



32101 074292150

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

--	--

الجزء السابع

من كتاب

تجديد الدوارس

وتحديد المدارس

تأليف

الفقيه النبيه المحقق المدقق سماحة الحجة آية الله

الشيخ محمد علي المعزى الدزفولي

دامت بركاتة

شوال المكرم ١٣٨٨٢

المطبعة الغليية بقم

رسالة

بينا

رسالة

رسالة

رسالة

رسالة

رسالة

رسالة

رسالة

رسالة

الجزء السابع

من كتاب

تجديد الدوارس

وتحديد المدارس

في احكام المكاسب والوقوف والبيوع والخيارات والشروط والقبض

تأليف

الفقيه النبيه المحقق المدقق سماحة الحجة آية الله

الشيخ محمد علي المعزى الدزفولي

دامت بر كاته

شوال المكرم ١٣٨٨

المطبعة الغليية بقم

(RECAP)

KBL
.M84
JUL 27

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين .

كتاب المكاسب

مقدمة فيها مسألتان

المسئلة الاولى هل يعذر الجاهل بالاحكام في مخالفة الواقع وجهان احدهما انه يعذر للعمومات مثل قوله رفع عن امتي تسعة وعدمنها ما لا يعلمون وقوله ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم وقوله الناس في سعة ما لا يعلمون وقوله ايما امرء ركب امرا بجهالة فلا شىء عليه وقوله كل شىء مطلق حتى يرد فيه نهى .

ثانيهما انه لا يعذر لمدل من الاخبار على مؤاخذة الجهال والذم بفعل المعاصى المجهولة مثل قوله (ع) فى من غسل مجدوراً اصابته جنازة فمات قتلوه قاتلهم الله الاستلوا الايموه وقوله فيمن اطال الجلوس فى بيت الخلاء لاستماع الغناء ما كان اسوء حالك لومت على هذه الحالة ثم امره بالتوبة وغسلها وماورد فى تفسير قوله تعالى فليله الحججة البالغة من انه يقال للعبد يوم القيامة هل علمت فان قال نعم قيل له فها علمت وان قال لا قيل له هلا تعلمت حتى تعمل وما رواه القمى فى تفسير قوله تعالى الذين تتوفاهم الملائكة ظالمى انفسهم نزلت فى من اعتزل عن امير المؤمنين ولم يقاتل معه قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين فى الارض اى لم نعلم من الحق فقال الله تعالى الم تكن ارض الله واسعة فتهاجروا فيها اى دين الله واضحاً متسماً فينظروا فترشدوا وتهتدوا به سبيل الحق الخير .

فر بما يقال ان الصنفين متعارضان فجمع بينهما بحمل الاول على الجاهل القاصر وحمل الثاني على الجاهل المقصر ولذلك قالوا الجاهل عامد لا يريدون انه عامد لغته او عرفاً لانه غلط بل ارادوا انه بحكم العامد مثلاً لو ترك السورة في الاولين من صلوته فان كان لاجل الجهل بوجوبها بطلت صلوته كبطلان صلوة من تركها متعمداً وان كان لاجل النسيان صحت صلوته ولزمه سجود السهو وكذلك اذا ارتمس الصائم في الماء فان كان للنسيان صح صومه وان كان لاجل الجهل بطل ولزمه القضاء والكفارة وكذلك ان بدء الناسك في السعي بمروة نسياناً اعاده مباشرة او تسيباً وان كان لاجل الجهل بطل عمرته وفسد متعمته كل ذلك لان الجاهل عامد قالوا لا يعذر في شيء الا في الجهر والاخفات والقصر والاتمام فقيما عدا الموضوعين لا يعذر واذا كان غير معذور فحكمه حكم العامد وقرعوا على ذلك ايضاً وجوب تحصيل العلم بالحلال والحرام من المعاش والمكسب لمن اراد التجارة لانهم قالوا من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربوا ثم ارتطم ومن لم يتفقه في دينه ثم اتجر فقد تورط في الشبهات وايضاً الاجتناب من الحرام واجب وهو موقوف على معرفته لان مقدمة الواجب واجبة وايضاً نعلم اجمالاً بوجود مكاسب محرمة في جملة من المكاسب التي يكتسب بها وهذا العلم كاف في حسن عقاب الجاهل والالقبح عقاب اكثر الجهال على ارتكاب المحرمات التي يعملونها حال الجهل وليس كذلك كيف وقد اجمع العلماء على ان الكفار معاقبون على الفروع مع ان الاكثر جاهلون باحكام الاسلام وايضاً ما يأخذه المتبايعان من الثمن والمثمن يأخذانه بعنوان العوضية ولا يكون المأخوذ عوضاً الا اذا علم انتقاله اليه شرعاً فاذا شك في الانتقال لاجل الجهل كان مقتضى الاصل عدمه فيحرم تصرف كل منهما فيما اخذه بهذا العنوان .

اقول اما ما جعله معارضاً لخبر الرفع واضرابه فالتعارض ممنوع اما خبر المجذور فلان الذي غسله قداقتي بغير علم فيما ادى فتويه الى هلاك نفس محترمة ومعذورية الجاهل تختص بافعال نفسه من صلوة او صوم او نسك واما ما يجنيه على غيره فلا يعذر فيه وخبر الرفع لا يرفع ذلك واما خبر استماع الغناء فنحن وان فسرناه بذلك في باب

غسل التوبة لكن الاصح خلافه لان السائل كان عالماً بحرمة استماع الغناء للنهي عنه في الاخبار لكنه حمل النهي على الاستماع له بالحضور في مجالس الغناء كما كان هو المتعارف في ذلك الزمان ولذلك اعتذر بقوله والله ما اتيتهن برجلي فخصص العام او قيد المطلق بلا دليل على ذلك فالامر بالتوبة وغسلها انما هو لانه ترك العمل بالظاهر واول فيه بما لا دليل عليه ولذلك قرء عليه الامام عليه السلام قوله تعالى ان السمع والبصر والفؤاد الاية تأييداً لدلالة العمومات .

واما رواية القمي فهي تدل على ان الجاهل غير معذور في الاصول كالتوحيد والنبوة والامامة ومحل الكلام هنا هو كون الجهل عذراً في الفروع واما ما ارسلوه ارسال المسلمين من قولهم الجاهل المقصر لا يعذر الا في الموضوعين المذكورين فقد وجدنا خلاف ذلك عياناً في عدة مواضع غير الموضوعين بشهادة النص و الفتوى منها اكل الربوا في خبر هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن الرجل يأكل الربوا وهو يرى انه له حلال قال لا يضره حتى يصيبه متعمداً فاذا اصابه متعمداً فهو بالمنزل الذي قال الله وفي خبر حماد بن عثمان عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الرجل يأكل الربوا وهو يرى انه حلال فقال لا يضره حتى يصيبه متعمداً فاذا اصابه متعمداً فهو بمنزلة الذي قال الله عز وجل وما رواه في الوسائل عن علي بن جعفر في كتابه عن اخيه موسى عليه السلام قال سئلته عن رجل اكل الربوا ولا يرى الا انه حلال قال لا يضره حتى يصيبه متعمداً فهو ربا وخبر محمد بن سنان عن ابي الحسن الرضا عليه السلام وفيه علة تحريم الربا بعد البيعة لما فيه من الاستخفاف بالحرام المحرم وهي كبيرة بعد البيان الخبر قوله بعد البيان او بعد البيعة معناه بعد العلم بالحرمة هذا حال الربوا التي هي اشد من الزنا بالمحارم فكيف الحال في ما هو دون ذلك فترك العمل بهذه الاخبار المستفيضة والمصير الى ان الجاهل بالحلال والحرام غير معذور في مكاسبه لانهم (ع) قالوا من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربوا ثم ارتطم وما دل على ان الاقتحام في الشبهات يوجب الهلاك من حيث لا يعلم في غاية الاشكال بل لا بد من الجمع بين حديث الرفع واضرابه وبين ما دل على ان الاقتحام في الشبهات يوجب الهلاك من حيث

لا يعلم او يوجب الارتطام في الربوا بحمل الهلاك المترتب على مجهول الحرمة على غير العقوبة الاخرى كالتبعات والاثار القهرية المترتبة عليها من الاخلاق الذميمة و الخصائل الرذيلة التي تؤل الى ربوق الدين وهلاك الايمان .

ومنها الجماع في حال الاحرام ففي خبر حماد عن حريز عن زرارة قال سئلته عن محرم غشى امرئته وهي محرمة قال جاهلين او عالمين قلت اجنبي في الوجهين جميعاً قال ان كانا جاهلين استغفرا ربهما ومضيا على حجهما وليس عليه شيء الى آخر الخبر وفي خبر معوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن رجل وقع على امرئته وهو محرم قال ان كان جاهلاً فليس عليه شيء و ان لم يكن جاهلاً فعليه سوق بدنة وعليه الحج من قابل وفي معناهما الخبر الآتي لزرارة و ابي بصير هذا حال الجماع الذي هو اشد من سائر محظورات الاحرام لوجوب الكفارة به وفساد الحج وغير ذلك فكيف الحال في غير الجماع ومنها الجماع في صوم شهر رمضان ففي خبر زرارة و ابي بصير جميعاً قال سئلنا ابا جعفر عليه السلام عن المرأة اتى اهله في شهر رمضان او اتى اهله وهو محرم وهو لا يرى الا ان ذلك حلال له قال ليس عليه شيء و حمل الجاهل في هذه الاخبار على القاصر المستضعف الذي لا يستطيع حيلة ولا يهتدى الى الحق سبباً لا يظلم من الكلام و جزاف من القول .

وقال في كتاب الحج من المبسوط ما يفعله المحرم من محظورات الاحرام على ضربين احدهما يفعله ساهياً فكل ما يفعله ذلك على وجه السهو لا يتعلق به كفارة ولا فساد الحج الا الصيد فانه يلزمه فدائه عامداً كان او ساهياً وما عداه اذا فعله عامداً يلزمه الكفارة و اذا فعله ساهياً لم يلزمه شيء انتهى لما اراد استقصاء الكلام في حكم من يفعل شيئاً من المحظورات قسماً الى قسمين العامد والساهي فلا بد من ان يكون الجاهل داخلاً في احدهما وليس داخلاً في العامد قطعاً لان دعوى شمول العامد له لغة غلط واضح فوجب ان يكون السهو في كلامه اعم من الجهل والنسيان وهو الظاهر من اللغة ايضاً قال في القاموس سهى في الامر كدعاسهوا وسهواً نسيه وغفل عنه وذهب قلبه الى غيره فسر السهو بالنسيان وقال في النسيان نسيه ضد حفظه فالساهي والناسي ضد

الحافظ وليس الجاهل حافظاً فهو ساه وناس .

وقال في كتاب الصوم منه فاماما لا يفطر ويلتبس الحال فيه فعلى ضرب اولها ما كان عن سهو ونسيان او غلبة على العقل مثل الاكل والشرب ناسياً او جاهلاً فانه لا يفطر فان اعتقد انه يفطر فاكل او شرب او فعل ما لم يفعله اذا كان مفطراً افطر و عليه القضاء و الكفارة انتهى دل على ان وجوب القضاء و الكفارة على المفطر بالاكل او الشرب مشروط بان يكون حين الاستعمال معتقداً بكونه مفطراً فان لم يكن لهذا الاعتقاد وكان جاهلاً بكونه مفطراً لم يلزمه قضاء ولا كفارة .

وقال في السرائر في باب ما يجب الامساك عنه في الصوم بعد ذكر اسباب القضاء و الكفارة و جميع ما قدمناه في ذلك الباب متى فعله الانسان ناسياً او ساهياً او جاهلاً غير عالم بالحكم لم يكن عليه شيء و متى فعله متممداً و جب عليه ما قد مناه و كان على الامام ان يعززه بحسب ما يراه و قال في اواخر باب حقيقة الصوم و كذلك يقوى في نفسى وجوب القضاء و الكفارة على من اذرد شيئاً يقصد به افساد الصوم سواء كان مطعوماً معتاداً مثل الخبز و اللحم او لا يكون معتاداً مثل التراب و الحجر و الحصى و الخبز و البرد و غير ذلك لانه اجماع الفرقة انتهى .

قوله يقصد به افساد الصوم يعنى علم بوجوب الامساك عنه و لم يكن جاهلاً بكونه مفطراً فيدل بالمفهوم على ان الجاهل بالحكم لا يفسد صومه بالاكل او الشرب او غيرهما و اما الاستدلال على عدم كون الجهل عذراً بقولهم من لم يتفقه في دينه ثم اتجرتورط في الشبهة فضعيف من وجه آخر وهو ان الظاهر منه ان المحذور اللازم من ترك التفقه هو الوقوع في الشبهات و الاجتناب عن مشكوك الحل و الحرمة غير لازم و الا لما قام للمسلمين سوق و منه يظهر الجواب عن وجوب المعرفة من باب المقدمة لان هذا الاستدلال انما يستقيم اذا ثبت كون المكلف ملزماً بالاجتناب عن الحرام و ان كان مجهولاً و الاخبار المذكورة من حديث الرفع وغيره تدفعه و اما دعوى اجماع العلماء على عقاب الكفار على الفروع مع جهلهم بها فغير مسموعة .

نعم ذهبوا الى ان الكفار مخاطبون بالفروع لا انهم معاقبون عليها قال في المبسوط و اما من كان مخاطباً بها يعنى بالصلوة ففاته فعلى ضربين احدهما لا يلزمه قضائها و الثانى يلزمه قضائها و الاول من كان كافراً فى الاصل فانه اذا فاتته الصلوة فى حال كفره لكونه مخاطباً بالشرايع فلا يلزمه قضائها و قال فى الخلاف الكفار عندنا مخاطبون بالعبادات الصلوة والزكوة و الصوم و الحج و به قال اكثر اصحاب الشافعى و قال شذاذ منهم و اختاره الاسفرائنى انهم ليسوا مخاطبين بالعبادات الا بعد ان يسلموا و به قال العراقيون و قال فى العدة ذهب اكثر المتكلمين و الفقهاء الى ان الكافر مخاطب بالشرايع و كذلك العبد و قال قوم شذاذ ليسوا بمخاطبين بها و الذى اذهب اليه هو الاول .

ان قلت قد استدل الشيخ فى الخلاف و العدة على عموم الخطاب للكفار بآيات دلت على كونهم معاقبين فى الاخرة على ترك الفروع كقوله تعالى « ماسلككم فى سقر قالوا لم نك من المصلين و لم نك نطعم المسكين و قوله فلا صدق و لا صلى و لكن كذب و تولى و قوله ويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكوة » لدلالاتها على عقاب الكافر على ترك الصلوة و الزكوة قلت لا بد من ان يكون المراد من الكافر فى هذه الايات كافراً استيقن بصدق الرسول ﷺ و صحة شرايع الاسلام من الصلوة و الزكوة لكنه كان جاحداً للحق فلم يعاقب على ترك الصلوة مع الجهل بوجودها بل مع العلم بالوجوب و اما ما ذكره من انه مع الشك فى صحة العقد و فسادة فالاصل يقتضى الفساد ففساد العقد غير مستلزم لترتب العقاب عليه على كل حال الا ترى ان الحللى ادعى الاجماع على ان المقبوض بالبيع الفاسد حكمه حكم الغصب الامن حيث الاثم و العصيان .

وقد تلخص مما ذكر ان ما اشتهر فى الاعصار المتأخرة من ان الجاهل بحكم العامد الافى الجهر و الاخفات و القصر و الاتمام فهو مما ليس له اصل لدلالة الاخبار على كونه معذور فى عدة مواضع غير الموضوعين و افتى به الشيخ و الحللى بل فى بعض الموارد ادعى الحللى انه اجماع من الفرقة هذا اذا كان النسيان عبارة عن غيبة الشىء من الذهن بعد حضوره كما هو المشهور و اما اذا كان فى اللغة عبارة عن ضد الحفظ كما نص عليه

فى القاموس وعليه اعتمد الشيخ فى ظ المبسوط وصاراعم من الجهل لم يختص العذر
 لا بالموضوعين ولا بالمواضع التى ذكرناها بل اتسع الخرق على الراقع لان كل ما دل من
 الاخبار على صحة العمل مع الخلل فيه بالنسيان دل على الصحة مع الخلل فيه بالجهل.

حول وجوب تحصيل النفقة بالاكتساب

المسئلة الثمانية النفقات التى تجب على الانسان مما ينفقه على نفسه وعياله
 او ينفقه لحفظ ما يجب عليه حفظه من العرض والجاه والمال اذا لم يقدر عليه الا بتحصيل
 المال من طريق التجارة وجب عليه الاكتساب لانه مما لا يتم الواجب الا به ، ولا يعارضه
 الايات والاخبار الآمرة بالنفقة فى الدين وتحصيل العلم بالاحكام من طريق النظر
 والاستدلال لان وجوب تحصيل المال فى الفرض المذكور وجوب عينى ووجوب
 النفقة فى الدين وجوب كفايى .

واما اذا كان المال حاصلًا بقدر الكفاية وارىد الزيادة فان كان طلبها لغرض
 مرجوح فلا ريب ان الراجح ترك الطلب وان كان لغرض راجح ولم يمكن الجمع بينه
 وبين طلب العلم فقال بعض الاعلام: لا ريب فى تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد
 المترتبة على الامرين فرب من لا يحصل له باشتغال العلم الاشياء قليل لا يترتب
 عليه كثير فائدة ويترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة فاشتغال مثله بالتجارة
 ارجح، ورب من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحيى بها فنون من علم الدين
 ولا يحصل من كسبه الا قليل من المال فلا اشكال فى ان اشتغاله بالعلم والاكل من
 الصدقات ارجح .

قلت: يشكل ما ذكره بانه أمر لا يعلم الا بعد حصول النتيجة من اشتغاله بالكسب
 او الفقه ومحل البحث تعيين الارجح من الاشتغالين فى اول الامر قبل الشروع فى
 العمل ، ومن المعلوم ان العلم بعاقبة احد الاشتغالين غيب لا يعلمه الا اعلام الغيوب
 لاسبيل لنا اليه الا من طريق الحدس ولا اعتبار به فرب مخدود فى المعاش يجعله
 المقادير مجدوداً ورب غيبى يصير بالممارسة ذكيا فظناً .

فالتحقيق ان يقال الاخبار الآمرة بالاكتساب اقسام:

احدها يختص بفقير ان ترك الاكتساب صار كلاً على الناس كخبر المفضل بن عمر قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : استعينوا ببعض هذه على بعض ، ولا تكونوا كلوا على الناس (١) وفي خبر آخر عنه قال قال رسول الله ﷺ : ملعون من القى كله على الناس (٢) واخبار تحصيل العلم لا تعارض هذا القسم لانه مختص بفقير لا يملك من المال ما يكفيه وتحصيل ما به الكفاية من المال على الفقير القادر على الاكتساب واجب عيني ولا يعارضه واجب كفائي .

و ثانيها ما يختص بمعنى ان ترك الاكتساب وقع في واحدة من ثلث محذورات: اما ذهب ماله وافتقر ، او صار معدوداً عند الناس من اهل البطالة وسقط عندهم عما كان عليه من العز والجاه ، او غلب عليه الفشل والكسل حتى اتصف بجمود الفكر وجمود الفطنة وقلة العقل - ، فمن الاول - خبر فضيل بن يسار قال قال ابو عبد الله عليه السلام : اى شيء تعالج فقلت: ما العالج شيئاً فقال: كذلك تذهب اموالكم ، واشتد عليه (٣) واخبار تحصيل العلم لا تعارض هذا القسم ايضاً لان ما به الكفاية من المال كما يجب على الفقير تحصيله وجوباً عينياً كذلك يجب على الغنى حفظه عن التلف بالسعى في اثماره ونموه ومن الثاني - خبر علي بن عتبة قال: قال ابو عبد الله عليه السلام لمولى له : يا عبد الله احفظ عزك ، قال : وما عزى جعلت فداك قال: غدوك الى سوقك واكرامك نفسك (٤) ومن الثالث - مرسل الصدوق قال قال عليه السلام: ترك التجارة مذهبة للعقل (٥) وهذان القسمان لا يعارضان اخبار تحصيل العلم لان ما يكتسبه الانسان بتحصيل الفقه من العز والعقل او فرما يكتسبه من ذلك بتحصيل المال.

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٦ - من ابواب مقدماتها - الرواية ٩

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١٠ -

(٣) الوسائل - كتاب التجارة الباب ٢ - من ابواب مقدماتها - الرواية ٢ -

(٤) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١ - من ابواب مقدماتها - الرواية ١٣ -

(٥) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٢ - من ابواب مقدماتها - الرواية ١٣

و ثالثها ما دل على الامر بطلب المال ليستعان به على الصدقات و الصلوة و الحج و ساير وجوه البر و هذا القسم ايضاً لا يعارض الاخبار الأمرة بالتفقه لان الغاية التى يطلبها طالب العلم افضل و ارجح من هذه الغايات التى يطلبها طالب المال ، فيتلخص من جميع ذلك ان المستفاد من مجموع الاخبار هو ان طلب العلم افضل من طلب المال الا اذا عارضه تحصيل المال او حفظه ان كان واجباً .

فى الغناء وبيان حقيقته وحكمه

مسئلة - من المكاسب المحرمة الغناء باتفاق النص و الفتوى فوجب معرفة حقيقته بخصوصياتها و مميزاتها حتى لا تشبهه بغيرها فيؤدى الى تحريم حلال او تحليل حرام ، و لا يكفى فى معرفة الحقيقة قول صاحب القاموس: الغناء ككساء من الصوت ما طرب به» او قول غيره انه صوت او مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب و ان الطرب خفة تعترى الانسان لشدة سرور او هم لان هذه التعريفات بيان لجنس ما وضع اللفظ بازائه لا تنفى بيان الحقيقة فهى كقولهم: السعدانة نبت ، والثوم بقل ، والقوس سلاح ، بل المرجع فى ذلك اهل هذا الفن لانها صناعة قديمة معروفه و قد و ن فيها كتب كثيرة بالعربية و الفارسية و ساير اللغات ، و اشهر الكتب العربية فيها كتاب الاغانى الكبير لامام هذا الفن ابى الفرج الاصفهانى جمع فيها كما قال هو فى مقدمة الكتاب: مائة صوت سماها الاصوات المختارة يذكر فيه شعراً ثم يقول: ان فيه غناء لفلان المغنى ، و يعرف الاغنية التى فيه بانها ثانى ثقيل بالوسطى او رمل بالوسطى او غير ذلك من الاصطلاحات التى لا يعرفها الا اهل هذه الصناعة .

واوضح تعريف وجدته لهذه الحقيقة ما ذكره العلامة ابن خلدون فى كتابه المعروف بالمقدمة قال فى فصل صناعة الغناء: هذه الصناعة هى تلحين الاشعار الموزونة بتقطيع الاصوات على نسب منتظمة معروفه يوقع على كل صوت منها توقيعاً عند قطعه فيكون نعمة ثم تؤلف تلك النغم بعضها الى بعض على نسب متعارفة فيلذ سماعها لاجل ذلك التناسب وما يحدث عنه من الكيفية فى تلك الاصوات ، و ذلك

انه تبين في علم الموسيقى ان الاصوات تتناسب فيكون صوت نصف صوت وربع آخر وخمس آخر وجزءاً من احد عشر من آخر و اختلاف هذه النسب عند تأديتها الى السمع يخرجها من البساطة الى التركيب و ليس كل تركيب ملذوداً عند السماع بل تراكيب خاصة هي التي حصرها اهل علم الموسيقى وتكلموا عليها كما هو مذكور في موضعه و قد يساوق ذلك التلحين في النغمات الغنائية بتقطيع اصوات اخرى من الجمادات اما بالقرع او بالنفخ في آلات تتخذ لذلك فترى لها لذة عند السماع (الى آخرها ذكره في هذا الفصل).

ومن هذا البيان و كلمات اهل اللغة يستفاد ان الغناء لا يصدق على الصوت الا اذا اجتمع فيه امور اربعة : احدها - ان يكون حسناً بذاته و جوهره ، ولا يحصل هذا الامر الا اذا كانت القصبة التي هي مجرى الصوت على كيفية مخصوصة من الحلقة - وثانيها ان يكون منطبقاً على احد الالحان التي صاغها ووضعها اهل هذا الفن بان يقال ان هذا هو اللحن الفلاني او الاغنية الفلانية لان لكل لحن عندهم اسماً مخصوصاً قال في القاموس : اللحن من الاصوات المصوغة الموضوعة - و ثالثها - ان يكون اعمال اللحن في الاشعار عربية كانت او فارسية او غيرها لان التقطيعات الغنائية لاتتاتي في الكلام المنثور ولذلك قال ابن خلدون في كلامه المتقدم هي تلحين الاشعار الموزونة. ورابعها ان يكون مطرباً يؤثر في المستمع اثر اجلياً بحيث ينقله من حال الى حال ، وهذا يختلف باختلاف الاصوات والمستمعين اختلافاً فاحشاً اما باختلاف الاصوات بجواهرها ، او باختلاف المغنين في المهارة في الصنعة ، او لاجتماع الصوت مع آلة من آلات الطرب ، او باختلاف المستمعين في سرعة الانفعال وشدته ، فقد ذكر اهل التاريخ والسيرة في احوال بعض الخلفاء والملوك واهل الترف عند سماع الاغاني انفعالات عجيبة من التصفيق والرقص وخرق الثوب والغشوة وغيرها والاعتبار في الاخير انما هو بحال الغالب ، واما من لا يطرب لاعتياده بالاستماع فهو نادر لا عبرة به في حرم عليه الاستماع وان لم يطرب كما يحرم شرب الخمر على من لا يسكر بشر بها لاعتياده به (وبالجملة) فاذا اجتمع الامور الاربعة صدق الغناء لغة و عرفا وتعلق به الحكم .

قال الشيخ في الخلاف: الغناء محرم سواء كان صوت المغنى او بالقصب او بالاو تار مثل العيدان والطناير والنايات والمعازف وغير ذلك « وقال في المبسوط : الغناء عندنا محرم يفسق صاحبه وترد شهادته وقال بعضهم يعنى الجمهور هو مكروه « ثم نقل اقوالهم الى ان قال : وجملته عندهم ان الاصوات على ثلاثة اضراب: مكروه ، ومحرم، ومباح، فالمكروه صوت المغنى و القصب معالانه وان كان بألة فهو تابع للصوت و الغناء فلهذا كان مكروهاً ، وهو عندنا حرام من الفاعل والمستمع تردبه شهادتهما ، الثانى محرم وهو صوت الاوتار والنايات والمزامير كلها، فالاو تار والعود والمعزفة والرباب ونحوها والنايات والمزامير معروفة وعندنا كذلك محرم ترد شهادته الفاعل والمستمع (الى ان قال) : واما المباح فالدف عند النكاح والختان (الى ان قال) : و عندنا ان ذلك مكروه غير انه لا تردبه شهادته ؛ واما غير الختان والعرس فمحرم (انتهى) .

صرح فى الكتابين بحرمه صوت الغناء و استماعه و حرمة استعمال آلاته ولم يتعرض لتعريفه ولا تعريف آلاته نظراً الى ان الصوت معروف عند اهله فهم المرجع فى معرفة حقيقته كما ان آلاته ايضاً كذلك .

وقد تبين مما ذكر ان حسن الصوت بالقرآن خارج عن موضوع الغناء و ان الاخبار الواردة فى مدحه لا تعارض اخبار الغناء ولا توجب تخصيصاً فيها لان الغناء كما عرفه ابن خلدون تلحين الاشعار الموزونة ، ومثله الحداء وهو الشعر الذى تحت به العرب الابل على الاسراع فى السير فانه وان كان شعراً مطرباً لكنه مطرب للابل دون الانسان فالأخبار الواردة فى جوازه لا توجب تخصيصاً فى اخبار الغناء ، والله العالم .

بحث حول تلقي الر كبان

مسئلة اختلاف القدماء فى ان تلقي الجلب مكروه او محظور ؟ قال الشيخان فى المقنعة والنهاية والطوسى فى الوسيلة بالكراهة ، وقال فى المبسوط والغنية والسرائر بالحرمه ، والاصل فى المسئلة اخبار مستفيضة .

منها - خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب قال: قال ابو عبد الله (ع)

لاتلق فان رسول الله (ص) نهى عن التلقى ، فقلت : وما حد التلقى ؟ قال : مادون غدوة وروحة ، قلت : وكم الغدوة والروحة ؟ قال : اربع فراسخ ، قال ابن ابي عمير وما فوق ذلك فليس بتلق (١)

ومنها - خبر مثنى الحنط عن منهل القصاب عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال : لاتلق ، ولا تشتر ما يتلقى ، ولا تأكل منه (٢) .

ومنها - مارواه في الوسائل (٣) عن الصدوق باسناده عن منهل القصاب انه سئل ابا عبد الله عليه السلام عن تلقي الغنم ، فقال : لاتلق ، ولا تشتر ما يتلقى ، ولا تأكل من لحم ما يتلقى ومنها - خبر عروة بن عبد الله عن ابي جعفر عليه السلام قال : قال رسول (ص) : لا يتلقى احدكم تجارة من المصر (٤) .

ومنها - مافي الفقيه في باب التلقى قال رسول الله (ص) : لا يتلقى احدكم طعاماً خارجاً من المصر ، ولا يبيع حاضر لباد ، ذروا المسلمين يرزق الله بعضهم ببعض (٥) ومنها - ما ارسله في المبسوط والسرائر عن النبي (ص) انه قال : لا يبيع بعضكم على بعض ، ولا تتلقوا السلع حتى تهبط به الاسواق (٦) ومنها - ما ارسله في الكتابين عن النبي (ص) انه نهى عن تلقي الجلب فان تلقاه متلق فصاحب السلعة بالخيار اذا ورد السوق (٧) والظاهر ان هاتين المرسلتين مرويتان

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٣٦ من ابواب آداب التجارة - الرواية ١

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٢ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٣ -

(٤) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٥ -

(٥) راجع الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٣٦ من ابواب آداب التجارة - الرواية

٥ - والباب ٣٧ - الرواية ١ -

(٦) وقريب منها مافي المستدرک - كتاب التجارة - الباب ٢٨ - من آداب التجارة -

الرواية ٣ -

(٧) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٣ -

عن طريق الجمهور ، فروى الشافعي في الرسالة ثانيتهما باسناده عن ابي هريرة ان رسول الله (ص) قال: لا تلتقوا الساع « قال الشافعي : وقد سمعت في هذا الحديث فمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار بعد ان قدم السوق .

ثم ان مورد النهي في هذه الاخبار ان يأتي جالب بطعام او سلعة غيره يريد ان يبيعه من اهل البلد فيتلقاه احد خارج البلد يشتره منه ليكون هو البائع دون الجالب (نعم) النهي عن التلقي في اكثرها مطلق لكنه اختص في بعضها بتلقي الطعام او بتلقي الغنم او بتلقي الساع او بتلقي الجالب فالاطلاق مقيد وعلى هذا فان لم يتلق جالباً بل اشترى من مصر او قرية او رجع من ضيعة ولقى جلباً و اشترى منه خرج من مورد النهي ، اما الاول فلانه لم يشتر من الجلب ، و اما الثاني فلانه ان اشترى منه لكنه لم يخرج للتلقي .

اذا تقرر هذا فنقول : اما حكم التلقي فظاهر النهي في الاخبار الكثيرة الواردة من طرق الخاصة والعامة هو الحرمة والمعارض مفقود فوجب الاخذ بالظاهر ، ودعوى الاجماع على نفي الحرمة (غير مسموعة) لفتوى من تقدم بالحرمة.

