن نفسه لا تكون يده أمانة الملكية ، ومع سكوته وعدم كونه ممن شغله الوكالة حيث إنه حينئذ يشكل كون يده أمانة للملكية لنفسه يكون يده أمانة لملكية نفسه وإقراره بالملكية للموكل لا يكون حجة على المشتري لكنه بعد ما كان ملكية المشتري مستندة إلى يد ألقاها الشارع عن الاعتبار من جهة حلف الموكل كيف تكون معتبرة عند الشارع بل يقع التعارض بين الحكم بعدم الوكالة والحكم بملكية العين للمشتري لو لم نقل بتقدم الأول لسببته لنفي الثاني و تنظير المقام بباب الإقرار حيث يلتزمون في صورة الإقرار لشخصين كما لو أقر زيدا مثلاً بعين ثم أقر بها لعمرو بأخذ العين لزيد وأخذ البديل لعمرو لحيلولة المقر بين عمرو وملكه فرع قبول ما ذكر في باب الإقرار و بيالى في المقام للمحقق الأردبيلي قدس سره تصريح أو إشارة إلى الإشكال في ما ذكر في باب الإقرار إلا إن يقال : إن لم نسلم في باب الإقرار ما هو المشهور من نفوذ الإقرار بالنسبة إلى المقر لهما فلا إشكال في نفوذه بالنسبة إلى المقر له أو لغيره ففي المقام لا إشكال في أن يذالبايع أمانة ملكية نفسه وإقراره بعد ذلك بالوكالة للموكل لا يكون نافذاً بالنسبة إلى المشتري و حلف الموكل متفرع على الوكالة المقر بها فلا مانع من الملكية للمشتري لعدم المعارض له ، ويشكل نفوذ الإقرار بالوكالة وترتب الحلف عليه كالأقرار لعمرو في المثال المذكور .

و أما صورة تعذر استعادة العين بحيث لولا التعذر تستعاد العين بلا مانع فمع عدم التمكن من عودها : الظاهر عدم الإشكال في استحقاق المالك مطالبة البديل من المثل أو القيمة و استحقاق الوكيل أو المشتري إجباره لتخليص الذمة والعهدة ، و مع التمكن الظاهر عدم الإشكال في استحقاق المالك المطالبة ومع عدم المطالبة بشكل إجبار الطرف المالك على قبول المثل أو القيمة .

﴿ الثاني ما تصح فيه الوكالة و هو كل فعل لا يتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين كالبيع والنكاح و تصح الوكالة في الطلاق للغائب والحاضر على الأصح و يقتصر الوكيل على ما عينه الموكل ولو عمم الوكالة صح إلا ما يقتضيه الإقرار ﴾ .
لوعلم بعدم تعلق غرض الشارع بمباشر معين فلا إشكال و أمّا مع الشك فقد يقال الأصل صحة النيابة لأن الأصل عدم اشتراط المباشرة و إن كان الفعل مطلوباً من ذلك الشخص لأن هذا أعم من اشتراط المباشرة ، وقد يتمسك بما دل على عدم الانعزال إلا باعلامه بالعزل واستشكل بأن أصالة عدم اشتراط المباشرة لا تنفع إلا بعد وجود عموم يدل على الصحة وليس ولا يمكن إثباتها بالأصل وحيث فلا بد من الرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر على فعل الغير ، و ما دل على عدم الانعزال مسوق لمطلب آخر و هو عدم الانعزال إلا بالاعلام .

و يمكن أن يقال : إن قلنا أن حديث الرفع يستفاد منه رفع الجزئية والشرطية لا خصوص المؤاخذة فلا يبعد التمسك به لرفع الشرطية و معه لا مجال لأصالة عدم ترتب الأثر على فعل الغير لتقدم الأصل السببي ، هذا ولا يخفى المسامحة في التعبير حيث عبر « بأن » أصالة عدم اشتراط المباشرة إلا بعد الخ « فإنه من المعلوم بعد وجود العموم لا أصل حتى ينفع .