ان قلت النهي عنه مذكور في بعض هذه الاخبار في سياق النهي عن شراء ما تلقى واكله والنهي عنهما للتنزيه وكذلك النهي عن التلقي.

قلت النهي عن الشراء او الاكل غير معمول به رأساً لاتحريمه ولا تنزيها ولذلك قال الشيخ بعد ذكر المرسله الثانية فان تلقى واشتراه يكون الشراء صحيحاً لان النبي ﷺ اثبت الخيار للبائع والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح (انتهى) ومثله في السرائر والغنية ، ووافقهم في صحة البيع وثبوت الخيار صاحب الوسيلة ومع ترك العمل بالنهي عن الشراء والاكل يخرج عن صلاحية الصرف (وبالجملة) فالنهي عن التلقي في المفاد قريب من النهي عن الاحتكار والتناجش والدخول في سوم المؤمن وغير ذلك من الاسباب الموجبة للتباغض والتحاسد التي ينكرها العقل فلا موجب لحمله على الكراهة.

واما حد التلقي ففي المقنعة والنهاية والغنية والسرائر انه اربعة فراسخ فان زاد على ذلك لم يكن تلقياً ، وقال في الوسيلة : ان الحد دون اربعة فراسخ ، وهو

الافوق بالخبر لانه حد التلقى بما دون الغدوة والروحة وقد رالغدوة والروحة باربع فراسخ ، فيكون حد التلقى دون اربعة فراسخ .

ولم يذكر في المبسوط حداً له قال : لا يجوز تلقي الجلب ليشتري منهم قبل دخولهم البلد (انتهى) ولعله لان الحمدن كورفي خبر واحد واكثر الاخبار خالية عن ذكره وانما المذكور فيها النهى عن التلقى وهو في العرف واللغة ضد الجلب ، ولا ريب ان الجالب هو من يجلب المتاع من محله الى محل آخر فالمتضاد يقتضى ان يكون المتلقى من يستقبل الجالب ليأخذ متاعه ، وعلى هذا فعنوان المتلقى صادق على مطلق من يستقبل الجالب سواء كان الاستقبال فيما دون اربعة فراسخ او فوقها .

بحث حول حرمة النجش

مسئلة - روى في الوسائل (١) عن الكليني باسناده عن عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الواشمة والمتوشمة والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه وسلم « وقال في المبسوط : وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النجش « وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال : لاتناجشوا ، ولا تنجسوا ، ولا تنجسوا ، ولا تنجسوا ، ولا تنجسوا ، ولا تنجسوا ، وكونوا عباد الله اخواناً (الخبر) اورده في فصل بيع الغرر ، وفي الوسائل (٢) عن معاني الاخبار . باسناده عن القسم بن سلام باسناد متصل الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لاتناجشوا ولا تنجسوا ، قال : قال الصدوق معناه ان يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا يريد شرائها ليسمعه غيره فيزيد بزيادته والناجش خائن والتدابير الهجران (انتهى) .

ثم ان ظاهر النهى هو التحريم فلا ينبغي الاشكال فيه لسلامته عن المعارض قال في المبسوط : فاذا ثبت تحريمه فالمشتري اذا اقتدى به وزاد في الثمن و اشتراه كان الشراء صحيحا لانه لا دليل على فساد ، قال : فاذا ثبت صحته فهل

(١) كتاب التجارة -- الباب ٤٩ - من ابواب آداب التجارة - الرواية ٢ - .

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً -- الرواية ٤ -- .

للمشترى الخيار ام لا ينظر؟ فان كان النجش بغير امر البايع ومواطاته فلا خيار له لانه لا يفسخ عليه البيع بفعل غيره وان كان بامرهم ومواطاته اختلف فيه؟ فمنهم من قال : لا خيار له ، ومنهم من قال : له الخيار لانه تدليس ، والاول اقوى (انتهى) .
وجه القوة ان التدليس لا يوجب الخيار الا اذا كان سبباً للمضرر كالتدليس بكتمان العيب او بما يوجب الغبن ، و المفروض ان المقام ليس من هذا القبيل ، واما قولهم في تفسير النجش : هو ان يزيد الرجل في ثمن سلعة زيادة لا تسوى بها في السوق ، فليس مطلق الزيادة على القيمة السوقية موجباً للغبن بل انما توجهه اذا بلغ حداً لا يتسامح فيه الناس . فالنجش عندهم ما يوجب الزيادة على القيمة السوقية ولا يبلغ بها حد الغبن .

بحث حول الاحتكار وحرمة

مسئلة الاحتكار في العرف و اللغة حبس الطعام يتر بص به الغلاء ؛ والظاهر انه لا خلاف في حرمة عند القديما لتصر يحهم باجبار المحتكر على البيع لان لازم ذلك ان لا يكون مستحقاً للحبس لان جواز اجباره على البيع وجواز امتناعه عنه حكمان متضادان وسلب استحقاق الحبس عنه مستلزم لكون الحبس محرماً عليه لانه حبس بغير حق ، واما قول الشيخين في المقنعة والمبسوط ان الاحتكار مكروه فالمراد من الكراهة هي الحرمة بقريئة التصريح باجبار المحتكر على البيع .
والاخبار بذلك مستفيضة .

منها - خبر سالم الحنات قال قال ابو عبد الله عليه السلام : ما عملك ؟ فقلت : حنات و ربما قدمت على نقاد و ربما قدمت على كساد فحبسته قال : فما يقول من قبلكم فيه ؟ قلت : يقو لون محتكر ، قال : يبيعه احد غيرك ، قلت : ما ابيع انا من الف جزء جزءاً فقال : لا بأس انما ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام ، و كان اذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله ، فمر عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال له : يا حكيم بن حزام اياك ان تحتكر (١) .

ومنها رسالة الصدوق عن النبي ﷺ قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون (١) وفي الفقيه انه نهى امير المؤمنين عليه السلام عن الحكرة في الامصار (٢) .

ومنها - مافي نهج البلاغة من كتابه (ع) الى الاشتروفيه : فامنع من الاحتكار فان رسول الله ﷺ منع منه ، و ليكن البيع بيعاً سمحاً في موازين عدل لا يحجف بالفريقين البايع والمشتري ، فمن قارف حكرة بعد نهيك اياه فنكّل به وعاقب في غير اسراف (٣) .

فان التحذير عنه في الخبر الاول ولعن المحتكر في الثاني والامر بتنكيله و عقابه في الثالث كالصريح بالحرمة لان شيئاً من ذلك لا يلائم الكراهة .

واما صحيحة الحلبي قال : سئلته عن يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك قال : ان كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس ، وان كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فانه يكره ان يحتكر وترك الناس ليس لهم طعام (٤) فلا بد من حمل الكراهة فيها على الحرمة لان قوله : وترك الناس ليس لهم طعام» ظاهر في فرض المسئلة في صورة اضطرار الناس الى ما عنده بحيث لا سبيل لهم الى غيره ، وحرمة الحبس في هذه الصورة اتقافية بل قال في المبسوط : واما اذا كان عنده فاضل من طعام في القحط و بالناس ضرورة وجب عليه بذله اجماعاً (انتهى) قوله : وجب بذله، اى دفعه الى المضطرين من غير عوض .

اختلف القدماء في ما يحرم احتكاره - احدها - انه الطعام بقول مطلق و هو اختيار المقنع والمقنعة ، وقريب منه مافي الغنية قال : لا يجوز الاحتكار في الاقوات مع الحاجة الظاهرة اليها - وثانيها - انه الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن ، وهو مختار النهاية والسرائر - وثالثها - الاجناس الخمسة بزيادة الملح ، وهو مختار

(١) الوسائل كتاب التجارة - الباب ٢٧ - من ابواب آداب التجارة - الرواية ٣ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٩ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١٣ -

(٤) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٢ -

المبسوط والوسيلة - ورابعها - الاجناس الخمسة بزيادة الزيت واسقاط الملح ؛ و هو ظاهر الفقيه .

حجة القول الاول الخبر المتقدم للمخاط ، ويوافقه صحيحة حماد عن الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الحكرة فقال : انما الحكرة ان تشتري طعاماً و ليس في المصر غيره فتحكركه ، فان كان في المصر طعام او متاع غيره فلا بأس ان تلمس بساعتك الفضل (١) رواها في الوسائل (٢) عن الصدوق في الفقيه ثم قال محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد نحوه و زاد قال : و سئلته عن الزيت فقال : اذا كان عند غيرك فلا بأس .

حجة القول الثاني خبر غياث عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ليس الحكرة الا في الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن (٣) ومثله خبر ابي البختری عن جعفر بن محمد عن ابيه ان علياً كان ينهى عن الحكرة في الامصار ، فقال : ليس الحكرة الا في الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن (٤)

حجة القول الرابع هذان الخبران مع قوله في الخبر المتقدم : و سئلته عن الزيت (اه) و اما زيادة الملح على الاجناس الخمسة فلم نجد في الاخبار ما يدل عليه . و التحقيق ان ما يحتكر ان كان مما يضطر اليه الناس في الاقنيات به حرم احتكاره سواء كان من الاجناس الخمسة او من غيرها كالذرة و الارز لاهل البادية و البلوط لسكان الجبال و ان كان احتياجهم دون حد الاضطرار كما اذا قل الطعام ولم يوجد في البلد الا عند المحتكر و تيسر لاهله جلبه من محل آخر لكن كان امتناع المحتكر من البيع و تأخر وصول الطعام اليهم من محل آخر سبباً للضيق عليهم و لورود الضرر بهم فمقتضى القاعدة الاولى جواز الحبس لان الناس مسلطون على اموالهم الا ما خرج بالدليل ،

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٢٨ - من ابواب آداب التجارة - الرواية ١-

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٢-

(٣) الوسائل - كتاب التجارة الباب ٢٧ - من ابواب آداب التجارة - الرواية ٤-

(٤) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٧-

وإذا كان المتبع في ثبوت الحرمة في هذه الصورة دلالة الدليل ؛ فاما الاجناس الخمسة وهي الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن فحرمة احتكارها مورد اتفاق النص و الفتوى لانها منصوطة بالخصوص في الاخبار و الفتاوى و مندرجة في عموم الطعام المذكور في البعض الاخر منهما ، واما الزيت فمنصوص في الخبر المذكور و داخل في عموم الطعام ايضاً ، واما الملح فان لم يكن طعاماً بالاستقلال لكنه يختلط بالاطعمة كالسمن في اغلب الاحوال .

ثم ان حرمة الاحتكار في الاشياء المنصوطة مختصة بما اذا احتاج الناس اليها في طعامهم وقوتهم ، واما اذا استغنوا عنها في الطعام واحتاجوا الى الحنطة للبذر او الى الشعير في علف الدواب فلادليل على حرمة احتكارها من هذه الجهة (ومنه يظهر) ان احتكار التمر والزبيب انما يحرم في مكان تعود اهله بالاقتيات بواحد منهما دون الحنطة والشعير ولا يحرم الاحتكار الا اذا لم يوجد طعام عند غير المحتكر و احتاج اهل البلد اليه بعينه ، فاما اذا استغنوا عنه لوجود من يبيعه او لكون اقواتهم مدخرة عندهم فلا يحرم اتفاقاً .

وهل للحكرة حد خاص قال الصدوق في الفقيه : روى السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه عليه السلام قال : قال علي عليه السلام : الحكرة في الخصب اربعون يوماً ، وفي الشدة والبلاء ثلاثة ايام ، فما زاد على اربعين يوماً في الخصب فصاحبه ملعون ، وما زاد في العسرة فوق ثلاثة ايام فصاحبه ملعون (١) و ظاهره الفتوى بمضمونه ، و به افتى في النهاية والوسيلة خلافاً لظاهر الاكثر لترك التحديد في كلماتهم ، بل قال في السرائر : ومتى ضاق على الناس الطعام ولم يوجد الا عند من احتكره كان على السلطان والحكام من قبله ان يجبر على بيعه ويكرهه عليه ، ولا يجوز ان يجبره على سعر بعينه بل يبيعه بما يزرقه الله ولا يمكنه من حبسه اكثر من ذلك (انتهى) قوله : ولا يمكنه (اه) معناه : ان السلطان يجبره على البيع عند ضيق الناس من غير امهال ، واما خبر السكوني فمعارض بما في خبر غياث من قوله فيه : مر رسول الله صلوات الله عليه وآله بالمحتكرين فامر بحكرتهم

(١) الوسائل -- كتاب التجارة -- الباب ٢٧ -- من ابواب آداب التجارة - الرواية ١-

ان يخرج الى بطون الاسواق» لان ظاهره المبادرة الى ذلك من غير مهلة.
 هل يجوز التسعير على المحتكر؟ فيه ثلاثة اقوال: احدها - الجواز مطلقاً،
 وهو مختار المقنعة قال: ولماى للسلطان ان يسعرها على ما يراه من المصلحة ولا
 يسعرها بما يخسر اربابها فيها، ومثله فى المراسم و ثانيها - الجواز بشرط تشدد
 المحتكر فى الثمن، وهو اختيار الوسيلة قال: فاذا احتبس للبيع ولم يبعه اجبر على
 البيع دون السعر الا اذا تشدد - وثالثها - المنع مطلقاً، وهو قول الآخريين .
حجة الثالث خبر غياث بن ابراهيم لقوله فيه: ومرّ رسول الله ﷺ بالمحتكرين
 فامر بحكرتهم ان يخرج الى بطون الاسواق وحيث ينظر الناس اليها. فقيل: يا رسول الله
 لو قومت عليهم، فغضب (ص) حتى عرف الغضب فى وجهه وقال: انا قوم عليهم، انما السعر
 الى الله عز وجل يرفعه اذا شاء ويخفضه اذا شاء .

بحث حول معنى الوقف واحكامه

مسئلة - الوقف فى اللغة والعرف حبس المال على اشخاص او جهة يصرف فيها
 منافع و ثمراته قال فى القاموس وقف الدار حبسه كواقفه (انتهى) وقد روى الجمهور
 عن النبى (ص) التعبير عن الوقف بحبس الاصل وتسييل الثمرة، وبهذا فسر جماعة
 من اصحابنا ايضاً ومعنى حبس الاصل حبسه عن البيع وسائر النواقل لامعنى له غير
 ذلك، فالمنع عن البيع جزء من مفهوم الوقف، وقد ورد فى الخبر الذى تضمن صورة
 وقف لامير المؤمنين عليه السلام هذا ما تصدق به على بن ابي طالب وهو حى سوى تصدق بداره
 الذى فى بنى زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله (الخبر) (١) فقوله: صدقة
 بمنزلة جنس يشمل جميع اقسام الصدقة، وقوله لاتباع ولا توهب بمنزلة فصل له ليخرج
 ما يملكه الآخذ ملكاً طلقاً ولا يبقى تحت الجنس الا الوقف فاتضح ان المنع عن البيع
 وسائر النواقل جزء من مفهوم الوقف وفصل مقوم له .

فالحجة على ان الوقف لا يجوز بيعه مضافاً الى الاخبار والاجماع هو ان ما يجوز

بيعه ليس هو من حقيقة الوقف بوجه ، واما الاستدلال عليه بعموم قولهم : الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها (١) فضعيف ، لان هذا الخبر يدل على ان الواجب في الوقوف هو العمل بشرائط ، الواقف والمدعى هو المنع عن بيع الوقف ، شرطه الواقف ولم يشرطه ثم ان قولنا : لا يجوز بيع الوقف ، لا ينافي جواز بيعه عند حاجة الموقوف عليهم او عند اختلافهم لان الاول حكم ثبت للموقف بالاصالة وبحسب الذات والثاني حكم ثانوي ثبت له بالعرض والامانات بين الاحكام الاولى والثانوية ، فلا تعارض بين حكم الشك من حيث هو وبين حكمه باعتبار عروض الكثرة له والتكرار ، ولا مضادة بين حرمة الميعة بالاصالة وحلها عند الضرورة والمخمصة لانهما حكمان مختلفان في الرتبة لا يرتفع احدهما بشبوت الاخر بل كل منهما ثابت في رتبته ، فالميعة حينما تحل عند الضرورة تحرم بالذات وبالاصالة وكذلك الوقف حينما لا يجوز بيعه بالاصالة وبالذات يجوز بيعه عند خوف الخراب .

واما ما يقال : من ان المنع عن البيع جزء من مفهوم الوقف وفصل مقوم له فاذا جاز بيعه زال الفصل المقوم وبطل الوقف بنفس الرخصة في البيع (فمدفوع) بانه اذا دل الدليل على جواز بيع الوقف عند الحاجة مثلاً كشف ذلك عن ان الفصل المقوم للوقف ليس هو المنع عن البيع مطلقاً بل هو المنع عنه عند عدم الحاجة فاذا حصل الحاجة وزال المنع لم يزل الفصل المقوم اعنى المنع عن البيع عند عدم الحاجة فلا يبقى وجه لبطلان الوقف بجواز البيع نعم يبطل بيعه .

بحث حول الوقف المؤبد وما يقابله

مسئلة - للقدماء في الوقف المؤبد اصطلاحان :

احدهما ما لا تقيده بالزمان ، ويقابله الموقت وهو المقيد بالزمان ، وبهذا المعنى استعمله في النهاية والغنية والسرائر ، قال في النهاية : والوقف لابدان يكون مؤبداً ولا يجوز ان يكون موقتاً فان جعله موقتاً لم يصح الا ان يجعله سكنى ، وقال

في الغنية : ومنها (اى من الشروط) ان يكون الوقف مؤبدا غير منقطع ؛ فلو قال : وقفت كذا سنة ، لم يصح « ومثله في السرائر ، وعلى هذا فلو قال : وقفت هذا على هذا ، وسكت عن تقييده بالزمان فهو وقف مؤبد صحيح ، ولو قال : وقفت هذا على هذا الى شهر او سنة ، فهذا وقف منقطع باطل .

وثانيهما ان الوقف اذا كان على من لا ينقرض فهو المؤبد ، وان كان على من ينقرض فهو غير مؤبد ، وعلى هذا الاصطلاح جرى الشيخ في المبسوط قال : اذا وقف على قوم لم يخل ذلك من احد امرين : اما ان يعلقه بما لا ينقرض مثل ان يقول : وقفت هذا على اولادى واولاد اولادى فان انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين . او قال : وقفت هذا على الفقراء والمساكين . فان ذلك وقف صحيح بالاخلاف لان من شرطه ان يتأبد وقد علقه بما يتأبد ، فاذا علقه بما ينقرض مثل ان يقول وقفت هذا على اولادى واولاد اولادى وسكت على ذلك او وقف على رجل بعينه او على جماعة باعيانهم وسكت على ذلك فهل يصح ذلك ام لا ؟ من اصحابنا من قال يصح ومنهم من قال لا يصح (انتهى) ففي هذا الكتاب فسر المؤبد بالوقف على من لا ينقرض والمنقطع بالوقف على من ينقرض ، وبهذا المعنى اصطلاح عامة المتأخرين في الوقف المؤبد والمنقطع .

ثم انه لاخلاف بينهم في بطلان الوقف المنقطع بمعنى الوقف الموقت كما صرح به جماعة ، لان التقييد بالزمان معاير لمعنى الوقف لانه كما مر حبس الاصل وتسييل الثمرة واطلاق الحبس ينافى التقييد بالزمان ، واما المنقطع بمعنى الوقف على من ينقرض فالشيخ في كلامه المتقدم عن المبسوط وان ذكر اختلاف الاصحاب في صحته وبطلانه لكن الظاهر انقراض القول بالبطلان ، فانه في النهاية والمبسوط صرح بالصحة ، وكذلك المفيد في المقنعة والديلمي في المراسم والسيد في الغنية والحلى في السرائر .

وانما اختلفوا في انه متى انقرض الموقوف عليه هل يعود الى الواقف او وارثه ، او يرجع ميراثا الى اقرب الناس من آخر المتقرضين ، او يجعل ذلك في وجوه البر ؟ ففي النهاية والمبسوط اختيار الاول ، وفي المقنعة والمراسم والسرائر اختيار الثانى ،

وفي الغنية اختيار الثالث قال : ومتى بطل اسم المصلحة التي الوقف عليها او انقضى
اربابها جعل ذلك في وجوه البر ، وروى انه يرجع الى ورثة الواقف والاول احوط (انتهى)
وذهب في الوسيلة الى انه اذا عين الموقوف عليه بالاسم وقصر عليه كان اعماراً
بلفظ الوقف فاذا مات الموقوف عليه رجعت الوقف الى الواقف او وارثه (انتهى) فاختر
القول الاول تبعاً للشيخ في النهاية والمبسوط .

ان قلت : روى عن علي بن مهزيار في الصحيح انه قال : قلت : روى بعض
مواليك عن آبائك ان كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثة ، و كل وقف
الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة ، وانت اعلم بقول آبائك ،
فكتب : هو عندي كذا (الخبر) (١) وهو صريح في ان الوقف الموقت صحيح فكيف اجمعوا
على بطلانه ؟ فلا بد من التأويل فيه بالحمل على انه اذا وقف الى مدة صح و كان حسباً
بصورة الوقف كما ذهب اليه بعض .

قلت : قوله كل وقف الى وقت معلوم « ليس معناه الى اجل معلوم ، بل معناه كل وقف
ذكر فيه الموقوف عليه فهو صحيح ، وايضاً قوله : كل وقف الى غير وقت جهل مجهول
فهو باطل « معناه كل وقف لم يذكر فيه الموقوف عليه فهو باطل ، و هذا المعنى
وان كان خلاف الظاهر عندنا لكنه كان مصطلحاً بينهم في ذلك الزمان كما صرح به
في التهذيب .

فانه بعد ايراد الخبر قال : قال محمد بن الحسن : متى لم يكن مؤبداً لم
يكن صحيحاً ، ومتى قيد بوقت والى اجل بطل الوقف ، ومعنى هذا الذي رواه علي
ابن مهزيار من قوله : كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب « معناه اذا كان الموقوف
عليه مذكوراً ، لانه ان لم يذكر في الوقف موقوف عليه بطل الوقف ولم يرد بالوقف
الاجل وكان هذا تعارفاً بينهم (انتهى) .

قوله : ولم يرد بالوقت الاجل « يعني قوله في الخبر : كل وقف الى وقت معلوم «
ليس معناه كل وقف الى اجل معلوم ، بل معناه كل وقف ذكر فيه الموقوف عليه ، قوله :

وكان هذا تعارفاً بينهم ، يعنى ان استعمال هذه العبارة واردة هذا المعنى منها كان استعمالاً متعارفاً بينهم واصطلاحاً كانوا يجرون عليه فى ذلك الزمان .

ثم استشهد على ما ذكره من الاصطلاح وقال : والذى يدل على ذلك ما رواه محمد بن الحسن الصفار قال : كتبت الى ابي محمد عن الوقف الذى يصح كيف هو وقد رووا ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة ، وان كان موقتماً فهو صحيح مسمى ؛ قال قوم : ان الموقت هو الذى يذكر انه وقف على فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للمفقراء والمساكين الى ان يرث الله الارض ومن عليها ، وقال آخرون : هذا موقت اذا ذكر انه لفلان وعقبه ما بقوا ، ولم يذكر فى آخره للمفقراء والمساكين الى ان يرث الله الارض ومن عليها ، والذى هو غير موقت ان يقول : هذا وقف ، ولم يذكر احداً ، فما الذى يصح من هذا ؟ وما الذى يبطل ؟ فوقع عليه السلام : الوقوف بحسب ما يوقفها انشاء الله (١) (انتهى) .

قلت: كانه وصل الى الصفار واصحابه خبر على بن مهزيار من قولهم : الوقف الى وقت معلوم صحيح والى غير وقت باطل ، فاختلّفوا فى معنى الوقت على قولين : فقيل : انه الوقف على من لا ينقرض ، وقيل انه الوقف على من ينقرض واما غير الموقت فلم يختلفوا فى انه وقف لم يذكر فيه الموقوف عليه ، ففى هذه الجملة التى حكّاها الصفار دليل على ما ذكره الشيخ من جريان اصطلاحهم على استعمال الموقت و غير الموقت فى معنى ما ذكر فيه الموقوف عليه وما لم يذكر فيه .

واما الجواب المذكور فى خبر الصفار فمعناه : ان الوقف صدقة والصدقة عطية وتمليك فلا بد من ذكر الموقوف عليه لانه ركن فى صيغة الوقف كالتمن والمتمن فى عقد البيع فاذا وقف وكسان وقفاً صحيحاً ذكر فيه ار كان الوقف من الوقوف والموقوف عليه وجب العمل به واتباع ما شرطه ، سواء وقف على من ينقرض او من لا ينقرض ، واما اذا ترك ذكر الموقوف عليه فهو وقف باطل ليس من افراد الوقوف فى شيء ، هذا معنى قوله : الوقوف بحسب ما يوقفها « وهذا الخبر هو الحجة ايضاً

على صحة الوقف اذا كان على من ينقرض كالوقف على الاولاد ، و يجوز ان يكون المراد الحكم بصحة الوقف في جميع صور المسئلة من الوقف على من لا ينقرض او ينقرض، ذكر الموقوف عليه اولم يذكر، غاية الامر يخرج الاخير بدليل آخر.

في ان القبض شرط في لزوم الوقف

مسئلة- القبض شرط في لزوم الوقف صرح به في المقنعة والنهاية والمبسوط والوسيلة و السرائر وغيرها و هو مذهب المشهور ، و اماما في المراسم من قوله : الوقوف صدقات لايجوز الرجوع فيها مع اطلاق الوقف و بقاء الموقوف عليه على ما لا يمنع الشرع عن مؤنتهم به (انتهى) فالظاهر ان ترك التصريح باشتراط القبض انما هو للاعتماد على قوله : الوقوف صدقات لان شرط لزوم الصدقة بقول مطلق هو القبض والوقف ايضاً صدقة.

نعم قال في الدروس : قال الحلبي : اذا اشهد على نفسه ومات قبل القبض و كان على مسجد او جهة صح ، وان كان على من يصح قبضه او قبض وليه فهي وصيته (انتهى) وهو ظاهر في التفصيل بين من يصح قبضه كالاولاد ومن لا يصح كالمسجد و الجهة ففي الاول شرط دون الثاني .

و اماما في الوسيلة من ان القبض شرط الا اذا جعل ولاية الوقف لنفسه مدة حيوته او يكون الموقوف عليه ولده الصغير ، فليس خلافاً في اعتبار القبض ، بل اكتفاء منه بقبض الواقف اذا شرط التولية لنفسه او كان ولياً على الموقوف عليه .

حجة المشهور صحيحة عبيد بن زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام انه قال في رجل تصدق على ولد له قد ادر كوا ، قال : اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ، فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لان الوالد هو الذي يلي امره ، و قال : لا يرجع في الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله (الخبر) (١) قوله : لا يرجع (اه) ليس المراد تقسيم الصدقة الى ما قصد به وجه الله وما لم يقصد به ذلك لان الصدقة ليست

هي الاما اعطيته في ذات الله فاذا لم يقصده الله فليس هو من الصدقة في شيء ، بل المراد ان الصدقة وان كانت غير مقبوضة فلا ينبغي الرجوع فيها لانها يقصد بها وجه الله فيصل اليه سبحانه فلا ينبغي استرجاعها منه .

ومثله ما رواه في الوسائل (١) عن الصدوق في كتاب اكمال الدين ، عن الاسدى عن العمري ، عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه ؛ وفيه : واما ما سئلت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار ، وكما سلم فلا خيار فيه لصاحبه ، احتاج اليه اولم يحتج ، افتقر اليه واستغنى عنه (الخبر) وقريب منهما صحيحة صفوان بن يحيى عن ابي الحسن عليه السلام قال : سئلته عن الرجل يقف الضيقة ثم يدر له ان يحدث في ذلك شيئاً ، فقال : ان كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قسماً لم يكن له ان يرجع فيها ، و ان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له ان يرجع فيها ، و ان كانوا كباراً و لم يسلمها اليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله ان يرجع فيها ، لانهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا (الخبر) (٢) .

ان قلت : مورد الاخبار الثلاثة هو الوقف على من يصح منه القبض كالوقف على الاولاد ، ولا دلالة فيها على اشتراط القبض في الوقف على الجهة فيرجع في حكمه الى الاصل ، و لعل هذا هو حجة الحلبي فيما ذكره من التفصيل .

قلت : قوله عليه السلام في الخبر الثاني كل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار و كل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه ، عام شامل لكلا القسمين ولا معارض له من هذه الجهة فوجب العمل بمضمونه والخروج به عن مقتضى الاصل ، والله العالم .

بحث حول أقسام تسبيل منافع العين الموقوفة

مسئلة - الوقف وان كان عبارة عن حبس الاصل وتسبيل الثمرة الا ان التسبيل

(١) راجع المصدر المذكور آنفا - الرواية ٨ -

(٢) الوسائل - كتاب الوقوف والصدقات - الباب ٤ - الرواية ٤ -

قسمان: قسم هو تسبيل لمنافع العين الموقوفة كوقف المزارع والمستغلات على الاولاد او على المسجد والمدرسة؛ وقسم آخر عبارة عن جعل الانتفاع بالوقف منحصرأ في جهة خاصة كوقف البناء مسجد او مدرسة او مقبرة ويختص القسم الاول باحكام: **وهي** ان منافعه مضمونة كالعين اذا اتلفها متلف او استوفاهها غاصب كان عليه قيمتها لانه مال و من اتلف مال غيره فهو له ضامن ومنها ان المتبع في مصرفه عموماً وخصوصاً شرط الواقف فله تخصيصه بولد دون ولد او بمسجد دون مسجد او بجهة دون اخرى لعموم قولهم **عَلَيْهِ**: الوقوف بحسب ما يوقفها اهلها (١).

وهي انه يصح للواقف جعل التولية لنفسه وللاجنبي ايضا للعموم المذكور وغيره **ومنها** انه اذا قبضه الولي كان كقبض الموقوف عليه سبباً للزوم الوقف لدلالة خبر صفوان على ان الواقف له ان يجعل للوقف قِيَمًا، والقِيَم هو الولي، وكون الولي بمنزلة المولى عليه امر معلوم.

وهي ان كيفية القبض فيه كالقبض في المبيع ففي المنقول كالعبد والذابة والفرش يحصل بنقله من مكانه او بكياله ان كان مكيلاً، وفي غير المنقول يحصل بالتخلية بينه وبينه.

واما القسم الآخر فلا يجري فيه اكثر هذه الاحكام، اما المنافع فلا يملكها احد، لا الواقف لخروج الملك عنه عيناً ومنفعة، ولا الموقوف عليه لان ما ثبت له بجعل الواقف هو الانتفاع به في جهة خاصة وهو في المسجد بالعبادة فيه وفي المدرسة بسكنى اهل العلم وفي المقبرة بدفن الاموات، وحق الانتفاع بالوقف ليس من الحقوق المالية التي تورث او تقبل المعاوضة عليها بالمال حتى يكون اتلافها سبباً لتداركه بالقيمة، بل هو حق قائم بالشخص تلقاه من الواقف لوصف فيه جعله الواقف سبباً للاستحقاق فلا يقبل المعاوضة، لان المنقول اليه ان كان واجداً للموصف فهو مشارك مع الناقل في الاستحقاق وفي تلقي هذا الحق من الواقف فالنقل اليه تحصيل للمحصل، وان كان فاقداً له لم يستحقه بالنقل لانحصار السبب في وجود الوصف، فسد باب المسجد

على الناس او باب المدرسة على اهلها او منع الدفن في المقبرة لا يوجب ضمانا بل هو ظلم محض لا يترتب عليه شيء سوى الاثم والعصيان فحق الانتفاع بهذه الاشياء كحق سبق الى المكان حق غير مالي لا يوجب الضمان .