وقد يتمسك بعموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود » ونحوه بدعوى شموله للوكالة بناءً على أن المراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها إن لازماً فلازماً و إن جائزاً فجائزاً ، وفيه إشكال من جهة أن العقود و إن شملت الوكالة لكن ظهور « أوفوا » في الوجوب يمنع الأخذ بعموم العقود و شمولها للوكالة ولا أقل من الإجمال ، وقد يتمسك بالعمومات الخاصة في كل مورد بدعوى أن العقد الصادر من الوكيل حيث إنه باذن الموكل كأنه عقد صادر منه فيشملة عموم ما دل على صحته ، و يمكن أن يقال : في الأوامر الصادرة من الموالي العرفية بالنسبة إلى من دونهم و كذلك الائتماس والاستدعاء بين الناس مالم يقيد بالمباشرة يكتفى بالإتيان بتوسط الوكيل والمأذون ، وكذلك في مقام الخبر ينسب إلى الموكل والآذن مع عدم الصدور بالمباشرة ، و هذا بناء من العقلاء فعدم

الرّدع كاف في الإمضاء حيث إنّ بناء العقلاء إذا كان بحيث لا يحتمل عندهم خلافه يكون عدم الرّدع كافياً في الإمضاء خرج ما خرج بالدليل هذا غاية ما يمكن أن يقال بتقريب بعض الأكابر قدّس سرّه و يؤيّدونه أنّه لو فعل ما يخالف نظر المولى بإذن منه يكون الآذن مؤاخذاً على الفعل وليس إلامن جهة أنّ الفعل الصادر بإذن الآذن يعدّ فعل الآذن ومن هذه الجهة قد يقوى صحّة معاملات الصبيّ الغير البالغ إذا كانت بإذن الولي أو إذن المالك حيث إنّ المعاملة معاملة الولي أو المالك و على هذا فلا بدّ من قيام الدليل على اعتبار المباشرة وقد ذكروا موارد مسلمة اعتبار المباشرة فيها منها الصلوات الواجبة على الحي ولو بمثل النذر و العهد إلّا في ركعتي الطواف الواجب مع العجز عن المباشرة بل ظاهر جماعة عدم جواز النيابة في النوافل إلّا في ركعتي الطواف المندوب مع العجز و إلّا في الصلاة للزّيارة عن الغير بناءً على كونها نيابة عن المنوب عنه في الزّيارة و كذلك الصوم وقد يقال في الصلاة الواجبة بالاستيجار وكذا الصوم الواجب به لا تجوز الاستنابة إلّا بإذن المستأجر لأنّ الظاهر من المستأجرين اعتبار المباشرة ، و يمكن المنع حيث إنّ الفعل في حدّ ذاته قابل للنيابة فمع عدم التقييد لا مانع كما لو استأجر بغير الصلاة و الصوم ، و أمّا الوكالة في البيع و النكاح فلا إشكال ولا خلاف في صحّتها .

وأمّا الطلاق فالظاهر عدم الإشكال في قبوله للوكالة و لعلّ التعبير في قوله قدّس سرّه - على الأصحّ من جهة أنّ الطلاق للحاضر قد وقع الخلاف فيه فالمحكّم عن الشيخ والقاضي والثقي المنع لقوله عليه السلام «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(١) ، و إطلاق خبر زرارة «لا تجوز الوكالة في الطلاق»^(٢) ، والرّواية الأولى محمولة على أنّ أمر الطلاق مباشرة أو وكالة إلى الآخذ بالساق . و الرّواية الثانية لا مجال للأخذ بها ، و تقييد ما دلّ على جواز الوكالة في الطلاق بالغايب لقصور السند ولزوم كون الباقي تحت العام أو المطلق أكثر من الخارج فتدبّر فالظاهر عدم الإشكال في صحّة الوكالة للغائب على الطلاق

(١) راجع المسالك ج ٢ ص ٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ .

والحاجة إلى شروط صحته كالحاجة إلى شروط صحة البيع مما تكون غير مملوكة للبائع والمشتري .