نعم يقبل السقوط بالاعراض فلو وقف الحنفى مدرسة في بلد على اهل العلم من نحلته لم يجز اخراجهم عنها لانه غصب محرم الا انه لو اعرضوا عنها اختياراً او اضطرار الغلبة سلطان الشيعة على ذلك فهاجر عنه غيرهم جاز لاهل العلم من الشيعة السكنى فيها لسقوط حق الحنفى عنها بالاعراض ، ولان التصرف فيها من اهل العلم غير الحنفى اقرب الى غرض الواقف من تعطيلها المؤدى الى الخراب .

ان قلت : للمسجد والمدرسة والمقبرة منافع بالذات فلم يضمن اعيانها ولا يضمن منافعها .

قلت : لانها خصصت بالانتفاع بها في جهة خاصة من العبادة والسكنى والدفن و حرم التصرف فيها بغير ذلك وهو في معنى سلب المصلحة عن منافعها شرعاً فلا يتعقبها ضمان ولا يلزم من ذلك سلب الضمان في اتلاف اعيانها لانه ضرر على المسلمين ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام (١) فلا بد من تداركه .

واما تخصيص الانتفاع ببعض دون بعض فان صح في المدرسة والمقبرة لعموم قولهم : الوقوف بحسب ما يوقفها اهلها » لكنه لا يصح في المسجد لان الوقف صدقة وهي عبادة والعبادات متلقاة من الشرع اذ لا يعبد الله الا بما امر به ، والذي تلقيناه من الشرع في المساجد هو حل الانتفاع بها في جهة العبادة لكل احد و التساوى فيها بين العاكف والباد فشرط التخصيص فاسد لانه خلاف عنوان المسجد فيفسده وقف المسجد لانه وقف غير مشروع ، لكنه قال في كرهه : لو شرط في الوقف اختصاص المسجد باصحاب الحديث او الرأى او بطائفة معلومة فالاقوى الجواز عملاً بالشرط ، و تردد في الدروس قال : وفي جواز التخصيص في المسجد نظر من خبر العسكري عليه السلام ، و من انه كالتحرير فلا يتصور فيه التخصيص . (انتهى)

اقول: بل الاقوى المنع لانه وقف غير مشروع ، والخبر مختص بشرط لم يلزم منه تحليل حرام او تحريم حلال .

حول معنى التولية في الوقف

ثم ان التولية في الوقف عبارة عن تخصيص احد بسلطنة عليه لا يشار كه فيها غيره ، وهذه السلطنة تحصل في المزرعة الموقوفة على المسجد او المدرسة وهل تحصل في نفس المسجد فيجوز للواقف شرط التولية لنفسه اول غيره ؟ اشكال ، لان التصرف الجائز فيه جائز لكل احد وغير الجائز محرم على كل احد «نعم» لو ترك التعيين و تراحم المباشرون فوقع الهرج الموجب لاختلال النظم كان المنع عنه من وظائف السلطان ، واما الاخبار الدالة على نصب القيم فكلها مختصة بالقسم الاول من الاوقاف (ومنه يظهر) ان قبض الوقف في هذا القسم لا يحصل ممن ولاه الواقف لان الاصل في قبض الوقف حصوله من الموقوف عليه وحصوله ممن ولاه الواقف حكم على خلاف الاصل يقتصر فيه على مورد الدليل وهو مختص بالقسم الاول .

حول كيفية القبض في المسجد وامثاله

واما كيف القبض في المسجد وامثاله فقال في المبسوط : اذا بنى مسجداً و اذن لقوم فصلوا فيه ، او بنى مقبرة فاذن لقوم فدفنوا فيه لم يزل ملكه حتى يبينه لفظاً على ما بيناه فيما مضى (انتهى) قوله : حتى يبينه لفظاً ، يعنى يتلفظ بلفظ: وقفت ، او غيره مع نصب القرينة على ارادة الوقف ، فيدل على ان القبض في المسجد يحصل بالصلوة فيه باذن الواقف وفي المقبرة بالدفن فيه كذلك ، وقریب منه عبارة الخلاف والسرائر ، وقال في الشرايع : ولو وقف مسجداً صح الوقف ولو صلى فيه واحد ، و كذا لو وقف مقبرة تصير وفقاً بالدفن فيها ولو واحد (انتهى) وقال في الدروس : و القبض في المسجد الصلوة و في المقبرة الدفن و الاقرب الاكتفاء بقبض الحاكم فيها (انتهى) .

قلت: الاقباض تسليم الشيء الى غيره على وجه يقع تحت يدا القابض وفي حوزة سلطنته ، ففي المنقول يحصل بتحويله اليه او بنقله من محله ، وفي غيره بالتخلية بينه وبينه سواء كان المقبوض مبيعاً او وقفاً ، فقبض الدار المبيعة او المستأجرة يحصل بالتخلية بينها وبين المشتري او المستأجر ، وكذا الدار الموقوفة على المسجد لان منفعة الدار مقبوضة بقبض عينها ، واما المسجد فليس المسبب عنه منفعة البناء حتى يحصل قبضها بتخلية العين بل هو الانتفاع به في جهة العبادة وجهة الانتفاع بالبناء مشتركة بين العبادة فيه وغير العبادة كالسكنى فلا يحصل قبضه بعنوان انه مسجد الا بأن ينتفع الموقوف عليه به من تلك الجهة خاصة بان يصلى فيه او يعتكف ، لان تخلية البناء وان كانت قبضاً للبناء لكنها ليست قبضاً للمسجد بعنوان انه مسجد فلا بد من وقوع العمل الخاص فيه ليميز جهة الوقف عن ساير الجهات المغايرة لها و يرتفع الاشتراك و يتحقق به قبض المسجد بعنوانه المختص به ، و اذا حصل المميز باذن الواقف صح الوقف ولزم وتعلق به جميع احكام المسجد والاجاز الرجوع فيه ولم يتعلق به شيء من تلك الاحكام لان المسجد هو المكان الذي لا يقبل التملك بحال ويحرم تنجيسه ولبث الجنب والحائض فيه في كل وقت ؛ فاذا جاز تملكه قبل حصول المميز لم يكن مسجداً ولم يتعلق به حكم من احكام المسجد .

واما قول الشيخ في المبسوط : اذا بنى مسجداً في خارج داره فان نوى به ان يكون مسجداً يصلى فيه كل من اراد زال ملكه عنه وان لم ينو ذلك فملكه باق عليه سواء صلى فيه اولم يصل ، فليس معناه كفاية نية المسجد في لزوم الوقف وان لم يصل فيه ، بل مراده الرد على من قال من العامة بانه لا يعتبر نية الوقف في المسجد بل يكفي الصلوة فيه مأذوناً من الواقف ، فقلوله : ان نوى زال ملكه « معناه : زال ملكه اذا حصل مع النية سائر شرائط الصحة و اللزوم .

ولقد نبه الحلبي على ذلك باشارة لطيفة حيث اورد المسئلة بلفظ الشيخ وزاد فيه قيوداً اخر تنبيهاً على ان هذا هو مراد الشيخ لاما يوهمه اطلاق كلامه قال : و

اذا بنى خارج داره في ملكه مسجداً فان وقفه باللفظ و النية ونوى القرية و صلى فيه الناس ودخلوا فيه زال ملكه ، وان لم ينو ذلك فملكه باق بحاله (انتهى) .
واما اذا اشترى شاة بنية الاضحية فكفاية ذلك في صيرورتها اضحية من دون حاجة الى قول ونية مجددة كما افتمى به في المبسوط وغيره فمستند الى اخبار خاصة كصحيحة معاوية بن عمار قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى اضحية فماتت او سرق قبل ان يذبحها ، قال : لا بأس ، وان ابدلها فهو افضل ، وان لم يشتري فليس عليه شيء (١) ومثلها غيرها (٢) فلا يقاس به الوقف ، لاختصاص الاخبار بالاضحية .
واما ما ذكره الشهيد قدس سره من كفاية قبض الحاكم في المسجد والمقبرة ، فان اراد به القبض بالصلوة والدفن كما ذكره الشيخ لم يستقم التقابل بين الحاكم وغيره لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة (على) انه مبني على كفاية قبض الواحد و هو مذهب المحقق ولكن الشيخ والحلى اعتبروا التعدد ، وان اراد به التخلية كما هو الظاهر فهو ممنوع لان اعتبار قبض الحاكم لو كان فانما هو من باب الولاية على الموقوف عليه ولا دليل على ولاية الفقيه الا قولهم عليهم السلام ، قد جعلته عليكم كما (٣) ومدلوله تفويض مناصب حكام الاسلام اليه وليس منها الولاية على الاموال المصروفة في الجهات العامة كالخراج والاحماس والزكوات ، لان الولاية عليها كانت مفوضة الى الولاية و الامراء المنصوبين من الخلفاء لالي الحكام والقضاة ، ولذلك ترى القدماء صرحوا بان الاولى في ايام الغيبة دفع الزكوة الى الفقيه المأمون لانه اعرف بمواضعها ، ولم يوجبوا الدفع اليه بل جعلوه اولى وعللوا الاولوية بانه اعرف بوجوه صرفها لولايته عليها على ان القول بولاية الحاكم مبني على القول بانتقال الملك

(١) الوسائل - كتاب الحج - الباب ٣٠ - من ابواب الذبح - الرواية ١ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً -

(٣) هذه فقرة من مقبولة عمر بن حنظلة التي رواها المشايخ الثلاثة واوردها في الوسائل

كتاب القضاء - الباب ٩ - من ابواب صفات القاضي وما يجوز ان يقضى به - الرواية ١ -

الى الله تعالى وهو قول المخالفين واما اصحابنا الامامية رضوان الله عليهم فظاهر كلمات القدماء منهم الاتفاق على انتقال الملك الى الموقوف عليه وان الخلاف فيه من العامة، قال في المقنعة والمراسم : الوقوف صدقات لا يجوز الرجوع فيها وسيجيء التنبية على موضع الدلالة منه على المقصود و في الكتابين ان الوقف على المعين مع انقراض الموقوف عليه يرجع ميراثا الى من هو اقرب الناس الى آخر المنقرضين من اهل الوقف يعنى يعود ملكاً طلقاً للموقوف عليه فيورث منه بعد ان كان ملكاً له غير طلق .

و اطلق الشيخ والحلى انتقاله الى الموقوف عليه على وجه يشمل الوقف على المعين وعلى الجهة بل ظاهرهما دعوى الاجماع عليه، قال في المبسوط : اذا وقف ارضا او داراً او غيرها في قبضه فانه يزول ملك الواقف كما يزول بالبيع وقال بعضهم لا يزول ، فاذا ثبت انه يزول وهو الصحيح فانه ينتقل من الموقوف عليه اليه وهو الصحيح ، وقال قوم ينتقل الى الله تعالى ولا ينتقل الى الموقوف عليه ، وانما قلنا انه ينتقل الى الموقوف عليه لانه يضمن بالغصب ويثبت عليه اليد (الى آخر كلامه) هذه صورة النسخة المطبوعة وفيها تصحيف في موضعين : احدهما قوله : في قبضه « فان الظاهر ان الصحيح : فاقبضه » و الاخر قوله : فانه ينتقل من الموقوف عليه اليه فان الصحيح ينتقل منه الى الموقوف عليه « بقرينة قوله فيما بعد : وانما قلنا انه ينتقل الى الموقوف عليه » .

وقال في السرائر قد قلنا انه اذا قبض الوقف زال ملك الواقف عنه و صار ملكاً للموقوف عليه واذا ثبت انه يزول وهو الصحيح فانه ينتقل الى الموقوف عليه وهو الصحيح ، وقال قوم ينتقل الى الله ولا ينتقل الى الموقوف عليه (الى آخر كلامه) فان في العبارتين تصريحاً بان تملك الموقوف عليه للوقف هو الصحيح وان القول بانتقاله الى الله تعالى غلط ذهب اليه قوم (فظ) الكلام ان الغالطين قوم آخرون غيرنا والانسباة الى اصحابنا كما هو المعهود من عبائرهما في نقل الخلاف .

وقال في الغنية و تعلق المخالف بالمنع من بيعه لا يدل على انتفاء الملك لان الراهن ممنوع من بيع المرهون وان كان مال كاله والسيد ممنوع من بيع ما الولد في حال

عندنا وعندهم على كل حال وهو مالك (انتهى) فانه ظاهر فى ان المخالف القائل بعدم انتقاله الى الموقوف عليه انما هو من الجمهور ومع ذلك قال فى (كرة) : قال جماعة من علمائنا : انه ينتقل الى الله تعالى ، ولعل هذا القول حدث من الطبقة المتأخرة عن الشيخ والحلى وابى المكارم بعد استقرار اجماع الاصحاب على القول الاخر .

فى ان الوقف على الجهة كالوقف على المعين وقف على المسلمين

ثم ان الوقف فى كلمات هؤلاء كما قدمناه مطلق شامل للوقف على المعين والجهة ولذلك قال فى المبسوط : فاما الوقف على القناطر والمساجد والمارستان وغيرها مما فيه مصالح المسلمين و انما يصح و ان كانت هذه الاشياء لا يملك لان الوقف عليها لمصالح المسلمين فالوقف عليها وقف على المسلمين و المسلمون يملكون (انتهى) .

المارستان: معرب فارسية بمارستان اى الموضع المعدل لعلاج المرضى، فصرح هيئنا ايضاً بان الوقف على الجهة كهذه الاشياء وقف على المسلمين وهم يملكونها وليس الملك فيها لله تعالى كما يقوله المخالفون ، و اذا ضمنا ذلك الى ما قدمنا نقله من المبسوط و السرائر فى بناء المسجد و المقبرة استفيد من المجموع ان الوقف اذا كان على جهة فيها مصلحة المسلمين فهو وقف على المسلمين وهم يملكونه سواء كان المسبب منه منفعة الوقف كالوقف على المسجد او انتفاع الموقوف عليه فى جهة خاصة كوقف البناء مسجداً او مقبرة ، فالمسجد ملك للمسلمين كالوقف على المسجد لا انه فك ملك كتحرير العبد على مازعمه جماعة كيف ؛ ولو كان فكاً لكفى فيه الايجاب كالتحرير ولم يعتبر فيه القبض مع ان اعتباره فيه مجمع عليه ظاهراً وعلى هذا فكل وقف يصلح لان يكون له قيم وناظر فالولاية و النظر فيه للموقوف عليه لانه المالك و الناس مسلطون على اموالهم لا ولاية لاحد غيره لا الحاكم ولا غيره الا اذا شرط الواقف التولية لنفسه او لغيره لانه خارج عن عموم سلطنة المالك بقولهم : الوقوف

على حسب ما يوقفها اهلها .

ولذلك قال في المبسوط اذا وقف على قوم وجعل النظر في الوقف الى نفسه كان النظر اليه ، وان جعله لغيره كان النظر الى من جعله اليه ، وان اطلق ذلك قيل فيه وجهان بناء على انتقال الملك ، فمن قال ينتقل الملك الى الله فالنظر الى الحاكم في الوقف ؛ ومن قال ينتقل الى الموقوف عليه فالنظر اليهم (انتهى) يعنى اذا اطلق الواقف فكل من قال بانتقال الملك الى الموقوف عليه وهم الاصحاب قال النظر فيه للموقوف عليه ، ومن قال بانتقال الملك الى الله تعالى وهم العامة قال ان النظر فيه للحاكم ، واما القول بان الملك للموقوف عليه وان النظر مع ذلك للحاكم فهو تناقض وتهافت لم يقل به احد من العامة فضلا من الخاصة لان القول بولاية الحاكم مبنى على انتقال الملك الى الله تعالى وهم القائلون بذلك دوننا والافهم متسامون ايضا على كون النظر الى الموقوف عليه على تقدير كونه مالكا .

فخلاصة ما استفاد من كلمات القدماء من اول المسئلة الى هنا ان الوقف اياها كان ملك للموقوف عليه ولا يلزم الا بالقبض ، وان الولاية فيه للموقوف عليه الا اذا شرطها الواقف لنفسه او لغيره ، وان المسئل منه ان كان منقعة الوقف فالقبض فيه تخلية العين كالمبيع وان كان الانتفاع به في جهة خاصة فالقبض فيه انتفاع الموقوف عليه بالوقف من تلك الجهة

تقرير الحجّة على ما ذهب اليه القدماء

من انتقال الوقف مطلقا الى الموقوف عليه

بقى الكلام في تقرير الحجّة على ما ذهب اليه القدماء من انتقال الوقف مطلقا الى الموقوف عليه فانه من مهمات مسائل الوقف تبينى عليه احكام كثيرة فنقول: قد نطقت اصناف من الاخبار بان الوقف صدقة ، روى الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : ليس يتبع الرجل بعد موته من الاجر الاثلث خصال صدقة اجراها في حيوته فهي تجرى بعد موته ، وصدقة مبتولة لا تورث ، او سنة هدى يعمل بها بعد موته ،

او ولد صالح يدعو له (١) وقريب من هذا المضمون اخبار كثيرة ، وايضاً ذكر في عدة من الاخبار صورة اوقاف الائمة عليهم السلام وفيها تصدق فلان على فلان بكذا وكذا صدقة لاتباع ولا توهب (٢) وايضاً سئل عن الائمة عليهم السلام عن الوقف في اخبار كثيرة بقول السائل رجل تصدق بكذا (٣) الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة المشتملة على هذا التعبير مما يمكن دعوى التواتر فيها .

واطلاق الصدقة على الوقف في هذه الاخبار اما على سبيل الحقيقة او مجاز ، اريد به التنزيل منزلة الصدقة في الاحكام على حد قولهم : الطواف بالبيت صلوة « وعلى التقديرين فيدل على ان الوقف من جميع الجهات محكوم بحكم الصدقة الا ما اخرج به الدليل ، فيتفرع عليه امور :

حول ما يتفرع على كون الوقف صدقة

احدهما ان الوقف ملك للموقوف عليه لانه صدقة ، والصدقة عطية قصد بها القرية كما نص عليه في القاموس ، والعطاء تملك شيء ولا حد يدفعه اليه المعطى فيملك المدفوع اليه لانه الذي يقبل العطية فلا يعقل ان لا يملكها الاخذ ويملكها اجنبى من المتعاطين ، ولذلك جزم القدماء نصاً من بعضهم وظاهراً من آخرين بان الموقوف عليه هو المالك للوقف ، اشار وا الى ذلك بقولهم الوقوف صدقات لا يجوز الرجوع فيها ، كما في المقنعة والمراسم لان التعبير بانها صدقات تنبيه على موضع الدلالة عليه من الاخبار . قال في المبسوط في اول كتاب الوقوف والصدقات : وجوه العطايا ثلاثة اثنتان منها في الحيوة وواحدة بعد الوفاة فاما الذى بعد الوفاة فهو الوصية ولها كتاب مفرد نذكره فيها بعد انشاء الله تعالى ، واما اللذان في الحيوة فهما الهبة والوقف فالهبة لها

(١) الوسائل - كتاب الوقوف والصدقات - الباب ١ - الرواية ٢ -

(٢) راجع الوسائل - كتاب الوقوف والصدقات - الباب ٦ - الرواية ٣

(٣) وهى اخبار كثيرة نشير الى بعضها - راجع الوسائل - كتاب الوقوف والصدقات -

باب مفرد يجيء فيما بعد ، واما الوقف فهذا موضعه «وقريب منه عبارة السرائر ، يعني ان الوقف صدقة بنص الاخبار المتواترة والصدقة وعطية بنص اهل اللغة والعطايثالث : الهبة - والوصية - والوقف - و كما ان المتهب يملك الموهوب والموصى له يملك الموصى به كذلك الموقوف عليه يملك الوقف لانه مقتضى مدايل الاخبار بحسب اللغة و العرف ، فترك التعويل على هذه الدلالة الظاهرة المدلول عليها بالحجة القاطعة والعدول عنها الى تخريجات العامة انحراف عن الطريقة المستقيمة .

بحث حول اعتبار القبول في صيغة الوقف

وثانيتها ان الوقف كالهبة والوصية عقد شرطه الايجاب والقبول ، وبه صرح في المبسوط ، قال في اواخر كتاب الهبات : صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الاحكام من شرطها الايجاب والقبول ولا يلزم الا بالقبض وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه (انتهى) بل قوله : عندنا « مشعر بالاجماع ، ومعنى العبارة : ان الصدقة قسمان : احدهما - صدقة مفروضة كزكوة المال والفطرة والكفارة وحصول الملك فيها لا يتوقف على عقد لانه قهرى ثبت بحكم الشرع ، وهو امانة في يد المالك كزكوة المال اودين في ذمته كالكفارة يجب عليه ايصاله الى المستحق - وثانيتها - صدقة يتطوع بها ويتصدق بها استجباً وهذا هو الذي يتوقف حصول الملك فيه على الايجاب والقبول لانه تملك اختياري فلا بد من رضا الطرفين وانشائه بالعقد المشتمل على الايجاب والقبول ، وصدقة التطوع في العبارة مطلقة شاملة للمؤبدة منها كالوقف و غير المؤبدة كغير الوقف ، وايضاً شاملة للوقف على المعين كالاولاد و غير المعين كالفقراء ووقف البناء مسجداً او الارض مقبرة لان كل ذلك قسم من صدقة التطوع .

واذا ثبت ذلك فان جعل الواقف قيماً للوقف كفي حصول القبول منه لظاهر خبر صفوان بن يحيى عن ابي الحسن عليه السلام قال سئلته عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدوله ان يحدث في ذلك شيئاً ، فقال : ان كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن

له ان يرجع فيها ، وان كانوا صغارا وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له ان يرجع فيها ، وان كانوا كباراً ولم يسلمها اليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله ان يرجع فيها ، لانهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا (الخبر) (١).

لان القسيم هو المتولى و لفظ الغير فى قوله : ان كان وقفها لولده و لغيرهم ، اعم من ان يكون معيناً او غير معين كالفقراء والمساجد و امثالهما فيدل على ان من جعله الواقف قيماً فهو قيم شرعاً و اطلاق القيمومة يقتضى كونه بمنزلة الموقوف عليه من جميع الجهات حتى القبول و لذلك كان قبضه كقبض الموقوف عليه سبباً لزوم الوقف و مانعاً عن رجوع الواقف فى الوقف .

ثم ان السؤال فى الخبر لما كان عن وقف الضيعة و كان مطلقاً من حيث الموقوف عليه شاملاً للوقف على المعين و الجهة ، كان الجواب شاملاً لهما ايضاً و الا لم يحصل الانطباق بينه و بين السؤال .

ثم انه ذكر فى الجواب ثلاث صور : الوقف للاولاد و لغيرهم مع نصب القيم ، و الوقف للاولاد الصغار ، و الوقف للاولاد الكبار بدون النصب ، و الظاهر ان الواو فى « و لغيرهم » للتقسيم دون الجمع ؛ فيكون لفظ الغير شاملاً لصورة انضمامه الى الاولاد و صورة عدم انضمامه اليهم و على الثانى فيشمل الوقف على المعين و الجهة .

نعم يختص ذلك بما يصح فيه جعل القيم و اما وقف البناء مسجداً فقد سبق الاشكال فى صحة جعل القيم فيه ، و على تقدير عدم صحة جعل القيم فيه فالحكم فيه حكم الوقف الذى لا يقيم له و مقتضى الاصل ان يكون الاعتبار فى القبول و القبض بقبول الموقوف عليه و قبضه لانه المالك على ما سبق و احداً كان او متعدداً ، فاذا وقف على ابنه ثم على الفقراء كان الاعتبار بقبول الابن لان العقدمعه ، و اذا وقف على الاولاد ثم على الفقراء اعتبر القبول من جميع الاولاد و لو بو كالة بعضهم من بعض .

هذا فى الوقف على المعين الذى يكون الملك فى الطبقة الاولى منه بمعنى الاختصاص الموجب للشركة مع التعدد و اما الوقف على الجهة فى الطبقة الاولى

كالوقف على المسلمين ابتداء فليس الملك فيه بهذا المعنى بل بمعنى كون مصاديق الجهة مصرفاً للوقف لا يعدل الى غيرهم بل يصرف فيهم ولو البعض منهم فالحكم الوضعي فيه كالحكم التكليفي في الواجبات الكفائية و كما ان صلوة الميت مثلاً تجب على عموم المكلفين وتسقط بفعل البعض منهم كذلك يملك الوقف عامة المسلمين ويكون وصول عوائده الى بعضهم وتمتعها مجزياً في العمل بالوقف ؛ و اذا كان فعل البعض في المصرف مجزياً كان فعله في القبول والقبض مجزياً ايضاً لان القبول و القبض من مقدمات التناول والتمتع فالاجتزاء بفعل البعض في الاصل مستلزم للاجتزاء به في الفرع بالاولوية .

نعم اعتبر الشيخ والحلي في قبض المسجد والمقبرة وقوع الصلوة والدفن من قوم ، فاعتبرا في قبض الوقف على الجهة وقوع القبض من جماعة لانهما قالوا: اذا صلى في المسجد قوم او اذادفن في المقبرة قوم» ولازم ذلك اعتبار وقوع القبول فيه ايضاً من جماعة وذلك لان الوقف كما مر صدقة وقد قال الله تعالى . انما الصدقات للفقراء (الآية) (١) و صيغة الجمع تدل على ان المعتبر في الصدقات المصروفة في الجهة صرفها في جماعة من مصاديقها ، خرجنا عنه في الزكوة لقيام الدليل على كفاية صرفها في واحد بقى الباقي ومنه الوقف واذا ثبت ذلك في المصرف ثبت في مقدماته من القبول والقبض بالاولوية خلافاً للمحقق فاكتفى بوقوع الصلوة والدفن من واحد قال في الشرائع : ولو وقف مسجد أصح الوقف ولو صلى فيه واحد وكذا لو وقف مقبرة تصير وقفاً بالدفن فيه ولو واحد (انتهى) والحاق مصرف الوقف بمصرف الزكوة يحتاج الى دليل وهو مفقود .

ثم ان قوله : صح الوقف (اه) فيه مسامحة ، لان صحة الوقف في المسجد او المقبرة لا تتوقف على الصلوة او الدفن بل لزومه موقوف على ذلك و اللزوم غير الصحة ، واما قوله في الشرايع ايضاً : ولو وقف على الفقراء او الفقهاء فلا بد من نصب القيم لقبض الوقف» ففيه اشكال ، اذ الدليل على وجوب نصب القيم لافى الوقف على

المعين ولا في الوقف على الجهة ، وقوله في خبر صفوان : ثم جعل لها قيماً « واقع في حين الشرط ومعناه : ان جعل لها قيماً ، وليس معناه الوجوب ، وقد صرح الشيخ في العبارة المتقدمة من المبسوط بجواز الاطلاق في الوقف و ترك ذكر الناظر و بيان النظر في هذه الصورة للموقوف عليه واطلاقها شامل للوقف على المعين والجهة هذا . ثم ان عم جدي طاب ثراهما اورده هذه المسئلة اعنى مسئلة اعتبار القبول في صيغة الوقف في كتاب مقابس الانوار و ذكر فيه اقوال الاصحاب و ادلتها سند كبر شطراً و افيأ من كلامه فيما بعد انشاء الله و يعجبني هنا ذكر نسبه الشريف و شىء من آثاره فانه من اهل بيت حازوا انواع الشرف من العلم و الزهد و الرياسة الدينية و كرائم الاخلاق و ان كان هو اشهرهم ذكرنا و ارفعهم صيتاً لمصنفاته المتمتعة الرائقة كالمقابس و كشف القناع و المسائل الايروانية فارسية تشتمل على اكثر من مائتى مسئلة فى الفقه وغيره ورسالة منهج التحقيق فى التوسعة و التضييق ، و الرسالة الموسومة بالؤلؤل المسجور فى معنى لفظ الطهور ، و كتاب تحفة الراغب فى ترجمة بغية الطالب للفقهاء الاكبر الشيخ جعفر ، الفها بامرہ و كان خصيصاً بالشيخ و صهرأ على بنته ، لهاجازات منه و من المحقق القمى و الشيخ محمد مهدى القتونى و السيد الجليل صاحب الرياض و غيرهم رضى الله عنهم و عن سائر علمائنا تاريخ بعضها سنة التسع و العشرين و المائتين و الالف فكان وفاته بعدها التاريخ لافى سنة العشرين كما قيل .

و خرج من نسله رجال معروفون بالعلم و الفضل و الورع و هو ابن العالم الجليل الشيخ اسماعيل الذى اثنى عليه العلماء فى اجازاتهم لولده بالعلم و الفضل و هو ابن العالم الفاضل الشيخ محسنا المدفون فى حومة دزفول بالبقعة المنسوبة الى محمد بن جعفر الطيار كان الشيخ المحقق المعروف فى الآفاق بالعلم و الزهد و الكرامات الحاج شيخ مرتضى الانصارى قدس الله روحه الشريف فى بعض اوقات اقامته بدزفول ربما يغدو الى تلك البقعة فليل له صاحب البقعة مجهول فقال نزور الشيخ محسنا فان فضل زيادته ليس بأدون من فضل زيارة ابن الطيار ، و هذا الثناء الجميل من هذا العالم الجليل كاف فى الابانة عن جلالة قدره و علو منزلته ، و والدا الشيخ محسنا معز الدين احد علماء

اصفهان واصحاب المناصب الرفيعة في الدولة الصفوية .

ومصنف هذا الكتاب محمد علي هو ابن العالم الجليل الشيخ عبد الحسين صاحب التصانيف الرائقة في المواعظ وتفسير الايات و الاخبار كان في عصره علماً في فنون الادب من الخطابة والوعظ والشعر و لطف البيان وعذوبة الكلام ؛ له شرح على تبصرة العلامة خرج منه عدة اجزاء ، توفي ليلة الجمعة الثامن والعشرين من رمضان سنة التسع والثلاثين والثلاثمائة والالف .

وهو ابن الفقيه الزاهد العابد صاحب الكرامات الباهرة الشيخ محمد طاهر مصنف كتاب مشارع الاحكام في شرح الشرايع وغيره من الكتب و الرسائل ، ولد رحمه الله سنة الثلاثين و المأتين و الالف ، و تلمذ علي و والده الشيخ محسن الاتي ذكره و علي الحاج محمد ابراهيم الكلباسي وغيرهما و انتهت اليه الرياسة الدينية في دزفول بعد والده و هو ابن ست او سبع عشرة كان مطاعاً مقبول القول عند الولاية والرعية عظيم المنزلة عندهم ، ادر كتبه و قرأت عليه شطراً من منظومة الدرّة ، توفي سنة خمس عشرة و ثلاثمائة و الف و دفن في مقبرة بنيت له بعد وفاته .

وفيهما دفن الوالد وهو ابن المحقق الفقيه الشيخ محسن له تصانيف رائقة منها حاشية مبسوطه على معالم الاصول و رسائل عديدة في الفقه و الاصول و الحكمة و الكلام ، وهو ابن الشيخ اسماعيل المتقدم ذكره ، تلمذ علي اخيه صاحب المقابيس ثم علي العالم الشهير الحاج السيد محمد باقر في اصفهان ثم انتقل الى دزفول و اقام بها و تزوج في سادات الحكيم بالنجف ، و ولد له منها اولاد اكبرهم جدي الشيخ محمد طاهر المتقدم ذكره ، ثم العالم الجليل الشيخ محمد جواد ثم الفاضل الكامل الشيخ محمد مهدي ثم تزوج بعد وفاتها بنت العالم الشهير السيد صدر الدين العاملي قدس سره و ولد له العالم الزاهد المضطلع بالفنون من الاصول و الفقه و الحكمة و الرياضيات الشيخ محمد حسن . ولد بعد وفاته والده له تحقيقات في الاصول و شرح فارسي لخلاصة الحساب توفي سنة الاحدى و العشرين و الثلاثمائة و الالف و دفن في مقبرة جدي ، و اشبه الناس به في فضائله و ولده الجليل الشيخ محمد باقر و هو مدفون في

مقبرة السيد الاديب الفاضل السيد عبدالله الملقب بالداعى ، و توفى الشيخ محسن المذكور سنة ست او سبع و اربعين وماتين و الف ودفن فى حجرة بنى فوقها مسجد لجدى معروف بمسجد الشيخ واقع فى الجانب الغربى من البقعة المنسوبة الى ابى ابراهيم الشيخ اسماعيل القصرى و فى الجانب الشرقى من مقبرة جدى ، بينهما مسافة قليلة .