وأما لزوم الاقتصار على ما عين الموكل فوجهه واضح نعم لا يلزم التعيين بالتصريح والعموم الوضعي بل يكفي الإطلاق المعتبر الذي يؤخذ به في سائر الموارد مع التعميم صحاً إلا ما يقتضيه الإقرار ولعل نظره في الاستثناء إلى ما ذكره في الشرايع من أنه لو وكله بقبض دينه من غريم له فأقر الوكيل بالقبض وصدق الغريم وأنكر الموكل فالقول قول الموكل وفيه تردد ولا يخفى أنه ليس وكالة في الإقرار ومع كون طرف الدعوى الغريم لا الوكيل لا دليل على اعتبار إقرار الوكيل حتى يكون القول قول الغريم إلا أن يقال لازم هذا أن يحكم بجواز أخذ كل دين يشك في تأديته و يلزم من هذا عدم اعتبار إقرار المضارب في باب المضاربة بأخذ أثمان الأجناس المبيعة والالتزام به مشكلاً .

﴿ الثالث الموكل ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف ولا يوكل العبد إلا بإذن مولاه ولا الوكيل إلا أن يؤذن له ، وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبله ويكره لذوي المروءات أن يتولوا المنازعة بنفسهم ﴾ .

أما اشتراط التكليف فلما دل على عدم جواز الأمر قبل البلوغ لكن لو بنينا على أنه مع إذن الولي يجوز بيعه وشراؤه لابنحو الآلية فلا مانع من أن يأذن الولي التصرف وحيث إنه لا يعتبر المباشرة يوكل الغير في التصرف وفي الحقيقة إذن الولي في التصرف الجامع بين ما كان بالمباشرة والتسيب وهذا ليس تصرفاً بالاستقلال حتى يكون ممنوعاً وأيضاً مقتضى ما دل على جواز بعض التصرفات كالوصية للأرحام والعق والصدقة والطلاق للبالغ عشرأ جواز توكيله .

و أما اشتراط جواز التصرف فهو واضح فالمحجور لسفه أو فلس أو غيرهما لا يجوز له التصرف فكيف يجوز له التوكيل ، نعم لو وكل السفه فيما لا تعلق له بالمال كالطلاق ونحوه أو المفلس في التصرف بعد الحجر فلا مانع من صحته وكذا العبد في طلاق زوجته . وقد يقال بمقتضى اشتراط جواز التصرف أن يكون الموكل حال

التوكيل مالكا للتصرف في العمل الموكل فيه فلا يصح التوكيل في طلاق امرأة سينكحها أو تزويج امرأة بعد انقضاء عدتها أو طلقها زوجها ولا دليل عليه والشاهد عليه صحة المضاربة مع أن المضارب في الحقيقة وكيل ويتصرف بالوكالة في الأموال التي لم يملك بعد رب المال ودعوى الإلتفاق في المسئلة مشكلة مع أنهم يجوزون التوكيل في حال الحيض في الطلاق بعد الطهر ويجوزون التوكيل في تطليق المرأة ثلاثاً مع أن الزوج لا يملك الرجوع قبل الطلاق

وأما عدم جواز توكيل الوكيل عن الموكل فلخروجه عملاً وكل فيه إلا أن يكون توكيله بنحو العموم أو الإطلاق يشمله و أما توكيله عن نفسه فيما وكل فيه فلم أعرف وجهاً لعدم جوازه ففي ما كان الوكيل مترفعاً عن المباشرة أو عاجزاً وكان الموكل متوجهاً إلى حاله لا إشكال وفي غيرها تين الصورتين مقتضى ما سبق من أن الأصل جواز الوكالة في ما لم يثبت فيه اعتبار المباشرة جواز التوكيل بل جوازه لو كمل الوكيل.

و أما جواز توكيل الحاكم عن السفهاء والبله فلولايته بالخصوص أو كونه المتيقن في التصدي لا مبرر القصر وترفعه أو عجزه عن المباشرة أولاً أصل المذكور .