واحدثهم عهداً الاستاد السناد والر كن العماد الحاج الشيخ محمد رضا بن الشيخ محمد جواد ابن الشيخ محسن ابن الشيخ اسمعيل المذكورين صاحب التصانيف الكثيرة منها رسالة كلمة المقوى جعلتها فى قسمة العبادات صلباً لكتابتنا الموسوم بتجديد الدوارس ومنها كتاب جهد المقل فى اجوبة المسائل ، وحاشية على مكاسب شيخ الانصارى وحاشية على رسائله الى غير ذلك من الكتب والرسائل ، كان مع وفور الاشتغال بالتأليف ونشر العلم شديد الاهتمام بعمران البلاد و ترفيه حال العباد اسس اساس العمران فى بلد السوس فاصبح عامراً بعد ان مضى عليه القرون غامراً و احدث الناس فيه و فى دزفول بامرهم و تشويقه آثار أجيلة من المساجد و الخانات و العوانيت والحمامات ، وانشأ بنفسه مدرسة علمية وهى دائرة بحمد الله الى الآن معمورة بالطلاب والمحصلين ، وعمر بهمته العالية القنطرة الكبيرة المبنية على الشط الكبير بدزفول ، واهم ما حدث فى عهده نجاته خوزستان من فتنة الحرب الاول العام و كان ذلك بحسن تدبيره ونقود امره له على حق الابوة بالتعليم والاصهار فجزاه الله تعالى عنى احسن ما جزى به الآباء عن الابناء توفى رحمه الله فى بروجرسد سنة ثنتين وخمسين وثلاثمائة و الف ودفن هناك فى الجانب الشمالى من القبعة المعروفة بقبة الشاهزاده ابوالحسن ، كتب الى قبل وفاته بايام قلائل كتاباً نعى فيه نفسه الشريفة باشارة لطيفة لم اتقطن لها الا بعد بلوغ النعى افاض الله على تربتهم جميعاً شئائب الرحمة والرضوان واسكنهم بحبوبة الجنان .

اوردت هذا الفصل هنا وخرجت به عن وضع الكتاب تخليداً لذكر هؤلاء الاعلام وضناً بتربهم فان استتار الاخبار يؤل الى محو الآثار و حق الاسلاف على

الاخلاف التنويه بذكرهم والتنبيه على بعض ماخفى من آثارهم وان كان ما ذكرت قليلا من كثير لكن الميسور لا يسقط بالمعسور .

نقل كلام صاحب المقابس في هذا المقام

رجع القول الى المسئلة فنقول : قال قده في المقابس و يشترط القبول من الموقوف عليه اذا كان معيناً غير منتشر على الاقرب وفاقاً لاكثر المتأخرين للاصل والاستصحاب وكونه عقداً بالاتفاق كما في كمن الفوائد والمسالك و ادخالهم في باب العقود وهو مفتقر الى القبول كما نصوا عليه في كتاب الايمان وجعلوه الفارق بين العقود والايقاعات ورتبوا عليه مصنقات الفقه ، ولدلالة الاخبار المعتبرة المستفيضة والاجماع كما في التنقيح على انه صدقة وهي لا تنعقد الا بالقبول ، واقتضاء الحكمة والاجماع المحكي في ظاهر السرائر و حديث نفى الضرر المجمع عليه عدم صحة تمليك الغير ملكاً مستقراً تبرعاً بايقاع لفظ ابتداء و ايجاب النفقة عليه من دون رضاه ولا ولاية شرعية (الى ان قال) : ولا يشترط اذا كان الوقف على جهة عامة كالفقراء والمسجد او قبيلة منتشرة كقريش وتميم على الاصح لعدم حصوله من الجميع وعدم تعيين واحد ليكتفى به ، والتخصيص بواحد ترجيح بلا مرجح وولاية الغير على خلاف الاصل وانتقال الملك فيه الى الله تعالى ، ولا وجه لقبول غير المالك مع رضا المالك المفهوم من عمومات الخطاب والتكليف وانتفاء الفرق حينئذ بينه وبين العتق ووقف المسجد ونحوه في كونها فك ملك وازالته عن الناس وتلزم بالايجاب قطعاً ومساوات الوقف في المصالح مع صرف الواقف فيها شيئاً بنفسه ولا يتوقف على قبول الحاكم وغيره ، و استمرار طريقة الناس في الاعصار والامصار ودلالة الاخبار و الوقوف الماثورة عن الائمة الاطهار على الاكتفاء هنا بمجرد الايجاب، وهذا هو اختيار المختلف ، والقواعد والايضاح ، والدروس ، وغاية المراد وجواهر الكلمات ، والروضة ، والمسالك ، وظاهر المبسوط ، والارشاد ، والشرايع ، والمستفاد من السرائر (انتهى)

ثم نقل قولين آخرين : احدهما - اشترط القبول في كلا القسمين لامكان

قبول الناظر او الحاكم او بعض الفقهاء الحاضرين ، نسبة الى اطلاق التمتع وكنز العرفان ، قال : واليه مال في (كرة) وجعله المحقق الكركي اولى - وثانيهما - عدم الاشتراط حتى في القسم الاول ، قال : وعزاء في المسالك والكفاية الى ظاهر الاكثر) ثم قال : ولو كان الوقوف مسجداً ونحوه ولم يعين الموقوف عليه لم يفتقر الى القبول بالاخلاف يعرف كما هو ظاهر المحقق الكركي لنقل الملك فيه الى الله تعالى بالاجماع كما في الايضاح وغيره وكونه مجرد فكملك كما في التحرير وجواز قبضه من كل من المسلمين ولو بغير اذن الحاكم وربما يظهر من اطلاق السيوري وغيره اشتراطه هنا ولا عبرة به ولو عين واختص قوم باعيانهم بالمسجد ونحوه كالمقبرة و المدرسة والرباط وقلنا بصحة الوقف مطلقا ومع الشرط ففي الاحتياج الى القبول اشكال، من اطلاقهم بعدم فيها مع نقل الاجماع في الايضاح على الصحة مع الشرط في غير المسجد والاشتراط في المعين مع انتفاء المانع عنه هنا ايضاً وهو التعذر ، والاجود البناء على بيان المنتقل اليه ، فان كان هو الله سبحانه فكالعام وان خصص ، والا فكالخاص وسيأتي بيانه ، وحيثما اشترط القبول فان قبل القابل له قبل والا تولاه المتولى للمقبض من المولى وغيره ، و يحتمل اشتراط القبول من الحاكم في الجهات العامة ، وان كان القابض غيره كما هو ظاهر التذكرة وكنز الفوائد ولا يخلو عن قوة (انتهى كلامه رفع مقامه) .

بحث حول كلام صاحب المقابيس

اقول: اما اشتراط القبول في الوقف على المعين فصحيح لا غبار عليه و اما نفي اشتراطه في الوقف على الجهة فمحل نظر اذ لو لم يشرط لدار الامر بين ان يكون باقياً على ملك الواقف او منتقلاً الى الموقوف عليه -هراً بمجرد الايجاب كالمملك القهري في الصدقة المفروضة او لا يكون هذا القسم من الوقف عطية وتمليكا بل ازال المملك كالمعتق كما يقوله القائل بانتقال الملك الى الله تعالى والوجه كلها ساقطة، لان كل فرد من افراد ذلك مسجداً كان او غيره فهو وقف بالاجماع والوقف صدقة

باتفاق النص والفتوى ، والصدقة عطية في ذات الله بنص اهل اللغة ، والعطية تمليك اختياري ، فمقتضى الاصل ان لا يحصل الا برضا الطرفين و انشاء الملك بالايجاب والقبول على ان ما اختاره المتأخرون من التفصيل بين قسمي الوقف قول لبعض الشافعية واكثر الجمهور على خلافه فان منهم من قال ببقاء الوقف في القسمين على ملك الواقف ومنهم من قال بانتقاله الى الله تعالى و هو المنقول عن ابي حنيفة و اتباعه ، وقد رد القدماء عليهم بانه لو لم يكن ملكاً للادميين ولا مالا لهم لما جرى عليه حكم الاموال من اليد والغصب والضمان ، والضرورة تقضى بخلافه ، وناقضوا استدلالهم على نفى الملك ببطلان بيعه بان الراهن والسيد ممنوعان عن بيع الرهن وام الولد مع انهما مملوكان اتفاقاً .

ان قلت : الملك اضافة لا تضاف الى احد الا للعلاقة تحصل بين المتضايقين توجب اختصاص المضاف بالمضاف اليه على وجه لا يشاركه فيه غيره ويكون قابلاً للانتقال بالسبب الاختياري وغير الاختياري كالارث وهذه العلاقة منتفية في الوقف .
قلت : اذا كان المسجد مثلاً وقفاً على المسلمين و كان وقفه صدقة عليهم و عطية لهم لزمه الحكم عليه بالملك و بترتيب آثاره عليه الا في مورد دل الدليل على خلافه او منع عنه مانع فيضمن بالاتلاف و يجرى عليه حكم اليد والغصب و الضمان لوجود المقتضى وانتفاء المانع ، لكنه لا يباع للنص ولوجود المانع عنه و هو تعلق حق الغير به ، ولا يورث ايضاً لذلك ولان الوارث ان كان من مصاديق الجهة فهو مشارك مع المورث في الاستحقاق والافاجنبي عن الوقف لان سبب الاستحقاق وجود الوصف وهو مفقود فيه بالفرض فللوقف على الجهة اعتباران فبالنسبة الى الجهة ملك لها بمعناه الخاص فيضمن بالاتلاف و يجرى عليه حكم اليد والغصب ، وبالنسبة الى مصاديق الجهة تصرف لهم بمعنى انه يباح لكل فرد منهم التصرف فيه ولا يباح ذلك لغيرهم .

قال في المبسوط : ولا يصح ان يقف على نفسه على جهة الخصوص وفيه خلاف مع ابي يوسف وجماعة فاما اذا وقف وقفاً عاماً مثل ان يوقفه على المسلمين جاز الانتفاع به بالاخلاف لانه يعود الى اصل الاباحة فيكون هو وغيره سواء (انتهى).

ليس المراد من عوده الى الاصل الاباحة العود الى الاباحة الاصلية الموجبة للمساوات بين الموقوف عليه وغيره لانه خلاف الاجماع ، بل المراد الاباحة لمصاديق الجهة، والمعنى انه اذا وقف على الفقراء مثلاً فقد زال عنه الاختصاص الحاصل له قبل الوقف لكنه اذا صار فقيراً وواحداً من مصاديق الجهة جاز له الانتفاع به اذ ليس ذلك تملكاً لمال نفسه من نفسه حتى يتحد الموجب والقابل بملك للمال من جهة الفقراء المشتركة بينهما وبين غيره واثره حصول الاباحة للافراد فلا يعود الملك الى الواقف كما اعترض به الحلبي بل يثبت له اباحة التصرف وهي غير الملك .

ومن هنا يظهر ان الوقف على الجهة ليس ازالة لاختصاص الادمين عنه بالكلية حتى يلزمه انتقال الملك الى الله تعالى كما زعمه الجمهور بل تملك من الجهة وازالة لاختصاص افراد المصدق فالحال فيه كالحال في الصدقة المفروضة فانها ملك للفقراء لكنه لا يختص به فرد دون فرد بل يباح لكل واحد من الافراد اخذها و تناولها . .

واما خلو الاخبار المشتملة على صورة اوقاف الائمة عليهم السلام عن ذكر القبول فلا شهادة فيه على المدعى لان ما يكتسب في هذه السجلات والاوراق من ان فلان تصدق على فلان بكذا ليس انشاء لصيغة الوقف بل حكاية واخبار عما وقع قبل ذلك في الخارج عن تلك الورقة ، فمعنى تصدق فلان على فلان انه وقع عقد الصدقة بينهما ، كما ان اخبار المخبر بان فلانا باع داره من فلان معناه وقوع عقد البيع بينهما واما التمسك بسيرة المسلمين ففي غاية الاشكال اذ لا طريق لنا الى العلم بكيفية الوقف في كل مسجد او مدرسة او رباط بنى في الاسلام الى يومنا هذا وان الواقف اكتفى بالايجاب او انضم اليه القبول من الموقوف عليهم او من بعضهم او ممن ينوب منابهم « نعم » نحكم على الابنية بالوقف اما باقرار الواقف او باستمرار اليد عليه من مصاديق الجهة الموقوف عليها ولا كلام فيه .

واما مسجد ابي عبيدة الحذاء في طريق مكة وكذلك ساير المساجد التي يبنها الحاج في هذا الطريق (فالظاهر) انها ليست من المساجد الموقوفة التي تلحقها

باتفاق النص والفتوى ، والصدقة عطية في ذات الله بنص اهل اللغة ، والعطية تمليك اختياري ، فمقتضى الاصل ان لا يحصل الا برضا الطرفين و انشاء الملك بالايجاب والقبول على ان ما اختاره المتأخرون من التفصيل بين قسمي الوقف قول لبعض الشافعية واكثر الجمهور على خلافه فان منهم من قال ببقاء الوقف في القسمين على ملك الواقف و منهم من قال بانتقاله الى الله تعالى وهو المنقول عن ابي حنيفة و اتباعه ، وقد رد القدماء عليهم بانه لو لم يكن ملكاً للادميين ولا مالا لهم لما جرى عليه حكم الاموال من اليد والغصب والضمان ، والضرورة تفضى بخلافه ، وناقضوا استدلالهم على نفى الملك ببطلان بيعه بان الراهن والسيد ممنوعان عن بيع الرهن وام الولد مع انهما مملوكا كان اتفاقاً .

ان قلت : الملك اضافة لا تضاف الى احد الا لعلاقة تحصل بين المتضامين توجب اختصاص المضاف بالمضاف اليه على وجه لا يشاركه فيه غيره ويكون قابلاً للانتقال بالسبب الاختياري وغير الاختياري كالارث وهذه العلاقة منتفية في الوقف .
قلت : اذا كان المسجد مثلاً وقفاً على المسلمين و كان وقفه صدقة عليهم و عطية لهم لزمه الحكم عليه بالملك و بترتيب آثاره عليه الا في مورد دل الدليل على خلافه او منع عنه مانع فيضمن بالاتلاف و يجرى عليه حكم اليد والغصب و الضمان لوجود المقتضى وانتفاء المانع ، لكنه لا يباع للنص ولوجود المانع عنه و هو تعلق حق الغير به ، ولا يورث ايضاً لذلك ولان الوارث ان كان من مصاديق الجهة فهو مشارك مع المورث في الاستحقاق والا فاجنبى عن الوقف لان سبب الاستحقاق وجود الوصف وهو مفقود فيه بالفرض فللوقف على الجهة اعتباران فبالنسبة الى الجهة ملك لها بمعناه الخاص فيضمن بالاتلاف و يجرى عليه حكم اليد والغصب ، وبالنسبة الى مصاديق الجهة مصرف لهم بمعنى انه يباح لكل فرد منهم التصرف فيه ولا يباح ذلك لغيرهم .

قال في المبسوط : ولا يصح ان يقف على نفسه على جهة الخصوص وفيه خلاف مع ابي يوسف و جماعة فاما اذا وقف وقفاً عاماً مثل ان يوقفه على المسلمين جاز الانتفاع به بالاخلاف لانه يعود الى اصل الاباحة فيكون هو وغيره سواء (انتهى).

ليس المراد من عوده الى الاصل الاباحة العود الى الاباحة الاصلية الموجبة للمساوات بين الموقوف عليه وغيره لانه خلاف الاجماع ، بل المراد الاباحة لمصاديق الجهة، والمعنى انه اذا وقف على الفقراء، مثلاً فقد زال عنه الاختصاص الحاصل له قبل الوقف لكنه اذا صار فقيراً وواحداً من مصاديق الجهة جاز له الانتفاع به اذ ليس ذلك تمليكاً لمال نفسه من نفسه حتى يتحد الموجب والقابل بل تمليك للمال من جهة الفقراء المشتركة بينه وبين غيره واثره حصول الاباحة للأفراد فلا يعود الملك الى الواقف كما اعترض به الحلبي بل يثبت له اباحة التصرف وهي غير الملك .

ومن هنا يظهر ان الوقف على الجهة ليس ازالة لاختصاص الادمين عنه بالكلية حتى يلزمه انتقال الملك الى الله تعالى كما زعمه الجمهور بل تمليك من الجهة وازالة لاختصاص افراد المصداق فالحال فيه كالحال في الصدقة المفروضة فانها ملك للفقراء لكنه لا يختص به فرد دون فرد بل يباح لكل واحد من الافراد اخذها و تناولها . .

واما خلو الاخبار المشتملة على صورة اوقاف الأئمة عليهم السلام عن ذكر القبول فلا شهادة فيه على المدعى لان ما يكتسب في هذه السجلات والاوراق من ان فلان تصدق على فلان بكذا ليس انشاءً لصيغة الوقف بل حكاية واخبار عما وقع قبل ذلك في الخارج عن تلك الورقة ، فمعنى تصدق فلان على فلان انه وقع عقد الصدقة بينهما، كما ان اخبار المخبر بان فلانا باع داره من فلان معناه وقوع عقد البيع بينهما واما التمسك بسيرة المسلمين ففي غاية الاشكال اذ لا طريق لنا الى العلم بكيفية الوقف في كل مسجد او مدرسة او رباط بني في الاسلام الى يومنا هذا وان الواقف اكنفى بالايجاب او انضم اليه القبول من الموقوف عليهم او من بعضهم او ممن ينوب منابهم « نعم » نحكم على الابنية بالوقف اما باقرار الواقف او باستمرار اليد عليه من مصاديق الجهة الموقوف عليها ولا كلام فيه .

واما مسجد ابي عبيدة الحذاء في طريق مكة وكذلك ساير المساجد التي يبنيتها الحاج في هذا الطريق (فالظاهر) انها ليست من المساجد الموقوفة التي تلحقها

الاحكام المعهودة بل هي مواضع اعّدت في هذا الطريق للصلوة فيها كالمواضع المتخذة في الدور لهذا الغرض اطلق عليها اسم المسجد مجازاً فلا يلحقها شيء من تلك الاحكام فيجوز تغييرها وتبديلها بل جعلها كنيهاً (على) ان من شرائط الوقف ان يكون ملكاً للمواقف وهذه المواضع اعّدت للصلوة في اراضي هبته لاملالك لها ، وايضاً اعتبار الايجاب مما لا خلاف فيه ، وصدوره من المباشر غير معلوم .

واما نقل الاجماع على ان وقف المسجد فك ملك وانه ينتقل الى الله سبحانه (فموهون) بما اطلقه القدماء من ان الوقوف صدقات لان المسجد داخل في الاطلاق ، وايضاً المسجد قسم من صدقة التطوع ، وقد صرح الشيخ بان صدقة التطوع عندنا كالهبة شرطها الايجاب والقبول ، و ايضاً صرح الشيخ والحلي والمحقق باعتبار القبض في المسجد بالصلوة فيه و في المقبرة بالدفن فيها و فك الملك كالتحرير لا يحتاج الى قبض .

ان قلت: سلمنا اشتراط القبول في الوقف على الجهة الا انه لا دليل على اشتراط اللفظ بل يجوز ان يكفي فيه بالفعل وهو قبض الموقوف عليه فيحصل بالقبض شرط الصحة واللزوم ، وقد صرح في المبسوط بكفاية الفعل في قبول عقد الوكالة والوديعة قال: ان للوكيل ان يقبل لفظاً وان يقبل فعلاً مثل ان يتصرف في الذي وكله فيه، قال: وكذلك اذا اودعه مالا واحضر المال بين يديه فلا فرق بين ان يقبل الوديعة لفظاً وان يقبلها فعلاً بان يأخذها ويحجزها (انتهى).

قلت: الفرق بين البابين ظاهر لان الوقف صدقة والصدقة كالبيع تملك وتملك ولادلالة القبض فيهما على قبول الملك فلا بد من انشائه باللفظ بخلاف الوكالة والوديعة لان التوكيل عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف يتعلق بمال من امواله او بحق من حقوقه فيأشركه في تصرفه كالتصرف في بيع داره فباع الدار كان مباشرة البيع قياماً له مقام الموكل ويلزمه ان يكون قابلاً للوكالة ؛ وكذلك الحال في الوديعة لان الايداع استيمان فاذا اخذ الوديعة ووضعها في الحرز لزمه ان يكون قابلاً .

فتلخص مما ذكر ان اشتراط القبول في الوقف على الجهة مسجداً كان او وقفاً على المسجد هو المطابق لظاهر الاخبار وفتاوى القدماء وانه لم يبق دليل يعتمد عليه في الخروج عن مقتضى الظاهر فوجب الاخذ به « نعم » كما يعتبر فيه وقوع القبض من جماعة كما صرح به في المبسوط والسرائر كذا يعتبر فيه وقوع القبول من جماعة ولو بوكالة واحد منهم .

في ترتيب احكام الاملاك على الوقف

و ثالثها اعني الثالث مما يتفرع على كون الوقف صدقة ان الوقف لما كان ملكاً وجب ان يترتب عليه احكام الاملاك والاموال فيضمن بالاتلاف ويحكم عليه بمقتضى اليد ، ويثبت دعواه بشاهد ويمين على قول ، فان كان وقفاً على معين واتلفه متلف عيناً او منفعة ضمن لتعلق الملك بهما جميعاً ، وكذا اذا كان وقفاً على مسجد لان الوقف على مصلحة المسلمين وقف عليهم وهم يملكونه عيناً ومنفعة ، واما وقف البناء مسجداً او مقبرة و مدرسة فليس كذلك لان اعيانها وان كانت مضمونة لكن منفعتها غير مضمونة لان العين قد خست بالانتفاع بها في جهة خاصة من العبادة او الدفن او السكنى و حرم التصرف فيها بغير ذلك و هذا في معنى سلب المالية عن منافعها ، و اما حق الانتفاع بها فليس من الحقوق المالية التي تورث او تقبل المعاوضة عليها بالمال حتى يكون اتلافها سبباً لتداركها بالمال ، و اذا كان لاحد يد على بناء واقربانه مسجد او مقبرة او كان للمسلمين يد عليه بالصلوة فيه او الدفن حكم عليه بمقتضى الاقرار واليد ، و هذا معنى كلام الشيخ والحلي ؛ ان الوقف يضمن بالغصب ويثبت عليه اليد .

نعم لا يثبت الوقف بشاهد واحد مع يمين المدعى كما صرح به في الخلاف قال :
للاصل واختصاص الاخبار المثبتة لذلك بالاموال والوقف ليس بمال للموقوف عليه ،
يعنى ان الاخبار تختص بما كان ملكاً طلقاً والوقف ملك غير طلق ، و ايضاً الحلف الشرعي هو ما يثبت به حق للحالف فقط وحلف مدعى الوقف ليس كذلك لانه يثبت به

الحق للحالف ولغيره من الموقوف عليهم .

فيما يحصل به ايجاب الوقف في المسجد

مسئلة- يحصل ايجاب الوقف في المسجد بقول الواقف: وقفت هذا البناء مسجداً»
وبقوله : تصدقت به على المسلمين صدقة مؤبدة تكون مسجداً لهم» ولا يحصل بقوله:
جعلته وقفاً « لان الشيء لا يصير وقفاً الا بما جعله الشارع سبباً للوقف ، وتأثير هذه
العبارة في انشاء السبب غير ثابت بل الظاهر عدمه ، ولذلك لا يكفي في ايجاب البيع
قول البايع : جعلت هذا الفرس مبيعاً « ولا في ايجاب النكاح قول الولي : جعلت
هذه المرثة منكوحة « وكذا لا يحصل بقول الواقف : جعلته مسجداً « وتعليل الكفاية
بانه وصف بما هو موصوف به لان النبي ﷺ قال : جعلت لى الارض مسجداً (١)
ضعيف ، لان الجعل في الخبر تشريعى وفي ايجاب الوقف تكوينى والاول خبر والثانى
انشاء فلا يقاس احدهما بالآخر « نعم » لوقال : هذا وقف او مبيع ، و كان زايد عليه
كان اقراراً بالوقف او البيع ، لكن الاقرار بسبق احدهما غير انشائه في الحال .

حول فروع الوقف على الاولاد

مسئلة - اذا وقف على اولاده وقال : وقفته على اولادى لصلى « خرج عنهم اولاد
اولاده بلا خلاف ؛ واذا قال : على اولادى واولاد اولادى ماتنا سلوا « دخلوا بلا اشكال ،
واما اذا اطلق وقال : وقفته على اولادى « ففيه خلاف بين الشيخين واتباعهما ، ذهب
المفيد الى دخول اولاد الاولاد ووافقه الشيخ فى النهاية والحلى فى السرائر والمحقق
فى النافع والشهيد فى ظاهر اللمعة وذهب الشيخ فى صريح المبسوط ، وظاهر الخلاف
الى خروجهم وتبعه فى الوسيلة والغنية والشرايع و التذكرة والروضة ، وتردد فى
الارشاد قال : لو وقف على اولاده فهم اولاده خاصة دون اولاد اولاده على رأى (انتهى) .
احتجوا للمفيد بآيات ذكر فيها لفظ الولد او بعض اشتقاقاته وارىد منه الاعم

(١) راجع الوسائل - كتاب الطهارة - الباب ٧ - من ابواب التيمم - الرواية ٢ - ...

كقوله تعالى : ولا يوبه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد ، ويوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين (١) وايضاً خاطبنا الله تعالى ، بقوله يا بنى آدم « وخاطب اليهود بقوله : يا بنى اسرائيل » مع ان الوسائط بين المخاطبين و بين آدم واسرائيل كثيرة ، واجيب عن ذلك بان الدخول فى هذه المواضع لوجود القرينة عليه والكلام انما هو عند فقدها .

اقول: لاشك : فى ان الولد حقيقة فى ولد الصلب مجاز فى غيره ، ولذا يصح ان يقول فى ولد الولد انه ليس بولدى بل هو ولد ولدى و صحة السلب علامة المجاز ، قال فى المبسوط : فان قال : وقفت على اولادى و اولاد اولادى « دخل فيه البطن الاول والثانى ولم يدخل فيه البطن الثالث لانه لا يقع عليه اسم ولد الولد حقيقة (انتهى) ولاشك ايضاً فى انه متى شك فى كون اللفظ مستعملاً فى معناه الحقيقى او المجازى فالاصل فى الاستعمال الحقيقية ، فكون الولد حقيقة فى ولد الصلب و وجوب حمل الاطلاق عليه عند الشك ليس مما يخفى على المفيد واضرابه ، وايضاً ليس استنادهم فى دعوى العموم الى الآيات المذكورة التى تكون قرينة المجاز فيها معلومة بل الظاهر ان استنادهم انما هو الى امر آخر و هو ان الوقف صدقة مؤبدة و تأييدها مناقض لتخصيصها بولد الصلب لان سرعة الانقراض اليه امر معلوم فلا بد فى رفع المناقضة من حمل الولد فى كلام الواقف على من امكن البقاء فيه وهو الولد ومن يتولد منه ، و هذا الوجه و ان كان مستلزماً للتجوز فى لفظ الولد الا ان قرينة التجوز وهو لفظ الوقف والصدقة المؤبدة موجودة ومنظمة اليه دائماً ، ويؤيده صورة وقف من بعض الائمة ذكر فيها انه تصدق بكذا على ولد صلبه من الرجال و النساء ، اذ لولا ظهور الولد المذكور فى الوقف فى الاولاد وما تناسلوا لكان ذكر قيد الصلب مستدركا .

والجواب اما عن اشكال التناقض فبان الواقف ان قال وقفت على اولادى ثم على الفقراء حصل دوام الوقف بضم الفقراء فلا تناقض حتى يرتكب التجوز فى لفظ الولد وان لم يضمهم كان وقفاً منقطع الآخرفان قلنا ببطلانه سقط البحث وان قلنا

بانه يصح ويكون حبساً بصورة الوقف فالتجوز حينئذ في لفظ الوقف دون الولد لان الحبس يدوم بدوام المحبوس عليه ، و اما عن التأييد فبان ذكر قيد الصلب انما هو لتأكيد الظهور بالنص الصريح ، كما ان قوله : من الرجال و النساء « ايضاً لهذا الغرض ، والأفشمول لفظ الولد لكلا الصنفين مما لا كلام فيه .

في ان الاجارة هل تبطل بموت الموجر او المستأجر

اولا تبطل ؟ ونقل الاقوال في المسئلة

مسئلة - هل تبطل الاجارة بموت الموجر او المستأجر اولا تبطل ؟ و على تقدير الصحة فهل تصح في الطلق و الوقف او يفصل بينهما ؟ فهيننا مسئلتان :

المسئلة الاولى في حكم الاجارة مع الموت وفيه اقوال :

احدها انها تبطل بموت كل واحد منهما ، ذهب اليه الشيخان في المقنعة و النهاية والمبسوط والخلاف ، واختاره في المراسم والغنية والوسيلة ، قال في المقنعة والنهاية : والموت يبطل الاجارة « وفي المراسم : لا يبطل الاجارة الا الموت وان يمنعه من الموجر مانع قبل القبض ، فان اطلاق الموت في الكتب الثلاثة شامل لموت كل منهما ، وفي المبسوط : والموت يفسخ الاجارة سواء كان الميت الموجر او المستأجر عند اصحابنا ، والظاهر عندهم ان موت المستأجر يبطلها و موت الموجر لا يبطلها و فيه خلاف .

وقال في الخلاف : الموت يبطل الاجارة سواء كان موت الموجر او المستأجر ؛ و به قال ابو حنيفة و اصحابه و الليث بن سعد و الثوري ، وقال الشافعي : الموت لا يبطل الاجارة من ايها كان ، و به قال عثمان البتي و مالك و احمد و اسحق و ابو ثور ؛ و في اصحابنا من قال : موت المستأجر يبطلها و موت الموجر لا يبطلها ، دليلنا اجماع الفرقة و اخبارهم ، فان ما حكيناه عن بعضهم شاذ لا معمول عليه ، وايضا فان المكترى دخل على ان يستوفى المنفعة من ملك المكترى فكيف يستوفى من ملك غيره و قد زال ملك المكترى (انتهى) .

وقال في الغنية : و تنفسخ الاجارة بموت احد المتعاقدين بدليل الاجماع الماضي ذكره لان من خالف في ذلك من اصحابنا لا يؤثر خلافه في دلالة الاجماع لما بيناه فيما مضى ، وايضاً فالمستاجر دخل على ان يستوفى المنفعة من ملك المورج و قد فات ذلك بموته و كذا ان كان المورج عقد على ان يستوفى المورج المنفعة بنفسه ، و قال في الوسيلة : تبطل الاجارة بستة اشياء : بموت كليهما و بموت احدهما (انتهى) .

وثانيتها انها لا تبطل بموت احدهما : قاله الحلبي و نسبه الى المرتضى في الناصريات والى ابي الصلاح في الكافي .