أما كراهة تولي المنازعة لذوي المروآت بنفوسهم فلما روي عن علي صلوات الله وسلامه عليه « إن للخصومات قحماً وإن الشيطان ليحضرها وإنني لأكره أن أحضرها ^(١) » بل يستفاد منه عموم الكراهة و أما مخاصمة النبي ﷺ مع صاحب الناقة إلى رجل من قريش ومخاصمة علي صلوات الله عليه في درع طلحة إلى شريح ومخاصمة علي بن الحسين ع عليهما مع زوجته الشيبانية لما طلقها وادعت عليه المهر إلى قاضي المدينة فلعلها كانت لخصوصية ارتفعت معها الكراهة .

الرابع الوكيل . ويشترط فيه كمال العقل ، ويجوز أن تلي المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها ، والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم والذمي والذمي على الذمي ، وفي كالتة له على المسلم تردُّد ، والذمي يتوكل على الذمي للمسلم والذمي ، ولا يتوكل

(١) في النهاية في حديث علي « ان للخصومة قحماً » - بضم القاف وفتح الحاء - هي

الامور العظيمة الشاقة واحداًتها قحمة .

على مسلم والوكيل أمين لا يضمن إلا مع تعدد أو تفریط .

وجه اشتراط كمال العقل المندرج فيه البلوغ ما ذكر في وجه اشتراطه في الموكل والكلام السابق آت هنا وقد قوّى بعض الأكاير صحة نيابة الصبي المميز في مجرد إجراء صيغة البيع ونحوه ومنع كونه مسلوب العبارة حتى في مثل ذلك . ولا إشكال في أن تلي المرأة عقد النكاح لنفسها و لغيرها لعدم الفرق بينها وبين غيرها في جواز التولي لعقد النكاح وسائر العقود ، والظاهر أن التخصيص بالذكور لمخالفة الشافعي كما لا إشكال في توكل المسلم للمسلم على المسلم والذمي وفي المتن تردّد في وكالة المسلم للذمي على المسلم ولا ينبغي الإشكال في جوازها لأن المدرك في نفي الوكالة للذمي على المسلم أو للكافر على المسلم ليس إلا آية نفي السبيل أعنى قوله تعالى « لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » ، وما قيل من الإجماع وهذا ليس مشمولاً للآية ولا للاتفاق المذكور في كلماتهم ، وأما وكالة الذمي بل مطلق الكافر على المسلم فإن تم الإجماع على عدم جوازها وإلا فلا يتم التمسك بالآية الشريفة لعدم كون الوكالة على المسلم سبيلاً له على المؤمن وإلا لزم عدم جواز مطالبة الموكل الكافر ولا مجال للتخصيص لآية الشريفة التخصيص مع أنه روى عن عيون الأخبار عن أبي الصلت الهروي قال : « قلت للرّضا عليه آلاف التحية والثناء يا ابن رسول الله إن في سواد الكوفة قوماً يزعمون أن النبي ﷺ لم يقع عليه السهوف في صلواته فقال : كذبوا العنهم الله إن الذي لا يسهو هو الله الذي لا إله إلا هو قال : وقلت يا ابن رسول الله ﷺ وفيهم قوم يزعمون أن الحسين ﷺ لم يقتل وأنه ألقى شبهه على حنظلة بن أسعد الشبامي وأنه رفع إلى السماء كما رفع عيسى بن مريم على نبيّنا وآله وعليه السلام ويحتجون بهذه الآية ، فقال : كذبوا وعليهم غضب الله ولعنوه وكفروا بتكذيبهم النبي ﷺ في إخباره بأن الحسين ﷺ سيقول الله لقد قتل الحسين وقتل من كان خيراً عن الحسين أمير المؤمنين والحسن بن علي ﷺ وما منا إلا مقتول وإني والله لمقتول بالسّم باغتتيال من يقتلني أعرف ذلك بعهد معهود إليّ من رسول الله ﷺ أخبره به جبرئيل عن رب العالمين فأما قوله

عزّ وجلّ : « ان يجعل الله الآية » فإنه يقول لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجةً
ولقد أخبر الله تعالى عن كفّار قتلوا النبيّين بغير الحقّ و مع قتلهم إيتاهم لن يجعل الله
لهم على أنبيائه صلى الله عليه وآله سبيلاً من طريق الحجّة (١) .

و أمّا كون الوكيل أميناً لا يضمن إلاّ بتعدّد أو تفريط فهو المعروف وفسر بكونه
مقبول القول و الظاهر أنّه لاخلاف فيه و إذا كان الموكل اتّمن الوكيل يشمله ما دلّ
من الأخبار على عدم جواز اتّهامه من غير فرق بين كون الوكالة بجعل وبدونه ولا بين
كون ما يدعى الوكيل بسبب ظاهر أو خفي و قد يقرب عدم الضمان لامن جهة الأمانة
حتى يستشكل بأنّه تمنع صدقها في غير الوديعة بل من جهة أنّ يد الوكيل يد الموكل
فلا يوجب يده الضمان و قد سبق الكلام فيه في كتاب الرهن و مع التعدّد و التفريط
يتحقّق الضمان كما سبق .

✽ الخامس في الأحكام وهي مسائل الأولى لو أمره بالبيع حالاً فباع مؤجّلاً
ولو بزيادة لم يصحّ ووقف على الإجازة ، وكذا لو أمره ببيعه مؤجّلاً بشمن فباع بأقلّ
حالاً ، و لو باع بمثله أو أكثر صحّ إلاّ أن يتعلّق بالأجل غرض ، و لو أمره ببيعه في
موضع فباع في غيره بذلك الثمن صحّ و لا كذا لو أمره ببيعه من إنسان فباع من غيره
فإنّه يقف على الإجازة ولو باع بأزيد ✽ .

بعد الفراغ عن لزوم اقتصار الوكيل على مورد الإذن فقد يستظهر من كلام الموكل
أنّ ما عينه لا نظر به فيه بالخصوص بل المذكور أحد الافراد كما لو أمر السيد أحد
عبيده ولم يلتفت والتفت الآخر منهم فإنّ الظاهر لزوم الامتثال فالمدار الاستظهار من
كلام الموكل ولو بمعونة القرائن فيمكن أن يوكل في البيع حالاً ويكون الغرض حصول
أصل البيع خصوصاً مع قصر المدّة في الأجل و لا يكفي مجرد الرضى بل مع الرضى
المجرّد لا يخرج عن الفضوليّة بل لا بدّ من كونه مشمولاً للإذن الحاصل بالتوكيل وبما
ذكر ظهر النظر في إطلاق ما ذكر في المتن .

الثانية اذا اختلفا في الوكالة فالقول قول المنكر مع يمينه ، و لو اختلفا في العزل أو في الإِعلام أو في التفريط فالقول قول الوكيل ، وكذا لو اختلفا في التلف ، ولو اختلفا في الردِّ فقولان : أحدهما القول قول الموكل مع يمينه ، و الثاني القول قول الوكيل مالم يكن بجعل وهو أشبه .

لا إشكال في أنه بعدما كانت الوكالة أمراً حادئاً فمع الشكِّ فيها مقتضى الأصل عدمها فالقول قول المنكر مع يمينه من غير فرق بين مالمو تصرف في ملك المالك بدعوى الوكالة وبين مالمو اشترى شيئاً مثلاً فادعى أحد أن المشتري اشترى بوكالة عنه وأنكر المشتري وقال : اشتريته لنفسى .

ولو اختلفا في العزل أو في الإِعلام فالقول قول الوكيل للأصل .

ولو اختلفا في التفريط فالمعروف تقويم قول الوكيل لكونه أميناً ويشكل من جهة أن المستفاد من بعض الأخبار أنه مع الإيتمان لا يجوز للمؤمن أن يتهم المؤمن - بالفتح - و هذا مع الشكِّ دون ما لو ادعى القطع بالتفريط إلا أن يدعى أنه كما لا يجوز للموكل أن يتهمه كذلك لا يجوز للحاكم أن يتهمه ، لكن لا يلزم التوكيل مع الإيتمان كما لا يخفى ، وليس التفريط أمراً حادئاً يكون خلاف الأصل كالعزل و الإِعلام بل الحفظ خلاف الأصل و لو اختلفا في التلف بأن ادعى الوكيل تلف متعلق الوكالة والموكل منكر فمع فرض الإيتمان يكون القول قول الوكيل بالتقريب المذكور و مع عدمه يشكل .