قال في باب المزارعة من السرائر : متى مات المورج او المستاجر بطلت الاجارة عند بعض اصحابنا و انقطعت في الحال ، وقال آخرون من اصحابنا انها تبطل بموت المستاجر ولا تبطل بموت المورج وقال الاكثرون المحصلون لا تبطل الاجارة بموت المورج ولا بموت المستاجر وهو الذي يقوى في نفسى وافتى به لانه الذي يقتضيه اصول المذهب والادلة القاهرة عقلاً و سماعاً فالعقل ان المنفعة حق من حقوق المستاجر على المورج فلا تبطل بموته و اذا كان حقاً من حقوق الميت فانه يرثه وارثه لعموم آيات الموارد ومن اخرج شيئاً منها فعليه الدليل وهو تصرف في مال الغير اعني المنفعة و لا يجوز التصرف في ذلك الا باذن صاحب المنفعة ، والسمع قوله تعالى : او فوا بالعقود (١) وهذا عقد يجب الوفاء به فمن فسخه وابطله يحتاج الى دليل ولن يجده ، فان ادعى اجماعاً فقد بينا ان اصحابنا مختلفون في ذلك لاجتماعهم فاذا لم يكن اجماع ولا كتاب ولا سنة متواترة ولا دليل عقل فباي شئ يفسخ هذا العقد بل الكتاب قاض بصحة هذا العقد ودليل العقل حاكم به ، وما اخترناه مذهب السيد المرتضى وخيرته في الناصريات في المسئلة المأتين ومذهب ابي الصلاح الحلبي في كتابه الكافي وهو كتاب حسن فيه تحقيق مواضع وكان هذا المصنف من جملة اصحابنا الحلبيين من تلامذة المرتضى (ره) والقول الاول مذهب شيخنا (ره) وخيرته مع قوله في مبسوطه : ان

اكثر اصحابنا يذهبون الى ان موت المورج لا يبطلها ، واستدل على صحة ما اختاره في خلافه بأشياء يرغب عن ذكرها ونقضا سترأ على قائلها وما المعصوم الامن عصمه الله سبحانه (انتهى)
وقال في باب الاجارة من السرائر قال ابن البراج في كتاب المهذب الموت يفسخ الاجارة ولا فرق بين ان يكون الميت المستأجر او المورج وعمل الاكثر في اصحابنا على ان موت المستأجر هو الذي يفسخها لاموت المورج وقد كان شيخنا المرتضى (ره) يسوئ بينهما في ذلك بان بين ان الوجه فيهما واحد وليس هذا موضع ذكر ذلك فنذكره هذا آخر كلام ابن البراج وليت شعري ان لم يكن ههنا موضع ذكره فاین يكون ولكن حبك الشيء يعنى ويصم كما قاله عليه السلام ، والصحيح التسوية بينهما فان موت احدهما لا يبطلها على ما اختاره المرتضى اذ دليلهما واحد وانهما حقان لكل واحد منهما يرثه وارثه لعموم آيات الموارث فمن يخص ذلك يحتاج الى دليل ، فموت احدهما لا يبطل حق الاخر كما ان مدة خيار الثلث او ما زاد عليها في البيع موروثه بالاخلاف بيننا لانه حق للميت فيجب ان يورث مثل سائر الحقوق و لعموم آيات الموارث ؛ فمن اخرج شيئاً منها فعليه الدلالة وبهذا استدل شيخنا ابو جعفر على ان مدة خيار الثلث في البيع موروثه فليلحظ ذلك (انتهى) .

قلت : اما كتاب الكافي فلا يحضرني الآن حتى الاحظه ، واما المسئلة المائتان من الناصريات فالمدكور فيها صحة الاجارة مع موت المستأجر ولا تعرض فيها الموت المورج **و ثالثها** ان موت المستأجر يبطلها دون موت المورج نقله الشيخ في الخلاف عن بعض الاصحاب ، وفي المبسوط . انه الاظهر عند اصحابنا ، وعن ابن البراج : انه مذهب الاكثر ؛ ومع ذلك لم نظفر على قائله بعينه .

اذا تقرر هذا فاعلم انه روى في الوسائل (١) عن الكليني والشيخ باسنادهما عن ابراهيم بن محمد الهمداني قال : كتبت الى ابي الحسن عليه السلام و سئلته عن امرأة آجرت ضيعتها عشرين سنين على ان تعطى الاجارة في كل سنة عند انقضاءها ، لا يقدم لها اجارة ما لم يمض الوقت ، فماتت قبل ثلث سنين او بعدها ، هل يجب على الورثة انفاذ

الاجارة الى الوقت ام تكون الاجارة منقضة لموت المرءة ؟ فكتب **عليه السلام** : ان كان لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الاجارة ، و ان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه او نصفه او شيئاً منه فتعطى ورثتها ما بلغت من ذلك الوقت انشاء الله تعالى (الخبر) استدل به المتأخرون على بطلان الاجارة بالموت ، وتقريب الاستدلال : ان لفظ الاجارة قد ذكر في السؤال في اربعة مواضع ، و اريد منها في الموضوعين الاولين منها الاجرة وفي الاخرين عقد الاجارة ؛ و اجيب بقوله : ان كان لها وقت مسمى (اه) والضمير في «لها» راجع الى الاجارة ، لكن لا بمعنى الاجرة بل بمعنى المعقود عليها و بمعنى عقد الاجارة ، و المعنى : ان كان للاجارة يعنى المنفعة المعقود عليها وقت معين ولم تبلغه المرءة وماتت قبل بلوغ ذلك الوقت فلورثتها تلك الاجارة اى تلك المنفعة يعنى بطلت الاجارة اولورثتها عقد الاجارة ، يعنى يتخيرون فيه بين الفسخ والامضاء ، واما قوله : و ان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه (اه) فالمراد بيان حكم الاجارة فيما مضى من مدة حيوة المرءة يعنى ان الاجارة و ان بطلت بموتها لكنها صحيحة في المدة قبل الموت فتتسقط الاجرة على عشر سنين و تعطى الورثة ما اصاب منها مدة حيوة المرءة ثلثا كان او نصفاً والمراد منه الرد على من انكر تبعض الصفقة من المخالفين و زعم انه اذا بطلت في البعض بطلت في الكل .

ثم ان دلالة الخبر على بطلان الاجارة بموت المورج و ان كانت ظاهرة بالتقريب الذى ذكرناه لكن القائلين بالبطالان على الاطلاق ليس اعتمادهم على هذا الخبر لاختصاصه بموت المورج و المدعى اعم ، بل الظاهر ان اعتمادهم انما هو على وجه مطرد في موت كل واحد من الطرفين ، و تقريره : ان الاجارة عقد على منفعة عين يجعلها المورج تحت يد المستأجر و يستأمنه عليها فلازم الاجارة الصحيحة ان يكون اليد المستولية على العين يدا مائة ، و اما اذا كانت الاجارة بحالها و صارت اليد عليها يدا مائة خرج الاجارة عن حقيقتها لحصول الانفكاك بين الملزوم و لازمه و هو فى معنى الفساد و البطلان ؛ و نظير ذلك ان نقول : اذا تخلل الحدث الاصغر فى اثناء غسل الجنابة بطل و ان ضم اليه الوضوء ، لان الصحيح من غسل الجنابة هو ما كان مبيحاً للصلوة بنفسه

فاذا لم يكن كذلك لم يكن صحيحاً .

ثم ان الانفكاك بين الاجارة ولازمها حاصل في موت كل واحد من المتعاقدين ،
 (اما المستأجر) فلان الاستيمان قد حصل من المالك له خاصة ولم يحصل لوارثه ،
 واذا لم يكن يد وارثه على العين يدامانة كانت يضمن اذا لثالث لهمامع انه مقتضى
 حديث اليد ، واليه اشار في الغنية بقوله : المورج عقد على ان يستوفى المستأجر
 المنفعة بنفسه « يعنى ان المالك استأمن على ملكه نفس المستأجر ولم يستأمن وارثه فيده
 عليها يضمن ويترتب عليه البطلان ، ونظيره قول الشيخ في الخلاف : المكترى
 دخل (اء) يعنى ان عقد الاجارة المقتضى لكون المستأجر اميناً على العين كان
 منعقداً مع المالك وقد زال ملكه وانتقل الى غيره فكيف يكون اميناً على شيء
 لم يستأمنه مالكة عليه ، وهذا الوجه احد الاشياء التي استدل بها في الخلاف على
 مذهبه ، ورغب الحلبي عن ذكره ونقضه سترأ عليه فتبصر (واما المورج) فلان الاستيمان
 للمستأجر قد حصل منه ولم يحصل من وارثه فيد المستأجر عليه بعد موته ايضاً يضمن
 واليه اشار في الغنية بقوله : المستأجر دخل على ان يستوفى المنفعة من ملك المورج
 وقد فات ذلك بموته « لان معناه ان المستأجر كان اميناً على العين من طرف المورج لا
 من وارثه فاذا زال ملك المورج بموته صار يد المستأجر عليها يضمن ومقتضاه البطلان .
 واما قول السيد المرتضى رضى الله عنه : ان الوجه في المسئلتين واحد « فمعناه
 ان تبدل يد الامانة بيد الضمان ان اثر في البطلان فهو حاصل في موت كل واحد
 من المتعاقدين ويلزمه البطلان في المسئلتين والاصحت الاجارة في الصورتين وبطل
 التفصيل على التقديرين (ان قلت :) موت المورج لا يوجب التبدل لانه حينما
 استأمن المستأجر فكانه ابرئه من ضمان العين اذا تلفت بغير تفریط واذا ارتفع الضمان
 في حيوته فلا يعود بموته (قلت :) ارتفاع الضمان في حيوة المورج انما هو لانه كان
 مالكا في تلك الحال وقد مات وتجدد له مالك آخر فلا يكون ابراء مالك مؤثراً في
 حق مالك آخر (ان قلت :) اذا اطلق العقد فأجره المستأجر في حيوة المورج لزم
 هذا المحذور ايضاً لان الاستيمان حاصل للمستأجر لا لمن استأجره منه (قلت :)

اطلاق العقد اذن من المالك للمستأجر في ان يستأمن على العين كل من يراه اميناً
فلا يلزم المحذور .

وقد اتضح بذلك ان ما استدل به الحلبي من الادلة الاربعة وكرر الاستدلال به
في موضعين من كتابه لا يجدي به شيئاً لان انتقال الحق الى الوارث فرع بقاء الحق مع
الموت فاذا كان تبدل يد الامانة بالضمان سبباً للبطلان فلا عقد ولا حق ولا وارث

هل يفرق بين اجارة الوقف والطلق

فيما اذا مات احد المتعاقدين ام لا ؟

المسئلة الثانية كل من ابطال الاجارة بموت احد المتعاقدين كالشيخين و
الديلمي والطوسي وابن زهرة اطلق البطلان على وجه يشمل اجارة الوقف والطلق؛
وبه صرح في المبسوط كما سيجيء انشاء الله ، ومن صححها كالحلي فقد اطلق الصحة
في الباين، وما حكاها من المرتضى والحلي ايضاً مطلقاً، فالتفصيل في الصحة بين الطلق
والوقف قول لم نجد به قائل من القدماء .

نعم قال في كتاب الوقف من المبسوط : اذا وقف على بطون فاكرى البطن الاول
عشر سنين وانقرضوا لخمس سنين فانه تبطل الاجارة لان الموت يبطلها على ما بيناه، و
من قال الموت لا يبطلها قال هيئنا لا يبطل ، وربما قال يبطل هيئنا لان البطن الثاني يأخذ
عن الواقف لاعن البطن الاول، فقد تبيننا انهم تصرفوا في حق الغير وكان باطلا (انتهى)
قوله وربما قال يبطل هيئنا» يعني ان بعض من قال بالصحة مع الموت ذهب الى البطلان
في هذه المسئلة من الوقف ، لكن الظاهر ان هذا المفصل ليس من اصحابنا بل من
الشافعية القائلين بالصحة مع الموت و الا لنسبه الى بعض الاصحاب كما هو دأبه
في هذا الكتاب ولتقله الحلبي وجعله قولاً رابعاً للاصحاب مع انه لم ينسب اليهم الا
الاقوال الثلاثة .

و كيف كان ففرع في المبسوط على القولين ، وقال في كتاب الوقف بعدما نقلناه
عنه : فمن قال لا تبطل فللبطن الاول ما قابل مدتهم وللبطن الثاني ما قابل مدتهم من

الاجرة فان كان الذى يحصر البطن الثانى على المستأجر يأخذه منه وان كان البطن الاول اخذوه ورجعوا عليهم فى تركتهم به (انتهى) قوله: يحصر «غلط والصحيح: يخص ثم فرع على القول بالبطلان وقال : ومن قال يبطل فهل يبطل فى الثانى؟ قيل فيه قولان مثل تفريق الصفة اصحهما انه لا يبطل فى الجميع والثانى يبطل، فمن قال يبطل فى الجميع كان للبطن الاول اجرة المثل لمدتهم وكان للبطن الثانى الخيار فى ما بقى من المدة فان شاؤا اكروه اياه وان شاؤا اكروه من غيره، ومن قال لا يبطل وهو الصحيح فللبطن الاول ما قابل ذلك من المسمى والبطن الثانى بالخيار فى حقهم على مامضى (انتهى).

يعنى: ان من قال ببطلان الاجارة فى الوقف فهل تبطل عنده من اصلها او فى حق البطن الثانى خاصة قولان مبنيان على جواز تفريق الصفة و عدمه، فمن منع عنه كما هو مذهب المخالف بطلت الاجارة من اصلها، ومن جوزها بطلت فى حق الثانى خاصة؛ ثم ان قلنا بالتفريق وهو الصحيح كان للبطن الاول ما قابل مدتهم من الاجرة المسماة و للبطن الثانى عين ما ادر كوه من المنفعة ان شاؤا آجروها و ان شاؤا استوفوها بانفسهم هذا.

واما من تأخر عن الحلّى فهم وان وافقوه فى صحة الاجارة مع الموت لكنهم خالفوه فى باب الوقف وحكموا ببطلان الاجارة بانقراض البطن الاول او بتزلزلها ومنهم المحقق (ره) فى الشرايع حيث اختار فى كتاب الاجارة انها لا تبطل بالموت و قال فى كتاب الوقف اذا آجر البطن الاول الوقف مدة ثم انقضوا فى اثنائها فان قلنا الموت يبطل الاجارة فلا كلام وان لم نقل فهل تبطل هنا فيه تردد اظهره البطلان لاننا بيننا هذه المدة ليست للمستأجرين فيكون للبطن الثانى الخيار بين الاجارة فى الباقي و الفسخ فيه ويرجع المستأجر على تركة الاولين بما قابل المتخلف انتهى وما ذكره فى حكم اجارة الوقف لا يوافق فتوى الخاصة ولا فتوى العامة لان القائل بالصحة او الفساد من القدماء لا يفصل بين الطلق والوقف وانما المفصل من الشافعية وهو يقول بالصحة فى الطلق وبالبطلان فى الوقف والمحقق يقول بالصحة فى الطلق

ولا يقول بالبطلان في الوقف بل يقول بالتنزل و الوقوف على الاجازة و قال غيره
تصح الاجارة مع الموت في المطلق و تبطل في الوقف الا ان يكون الموجه متولياً و كان
قد آجره لمصلحة الموقوف عليه او الوقف وهذا ليس تفصيلاً في المسئلة بل حكم منه
بصححة الاجارة في المطلق و الوقف جميعاً كما قاله الحلبي ، لان محل الخلاف في الصححة
و الفساد مع الموت هي الاجارة الجامعة لشرائط الصححة التي منها رعاية المصلحة و
ولاية المباشر و اما الاجارة المخالفة للمصلحة او الواقعة من غير المتولى باطله من
اصلها حياً كان الموجه او المستأجر او ميتاً .

وزعم قائل آخر انه لو صالح على منفعة الوقف الى مدة مكان اجارته لم يبطل
بالموت ، و سلم من الاشكال لاختصاص الخلاف بالاجارة (و يندفع) بانه ان قلنا ان الصلح
فرع على غيره كما هو مذهب الشيخ فحكم الصلح هنا حكم الاجارة لان الصلح على
المنفعة فرع على الاجارة كما ان الصلح على العين فرع على البيع ، و اما اذا قلنا بان
الصلح اصل برأسه كما هو مذهب الحلبي ففي بطلان الصلح بالموت وجهان مبنيان
على ان كون العين امانة في يدي مالك المنفعة هل هو من لوازم عقد الاجارة خاصة او
انه من لوازم ملك المنفعة منفرداً عن ملك العين فان قلنا بالاول لم يبطل الصلح لان
ملك المنفعة بغير عقد الاجارة لا ينافي كون العين مضمونة و على الثاني يبطل لحصول
الانفكاك بين الملزوم و لازمه فيترتب البطلان و لعل هذا هو الاظهر .

بحث حول جواز بيع الوقف و عدمه

مسئلة - هل يجوز بيع الوقف ولو في الجملة ؟ للمقدماء فيه قولان : احدهما المنع
مطلقاً ، سواء كان الوقف على محصورين كالوقف على الاولاد او غير محصورين كالوقف
على الفقراء او المساكين ، و هو قول ابن الجنيد على حكاية السيد المر تضي (ره) و قول الحلبي
و ثانيهما - التفصيل فان كان الوقف على محصورين جاز بيعه في بعض الاحوال ، و ان
كان على غير محصورين لم يجز بيعه على حال ، و هو قول الاكثر نصاً عن بعضهم و ظاهراً
من آخرين .

قال في المقنعة: وليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف ان يتصرفوا فيه ببيع او هبة ولا يغيروا شيئاً من شروطه الا ان يخرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان او غيره او يحصل بحيث لا يجدي نفعاً فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه ، وكذلك ان حصلت لهم ضرورة الى ثمنه كان لهم حله ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الاسباب والضرورات انتهى .

وقال في الانتصار : و مما انفردت به الامامية القول بان من وقف وقفاً جاز له ان يشترط انه ان احتاج اليه في حال حيوته كان له بيعه و الانتفاع بثمنه ، و ان ارباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة الى ثمنه جاز لهم بيعه و لا يجوز مع فقد الضرورة ، و خالف باقي الفقهاء في ذلك (الى ان قال) : فان قيل : فقد خالف ابو علي بن الجنيد فيما ذكرتموه و ذكر انه لا يجوز للمواقف ان يشترط لنفسه بيعه له على وجه من الوجوه وكذلك فيمن هو وقف عليه انه لا يجوز له ان يبيعه (قلنا) : لا اعتبار بقول ابن الجنيد وقد تقدمه اجماع الطائفة وتأخر عنه ايضاً ، و انما عول في ذلك على ظنون له و حسابان و اخبار شاذة لا يلتفت الى مثلها ؛ فاما اذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعاً او دعت اربابه الضرورة الى ثمنه لشدة فقرهم فالاحوط ما ذكرناه من جواز بيعه لانه انما جعل لمنافعهم فاذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض فيه و لم تبق منفعة فيه الا من الوجه الذي ذكرناه .

وقال في المراسم : ولو تغير الحال في الوقف حتى لا ينفع به على اى وجه كان او يلحق بالموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو انفع .

وقال في النهاية : ولا يجوز بيع الوقف ولا هبته ولا الصدقة به الا ان يخاف على الوقف هلاكه او فساده ؛ او كان بارباب الوقف حاجة ضرورة و كان معها بيع الوقف اصلح و ارد عليهم ، او يخاف وقوع خلاف بينهم فيؤدي ذلك الى وقوع فساد بينهم فحينئذ يجوز بيعه و صرف ثمنه فيهم على ما يستحقه من الوقف ، ولا يجوز بيع الوقف مع عدم شيء من ذلك .

وفي المبسوط : و انما يملك بيعه (يعنى الوقف) على وجه عندنا وهو ما اذا

خيف على الوقف الخراب وكان باربابه حاجة شديدة اولا يقدرون على القيام به فحينئذ لهم بيعه ، ومع عدم ذلك لايجوز بيعه .

وفى الغنية : يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه اذا صار بحيث لايجدى نفعاً وخيف خرابه ، او كانت باربابه حاجة شديدة دعمهم الضرورة الى بيعه بدليل اجماع الطائفة ، ولان غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فاذا لم يبق له منفعة الامن الوجه الذى ذكرناه جاز .

وفى الوسيلة : ولا يجوز بيعه الا بشرطين : الخوف من خرابه ؛ او حاجة بالموقوف عليه شديدة لايمكنه معها القيام به (انتهى) .

وفى النزهة فى بيان ما لايجوز بيعه : والوقوف الا ان يخاف هلاكه او يؤدى المنازعة بين اربابه الى ضرر عظيم ، او يكون بهم حاجة شديدة وبيع الوقف معها الصلح لهم ثم استدل على جوازه مع الحاجة بالخبر الآتى لجعفر بن حنان .

دلت هذه العبائر على ان بيع الوقف لايجوز الا فى عدة صور احديها - ان يحصل للموقوف عليهم حاجة شديدة وضرورة الى ثمن الوقف والثانية ان يحدث بين الموقوف عليهم اختلاف يخاف معه تلف الوقف - والثالثة - ان يحدث بينهم اختلاف شديد يخاف معه تأدية ذلك الى فساد بينهم ، ومن المعلوم ان شيئاً من هذه الشرائط لا يحصل الا اذا كان الوقف على محصورين اذمع الحصر يتيسر العلم بحالهم وانهم مضطرون الى الثمن او غير مضطرين ، وانهم مختلفون فى الاراء او متفقون ، وان اختلافهم يفضى الى هلاك الوقف او لا يفضى ، وانهم قادرين على المرممة او عاجزون ، وايضا عند حصول الشرط قالوا يجوز لهم بيعه وظاهره فرض اجتماعهم على البيع وهو لا يحصل فى غير المحصور ، فظاهره هؤلاء الاعلام اختصاص جواز البيع بما هو وقف على المحصور وان الوقف على غير المحصور خارج عندهم عن مورد الجواز .

واما المصحون بالتفصيل فهم ايضا جماعة منهم الصدوق فى الفقيه فانه بعد ايراد الخبر الا ترى لعلى بن مهزيار الدال على جواز البيع قال قال مصنف هذا الكتاب رضى الله عنه : هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم ولو كان عليهم وعلى اولادهم ماتنا سلوا ومن

بعد على فقراء المسلمين الى ان يرث الله الارض لم يجز بيعه بوجه من الوجوه .
 ومنهم الشيخ في المبسوط ، قال : اذا وقف مسجد أو خرب وخربت المحللة والقرية
 لم يعد ملكه ، وقال محمد بن الحسن : يعود المسجد الى ملكه والاول اصح لانه يثبت
 زوال ملكه وعوده يحتاج الى دليل (انتهى) قوله : لم يعد ملكه « يعنى يبقى وقفاً كما
 كان ، فلا يجوز بيعه ولا يعود الى ملك الواقف كما قاله الشيباني (ثم قال :) فاما اذا
 وقف داراً على قوم ثم انهدمت الدار لم يكن للموقوف عليه بيع العرصه وقال احمد لهم
 بيع العرصه لانهم لا يتوصلون الى الانتفاع بها الاعلى ذلك الوجه ، وقد بينما مذهبنا انه
 يجوز بيع الوقف اذا خيف خرابه او خيف خلف بين الابواب (انتهى) صرح بان
 المسجد الموقوف لا يجوز بيعه وان الدار الموقوفة على قوم معلومين اذا خيف خرابها
 يجوز بيعها .

ومنهم القاضى فى المهنذب قال على ما حكى عنه : اذا كان الشىء وقفاً على قوم
 ومن بعدهم على غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه الى غير ذلك الى ان يرث الله
 الارض ومن عليها لم يجز بيعه على وجه من الوجوه فان كان وقفاً على قوم مخصوصين
 وليس فيه شرط يقتضى رجوعه الى غيرهم حسبما قدمناه وحصل الخوف من هلاكه او
 افساده او كان باربابه حاجة ضرورية ويكون بيعه اصلح لهم من بقائه عليهم او يخاف
 من وقوع خلاف بينهم يؤدى الى فساد فانه يجوز حينئذ بيعه و صرف ثمنه فى مصالحهم
 على حسب استحقاقهم ، فان لم يحصل شىء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه ،
 ولا يجوز هبة الوقف ولا الصدقة به ايضاً (انتهى)

ويدل على ما ذكرناه كلام الحلبي فى السرائر قال : هذا الخلاف الذى حكيناه
 من اصحابنا انما هو اذا كان الوقف على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه
 الى غيرهم ، فاما اذا كان الوقف على قوم وعلى من بعدهم الى غيرهم و كان الواقف
 قد اشترط رجوعه الى غير ذلك الى ان يرث الله الارض لم يجز بيعه بغير خلاف .

فتلخص من جميع ذلك ان من ظفرنا على كلامه ممن جوز بيع الوقف من
 القدماء اما مصرح باختصاص الحكم بما ذكر كالصدوق و الشيخ فى المبسوط و

القاضي والحلي ، او ان كلامه ظاهر في ذلك كالمفيد والشيخ في النهاية و السيدين والديلمي والطوسي وابن سعيد ، مضافاً الى ذلك دعوى الحلي نفي الخلاف في حرمة البيع اذا كان الوقف على غير المحصور ، اذ لا شك ان الحلي قد نظر الى كتب من تقدم عليه او عاصره فمن نقلنا كلماتهم وفهم منها ما فهمنا من اختصاص جواز البيع بالوقف على المحصور اذ لو لذلك لما صح له دعوى الاجماع على المنع في غير ما ذكر .

و كيف كان فحجة المانعين العمومات مثل قولهم : لا يجوز شراء الوقف (١) وان الوقف حبس الاصل وتسبيل الثمرة (٢) لان معناه حبس الاصل عن البيع وسائر الانتقالات فالمنع عن البيع جزء من مفهوم الوقف .
حجة المجوزين خبران :

احدهما الصحيح او الحسن المروي عن علي بن مهزيار قال : كتبت الى ابي- جعفر **عليه السلام** : ان فلانا ابتاع ضيعة فوقفها وجعل لك في الوقف الخمس ، ويسئل عن رأيك في بيع حصتك من الارض او يقيمها على نفسه بما اشتراها به او يدعها موقفة ، فكتب الي : " ثم أعلم فلانا اني امره ببيع حصتي من الضيعة وايصال ثمن ذلك الي " ، وان ذلك رأيي انشاء الله او يقيمها على نفسه ان كان ذلك ارفق به (٣) قال : و كتبت اليه : ان الرجل ذكر ان بين من وقف هذه الضيعة عليهم اختلافاً شديداً ، فانه ليس يأمن ان يتفارق ذلك بينهم بعده ، فان كان ترى ان يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما كان وقف له من ذلك امر به ، فكتب بخطه الي : " أعلمه ان رأيي ان كان قد علم اختلاف ما بين اصحاب الوقف ان يبيع الوقف امثل فليبيع فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنقوس (الخبر) (٤)

قوله : وجعل لك في الوقف الخمس ، يعني جعل خمس الضيعة لك بنذرو نحوه

(١) راجع الوسائل - كتاب الوقوف والصدقات - الباب ٦ - الرواية ١

(٢) راجع المستدرک - كتاب الوقوف والصدقات - الباب ٢ - الرواية ١ - ٢ -

(٣) الي هنا اورده في الوسائل - كتاب الوقوف والصدقات - الباب ٦ - الرواية ٥ -

(٤) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٦ -

ووقف البقية منها ، لانه وقف خمسها عليك لانه لم يقل جعل لك من الوقف الخمس بل قال : جعل لك في الوقف الخمس» واما قول السائل : او يدعها موقفة» فمعناها يترك حصتك بحالها ، لان المعنى يدعها موقوفة ، فالسؤال يشتمل على امرين : احدهما - في الحصة المختصة بالامام هل تباع او يقومها الناذر على نفسه ، او يتركها بحالها ملكاً للامام عليه السلام فاجيب بانه مخير بين البيع والتقويم ان كان ارفق به - وثانيهما - ان بين الموقوف عليهم اختلافًا شديداً ولا يأمّن الواقف ان يتفاقم ذلك بينهم بعدموته اى يعظم الاختلاف بينهم ويشتد فهل يجوز بيع الوقف وتقسيم الثمن عليهم ؟ فاجيب بانه ان علم بسبب اختلافهم ان بيع الوقف امثل يعنى اشبه بالحق و اعدل فليبيع و اما قوله فانه ربما جاء في الاختلاف (اه) فهو تصديق لما رآه الواقف من اقتضاء المصلحة ببيعها عند الاختلاف، يعنى ان الامر كما ذكرت فانه قد يجيء من الاختلاف تلف النفوس والاموال وليس رب هيئنا للتقليل، لان المقصود هو التحرز عن الضرر المترتب على الاختلاف فلا بد من ان يكون الضرر كثيراً اذ مع القلة والندرة لا يكون محذوراً يتحرز عنه ونظيره قوله تعالى : ربما يود الذين كفروا لو كانوا مسلمين (١) لانه مسوق للتخويف ولا يناسبه التقليل كما صرح به الشيخ جمال الدين فى المعنى ثم ان قول الواقف : ليس يأمّن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده « قرينة على ان الواقف جعل تولية الوقف لنفسه و كان الوقف بيده فلم يخف التفاقم الا بعد موته ، و اذا كان متولياً كان قبضه للوقف بمنزلة قبض الموقوف عليه ، فما قيل من تعلق السؤال ببيع الوقف قبل قبضه باطل .

ثم ان مورد هذا الخبر جواز بيع الوقف اذا كان وفقاً على محصورين لان السائل قد عرفهم باعيانهم و علم ان بينهم اختلافاً شديداً لا يأمّن ان يشتد الاختلاف بعد موته (فدعوى) عمومها للوقف على غير المحصور كالفقراء والمساكين (عريّة عن البرهان) .

وثانيهما خبر رواه المشايخ الثلاثة باسانيدهم الصحيحة عن الحسن بن محبوب،

والظاهر انه مأخوذ من كتابه فلا يضر سكوت علماء الرجال عن توثيق جعفر بن حنان الذي روى الخبر ؛ وقال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلته له على قرابته من ابيه وقرابته من امه واوصى لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة ثلاثمائة درهم في كل سنة ويقسم الباقي على قرابته من ابيه وقرابته من امه ، فقال : جائز للذي اوصى له بذلك ، قلت : ارايت ان لم يخرج من غلة الارض التي وقفها الا خمسمائة درهم ، فقال : اليس في وصيته ان يعطى الذي اوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم ، ويقسم الباقي على قرابته من ابيه وقرابته من امه ؟ قلت : نعم ، قال ليس لقرابته ان يأخذوا من الغلة شيئاً حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم ، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك قلت : ارايت ان مات الذي اوصى له ، قال : ان مات كانت الثلثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فاما اذا انقطع ورثته فلم يبق منهم احد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت ترد الى ما يخرج من الوقف ، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة ، قلت : فللمورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الارض ان احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة ؟ قال : نعم ، اذا رضوا كلهم ، وكان البيع خيراً لهم باعوا (الخبر) (١)

قوله : غلة له « قال في القاموس : الغلة الدخل من كراء دار او اجرة غلام او فائدة ارض واغلت الضيعة اعطتها (انتهى) ذكر هذا اللفظ في ستة مواضع من هذا الخبر واريد منه في الجميع معناها اللغوي الا في الموضع الاول فاريد منه الضيعة التي تعطى الغلة من باب استعمال المسبب في السبب ، قوله : اوصى لرجل « ليس المراد من الوصية التملك بعد الموت بل معناها اللغوي وهو العهد والشرط يعني وقف الارض على قرابته وشرط ان يكون للاجنبي واعقابه من دخلها في كل سنة ثلثمائة درهم ويكون للمقرابة ما بقي منها يقسمونه بينهم ، هذا معنى سؤاله الاول فاجيب بانه شرط جائز يجب العمل به لان الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ، قوله : ارايت (اه) هذا سؤال ثان ، معناه : انه اذا مات الاجنبي الموصى له فما يصنع القرابة ، فاجيب بانهم يعطون الثلثمائة درهم ورثة الرجل لانه اوصى بها له ولعقبه فاذا مات

ورثته صارت دخل الضيعة خالصة لقراءة الواقف ، قوله : قلت : فلمورثة من قرابة الميت (اه) هذا سؤال ثالث ، معناه : اذا خلصت الضيعة للبطن الثاني من الموقوف عليهم فهل يجوز لهم بيع الوقف ان احتاجوا الى بيعها ولم يكفهم دخل الضيعة لحوائجهم ؟ فاجيب بقوله : اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم جاز البيع « يعني صحة البيع مشروطة باحتياج الجميع الى البيع وبرضا الجميع بالبيع اذا اجتمع الشرطان جاز البيع ، واما قوله : و كان البيع خيراً لهم « فليس شرطاً زائداً على الشرطين ، بل تقرب لجواز البيع في هذه الصورة ، يعني : اذا كان الحال كما ذكرت من انهم لا يكفهم دخل الضيعة ولا يرفع حوائجهم الا بثمنها كان بيعها لا محالة خيراً من بقائها .