وأما صورة الاختلاف في الردِّ فيشكل أن يكون القول قول الوكيل سواء كانت الوكالة مع الجعل أو بلاجعل والتفرقة بين ما كانت الوكالة مع الجعل وبين ما كانت بلا جعل حيث إن الوكيل في الصورة الثانية محسنٌ محض وليست وكالته لمصلحة نفسه و ما على المحسنين من سبيل ، مشكلةٌ فإنه لا يستفاد من الآية الشريفة إلا أنه لا غرامة

على المحسن وهذا غير لزوم تصديقه في الردّ خرج خصوص الودعي عن القاعدة الكلية كل من كان عنده مال للغير عليه أن يثبت إيصاله إلى مالكه فالمستعير والمستأجر والمرتهن والشريك وعامل القراض وغيرهم مشمولون للقاعدة ، هذا مع أنه قد تكون الوكالة مع الجعل أيضاً مصلحة للموكل بحيث يعدّ الوكيل محسناً فالتفصيل بنحو الإطلاق لا يتم .

﴿ وإذا زوجته مدعياً وكالته فأنكر الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه ، و على الوكيل مهرها . وروى نصف مهرها لأنه ضيع حقها ، وعلى الزوج أن يطلقها سرا إن كان وكلاً ﴾ .

أما أن القول قول المنكر فلا صلة عدم التوكيل ، وأما لزوم المهر على الوكيل وإن كان مقتضى الأصل عدم المهر لعدم ثبوت الوكالة فلخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « في رجل تزوجته أمه ولم يقبل فقال : إن المهر لازم ^(١) ، وعن الشيخ وأتباعه قدس سرهم العمل به على ظاهره وظاهره لزوم تمام المهر ، ويمكن الجمع بينه وبين ما يدل على لزوم نصف المهر وهو خبر عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن رجل قال لا آخرا خطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضى وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك ، فذهب فخطب له وبنذ عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه و سألوه فلما رجع إليه أنكر ذلك كله قال : يقرم لها نصف الصداق عنه وذلك أنه هو الذي ضيع حقها فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له وحل لها أن تتزوج ولا تحل للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلا أن يطلقها لأن الله تعالى يقول « فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان » فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام وقد أباح الله عز وجل لها أن تتزوج ، ^(٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٢) الفقيه باب الوكالة ج ٤ .

وصحيح أبي عبيدة عنه أيضاً في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم ، قال : خالف أمره و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولأعدّة عليها ولا ميراث بينهما ، فقال له بعض من حضر فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة ثم جحد الأمر أن يكون أمره بعدما زوجه فقال : إن كانت للمأمور بيّنة إن كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر لأهل المرأة وإن لم تكن بيّنة فإنّ الصداق على المأمور لأهل المرأة ولا ميراث بينهما ولأعدّة ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً وإن لم يكن سمى لها فلا شيء لها ،^(١)

وقد يقال هذه الأخبار وإن كانت على خلاف القاعدة من حيث عدم وجوب المهر مع بطلان النكاح ظاهراً مع أنّه إنّما يكون على الزوج لأعلى الوكيل إلا أنّه يجب العمل بها تبعداً وحكمة الحكم ما أُشير إليه في بعضها من تقصير الوكيل في ترك الإشهاد على وكالته أو غيره ثمّ إنّ هذا إذا ذكر لها مهراً وأما إن أزوجها بدون ذكر المهر فلا شيء لها ثمّ لها أن تنزّج إذا لم تعلم بالوكالة و على الزوج طلاقها مع صدق الوكيل وإلا فهو آثم وليس للمرأة أن تنزّج مع علمها بصدق الوكيل وهل يجوز للحاكم الشرعيّ حينئذ إجبار الزوج على الطلاق والظاهر عدمه نعم لا يبعد جواز طلاقه عنه ولاية ويحتمل أن يكون لها الفسخ .