وقد اورد على دلالة الخبر من وجوه :

احدها ان الظاهر منه انه يكفي في جواز البيع عدم كفاية دخل الضيعة لمؤنة سنة الموقوف عليهم وهذا اقل مراتب الفقر الشرعي مع ان المدعى جواز البيع عند الضرورة والحاجة الشديدة ، وبين المعنيين عموم من وجه .

و ثانيها ان ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكل وان لم يكن حاجة ولا ضرورة الى البيع ولا قائل به .

و ثالثها ان مدلوله تقسيم الثمن على الطبقة الموجودة من الموقوف عليهم وهو مخالف للقواعد الاولى لاشتراك الطبقات الاخرى في الثمن كالمثمن ، وهذا ايضاً احد وجوه ضعف الخبر .

ويندفع الاول بان قوله : للمورثة ان يبيعوا الارض ان احتاجوا ، معناه : لهم ان يبيعوا الارض ان احتاجوا الى بيعها ، ومن المعلوم ان الانسان لا يقدم على بيع ضياعه وعقاره الا اذا كان له حاجة شديدة وضرورة اكيدة ، فصرح التقدم باعتبار الشدة في الحاجة والضرورة مع خلو الخبر عن التصريح بالاستفادة ذلك من هذه الجملة من الجواب ، واما قوله : ولم يكفهم ما يخرج من غلة الارض « فليس معناه لا يكفهم الغلة لمؤنة سنتهم ، اذ لم يجز في الخبر ذكر مؤنة السنة ، بل المعنى ان الحوائج

لا ترتفع بغلة الارض بل بثمانها ، وعموم الحاجة شامل لمؤنة السنة وغيرها كالديون والنواب ، فالحاجه اعلم من جميع ذلك .

ويندفع الثاني بان «نعم» في قوله : نعم اذ ارضوا كلهم « حرف جواب معناه الاعلام بتعيين احد طرفي التردد للمستفهم فالمعنى : نعم يجوز البيع اذا كان لهم الحاجة الشديدة الى البيع ورضوا به كلهم ، لوضوح ان المستفهم اذا قال : هل جائك زيد ؟ فقلت في جوابه : نعم ، فمعناه : نعم جائني ، وقوله تعالى : فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم (١) معناه نعم وجدنا ما وعدنا حقاً ، وكذلك قوله : نعم في جواب قول السائل : فلمورثة ان يبيعوا الارض ان احتاجوا « معناه : نعم لهم ان يبيعوا الارض ان احتاجوا الى بيعها ورضوا به كلهم ، لان معناه : لهم ان يبيعوها اذا رضوا وان لم يكن لهم حاجة ، اذ لو لم يكن للحاجة تأثير في جواز البيع وكان المدار فيه على رضا الكل لم يكن لقوله : نعم ، معنى يعول عليه ، بل الاناطة بما ذكره المعترض في الحقيقة رد لما توهمه السائل من تأثير الحاجة في جواز البيع فلا يناسبه التعبير بنعم .

ويندفع الثالث بان الخبر من هذه الجهة معمول به عند القدماء لان كل من قال بجواز البيع مع الحاجة قال يقسم ثمنه على الموجودين ، وهذا الحكم وان كان مخالفاً للقواعد الاولى لكننا خرجنا عن مقتضاها بنص الخبرين المعمول بهما عندهم كما خرجنا بهما عن مقتضى القواعد في بيع الوقف ، واما تبديل الثمن بشيء آخر او ايداعه فمع انه اجتهاد في مقابلة النص ولا قائل به من القدماء ولا دل عليه دليل غير رافع لحوائج الموقوف عليهم فلاموجب للبيع .

ثم ان الخبر الثاني كالاول مختص بالوقف على محصورين وهم قرابة الواقف عن ابيه وامه وهما المستند للقدماء في جواز بيع الوقف ، واما الحلبي المخالف للبيع فهو كابن الجنيد شاذ لا اعتبار بخلافه ، ومنشأ الخلاف ما يراه من ان الخبرين من اخبار الآحاد ، ويدفعه انه لو لا اعتبارها سنداً ودلالة لما افتى بمضمونها رؤساء المذهب كالشيخين

والسيدين واتباعهم .

كلام حول الاسباب المجوزة لبيع الوقف

بقي الكلام في الاسباب المجوزة للمبيع ففي المقنعة : لايجوز بيعه الا ان يخرب ولا يوجد من يراعيه بعمارة او سلطان او غيره ، او يحصل بحيث لايجدى نفعاً ، وكذلك ان حصلت لهم ضرورة الى ثمنه « وفي الانتصار : اذا عتقتهم ضرورة شديدة الى ثمنه « وفي المراسم : اذا لم ينفع به على اى وجه كان ، او يلحق بالوقوف عليهم حاجة شديدة « وفي النهاية خوف هلاك الوقف او فساد ، او كان بارباب الوقف حاجة ضرورة ، او يخاف وقوع خلاف بينهم يؤدي الى وقوع فساد بينهم « وفي المبسوط : خوف خراب الوقف ، او كان باربابه حاجة شديدة او لا يقدر على القيام به « و في العنية والوسيلة خوف خراب الوقف او الحاجة الشديدة باربابه وفي المهذب خوف خراب الوقف ، او لحقوق الضرورة باربابه او خوف وقوع خلاف بينهم يؤدي الى فساد « و قريب منه ما في النزهة ، فبيع الوقف عند الضرورة والحاجة الشديدة الى ثمنه جائز عند الشيخين ، والسيدين ، والديلمي والطوسي ، والقاضي ، وابن سعيد ، و حجتهم على ذلك خبر جعفر بن حيان .

واما جوازه عند خوف خراب الوقف او عند خوف وقوع اختلاف بين الموقوف عليهم يؤدي الى فساد فمنشأه قوله في خبر علي بن مهزيار : ان الرجل ذكر ان بين من وقف عليهم هذه الضيقة اختلافاً شديداً فانه ليس يأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده « قال في القاموس : فقم كفرح فقماً فقماً فهو اقم ، وفلان باطر و اشر ، أو ماله نقد او كثر ضد الامر فقماً وفقو مالم يجر على الاستواء ، وعظم كقمم ككرم و تفاقم (انتهى) فيمكن ان يكون الققم في الخبر معناه ذهاب المال ونفاده ويكون اسم الاشارة راجعاً الى الضيقة الموقوفة فيكون المعنى انه يخاف هلاك الوقف و خرابه بعده ، ويمكن ان يكون مشعراً بالعظمة واسم الاشارة راجعاً الى الاختلاف الذي يكون بين الموقوف عليهم ، و يكون المعنى يخاف ان يعظم الاختلاف بينهم بعد موت الواقف و يشتد فيؤدي الى فساد فرجح المفيد والديلمي حمل الخبر على المعنى الاول حيث جعل

من الاسباب المجوزة للمبيع خوف خراب الوقف ، و الحق به غيرهما خوف وقوع فسادين الموقوف عليهم لان خوف تلف المال اذا كان مسوغاً ، للمبيع فخوف تلف النفوس اولى بذلك ، والظاهر في الخبر هو المعنى الثاني الا ان تعليل الامام عليه السلام جواز البيع عند الاختلاف بقوله : ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس «مشعر بان تلف الوقف وهلاكه ايضاً مجوز للمبيع .

فتلخص من ذلك ان جواز البيع مختص بما كان وقفاً على محصور وسبب البيع منحصر في ثلثة : احدها اضطرار الموقوف عليهم الى ثمن الوقف - والثاني - خوف هلاك الوقف وخرابه - والثالث - خوف تأدية الاختلاف بينهم الى فساد ، واما غير الصور الثلث فلادليل فيه على جواز البيع ولاقائل به من القدماء هذا .

وقال الحلبي : قال شيخنا في مسائل خلافه : اذا انقلعت نخلة من بستان وقف او انكسرت جاز بيعه ، واستدل بان قال دليلنا انه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة الا على هذا الوجه ، قال محمد بن ادريس : يمكن الانتفاع بهذه النخلة من غير بيعها وهو ان يعمل جسر أو زورقاً الى غير ذلك من المنافع مع بقاء عينها وقد بيّنا ان الوقف لا يجوز بيعه ، فعلى هذا التحريم لا يجوز بيعها وينتفع بها من هي وقف عليه بغير البيع فليحفظ ذلك (انتهى) .

قلت : قول الشيخ ليس فيه ان البستان وقف على محصورين كما زعمه الحلبي لقوله او ينتفع بهامن هي وقف عليه ، بل اعم من ذلك ، فالاطلاق شامل لما اذا كان البستان وقفاً على اولاد الواقف او وقفاً على مسجدا ومدرسة ، فيشكل عليه بان البستان وقف على غير المحصور فالنخلة فيه ايضاً كذلك فكيف جاز بيع النخلة المنقلعة مع حكمهم بمنع البيع في الوقف المؤبد (قلت) يمكن الفرق في الوقف بين ما يصلح للبقاء كالضيعة والدار والدكان والخان والحمام واشباهها فلا يجوز بيعها اذا كان وقفاً على غير محصور بخلاف ما يصلح للمبقاء كالحيوان والحصير والبارية والفرش وامثالها فانه يجوز بيعها اذا خيف عليها الموت والهلاك سواء كانت وقفاً على محصور او غير محصور ، لان الوقف وان كان حبس الاصل وتسهيل الثمرة الا انه اذا اشرف على

الهلاك فلاثمرة له عرفاً في هذه الحال الأثمنها فيجوز بيعها وصرف الثمن في ما وقف عليه الاصل ، وايضاً اذا جاز بيع ما يصلح للمبقاء كالضيعة اذا خيف عليها الخراب والهلاك فما لا يصلح للمبقاء اولى بذلك وان كانت الضيعة وقفاً على محصور والحصير وقفاً على غير محصور .

هل يصلح بيع الصبرة مشاهدة؟

مسئلة - هل يصلح بيع الصبرة مشاهدة؟ قال في المبسوط في جملة مسائل الصبرة اذا باع قال بعثك هذه الصبرة بعشرة دراهم ، صح البيع لان الصبرة مشاهدة ومشاهدة المبيع تعنى عن معرفة مقداره وقد روى ان ما يباع كيلا لا يباع جزافاً وهو الاقوى عندي (انتهى) .

قلت: هذه الرواية هو ما رواه في التهذيب باسناده عن ابن سعيد ، عن ابن مسكان عن الحلبي ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة (١) وفيه ايضاً عنه عن ابن ابي عمير ، عن حماد بن عثمان ، عن الحلبي ، عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة وهذا مما يكره من بيع الطعام (٢) .

ورواه في الفقيه بزيادات هذه صورته : روى عن ابن مسكان ، عن الحلبي . عن ابي عبدالله انه قال : في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكييل معلوم وان صاحبه قال للمشتري : ابتع مني هذا العدل الاخر بغير كييل ، فان فيه مثل ما في الاخر الذي ابتعته ، قال : لا يصلح الا بكييل ، قال : وما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة ، وهذا ما يكره من بيع الطعام (الخبر) (٣) .
والدلالة منه في موضعين :

(١) راجع الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٤ - من ابواب عقد البيع وشروطه - الرواية ٣ .

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١ - .

(٣) راجع الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٤ - من ابواب عقد البيع وشروطه - الرواية ٢ .

احدهما قوله : لا يصلح الا بكيل ، لان البايع اراد ترك الكيل في احد العدلين اعتماداً في تعيين مقداره على كيل ما في العدل الآخر فرده الامام عليه السلام بانه لا بد من كيله وانه لا يصح بيعه مجازفة (ان قلت) : البايع مؤتمن في اخباره بكيل المبيع ووزنه وقد اخبر في مورد الرواية بان في العدل الآخر قدر ما في العدل الذي باعه بعد الكيل فلم لم يصدق هيئنا (قلت) قول البايع : فان فيه ما في الاخر الذي ابتعته ، محتمل لوجهين : احدهما - اني قد كلت ما في العدل الآخر ووجدته مساوياً لما في الذي ابتعته ، و الآخر اني احكم بتساوي ما في العدل الآخر لما في الذي ابتعته لان العدلين متساويان في السعة ، والوجه الاول اخبار والثاني اجتهاد ونظر ؛ و اخبار الايمان تدل على تصديق البايع في اخباره لافي نظره واجتهاده ، وقوله : فان فيه ما في الآخر ظاهر في ارادة الثاني فيرتفع المعارضة بينه وبين اخبار الايمان .

وثانيهما قوله : و ما كان من طعام سميت فيه كيلاً لا يصلح مجازفة « لان معنى هذا الكلام : ان كل طعام تحتاج في تعيين مقداره الى تسمية كيل فيه فتقول هذا كذا وكذا قفيزاً او كذا وكذا مكوكا فلا يصلح بيعه مجازفة ، و من المعلوم انسا لانحتاج في تعيين مقدار طعام الى تسمية كيل فيه الا اذا كان مكيلاً ، ففيه تنبيه على امرين : احدهما ، اعتبار الكيل في المكيل ، والاخر التنبيه على حقيقة المكيل عند العرف وبيان ضابطه ومنه يعلم ايضاً حقيقة الموزون وضابطه عندهم وانه شئ يحتاجون في تعيين مقداره الى تسمية وزن فيه فيقولون هذا كذا وكذا مدا او رطلا او صاعاً فتقوله : وما كان من طعام سميت فيه كيلاً » وان كان ظاهراً في تنويع الطعام وانه نوعان نوع تسمى كيلاً ونوع تسمى شيئاً آخر وهو الوزن الا ان السؤال لما كان مختصاً بالنوع الاول خص الجواب به والا فمناط المنع وهو الجهل بالمقدار فيه وفي الموزون واحد ، واما قوله : وهذا ما يكره او مما يكره من بيع الطعام » فالمراد من الكراهة معناها اللغو وهو الالباء والنقرة ؛ لامعناها المصطلح الشرعي .

هل يجوز بيع المكييل وزناً او الموزون كيلا؟

مسئلة - هل يجوز بيع المكييل وزناً او الموزون كيلا ؟ قيل : ان فيه ثلاثة اقوال :
ثالثها التفصيل فيجوز الاول دون الثاني .

قلت : لاشك في ان اعتبار الكييل او الوزن في الطعام او غيره انما هو لمعرفة كمه ، ومعرفة كم الشيء انما هو لمعرفة مقدار ماليته ، ومن المعلوم ان هذا يختلف باختلاف السير والعاتات ، فالقروي والبدوي مثلاً قد لا يعرف الوزن اصلاً وانما يعرف الكيلجة وحمل الحمار و عدل الابل حتى انه لو عرض عليه وزن شيء لم يعرف قدر ماليته الا اذا اعتبره بالكييل ، و الحضري بالعكس فانه لا يعرف الكييل و انما يعرف الارطال والامداد والصيعان والامنان حتى انه لو عرض عليه كيل شيء لم يعرف قدر ماليته الا اذا اعتبره بالوزن .

وعلى هذا فان كان المتبايعان ممن يعرف قدر مالية الشيء بالكييل فقط لم يجز لهما بيعه وزناً وان كانا ممن يعرف قدر ماليته بالوزن فقط لم يجز لهما بيعه كيلاً لان اعتبار الكييل والوزن انما هو في حق المتبايعين واعتبارهما في حقهما انما هو لمعرفة قدر مالية المبيع ، فاذا كان الوزن للقروي لا يوجب المعرفة بالكييل للحضري كان ذلك في حكم بيع الجزاف ولا ينفع الكييل للاول بعد البيع ولا الوزن كذلك للثاني لان العبرة انما هو بمعرفة المقدار حال البيع « نعم » لو باعه القروي كيلاً و اشتراه الحضري منه كذلك مع معرفة نسبته الى الوزن ، او باعه الحضري وزناً و اشتراه القروي كذلك مع معرفة نسبته الى الكييل صح البيع في الصورتين لارتفاع الجهالة .

واما الاحتجاج للتفصيل بان الوزن اضبط من الكييل فيجوز بيع المكييل وزناً دون العكس (فساقط) لان كون الوزن اضبط وادق في الواقع ونفس الامر غير نافع لانه لا يرفع الجهالة الا لمن عرف مقدار المبيع بالكييل والوزن وعرف ايضاً نسبة احدهما الى الآخر والا فالبيع مجهول عنده والبيع جزاف .

هذا هو التحقيق في المسئلة لكن الحللي ذكر في باب بيع الغرر وقال : فان بيع

المكيل بغير جنسه جاز بيعه وزناً، فإما ما يباع وزناً فلا يجوز بيعه كيلاً سواء بيع بجنسه أو بغير جنسه بخلاف (انتهى).

قلت : لم اجد في كتب من تقدمه او عاصره من هذه المسئلة اعنى بيع المكيل وزناً و الموزون كيلاً عيناؤلاً اثرأ « نعم » ذكروا ذلك في باب الربوا لكنهم منعوا هناك من الصورتين اعنى بيع المكيل وزناً و الموزون كيلاً و لم يخصوا المنع بالصورة الثانية .

ثم اذا ثبت بما قررناه ان بيع المكيل وزناً و الموزون كيلاً مع معرفة النسبة بينهما جائز فاعلم انه لافرق في الجوازين انواع البيع من السلف و النسبة و النقد ، فاذا كان الحنطة مثلاً مكيلاً في عرف جاز بيعها في هذا العرف وزناً سلفاً و نسيئة و نقداً مع معرفة نسبة الوزن الى الكيل ، و كذلك الحال في الارز اذا كان موزوناً في عرف .

بحث حول بيع البعض بالبعض من الجنس الواحد

من الاجناس الربوية

نعم يستثنى من ذلك بيع البعض بالبعض من الجنس الواحد من الاجناس الربوية فانه ان كان ذلك الجنس مكيلاً في عرف لم يجوز في هذا العرف بيع بعضه ببعض الا كيلاً بكيل وان كان موزوناً لم يجوز بيع بعضه ببعض الا وزناً بوزن .

صرح به غير واحد من القدماء بل في المبسوط نفى الخلاف فيه قال في باب الربوا : المماثلة شرط في الربوا وانما يعتبر المماثلة بعرف العادة بالحجاز على عهد رسول الله ﷺ فان كانت العادة فيها الكيل لم يجز الآ كيلاً في ساير البلاد وما كان العرف فيه الوزن لم يجز الآ وزناً في ساير البلاد ، و المكيل مكيال اهل المدينة ، و الميزان ميزان اهل مكة ، هذا كله لاخلاف فيه ، فان كان مما لا يعرف عاداته في عهد النبي ﷺ حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء فاذا ثبت ذلك فما عرف بالكيل لا يباع الا كيلاً وما كان العرف فيه الوزن لا يباع الا وزناً (انتهى) .

قوله : فما عرف بالكيل لا يباع الا كيلاً (اه) يعنى اذا كان الجنس ربوياً و

اريد بيع بعضه ببعض لم يصح بيع المكيل منه الا كيلا بكيل و لا الموزون منه الا وزناً بوزن ، و اما اذا اريد بيع بعض هذا الجنس لا بمثله بل بجنس آخر درهم او دينار او غير ذلك فلا يعتبر فيه هذا الشرط ، بل يجوز بيع المكيل وزنا والموزون كيلا اذا عرف النسبة بينهما على وجه ارتفع الجهالة والغرر ، ولذلك قال في اول المسئلة : المماثلة شرط في الربوا ولم يعتبرها في غيره .

وقال في باب الربوا من السرائر: ولا يجوز بيع الجنس الواحد مما يجري فيه الربوا بعضه ببعض وزناً اذا كان اصله الكيل : ولا كيلا اذا كان اصله الوزن (ثم علل ذلك) بان الشارع اوجب علينا التساوى والتماثل بالكيل في المكيلات وبالوزن في الموزونات ، فاذا باع المكيل بعضه ببعض وزناً فاذا رد الى الكيل جازان يتفاضل لثقل احدهما وخفة الاخر (انتهى) .

وقال الشافعى فى بعض ابواب الربوا من رسالة الام، وكل ما كان اصله كيلا لم يجزان يباع بمثله وزناً بوزن ولا وزناً بكيل (انتهى) .

والحجة عليه دلالة الاخبار الواردة فى الربوا من طرق الخاصة فى خبر محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال : قلت له : ما تقول فى الرب بالسويق ؟ فقال : مثلاً بمثل لا بأس (١) وفى خبر محمد بن مسلم وزرارة عنه عليه السلام قال : الحنطة والدقيق مثلاً بمثل . والسويق بالسويق مثلاً بمثل ، والحنطة بالشعير مثلاً بمثل لا بأس (٢) وفى خبر زرارة عنه عليه السلام قال : الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثل بمثل لا بأس (٣) لان اطلاق هذه الاخبار يقتضى ان تكون المماثلة شرطاً فى بيع الاجناس الربوية بعضها ببعض من وجهين :

احدهما - من حيث الكم فيجوز بيع قفيز حنطة بقفيز حنطة لا بقفيزين لانه الربوا المحرم - وثانيهما - المماثلة فيما يقدر به الكم من الكيل او الوزن فلا يجوز

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٩ - من ابواب الربا - الرواية ١.

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٢ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٤ -

بيع المكيل من هذه الاشياء الا كيلا بكيل ولا الموزون منها الا وزناً بوزن ، وقول الشيخ : المماثلة شرط في الربوا « وقول الحلي : ان الشارع اوجب علينا التساوي والتماثل بالكيل في المكيلات وبالوزن في الموزونات » كالصريح في ان اعتبار هذا الشرط في بيع المتجانسين مستفاد من قولهم في تلك الاخبار : مثلاً بمثل .

وقد ورد نظيرها في اخبار العامة ايضاً ؛ روى الشافعي في بعض ابواب الربوا من الرسالة عن عبادة بن الصامت ان رسول الله ﷺ قال : لا تبيعوا الذهب بالذهب ؛ ولا الورق بالورق ، ولا الشعير بالشعير ، ولا الملح بالملح الا سواء بسواء عينا يداً بيد ، و لكن بيعوا الذهب بالورق ، و الورق بالذهب ، والبر بالشعير ، و الشعير بالبر ، و التمر بالملح ، و الملح بالتمر يداً بيد كيف شئتم » لان قوله ﷺ في هذا الخبر . سواء بسواء في معنى قولهم (ع) في اخبار الخاصة : مثلاً بمثل « لان المماثلة والمساوات تفيدان معنى واحداً .

ولقد احسن الحلي قده في قوله اوجب الشارع علينا التساوي والتماثل حيث اشار الى اخبار العامة بالتساوي والى اخبار الخاصة بالتماثل ؛ و اردف احد اللفظين بالآخر للدلالة على ان الطائفتين من الاخبار تفيدان معنى واحداً .

فيما اذا كان جنس من الاجناس الربوية

في عصر النبي مكيلا او موزوناً واختلف في غيره

ثم اذا ثبت بذلك ان المماثلة من الوجهين شرط في بيع البعض بالبعض من الاجناس الربوية فاذا كان شيء من هذه الاجناس في عصر النبي ﷺ مكيلا وصار في عصرنا موزوناً او كان في عصره موزوناً وصار في عصرنا معدوداً فهل العبرة بعصر النبي ﷺ او بعصر المتبايعين ؟ وجهان :

جزم الشيخ في كلامه المتقدم بالاول حيث قال : انما يعتبر المماثلة بعرف العادة بالحجاز على عهد رسول الله ﷺ فان كانت العادة فيه الكيل لم يجز الا كيلا في سائر البلاد ، وما كان العرف فيه الوزن لم يجز الا وزناً في سائر البلاد (الى آخر ما ذكره).

و الوجه فيه : ان قوله **فَبِأَلْسِنَةٍ** سواء بسواء يقتضى باطلاقه اعتبار المساوات و المماثلة بينهما بحسب العادة الجارية في عرف المتبايعين في ذلك الزمان ، فاذا كان المبيع ديناراً و كان الدينار في عصره (ص) موزوناً و كان حكمه في ذلك الزمان انه لا يباع الا وزناً بوزن ثم تغير العادة و صار الدينار معدوداً مثلاً فشك في ارتفاع الحكم و جب الحكم ببقائه استصحاباً « نعم » اذ لم يعلم حال الشيء في عصره (ص) و جب العمل فيه بالعادة الجارية في البلد الذي فيه ذلك الشيء .

و هل يعتبر عرف الشرع في المكيل و الموزون من غير الاجناس الربوية ؟ و جهان : جزم جماعة بالاعتبار قالوا : العبرة في التقدير بالمكيل و الوزن انما هو بزمان النبي **ﷺ** ثم بما اتفق عليه البلاد ثم بما تعارف في كل بلد بالنسبة الى نفسه ، و فرعوا على ذلك انه اذا ثبت كون شيء مكيلاً او موزوناً في عصره لم يجز بيعه جزافاً في عصرنا وان تعارف بيعه كذلك ، وهو مشكل لان الاعتبار بعرف الشرع انما ثبت في الاجناس الربوية بالتمقريب الذي ذكرنا و اما في غير تلك الاجناس فلم يدل عليه دليل و لا قال به قائل من القدماء .

في شروط الربوا

تسميه - شروط الربوا عند القدماء اربعة : احدها - المجانسة بين العوضين - و ثانيها - ان يكونا مما يكال او يوزن - و ثالثها - المماثلة بينهما في المقدار بان يباع قفيز من حنطة بقفيز منها لا بأزيد - و رابعها - المماثلة بينهما في كونه مكيلاً او موزوناً فلا يباع المكيل الا كميلاً بكيل ولا الموزون الا وزناً بوزن ، ولقد اهمل الشرط الاخير جماعة مع دلالة اخبار العامة و الخاصة عليه و تصريح الشيخ و الحلبي باعتباره ، بل ظاهر كلام الشيخ نفي الخلاف فيه بين الخاصة و العامة .

فيما اذا اخبر البايع بمقدار المبيع و ذكر فروع المسئلة

مسئلة - دل جملة من الاخبار على انه اذا اخبر البايع بمقدار المبيع جاز ترك

الكيل فيه والوزن اعتماداً على أخباره ، وليس ذلك من جهة كون أخباره طريقاً عرفياً لمعرفة مقداره حتى ينوط بإفادة الظن بعدالة المخبر كما قيل ، بل هو من باب حجية الاقرار ، لان المبيع قبل البيع ملك للبايع ، ومن ملك شيئاً ملك الاقرار به ، ومعنى ذلك ان كل اقرار حصل من الانسان بالنسبة الى ما يملكه فهو صحيح نافذ لانه اقرار على نفسه واقرار العقلاء على انفسهم جائز ، ولا يختص ذلك بالبايع و المبيع بل يجري في المشتري والتمن ايضاً لان الباب واحد ثم اذا اخبر البايع بالمقدار وتبين الصدق فلا كلام ، والا فاما يتبين الزيادة او النقص ، فان كان المبيع مثلياً وهو مما يتساوى اجزائه في القيمة فان تبين النقصان تخير المشتري بين اخذ الناقص بحصته من الثمن وبين فسخ البيع وان تبين الزيادة اخذ المبيع وترك الزيادة ، وان كان المبيع قيمياً وهو ما لا يتساوى قيمة اجزائه فان تبين النقصان كان المشتري بالخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن وان تبين الزيادة كان البايع بالخيار بين الفسخ و امضاء البيع بكل الثمن .

وبهذه الصورة افتى في المبسوط قال : اذا اشترى صبرة على انها مائة كرفاصاب خمسين كرا كان المشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء فسخ البيع ، وان وجدها اكثر من مائة كرا اخذ المائة بالثمن وترك الزيادة (ثم قال) : اذا قال : بعتك هذه الارض على انها مائة اذرع ، فكانت تسعين فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه بجميع الثمن لان العقد وقع عليه ، وان كانت الارض اكثر من مائة ذراع ، قيل في وجهان : احدهما يكون البايع بالخيار بين الفسخ وبين الاجازة بجميع الثمن وهو الاظهر ، والثاني ان البيع باطل انتهى .

ثم علل الفرق بين الطعام والارض بان الثمن ينتقسم في الطعام على اجزائه لتساوى قيمتها ، وليس كذلك الخشب والثوب و الارض لان اجزائها مختلفة القيمة فلا يمكن قسمة الثمن عليها لانه لا يعلم ان الناقص من الذراع لو وجد كم كانت يكون قيمته ، فاذا كان كذلك خيّر البايع في الزيادة بجميع الثمن و خيّر المشتري في الناقص بجميع الثمن ، قال : ولاجل هذا قلنا لو باع ذراعاً من خشب او من دار او ثوب غير معين

لم يجز، ولوباع قفيزاً من صبرة صح (انتهى)

يعنى ان تخيير البايع فى الزيادة بجميع الثمن وتخيير المشتري فى النقصان بجميع الثمن انما هولان اجزاء القيمى مختلفة القيمة ، ضرورة ان اذرع الارض قيمة بعضها مائة وبعضها خمسون وبعضها عشرون فالذراع الزائد والناقص لا يعلم اى ذراع هى حتى ينقص الثمن بنسبتها او يزداد.