وأما وجوب الصبر إلى موت الزوج فمشكل ومقتضى إطلاق الأخبار جواز التزويج مطلقاً والأحوط مع امتناع الزوج من الطلاق فسخها وفسخ الحاكم وطلاقها ولاية .

ويمكن أن يقال حمل روايات المسئلة على خصوص صورة شك المرأة في التوكيل بعيد جداً بل لعلّ الغالب القطع أو الإطمينان بالوكالة وتجويز النكاح لها بدون الطلاق مع القطع بالزوجة أو الإطمينان ليس كالتجويز مع الشكّ حتّى يقال لا مانع له ، وما

(١) الوسائل كتاب النكاح ب ٢٦ ح ١ . عن التهذيب و الفقيه .

ذكر من « أن الأحوط مع امتناع الزوج الخ » يشكك حيث إنه لا يلتزمون بما ذكر
 في مثل المقام كما لو امتنع الزوج عن الطلاق مع مفارفته للزوجة بحيث لا يرجى اجتماعهما
 كما لو كان الزوج محبوباً أبداً . ١

والحمد لله تعالى أولاً وآخراً وصلى الله على محمد وآله الطاهرين ووسئل التوفيق على

تتميم ما بقي .

كتبه العبد الاثم أحمد بن السيد العلامة يوسف الموسوي الخوانساري

١٣٨٨ هـ . ق

﴿ فهرست الموضوعات ﴾

الموضوع	الصفحة
كتاب التجارة	
الفصل الأول ما يحرم التكسب به .	٢
الأول الأعيان النجسة .	٣
الثاني الآلات المحرمة .	٧
الثالث ما يقصد به المساعدة على المحرم .	٨
الرابع ما ينفع به كالمسوخ .	١٢
الخامس الأعمال المحرمة .	١٣
السادس حرمة الاجرة على الواجبات .	٣٧
عدم جواز أخذ ما ينثر في الأعراس إلا ما يعلم بإباحته .	٥٠
جواز بيع عظام القيل للأمشاط .	٥٠
جواز اشتراء ما يأخذه الجائر باسم المقاسمة .	٥٠
جوائز الظالم محرمة إن علمت بعينها .	٥٤
جواز الولاية عن العادل .	٥٨
جواز عدم جواز الولاية عن الجائر .	٥٨
الفصل الثاني في البيع و آدابه .	٦٥
البيع العقدي .	٦٥
المعاطاة .	٧١
شروط المتعاقدين .	٧٣
البيع الفضولي .	٨٢

الموضوع	الصفحة
آداب التجارة و مستحباتها .	١٣٢
مكروهات التجارة .	١٣٥
حرمة الاحتكار .	١٤٠
الفصل الثالث في الخيارات .	١٣٣
خيار المجلس .	١٤٣
خيار الحيوان .	١٤٨
خيار الشرط .	١٥٢
خيار الغبن .	١٥٦
خيار التأخير .	١٦٣
خيار الرؤية .	١٦٨
أحكام الخيارات .	١٧٠
الفصل الرابع في لواحق البيع .	١٨١
الفصل الخامس في الربا .	٢٣٤
حكم الأواني المصوغة بالذهب و الفضة .	٢٧٠
الفصل السادس في بيع الثمار .	٢٧٣
الفصل السابع في بيع الحيوان .	٢٨٩
الفصل الثامن في السلف .	٣١٦
في القرض .	٣٢٧
كتاب الرهن	٣٤٢
كتاب الحجر .	٣٦٢
كتاب الضمان .	٣٧٩
القسم الثاني الحوالة .	٣٨٤
القسم الثالث الكفالة .	٣٨٧

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
كتاب الصلح .	٣٩٢
كتاب الشركة .	٤٠٠
كتاب المضاربة .	٤٠٦
كتاب المزارعة و المساقاة .	٤١٩
كتاب الوديعة والعارية .	٤٣٣
كتاب الاجارة .	٤٥٣
كتاب الوكالة .	٤٧٦

~~~~~