ووافق الحل فى المثلى وخالفه فى القيمى فى الصورتين وفى صورة تبين النقص قال: انه يمسكه المشتري ويسقط من الثمن على قدر القيمة بالحصة من الثمن لئلا يجتمع الثمن والمثمن ، وفى صورة تبين الزيادة ان المشتري بالخيار لان له غرضاً ان لا يكون له فى ذلك شريك فان شاء رد واسترجع الثمن اجمع وان شاء امسك المبيع وكان شريكاً للبايع ، وليس للبايع فى فسخ البيع خيار على حال لعموم قوله تعالى : او فوا بالعقود (ثم قال) : ولى فى هذه المسئلة الاخيرة نظر وتأمل (انتهى) اورد هذا الفصل فى باب بيع المياه والمرعى من السرائر

وما ذكره من التقسيط فى صورة تبين النقص فى القيمى لعلمه مسند الى مارواه عمر بن حنظلة عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل باع ارضاً على انهما عشرة اجربة ، فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا ، فلما مسح الارض اذا هى خمسة اجربة ، قال : ان شاء استرجع فضل ماله واخذ الارض ، وان شاء رد البيع واخذ ماله كله (الخبر) (١) لكن الخبر لما كان ضعيف السند ومضمونه مخالفاً للقواعد الاولية ترك الشيخ العمل به واخذ بمقتضى القاعدة ، و الحل فى قد عكس واخذ بالخبر مع انه مضافاً الى ضعفه من اخبار الاحاد ولا يعمل بها فى موارد اخر

فى معنى المثلى والقيمى

تنبيه - عرفوا المثلى بما يتساوى قيمة اجزائه والقيمى بما يختلف قيمة اجزائه ، وليس فى اللغة اصل لهذا التعريف ، بل فى القاموس وغيره : المثل الشبه ، وانما

ذلك اصطلاح جرى عليه الفقهاء اورده في باب البيع و الغصب وغير ذلك من ابواب
 الفقه اخذوه من قوله تعالى : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (١)
 لان المعنى : فمن اعتدى عليكم بشيء فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى به عليكم ؛
 ومماثل الشيء وان كان هو مثله وقيمه لكن المثل مماثل له حساً برأى العين والقيمة
 مماثل له بالظن و الاجتهاد والمعلوم مقدم على المظنون ، و ايضاً لو اخذ المغصوب
 منه مثله فقد اخذ وفق حقه وان اخذ قيمته فر بما زاد او نقص فكان المثل اولى « نعم »
 لو تعذر المثل فلا بد من الرجوع الى القيمة ، والموصول في الاية ليس بحر في حتى
 يؤل بالمصدر . ويدل على المماثلة في مقدار الاعتداء بل اسمى والعائد محذوف والتقدير :
 بمثل ما اعتدى به .

ثم ان قولهم : ما يتساوى قيمة اجزائه « ليس معناه قيمة اجزاء جنسه او نوعه او
 صنفه بل قيمة اجزاء العين التي وقع عليها البيع او تعلق بها الغصب ، فالحنطة والشعير
 والتمر والزبيب كلها اجناس مثلية ، اذا باع صاعين من حنطة معينة بثمن كان قيمة احد
 الصاعين من هذه الحنطة مساوياً لقيمة الصاع الاخر لا اكثر منه ولا اقل ؛ واذا غصب
 غاصب صاعين من تمر او زبيب فقيمة احد الصاعين من هذا التمر او الزبيب المغصوب
 مساو لقيمة الصاع الاخر ، وهذا بخلاف العنب والرطب لانه اذا باع صاعين من العنب
 امكن اختلاف قيمة احد الصاعين مع الاخر بان يكون فيه اليانع وغير اليانع ويكون
 الاخر كله يانعاً او يكون في احدهما الصالح والفاسد ويكون الاخر كله صالحاً .

وعلى هذا فالدرهم مثلي كالدينار لانه اذا باع شيئاً بعشرة دراهم فقيمة كل درهم
 درهم لا اكثر ، واذا باع شيئاً بمائة دينار فقيمة كل دينار عشرة دراهم لا اكثر ولا اقل ،
 بخلاف ما اذا باع مقداراً من القراض وهي ما يقرض من الدينار بالمقراض او مقداراً من
 الغلة وهي القطعات المكسرة من الدراهم كانوا قبل تداول الفلوس يتعاملون بها الاشياء
 الحقيقية مثل البقل والبيض والجوز يقال للمواحد منها قطعة لان العبرة في القراض
 والغلة انما هو بالوزن و بعض القراض او القطعات اكثر وزناً من الاخر فقيمتها اكثر

وعلى هذا فهما قيميان .

قال في المبسوط : غير الحيوان على ضربين ماله مثل ومالامثل له ، فماله مثل ماتساوت اجزائه ومعناه ماتساوت قيمة اجزائه فكل هذا له مثل كالحبوب والادهان والتمور والاقطان والخلول التي لاماء فيها والاثمان (انتهى) .

التمور جمع النمر ، والاقطان جمع القطن ، والخلول جمع الخل ، والاثمان هي الدرهم والدينار ، وتقيد الخل بالاماء فيها احتراز عما فيه ماء فانه لو اتلف من زيد خلافيه ماء لا يعلم قدر الماء الذي فيه حتى يتدارك بمثله .

وقال ايضاً ما لا يتساوى قيمة اجزائه لا يخلو من احد امرين اما ان يكون من جنس الاثمان ، او من غير جنسها فان كان من غير جنسها كالثياب والخشب والحديد والرصاص والنحاس والعقار ونحو ذلك من الاواني كالصحاف وغيرها فكل هذا وما في معناه مضمون بالقيمة (انتهى) .

قوله : اما ان يكون من جنس الاثمان «قلت كون الشيء من الاثمان غير كون الشيء من جنس الاثمان لان الاول معناه كونه درهماً او ديناراً ، و الثاني معناه كونه ذهباً او فضة ، فلانفاة بين ان يكون الاول مثلياً كما صرح به في العبارة الاولى و ان يكون الثاني قيمياً كما دل عليه في العبارة الثانية : فالارض والثوب والخشب والحديد والرصاص والذهب والفضة وامثالها من المعدنيات كلها قيمة لان اجزاء الارض بعضها رملية وبعضها ترابية وبعضها حجرية وهي مختلفة في القيمة ، وكذلك اجزاء الخشب مختلفة في الرخوة والصلابة ، و المعدنيات كالذهب والفضة وغيرهما مختلفة في الخشونة واللينة وفي سهولة الطبع وعدمها .

بحث حول بيع الصبرة

مسئلة - ربما يقال عند الكلام على بيع الصبرة : (ان بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان او متفرقتها او ذراع من كرباس او عهد من عبيدين او ما اشبه ذلك يتصور على وجوه : الاول - ان يريد بذلك البعض

كسرا واقعياً من الجملة مقدرا بذلك العنوان بان يريد بالصاع مثلاً من صبرة تكون عشرة اصوع عشرها ومن عبد من عبيدين نصفها - الثاني - ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الافراد المتصورة في المجموع نظير تردد الفرد المنتشر بين الافراد ، وهذا يتضح في صاع من الصيعان المتفرقة - الثالث - ان يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق في الافراد المتصورة في تلك الجملة ، قال : والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني ان المبيع في الوجه الثاني مع تفرق الصيعان واحد من الصيعان المتميزة المتشخصة من غير تعين فيكون بيعه مشتملاً على الغرر ، وفي هذا الوجه امر كلي غير متشخص ولا يتميز بنفسه و يتقوم بكل واحد من صيعان الصبرة ويوجد به ، ثم جزم بصحة البيع على الوجه الاول وقواه في الاخيرين على تردد .

اقول: في ما ذكره نظر من وجوه :

احدها ان تقسيم الصبرة الى قسمين مجتمعة الصيعان ومتفرقتها (غير مستقيم) لان الصبرة في العرف واللغة مقدار من الطعام مجتمع الاجزاء من غير كيل ولا وزن قال في القاموس : الصبرة بالضم ما جمع من الطعام بغير كيل ولا وزن (انتهى) وعلى هذا فان تفرق المكان فليس هو بصبرة ولا موسوماً بهذا الاسم للعقول اعرفاً .
و ثانيها ان ذكر الكرباس والعبد من الجملة المتساوية الاجزاء ايضاً غير مستقيم لانهما من القيميات التي تختلف قيمة اجزائها .

و ثالثها انه جزم بصحة البيع اذا اراد بصاع من الصبرة كسراً مشاعاً وتردد في الصحة اذا اراد به فرداً منتشراً (وهذا ايضاً غير مستقيم) لان الصبرة ان كانت مجهولة المقدار كما هو المفروض فالكسر المشاع منها ايضاً كذلك ، ولا ريب ان بيع الصبرة باطل لانها من البيع الجزاف وبه صرح الشيخ فالكسر المشاع منها ايضاً باطل ، وان كانت معلومة المقدار فهو اصطلاح جديد في الصبرة لا يعرفه اللغوي ولا العرف (ان قلت :) قد قدر الكسر المشاع من الصبرة بصاع منها و الصاع معلوم المقدار (قلت :) لا يجوز ان يريد من لفظ واحد اعني صاعاً من صبرة كسراً مشاعاً و عدداً صحيحاً منتشراً فيها لانهما معنيان متضادان ، ان اريد بالصاع الكسر المشاع

بطل البيع للمجهل بقدر الصبرة وقدر كسرها ، وان اريد به العدد الصحيح لم يكن وجه للتردد .

ورابعها ان قول القائل : بعتك صاعاً من هذه الصبرة «معناه واحداً من صيعانها وهو نص في العدد الصحيح ، فارادة الكسر المشاع منه لا يفهمه من هذا اللفظ احد من اهل اللسان ، كما ان قول القائل : بعتك نصف هذين العبدين » نص في الكسر ، فارادة العدد الصحيح منه بان يقول : اردت واحداً من العبدين » ايضاً غير جائز ولذلك لو اقر عند القاضي بالكسر ثم قال اردت واحداً منهما لم يقبل منه والزمه بظاهر اقراره ؛ هذا اذا اريد به صاع من الصيعان المجتمعة في الصبرة ، واما اذا اريد به صاع من صيعان منفردة فهو باطل لعدم تعيين المبيع لانه كقول القائل : بعتك احد هذين العبدين » فيتلخص من ذلك ان بيع صاع من صبرة ليس له وجه صحيح الا اذا اريد به الفرد الواحد المنتشر في الصبرة .

فان قلت : المبيع في هذه الصورة ايضاً فرد مردد غير معين ، و ايضاً اضافة الملك كسائر الاضافات لا يعقل تعلقه بشيء مردد بين شيئين اذ كما لا يعقل تردد الابوة او البنوة بين اثنين فيقال : هذا اوزاك ابوك او ابنك ، كذلك لا يعقل التردد بين متعلق الملك فيقال : ملكتك هذا اوزاك .

قلت : كلا الوجهين غير مانع ، اما الاول فلان بيع المجهول بهذا الاعتبار انما يبطل اذا كان المبيع قيماً كبيراً كبيع عبد من عبيد او ثوب من ثوبين لاختلاف قيم العبيد والثياب فلا يندفع الغرر الا بتعيين المبيع ، واما المثليات فالجهل بها من هذه الجهة غير مانع لان صيعان الصبرة متساوية في القيمة فلا يلزم من جهالة المبيع منها غرر ولذلك قال في المبسوط : لو باع ذراعاً غير معين من خشب او دار او ثوب بطل ولو باع صاعاً من صبرة صح ، واما الثاني فلان نظائره في الوصية والبيع كثيرة .

قالوا : يجوز الوصية ببعض من جملة محصورة كشاة من غنمه وعبد من عبيده و ثوب من ثيابه ، فاذا وصى بشيء من ذلك صح الوصية وكان الخيار في ذلك للمورثة يعطون اي شاة او عبد شأوا اقل ما يقع عليه الاسم ، بل لوتلف الجميع ولم يبق الا واحد

اعطى ذلك الواحد لانه اوصى بشيء لابعينه معلقاً له بصفة والصفة موجودة ، صرح به في المبسوط والسراير والشرائع.

ودل عليه الاخبار ، روى بر يدين معاوية عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى عشرة آلاف طن من انبار بعضه على بعض ، والانبار فيه ثلاثون الف طن ، فقال البايع بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن ، فقال المشتري : قد قبلت واشتريت ورضيت ، فاعطاه المشتري من ثمنه ، ووكل من يقبضه ، وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون الف طن وبقي عشرة آلاف طن ، فقال عليه السلام : العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري ، والعشرون التي احترقت من مال البايع (١) (الخبر).

وايضاً جوزوا ان يبيع ثمرة بستان ويستثنى منها رطلا او مكائيل اذ لافرق في تردد الملك بين ان يبيع رطلا من الثمرة او يبيع الثمرة ويستثنى منها رطلا . قال في المقنعة : ولا بأس ان يستثنى الانسان مما يبيعه من الثمار رطلا معلومة ومكائيل موصوفة واستثناء الربع والثلث منها . واشباه ذلك احوط في البيع ، ولا بأس ان يستثنى البايع من النخل عدداً ونخلاً معيناً فان لم يسم النخل ويعينه بما يميزه به من غيره كان الاستثناء باطلا ، ومن ابتاع ثمرة فاصابتها جائحة فليس على البايع درك في شيء من ذلك ، فان كان استثنى منها شيئاً فله بحساب ما هلك من الثمرة (انتهى) وقريب منه ما في النهاية والمراسم والسراير والشرائع ، فذكروا في الاستثناء اربع صور استثناء الكسر المشاع من الثلث والنصف ، او وزن معين او كيل معين ، او الثمرة من شجر او اشجار بعينها.

والحجة عليه خبر حماد بن عيسى عن ربعي عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يبيع الثمرة ثم يستثنى كيلا او تمرا ، قال : لا بأس به ، قال : وكان مولى له عنده جالساً فقال المولى انه يبيع ويستثنى اوساقاً يعني ابا عبدالله عليه السلام . قال : فنظر اليه ولم ينكر ذلك من قوله (الخبر). (٢)

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٩ - من ابواب عقد البيع وشروطه - الرواية ١-

(٢) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٥ - من ابواب بيع الثمار - الرواية ١

دل على جواز استثناء الكيل ؛ قوله **عَلَيْهِ** : «لابأس» في الجواب عن قول السائل : يستثنى كيلا ، وعلى جواز استثناء الوزن اخبار مولاة **عَلَيْهِ** بأنه يبيع ويستثنى اوساقاً وترك الانكار عليه ، وعلى استثناء الثمر من شجر او اشجار قوله **عَلَيْهِ** : «لابأس» في الجواب عن قول السائل : تمرا « لان المراد منه استثناء نوع من الثمر من غير كيل ليصح التقابل بينهما ولا يكون ذلك الا باضافته الى شجر او اشجار .

واما استثناء الكسر فهو وان لم يكن منصوصاً في الخبر الا انه لا اشكال فيه ، بل قالوا : ان الاستثناء بهذه الصورة احوط ، وذلك لانه لا فرق بين قول القائل : بعثك ربعاً من هذه الدار ، وبين قوله : بعثك من هذه الدار الاثلاثة ارباعها ، وبالجملة فتردد الملك موجود في جميع هذه الصور من الوصية والبيع ولا اشكال فيه عندهم ، اما قولك بعثك صاعاً من هذه الصبرة ، بمنزلة : ملكتك هذا او ذاك (فهو ممنوع) لان التردد ليس في نفس المبيع لانه صاع بلا ترديد و انما التردد في مصاديقه .

ان قلت : قولهم في بيع الثمرة اذا اصابتها جائحة فله بحساب ما هلك هل يرجع الى جميع الصور الاربع المذكورة او الى بعضها ؛ وعلى الاول فظاهره يدل على ان المستثنى عندهم منزل على الكسر المشاع مكايلا كان او موزوناً او تمراً من شجر واللامتنع توزيع الضرر على المتبايعين بنسبة نصيبهما وعلى هذا فما المانع من ان يكون بيع صاع من الصبرة منزلاً على الكسر ايضاً كما قاله القائل المذكور .

قلت : المبيع فيما عدا الصورة الاولى عدد صحيح مكايلا كان او موزوناً او ثمر شجر والالبطل التقابل بينها وبين الصورة الاولى ، فاذا سلم الثمر من الآفة لم يستحق البايع كسراً مشاعاً بل عين ما استثناء من المكيل او غيره فياًخذنه و يترك البقية للمشتري ، واذا اصابتها الجائحة فقد اصابت مالا مختلطاً من مال البايع والمشتري من غير تمييز بينهما ؛ فان اوردنا الضرر على احدهما كان ترجيحاً بلا مرجح وهو باطل فلا بد من ايراده عليهما بنسبة نصيبهما من المالكين ولا يعلم النسبة الا ان يحضر الخراس فينظر ويقول لو لم يصبه الآفة لكانت الثمرة كذا وكذا رطلا او كيلا . فينظر الى النسبة بينه وبين المستثنى ويوزع الضرر عليهما بهذه النسبة ، فلا ينزل العدد الصحيح

على الكسر على كل حال اصابها الآفة اولم تصبها لعدم الحاجة اليه على الثانى ، وانما يكون التنزيل على تقدير اصابة الآفة للاحتياج اليه فى معرفة مقدار الضرر الوارد فيهما .

ان قلت : اذا كان المستثنى ثمر شجر معين فهو متميز عما عداه فلا حاجة فيه الى معرفة النسبة .

قلت : قولهم : شجر معين ليس معناه المعين بالشخص ، بل المعين بالوصف ولذلك قال فى النهاية ومتى استثنى شيئاً من النخل ولم يعينه بالصفة كان الاستثناء باطلا انتهى فانه دل على ان المراد بالمعين ماعين بالوصف وان جهل شخصه ، كما اذا كان له فى البستان نخلات من التمر الصيحاني او العجوة مثلاً و قال بعتك ثمرة هذا البستان الواحدة او ثنتين من الصيحانيات» فان قوله فى الخبر : تمرا» شامل لمثله فاذا اصابته الجائحة هذا النوع من التمر الذى كان فيه المستثنى لزم ايضاً توزيع الضرر عليهما بالنسبة بعدم صرفتها بالطريق الذى ذكرناه ، واما حمل قولهم : ان استثنى (اه) على ما عدا الصورة الاخيرة فبعيد عن سياق كلامهم «نعم» يجب تخصيص الخبر بما اذا توغل المستثنى فى الابهام كما اذا قال: بعتك ثمرة هذا البستان الا ثمر شجر واحد» مع اشتمال البستان على انواع مختلفة من الثمار لاتفاقهم على البطلان.

ثم ان توزيع الضرر عليهما انما هو اذا حصل الضرر بعد قبض المشتري، واما اذا حصل قبل القبض فالضرر كله على البايع لان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ، ولذلك حكم فى الخبر المتقدم ليريد بان التالف من القصب يكون من مال البايع لكون التلف قبل حصول القبض من وكيل المشتري هذا .

ثم انه قد ظهر ما ذكرناه ان الاشاعة انتشار الحق فى مجموع الشيء ، فاذا كان الدار مثلاً مشتركة بين ثلثة فللكل منهم ثلث منها لعل التعمين وعلى سبيل البدلية كما ان من ملك صاعاً من صبرة ملك منها صاعاً مردداً بين صيغاتها من غير تعيين وان كان بينهما فرق من وجه آخر ، وهوانه اذا ورد النقص على الدار ورد على الكسر المنتشر فيها ايضاً بخلاف ما اذا ورد النقص على الصبرة قبل قبض الصاع . و ذلك لان

الكسر ثلث مجموع الدار واذا نقص المجموع سرى النقص الى الكسر ايضاً بخلاف الصاع فانه عدد صحيح مأخذه الصبرة فما بقي منها مقدار يسع صاعاً اخذ منها تماماً ولم يسر النقص اليه ، وليس معنى شركة الثلاثة في الدار ان كل شبر منها مشترك بينهم بمعنى انه يملك كل منهم ثلثاً من الشبر ، بل معناه : ان كل شبر منها ملك لهذا او لذلك اولئك على سبيل البدلية من غير تعيين ، اذ لو ملك كل منهم ثلثاً من كل شبر على التعيين لكان ذلك تعييناً لحقه من بعض الجهات و يلزمه ان لا يحصل الخلاص من الشركة الا بالمعاوضة او الهبة ، وهو خلاف ما اتفقوا عليه من التخلص عنها بالقرعة ودل عليه الاخبار مثل ما ورد في من اعتق في مرض موته ستة ابد له فأقرع النبي ﷺ بينهم واعتق اثنين منهم وارق اربعة (١)

وايضاً هو خلاف ما اجمعوا عليه من ان الشركة اجتماع الحقوق في شيء على وجه لا يتميز شيء منها الا بالقسمة وان القسمة تميز الحقوق ، وليست بيعاً حتى يدخلها الشفعة وخيار المجلس وساير احكام المعاوضات حقوق الورثة من تركة الميت و حقوق المستحقين من الزكوة والخمس كلها من باب الشركة في الاموال لان سهام الورثة من النصف والثلث والرابع وكذلك سهم الفقراء من العشر ونصف العشر وسهم الهاشميين من الخمس كل ذلك عبارة عن كسر مشاع منتشر في جميع المال فيجري احكام الشركة في الجميع .

ان قلت : قولهم في اربعين شاة شاة ، وفي مأتي درهم : خمسة دراهم ، منزل عند الجميع على الكسر المشاع ، وقد انكرت فيما مضى ان يكون بيع صاع من الصبرة منزلاً على الكسر فما الفرق بينهما ؟

قلت : فرق بين ان يقال في اربعين شاة : شاة ، وان يقال من اربعين شاة شاة ، لان التعبير بالظرف يقتضى ان يكون مجموع الاربعين ظرفاً لما يجب اخراجه في الزكوة ولا يكون كذلك الا اذا كان كسر مشاعاً منتشراً في الاربعين ، بخلاف التعبير الثاني ، فانه ظاهر في الفرد الواحد المراد بين الاربعين ، وبيع صاع من صبرة من قبيل الثاني ،

هذاهو وجه الفرق بين المقامين .

قولنا في اشترك الثلاثة ان لكل منهم ثلثاً لاعلى التعيين ، معناه لا تعيين له في الواقع ، وان تعيينه بيد الشركاء اما بالتراضى او باستعمال القرعة « نعم » دل الدليل على ان تعيين حق المستحقين من الزكوة والخمس بيد من يجب عليه الحق كما ان تعيين المبيع من صيعان الصبرة بيد البايع لانه المكلف باقباض المبيع ولا يحصل الاقباض الا بعد تعيينه ، واما استعمال القرعة لتعيين سهام الشركاء من الدار فانما هو لتعيين حقوقهم من العين ، واما تعيين حقوقهم من المنفعة فلا يحتاج الى ذلك بل اذا سكنوا الدار كل في ناحية منها كان هذا التصرف و الاختيار تعييناً لما يملكه كل منهم من المنفعة فاذا كان تصرفه فيها بقدر حصته من العين لم يتوقف جوازه على استئذان غيره لان المنفعة مملوكة لهم بنسبة ملكهم من العين فلا وجه لتوقف صحته على استئذان غيره .

ان قلت : قد اجمع الاصحاب على انه لا يجوز للشريك التصرف في المال المشترك الا باذن سائر الشركاء (قلت) : هذا اذا كان تصرف البعض في جميع المال و اما التصرف فيه بقدر حصته فلا مانع منه فانه يجوز للشريك بيع حصته من الدار بدون اذن الشركاء اجماعاً ، وكذلك اجارتها وهبتها ووقفها ورهنها ، فالقول بانها مستقل في البيع والاجارة وغيرها وغير مستقل في ان يسكنها بنفسه تهافت وتناقض .

بحث حول غضب المشاع

ومن ذلك يظهر ان غضب المشاع امر معقول ، وبصرح في كتاب الشركة من المبسوط قال : غضب المشاع يصح كما يصح غضب المقسوم ، وذلك ان يأخذ عبدأبىن شريكين يمنع احد الشركين من استخدامه ولا يمنع الآخر فيكون قد غضب حصة الذى منعه منه ، وكذلك اذا كان شريكان في دار فدخل غاصب اليها فاخرج احدهما وقعد مع شريكه فيكون غاصباً لحصة الشريك الاخر الذى اخرجه (انتهى)

ووافقه القاضى فى الجواهر قال فى مسائل الشركة : مسألة هل يصح الغصب

في الشيء اذا كان مشاعاً او يمتنع ذلك لاجل انه مشاع ؟ الجواب: ليس يمتنع كون هذا الشيء مشاعاً من الغصب لانه لا يمتنع ان يغصب انسان ذلك بان يمنع صاحب هذا الشيء من التصرف فيه وان لم يمنع الشريك الاخر من التصرف في الباقي (انتهى) .
 وذلك لان الشريك الذي لم يغصب حقه اذا كان ساكناً في الدار مع الغاصب فهو متصرف في حصته من منفعة الدار ومستوف لها فلا يتعلق بها غصب الغاصب واذا لم يتعلق الغصب بحقه فلا محالة يتعلق بحصة الشريك المغصوب منه وهذا هو غصب المنفعة المشاعة ، ومن انكر غصب المشاع فانكاره مبني على ما زعمه من ان اشتراك الدار بين اثنين معناها ان كل جزء منها نصفه لاحدهما ونصفه للاخر فالشريك الساكن مع الغاصب متصرف فيما يكون ربه له وربه للشريك المغصوب منه فلا يتعلق غصب الغاصب بتمام حق الشريك المغصوب منه ، لكن الامر ليس كما زعمه ، بل الشركة معناها ملكية كل واحد من الشركاء كسراً مشاعاً منتشرأ في الدار على سبيل البديلة من دون تعيين ، وانه لا تعين لما يملكه كل منهم لا عيناً ولا منفعة وانما يتعين من العين بالقرعة ومن المنفعة بالسكنى ونحوها .

فيما اذا ظهر نقص المبيع بعد العقد وذكر صور المسئلة

مسئلة - قال في ط : اذا اشترى شيئاً قد رآه قبل العقد صح البيع وان لم يره في الحال ثم لا يخلو من ثلثة احوال : اما ان يكون المبيع من الاشياء التي لا يسرع اليها التلف والهالك ولا يتغير في العادة ، او يكون مما يتلف و يهلك بمضى الاوقات ؛ او يكون مما قد يتلف ، ولا يتلف فان كان مما لا يتلف ولا يتغير في العادة كالصوف والنحاس والاراضي وما اشبه ذلك فان البيع يصح لان الظاهر من حال المبيع السلامة ثم ينظر عند رؤيته فان وجدته على حالته اخذه ، وان وجدته ناقصاً عما كان قد رآه كان له رده ، فان اختلفا فقال المشتري : نقص ، وقال البايع : لم ينقص ، فالقول قول المبتاع لانه الذي ينتزع الثمن منه ولا يجب انتزاع الثمن منه الا باقراره او بيينة تقوم عليه (انتهى) .

يعنى ان المشتري في هذه الدعوى مع انه يدعى النقص منكرو البايع مع انه ينكر النقص مدع فالبينة عليه والحلف على المشتري ، وذلك لان مرجع قول البايع : لانقص فيه » انه اذا سلم المبيع الى المشتري استحق ان ينتزع منه الثمن قهراً ، ومرجع قول المشتري : انه ناقص » الى انه اذا سلم البايع هذا المبيع اليه لم يستحق انتزاع الثمن منه ، فالنزاع بينهما في استحقاق انتزاع الثمن من المشتري وعدم الاستحقاق ، وبهذا الاعتبار فالحلف على المشتري والبينة على البايع ، هذاهو معنى قول الشيخ : لانه الذى ينتزع الثمن منه »

ولكن حملة بعض على معنى انه يقدم قول المشتري لانه المتصرف فى الثمن و ذويد عليه ، فاعترض عليه بان المشتري معترف بتحقيق الناقل الصحيح وان يده على الثمن يد امانة فلا ينفعه التثبيت بالتصرف واليد ، غاية الامر انه يدعى السلطنة على الفسخ والبايع ينكره (ويندفع) بان التثبيت بالتصرف واليد انما يتجه اذا كان الثمن فى يد المشتري قبل ان يقبضه البايع وكلام الشيخ من هذه الجهة مطلق يشمل ما قبل القبض وبعده فالابدمن حملة على ما ذكرناه .

بحث حول اختبار المذوقات بالذوق قبل الشراء

مسئلة - روى فى الوسائل (١) عن الشيخ باسناده عن محمد بن العيص قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق ، يذوقه قبل ان يشتري ؟ قال : نعم فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري » قال فى الوسائل ورواه البرقى فى المحاسن عن ابى سلمان الحذاء عن محمد بن الفيض مثله (انتهى) .

قلت : اختلف القدماء فى تفسير هذا الخبر على قولين :

احد هما ان قول السائل : اشترى ما يذاق يذوقه قبل ان يشتري » معناه : انه اذا اراد احد ان يشتري شيئاً من المذوقات كالحلوات والحموضات فهل يجب عليه ان يختبره قبل الشراء بان يذوقه اولاً يجب عليه الاختبار ؟ فاجيب بقوله : نعم » يعنى

يجب عليه الاختيار وعلى هذا المعنى حمله الشيخان في المقنعة والنهاية والديلمي والطوسي في المراسم والوسيلة بل الحق الشيخان والديلمي المشهورات بالمذوقات فواجبوا اختبارها بالشم ؛ وبالع الطوسي فقال في فصل بيع الغرر : وكل ما يمكن اختباره من غير افساد لم يصح بيعه من غير اختبار (انتهى).

و ثانيهما ان قوله : اشترى ما يذاق يذوقه قبل ان يشتري ، معناه : انه قد جرى عادة الناس على انهم متى ارادوا شراء ما يذاق ذاقوه قبل الشراء من غير استئذان من البايع فهل يجوز ذلك اولا يجوز الا باذن منه ؟ فاجيب بقوله : فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري ، يعني اذا اراد الشراء جازله الذوق لان رضا البايع مستكشف بشاهد الحال فاما اذا لم يرد الشراء لم يجزله ذلك لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وحينئذ فيخرج عن محل الكلام ويكون دليلا على حل هذا التصرف لمن اراد شراء شيء من المذوقات قبل شرائه ، وهذا هو ظاهر الشيخ في المبسوط وابي المكارم في الغنية لانهما لم يذكر اوجوب الاختبار في شيء من المذوقات كما صنعه المفيد وغيره ، فالظاهر انهما حملا الخبر على المعنى الثاني فلا يوجبان الاختبار للاصل و انتفاء الدليل عليه .

و الذي يقوى في النظران دلالة الخبر على المعنى الثاني اظهر لان الجواب مشتمل على جملتين : احديهما - قوله : فليذقه ، والاخرى قوله : ولا يذوقن ما لا يشتري ، ولا شك في ان علة النهي في الثانية حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه ، لا بطلان المعاملة ، والا لقال : ولا يشتري ما لا يذوقه « فهو قرينة على ان المراد من الامر في الجملة الاولى هو الرخصة في الذوق اذا اراد الشراء لانه تصرف في مال الغير باذنه المستكشف بشاهد الحال وهو جريان العادة بذلك لورود الامر به في مورد توهم الحرمة فلا يفيد ازيد من الرخصة في الفعل .

ان قلت : المبيع اذا كان مذوقاً او مشموماً لا يرتفع الجهالة عنه بالرؤية بل لا بد في رفع الغرر عنه من اختباره بالذوق او الشم فمنكر الاختبار باى طريق يدفع الغرر والجهالة .

قلت: يجوز ترك الاختبار و الاقدام على الشراء تعويلا على اصابة الصحة والسلامة لان البايع لا يبيع الا الفرد الصحيح لانه الوصف الغالب على الاشياء ، و المشتري لا يشتري الا الفرد الصحيح لان الثمن المبذول منه ثمن الصحيح واذا كان بناء المعاملة من الطرفين على الصحيح لم يلزم منه غرر .

وبه افتى في المبسوط قال : اذا اشترى شيئا قدر آه قبل العقد صح البيع و ان لم يره في الحال ، ثم لا يخلو من ثلاثة احوال : اما ان يكون المبيع من الاشياء التي لا يسرع اليها التلف و الهلاك ولا يتغير في العادة كالصفر والنحاس ، او يكون مما يتلف ويهلك بمضى الاوقات كالنفواكه والخضروات ، او يكون مما قد يتلف و قد لا يتلف ، قال : فالبيع في الاول يصح لان الظاهر من حال المبيع السلامة ، وفي الثاني ان باعه في زمان يعلم بفساده فالبيع باطل ، وان باعه في زمان قد يتلف بمضيه و قد لا يتلف فالحكم فيه وفي القسم الثالث ان البيع فيهما صحيح ، قال : لان الاصل السلامة و السلامة يجوز فيه من غير امارة فيبني على الاصل (انتهى ملخصاً) .

هذا اذا كان الشك مسبوقاً بيقين السلامة و كذا اذا لم يكن مسبوقاً بذلك لان الشك حينئذ انما هو في انه في الحال صحيح او معيب والاصل فيه ايضاً السلامة لانه الاعم الاغلب في الاشياء .

وفصل بعضهم في الاوصاف التي تختلف القيمة باختلافها بين وصف الصحة والوصف الزائد عليها قال : ان احراز القسم الاول بالاصل يغني عن العلم به بالاختبار بخلاف القسم الثاني فانه لا يميز باصل الصحة بين مراتبها فلا بد من العلم به بالاختبار .

قلت ان القدماء في هذه المسئلة بين قولين لا ثالث لهما منهم من اوجب الاختبار ومنهم من انكره ، والموجب يوجب مطلقا و المنكر ينكره كذلك ، و ايضاً الخبر الذي هو حجة الاختبار ليس فيه التفصيل بل قول السائل : ما يذاق« مطلق يشمل ما يذاق ليميز الصحيح منه من الفاسد اولان يميز به بين مراتب الصحة ومع اطلاق النص والفتوى لا موجب للتفصيل .

هل يصح اشتراط البيع بالبراء من العيوب؟

مسئلة - قال في المراسم ما هذا نصه: ذكر البيع بالبراء من العيوب وغير البراء، البيع بالبراء من العيوب يصح لايلزم معه درك سواء عين العيب او لم يعينه و الافضل تعينه ، وان باع على الصحة فظهر عيب فالمشترى بالخيار ان شاء رده بالعيب و ان شاء اخذ الارش ولم يردده انتهى والمراد من البراء من العيب ان يقول البايع : بعتك هذا المتاع وبرئت من عيوبه» اى لاضمن شيئاً منها ولا يكون على دركها ان ظهر فيه شيء منها ، والمراد من غير البراء ان يقتصر البايع على قوله : بعتك هذا المتاع» من دون ان يتعرض للتبرى من العيب وقد اصطلح القدماء على تسمية القسم الثانى بالبيع على شرط الصحة او بشرط الصحة او البيع على الصحة او البيع على غير البراء من العيب ارادوا بذلك كله اطلاق القول فى البيع وترك التصريح بالتبرى من العيب ، الا ترى الى هذه العبارة حيث قسم البيع فيها اولا الى قسمين : البيع بالبراء من العيب ، و البيع بغير البراء ، ثم ذكر حكم القسمين وقال فى القسم الاول : البيع بالبراء يصح وقال فى القسم الثانى : ان باع على الصحة فحكمه كذا وكذا ، فسمى القسم الثانى تارة بالبيع بغير البراء واخرى بالبيع على الصحة ، فيعلم منه ان البيع على الصحة هو بيع الشيء مطلقاً من غير ان يتبرء من عيوبه .

وقال فى المبسوط : البرائة من العيوب صحيحه ويصح معه العقد سواء كان العيب معلوماً او مجهولاً ، باطناً كان او ظاهراً ، بحيوان كان او بغيره ، فاما اذا لم يبرء من العيب ثم ظهر على عيب يوجب الرد كان له الرد فى اى شيء كان ، و على هذا اذا اشترى ماتحته كامن مثل الجوز واللوز والفسق وما اشبه ذلك من البيض والبطيخ بالبرائة من العيوب صح ، وان اشترى مطلقاً وخرج معيباً كان له رده والمطالبة بالارش (وقال فى موضع آخر) : من اشترى شيئاً على شرط الصحة والسلامة ثم ظهر له فيه عيب سبق وجوده عقد البيع ولم يكن قد تبرء صاحبه اليه من العيوب كلها كان له ان يرد المتاع ويسترجع الثمن (انتهى) .

قابل في العبارة الاولى بين البيع بالبراءة من العيب وبين البيع مطلقا ، وفي العبارة الثانية بين البيع بالبراءة والبيع بشرط الصحة ، فلا بد من ان يكون البيع بشرط الصحة هو البيع مطلقا والا لبطل الحصر المستفاد من الكلام في الموضوعين الدال على ان البيع قسمان لاثالث لهما .

وعلى هذا الاصطلاح جرى الشيخان والديلمي والطوسي ، والوجه فيه : انه اذا اطلق القول في البيع دل على ارادة الصحيح من المبيع امران : احدهما شهادة الحال بذلك لان الفرد الصحيح منه هو اللائق بالاعراض والمناسب للمقاصد ، ضرورة ان الغرض من شراء الحنطة والتمر واللبن مثلا هو التطمع بهذه الاجناس والمعيوب منها غير صالح لذلك ، وكذا الحال في ساير الاجناس من الامتعة والبضائع وثانيتها . ان الثمن المبذول بازائه ثمن يبذل بازاء الصحيح ، ولذلك لو ظهر عيب استحق المشتري مطالبة الارش الذي هو جزء من الثمن يرد عليه تدار كالتقص المبيع بالعيب واذا كان المشتري دافعا لثمن الفرد الصحيح والبائع آخذه كان ذلك قرينة وقوع العقد على هذا الفرد دون الفرد المعيب فالاختصاص ليس لانصراف لفظ المطلق الى الفرد الصحيح كما قيل بل انما هو لوجود القرينة القطعية عليه من الاحوال والافعال ، واما التعبير عنه بالشرط فانما هو للتنبيه على ان وصف الصحة ليس من اركان العقد كتنفس العوضين حتى يتبين البطلان بتبين الخلاف كما لو باعه فرساً فبان حمارا ، او تمراً فبان زيبياً بل تخلف هذا الوصف لا يوجب الا الخيار

وخلاصة القول في ذلك ان البيع بشرط الصحة في كلمات هؤلاء اطلاق عقد البيع وترك التبري من العيوب مع دلالة القرينة على بناء المتبايعين على بيع الفرد الصحيح ، وليس المراد ذكر هذا الشرط لفظاً في متن العقد بان يقول : بعثك هذا المتاع والتمت بان يكون صحيحاً « اذ مع وجود القرائن القطعية على ارادته فالتصريح به لغو غير مفيد .

هذا هو التحقيق في مراد الشيخين واتباعهما وخالف الحلبي وغير الاصطلاح

فقال : من اشترى شيئاً على الاطلاق ولم يشترط الصحة او اشتراه على شرط الصحة

والسلامة ثم ظهر له فيه عيب سبق وجوده عقد البيع ولم يكن قد تبرء صاحبه فيه من العيوب كلها كان المشتري بين خيرتين (الى آخر كلامه) فقسم البيع على ثلاثة اقسام: البيع على الاطلاق ، والبيع بشرط الصحة ، والبيع بالبراءة من العيوب ، مع ان كلام من تقدم عليه ظاهر في ان البيع قسمان ؛ البيع بالبراءة ، وقسم آخر سموه تارة البيع بشرط الصحة واخرى البيع بغير البراءة وثالثة البيع مطلقا ، وكيف كان فقد تبع الحل في تمليث الاقسام جمع ممن تأخر عنه حتى انه جزم بعضهم بان مراد المفيد من شرط الصحة هو التصريح بهذا الشرط لفظا في متن العقد وقد عرفت حقيقة الحال في ذلك .

فيما اذا اشترط البايع صحة المبيع وظهر بعد البيع

خلافه وذكر صور المسئلة

مسئلة - روى زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : ايما رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار ولم يتبرء اليه ولم يبين له فاحث فيه بعدما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء انه يمضى عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به (الخبر) (١)

دل بالمنطوق على انه اذا تصرف المشتري في المبيع بعد قبضه ثم تبين له عيب سابق فيه لم يجز له الرد وانما يجوز له مطالبة الارش ، لكنه مشروط بما اذا لم يتبرء البايع اليه من العيوب ، فيدل بالمفهوم على انه اذا تبرء البايع لم يجز له الرد ولا مطالبة الارش (ان قلت) : دلالة المفهوم مختصة بمورد المنطوق وهو ما اذا تصرف المشتري في المبيع مع ان المدعى سقوط الرد والارش بالبراءة من العيب مع تصرف المشتري و بدونه (قلت) : سقوط الارش انما هو للرضا بالعيب لانه يجعل العيب الموجود بمنزلة المعدوم وهو مستلزم لسقوط الرد ايضا لانه كالارش من لوازم وجود العيب . وقريب منه في المضمون خبر جعفر بن عيسى قال : كتبت الى ابي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع في من يزيد فينادى عليه المنادى ، فاذا نادى عليه برء من

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٦ - من ابواب الخيار - الرواية ٢ -

كل عيب، فاذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق الانقذال الثمن فر بما زهد، فاذا زهد فيه ادعى عيوباً وانه لم يعلم بها، فيقول المنادى: قد برئت منها فيقول المشتري: لم اسمع البرائة منها، ايصدق فلایجب عليه الثمن ام لا يصدق فيجب عليه الثمن! فكتب: عليه الثمن (الخبر) (١).

فان ظاهر السؤال يدل على ان السائل كان يعتقد سقوط الخيار ببرائة البايع من العيوب وقد قرره الامام عليه السلام على ذلك نعم ادعى البايع ان المشتري سمع النداء بالبرائة والمشتري انكره فاجيب بانه لا يسمع انكاره، لان انكار السماع مع دفع الصوت به قول خلاف الظاهر فلا يقبل.

فاعتمد القدماء على الخبرين وافتوا بانه اذا باع شيئاً بالبرائة من عيوبه صح البيع وسقط ضمان الدرك عن البايع ولم يكن للمشتري رد المبيع ولا مطالبة الارش صرح به في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والغنية وغيرها، و اطلاق كلامهم شامل لما اذا كان العيب سبباً لسقوط المبيع عن القيمة كالجوز او اللوز اذا تبين فساد ما فيه حدا لا يصلح الا للاحراق، وكذلك العيب والعيور والداء في الخبر الاول مطلق، والحكم فيه برد الارش لا يقيد العيب بما يكون معه للمعيوب قيمة لانه خلاف الظاهر بل اطلاق العيب يوجب الحكم باختصاص ثبوت الارش بما يكون للمعيوب قيمة، و اما من حكم ببطلان البيع في مثل الجوز واللوز والبيض مما لا يكون لفاسده قيمة فمختص بما اذا لم يتبرء البايع من العيب بان باعه مطلقاً او بشرط الصحة.

وبهذا التفصيل صرح في السرائر قال: وما لا يمكن اختباره الا بافساده واهلاكه كالبيض والبطيخ والقثاء والرمان واشباه ذلك فابتاعه جائز مطلقاً وبشرط الصحة او البرائة من العيوب فان اشتراه مطلقاً او بشرط الصحة ثم كسره المبتاع فان وجده فاسداً كان للمبتاع ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً (الى ان قال): فاما اذا لم يكن لفاسده ومكسوره قيمة بعد كسره مثل بيض الدجاج اذا كان فاسداً فليبيع باطل لانه لا يجوز بيعه ما لا قيمة له (الى آخر كلامه).

فانه خص البطلان بما اذا باعه مطلقا او بشرط الصحة فيدل على انه اذا باعه بالبرائة من العيب فالبيع صحيح والدرك ساقط وبالجملة ففي بيع ما لا قيمة لمكسوره مسئلتان : احديهما بيعه مطلقا ، والاخرى بيعه بالبرائة من العيب ، فمن قال بالبطلان بعد تبين العيب قال به في الصورة الاولى ، ومن قال بالصحة وسقوط الدرك قال به في الثانية ، وناقلا البطلان اشتبه عليه المسئلتان وزعم ان القائل بالبطلان قائل به في الصورتين.

واما استبعاد سقوط الدرك بان اكل الثمن اكل لمال المشتري بالباطل (فمدفوع) بان البايع قد تبرء من جميع العيوب والمشتري مع ذلك يشتريه ويبدل الثمن بازائه فيدل ذلك على انه قد رضى بالعيب و ان بلغ ما بلغ فلا بد من ان يكون له مصلحة في ذلك ، والناس مسلطون على اموالهم (١) (ان قلت) : ما وجه تعدية البرائة بالى في قوله **بالباطل** ولم يتبرء اليه (قلت) : لتضمنه معنى الايصال فهو نظير قوله تعالى : براءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم (٢) قال الزمخشري : معناه براءة واصلة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم (انتهى) فمعنى الخبر لم يتبرء البايع من العيب تبرئاً وصل الى المشتري وبلغه يعنى علمه هذا .

وفى المقام وهم من وجهين آخرين : احدهما - حمل الاخبار و كلام الاصحاب فى شرط البرائة من العيب على معنى شرط المشتري على البايع التبرى من العيب يعنى يشتريه بشرط السلامة مع ان الاخبار والفتاوى صريحة فى عكس ذلك وان المراد تبرى البايع من العيوب بان يتبرء من كون درك العيوب عليه - وثانيهما - ان البرائة من العيب يوجب الغرر سواء كان العيب مخرجاً للمبيع عن المالية او غير مخرج ، و ايضاً بيع م - الا يعلم صحته وفساده لا يصح البناء على صحته وسلامته من العيوب . و البرائة من العيب بمنزلة البيع من غير اعتداد بالصحة و عدمها فهما متناقبان .

(١) راجع البحار للعلامة المجلسي ج ١ - ص ١٥٤

(٢) سورة التوبة : الاية ٢ -

اما قوله ان البرائة من العيب غرر باطل (فمد فوع) باتفاق النص والفتوى على جوازه ، و اما التنافى بينه و بين البناء على الصحة فمسلم لكنه يقدر اذا اريد الجمع بينهما في بيع واحد ، وليس كذلك بل البيع قسمان : قسم يبيعه البايع بانياً فيه على الصحة والسلامة من العيوب و هذا صحيح فان ظهر العيب حصل الخيار للمشتري اذا لم يكن العيب مخرجاً للمبيع عن المالية والابطل البيع من اصله ، و قسم آخر يبيعه بانياً على التبرى من العيب وهو صحيح ايضاً وليس فيه للمشتري خيار ولاعلى البايع درك .

حول بيع المسك في فاره

مسئلة - فارة المسك ونافجة المسك وعائه ذكره في القاموس في (فء ر) وفي (ن ف ج) و قال في (ف و ر) والصواب ايراد فارة المسك في (ف و ر) لفوران رائحتها او يجوز همزها لانها على هيئة صورة الفارة (انتهى) يعنى ان في اشتقاق الفارة من فارة المسك وجهين : احدهما ان تكون معتل العين من فار يفور لفوران رائحتها، والاخر ان تكون مهموز العين من الفار بمعنى الحيوان المعهود سميت بهذا الاسم لانها على هيئة ذلك الحيوان.

قال في فصل بيع الغرر من المبسوط : المسك طاهر يجوز بيعه في فاره قبل ان يفتح ويرى المسك ، والاحوط ان يباع بعد فتحه ، وقال في اواخر باب السلم : والمسك طاهر طيب فان ضبط بالصفة جاز السلم فيه ولايجوز السلم في فاره وان جاز بيعه على ما مضى من الخلاف فيه (انتهى) .

قلت: قد تقدم عن القاموس ان فارة المسك وعائه وذلك لان المعروف ان المسك دم يجتمع في سررظباء بنواحي ختامن بلاد الترك فيصاد الطيب ويشد اصل سرته بخيط ثم يسرح فاذا استحال الدم الى المسك سقط السرة بما فيها وهي التي سميت بفارة المسك او بوعاء المسك ، ولما كان الوعاء جزءاً مباناً من حيوان حتى توهم انه نجس ولذلك قيل انه طاهر لانه لايسقط الا بعد خروج الروح عنه في حال

اتصاله بالحيوان فحكمه حكم ما ينتف من قشور الجرح ولحمه بعد البرء ، مع ان نجاسة الوعاء لا تستلزم نجاسة المسك الذي فيه لانتفاء الرطوبة المسرية (على) انه حكى عن العلامة قدس سره انه روى في (كرة) مرسلًا عن الصادق عليه السلام جواز بيع فارة المسك فيدل على طهارة هذا الجزء وان كان مباناً من حيوان حي او ميت كالانفحة من الميت .

واما قول الشيخ بعدم جواز السلم في فاره فانما هو لعدم امكان ضبطها بالصفة لاختلاف اقسامها في الصغر والكبير « نعم » قال في المبسوط في بيع فارة المسك : الاحوط ان يفتح قبل البيع ليرى المسك (انتهى) وظاهره وجوب اختباره من طريق الرؤية ليعلم لونه ويعرف به انه جديد او قديم لاختلاف القيمة ، واما ادخال خيط فيها بآبرة وشمه بعد الاخراج فالجلد لا يمنع من انتشار رائحة المسك حتى يختبر بهذا الطريق .

وهل يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف؟ الصحيح ، لا؛ اما للجهل بوجودها او للجهل باوصافها لاختلافها في القيمة اختلافاً فاحشاً ، وهل يجوز بيع البيض في بطن الدجاج؟ قيل : لا ، للجهالة يعنى للجهل بوجود البيض للجهل بحجمه ، وحمل على الثاني فاستثنى منهما اذا كان للدجاج فر دمعتاد من البيض والاول اظهر .

بحث حول البيع بالانذار

مسئلة - روى على بن ابي حمزة قال : سمعت معمر الزيات يسئل ابا عبد الله عليه السلام فقال : جعلت فداك انى رجل ابيع الزيت (الى ان قال) : قلت فانه يطرح اطروف السمن والزيت لكل ظرف كذا وكذا رطلا، فر بما زاد وربما نقص ، فقال: اذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس (١) وروى حنان قال كنت جالسا عند ابي عبد الله عليه السلام فقال له معمر الزيات : انا اشتري الزيت في ازقاقه و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق ، فقال: ان كان يزيد وينقص فلا بأس ، وان كان يزيد ولا ينقص فلا تقر به (٢)

(١) الوسائل- كتاب التجارة - الباب ٢٠ من ابواب عقد البيع وشروطه الرواية ١.

(٢) راجع المصدر المذكور آنفا - الرواية ٤ -.

وروى علي بن جعفر عليه السلام عن اخيه موسى بن جعفر (ع) قال : سئلته عن الرجل يشتري المتاع وزناً في الناسية و الجوالق فيقول : ادفع للناسية رطلا او اقل او اكثر من ذلك ايحل ذلك البيع ؟ قال : اذا لم يعلم وزن الناسية او الجوالق فلا بأس اذا تراضيا (الخبر) (١)

اقول : مورد هذه الاخبار كما ترى هو السؤال عما جرت عليه عادة التجار وهي جارية الى الآن ايضاً من ان المبيع اذا كان ما يباع في زق كالزيت والعسل فانه يوزن المظروف مع الظرف ثم يندر ابطال للظرف بحسب الظن و التخمين فان الجهل بوزن الظرف على التحقيق يوجب الجهل بوزن المظروف و يكون بيعه قسماً من بيع الجزاف فسلوا الائمة عليهم السلام عن ذلك واجابوهم بنفي البأس ، ولذلك وقع الخلاف فيه بين الاصحاب فصححه في النهاية والوسيلة والسرائر وجعلوه من مستثنيات بيع الجزاف و لذلك ذكروه في فصل بيع الغرر .

و لكنه لم يتعرض لمسئلة الانذار التي هي مورد تلك الاخبار في المقسعة و المبسوط والمراسم و الغنية مع اطلاقهم المنع عن بيع الجزاف ، فيحتمل في ترك التعرض وجهان : احدهما - ان البيع بالانذار عندهم باطل لانه من بيع الجزاف ولا يصححها تلك الاخبار لضعفها عندهم فاكتفوا في بيان حكمه باطلاق المنع عن بيع الجزاف والغرر .

و ثانيهما - ان البيع بالانذار صحيح عندهم لالانه مستثنى من بيع الجزاف حكماً ؛ بل لانه خارج عنه موضوعاً ، وذلك لان التفاوت بين ما يندر المظرف تخميناً وبين وزنه الحقيقي تفاوت يسير يتسامح فيه كما يتسامح في الدردي القليل في الزيت والسمن ، و قليل التراب والتبن والشيلم في الحنطة وحيثئذ فلا يشمل دليل المنع واما قوله في الخبر : ان كان يزيد وينقص (اه) فمعناه : ان ما يندر المظرف تخميناً ان كان تارة ازيد من وزنه الحقيقي واخرى انقص منه فلا بأس لان الضرر اليسير الوارد على البائع في صورة الزيادة يتدارك بالتع العائد اليه في صورة النقص واما

اذا كان زائداً دائماً فلا تقر به لان ضرره غير متدارك .

فى معنى البيع

فصل - البيع يستعمل على وجوه:

احدها مصدر باع يبيع ومعناه فعل البايع وهو التملك الصادر منه بالايجاب، كما ان المراد من الشراء فعل المشتري وهو التملك الحاصل منه بالقبول، فالبيع والشراء بهذا الاعتبار متقابلان لانهما من قبيل الفعل والانفعال .

و ثانيهما اسم المصدر وهو الاثر الحاصل من الايجاب والقبول اعنى انتقال ملك احد المتعاملين الى الاخر بعوض و هو المراد من قولهم وجب البيع و من قوله تعالى : احل الله البيع (١) اذ ليس المراد تحليل فعل البايع بل تحليل الانتقال لان الانتقال هو التملك ، والتملك حقيقة منزعة من الآثار المترتبة على المنقول من الاكل و الشرب والملبس وغير ذلك من الآثار التى نسميها بالملك فحل الانتقال كناية عن حل تلك التصرفات .

و ثالثها عقد البيع مجازاً من باب تسمية المسبب باسم السبب لان العقد سبب الانتقال ، وبعرفه فى الوسيلة حيث قال : البيع عقد على انتقال عين مملوكة او ما فى حكمها الى غيره بعوض على وجه التراضى « وعرفه فى المبسوط و السرائر بالمعنى الثانى فقالا : البيع انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بالتراضى ، و المعانى الثلاثة متقاربة ، و اما اعتبار كون المبيع عيناً مملوكة و العوض معيناً و ان يحصل المراضات بين المتبايعين فهذه قيود اكثرها زائدة على المعنى اللغوى اعتبرها الشارع تعبدأ هذا .

و قديقال : ان عقد البيع حقيقة فى الصحيح مجاز فى الفاسد لوجود خواص الحقيقة والمجاز من التبادر وصحة السلب وغيرهما ؛ ومن ثم يقبل الاقرار به عليه حتى انه لو ادعى ارادة الفاسد لم يقبل منه اجماعاً مع انه لو كان مشتر كاً بين الصحيح والفاسد

لقبل تفسيره باحدهما كغيره من الالفاظ المشتركة (واورد عليه) بان وضعه للصحيح يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو احل الله البيع واطلاقات ادلة ساير العقود فى مقام الشك فى اعتبار شىء منها مع ان سيرة علماء الاسلام هو التمسك بها فى هذه المقامات .

اقول : فى كل من الاصل والاعتراض نظر ، اما الاصل فلان حمل البيع فى باب الاقرار على الفرد الصحيح ليس لكون لفظ البيع حقيقة فى الصحيح بل انما هو لدلالة القرينة على ارادته فى هذا المقام ، و ذلك لان المقر بالبيع لا يريد الاقرار بالبيع من حيث انه بيع بل من حيث انه سبب الملك فهو فى الحقيقة يريد الاقرار بالملك فيجعل الاقرار بسببه وسيلة الى الاقرار به فلا بد من ان يكون مراده من البيع الفرد الصحيح منه لانه سبب الملك دون الفرد الفاسد ، واما الاعتراض فلان المعترض كانه زعم ان البيع فى الآية يجوز ان يكون مقيداً بوصف الصحيح غيرانه اذا قيدناه به لزم الاجمال مع انها مطلقة عند العلماء ، وليس كذلك بل تقييده بالصحيح غير صحيح لان هذه الآية بنفسها هو دليل صحة البيع فلو كان البيع فيها مقيداً بالصحيح لزم توقف معرفة البيع الصحيح على نفسه وهو الدور .

والسرفى ذلك ان انقسام البيع الى الصحيح والفاسد والمؤثر وغير المؤثر انما هو بعد المعرفة بهما من الدليل فالبيع فى الدليل البدوى الذى يعرف منه الوصف لا يعقل ان يكون مقيداً بالوصف لتقدمه فى الرتبة على وجود الوصف « نعم » الحل لا يتعلق فى الواقع ونفس الامر الا بالفرد الصحيح ولا يريد الشارع تعلقه بغيره الا انه لا طريق لنا الى معرفته الا ببيان الشارع وهو قد بينه بقوله : احل الله البيع « ولفظ البيع فيه عام فيدل على ان كل فرد من افراد البيع حلال وصحيح فيجب الاخذ بهذا العموم والحكم بان كل فرد من افراد البيع صحيح الا اذا دل دليل على فساد فرد خاص منه فليس المعنى : احل الله كل بيع صحيح ، حتى يلزم الدور على ما قلناه او الاجمال على ما زعمه المعترض ، بل المعنى : احل الله كل بيع ، فيلزم منه ان يكون كل بيع صحيحاً الا ما اخرج به الدليل .

وتفارقا بالابدال (انتهى) صرح بان التراضي بالمعاوضة و تقابض المالين يكفى فى انعقاد البيع و حصول الملك ، يعنى وان لم يكن هناك ايجاب ولا قبول لا بالقول ولا بالفعل ، ويوافقه ظاهر الشيخ فى النهاية لانه لم يذكر الايجاب والقبول من شروط البيع .

و ثانيها انه بيع فاسد يجرى عليه حكم البيوع الفاسدة ، وهو ظاهر الطوسى فى الوسيلة لانه ذكر الايجاب و القبول من شروط صحة البيع ثم ذكر ان من اقسام البيع الفاسد كل بيع اختلف فيه شرط من شروط الصحة ، ولعله الظاهر من المراسم ايضاً لانه ذكر الايجاب والقبول من شروط البيع .

و ثالثها انه ليس بيعاً يحصل به الملك بل هو عمل لا يترتب عليه الا اباحة التصرف للمتبايعين فيما يحصل فى يدهما من المالين و هو قول الشيخ فى الخلاف و المبسوط ، و ابي الصلاح فى الكافي ، والقاضى فى الجواهر و ابي المكارم فى الغنية ، والحلى فى السرائر .

قال فى الخلاف : اذا دفع قطعة الى البقلى او الشارب وقال : اعطني بطلا او ماءً فاعطاه فانه لا يكون بيعاً وكذلك ساير المحقرات وانما يكون اباحة له يتصرف كل واحد منهما فيما اخذه تصرفاً مباحاً من غير ان يكون ملكه ، و فائدة ذلك ان البقلى اذا اراد ان يسترجع البقل او اراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعته كان لهما ذلك لان الملك لم يحصل لهما ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة يكون بيعاً صحيحاً وان لم يحصل الايجاب والقبول ، وقال ذلك فى المحقرات دون غيرها ، دليلنا : ان العقد حكم شرعى والادالة فى الشرع على وجوده هنا فيجب ان لا يثبت ، واما الاستباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها (انتهى)

قوله : وانما يكون اباحة « ليس المراد انهما يريدان انشاء اباحة بالتعاطى بل المراد انه يحصل اباحة لهما بهذا العمل شرعاً بقريئة قوله : واما اباحة بذلك فهو مجمع عليه » لان الاجماع انما هو على حصول اباحة لهما شرعاً لاعلى انشاء اباحة فان اباحة يقول بحصول الملك فيلزمه حصول اباحة ، وغير ابي حنيفة يقول بحصول اباحة من دون الملك فهى مجمع عليها بين علماء الاسلام .

وتفارقا بالابدال (انتهى) صرح بان التراضى بالمعاوضة و تقابض المالمين يكفى فى انعقاد البيع و حصول الملك ، يعنى وان لم يكن هناك ايجاب ولا قبول لا بالقول ولا بالفعل ، ويوافقه ظاهر الشيخ فى النهاية لانه لم يذكر الايجاب والقبول من شروط البيع .
و ثانيها انه بيع فاسد يجرى عليه حكم البيوع الفاسدة ، وهو ظاهر الطوسى فى الوسيلة لانه ذكر الايجاب و القبول من شروط صحة البيع ثم ذكر ان من اقسام البيع الفاسد كل بيع اختلف فيه شرط من شروط الصحة ، ولعله الظاهر من المراسم ايضاً لانه ذكر الايجاب والقبول من شروط البيع .

و ثالثها انه ليس بيعاً يحصل به الملك بل هو عمل لا يترتب عليه الا اباحة التصرف للمتبايعين فيما يحصل فى يدهما من المالمين و هو قول الشيخ فى الخلاف و المبسوط ، و ابى الصلاح فى الكافى ، والقاضى فى الجواهر و ابى المكارم فى الغنية ، والحلى فى السرائر .

قال فى الخلاف : اذا دفع قطعة الى البقلى او الشارب و قال : اعطنى بقلا او ماءً فاعطاه فانه لا يكون بيعاً و كذلك ساير المحقرات وانما يكون اباحة له يتصرف كل واحد منهما فيما اخذه تصرفاً مباحاً من غير ان يكون ملكه ، و فائدة ذلك ان البقلى اذا اراد ان يسترجع البقل او اراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعته كان لهما ذلك لان الملك لم يحصل لهما ، و به قال الشافعى ، و قال ابو حنيفة يكون بيعاً صحيحاً وان لم يحصل الايجاب والقبول ، و قال ذلك فى المحقرات دون غيرها ، دليلنا : ان العقد حكم شرعى و لا دلالة فى الشرع على وجوده هنا فيجب ان لا يثبت ، و اما الاستباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها (انتهى)

قوله : وانما يكون اباحة « ليس المراد انهما يريدان انشاء الاباحة بالتعاطى بل المراد انه يحصل الاباحة لهما بهذا العمل شرعاً بقريضة قوله : و اما الاباحة بذلك فهو مجمع عليه » لان الاجماع انما هو على حصول الاباحة لهما شرعاً لاعلى انشاء الاباحة فان اباحه يقول بحصول الملك فيلزمه حصول الاباحة ، و غير ابى حنيفة يقول بحصول الاباحة من دون الملك فهى مجمع عليها بين علماء الاسلام .

وقال في المبسوط في فصل البيع : ان تقدم الايجاب فقال : بعتهك ، فقال : قبلت ، صح بلاخلاف وان تقدم القبول فقال بعنيه بالف فقال : بعتهك ، صح ، والاقوى عندى انه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت فاذا ثبت هذا فكل ما يجرى بين الناس انما هو استباحات وتراض دون ان يكون ذلك بيعاً منعقداً مثل ان يعطى الخباز درهماً فيعطيه الخبز او قطعة للبقل فيناوله البقل وما اشبه ذلك ، ولو ان كل واحد منهما رجع فيما اعطاه كان له ذلك لانه ليس بعقد صحيح هو بيع (انتهى).

ويستفاد منه انه لا فرق في عدم انعقاد البيع وعدم حصول الملك بين ان يكون بينهما معاطاة بدون العقد كتعاطى صاحب الدرهم مع الخباز والبقل او يكون بينهما عقد فاسد لتقدم القبول فيه على الايجاب ، ففي صورتين لا يحصل لهما الا اباحة التصرف دون الملك والانتقال .

و قال في الكافي : البيع عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع والتمن و تسليمهما ، ويفتقر صحته الى شروط ثمانية : صحة الولاية فى المبيعين ، وتعيينهما بالصفة او المبلغ او بهما ، وتعيين الاجل فى المؤجل ، وامكان التسليم ، وقول يقتضى ايجاباً من البايع وقبولاً من المبتاع (الى ان قال) : فان اختلف شرط من هذه لم ينعقد البيع ولم يستحق التسليم وان جاز التصرف مع اختلاف بعضها للتراضى دون عقد البيع و يصح معه الرجوع (انتهى).

وقال فى الجواهر : مسألة ، اذا دفع قطعة الى بقلى اوسقاء و قال له اعطنى ماءً او بقالفا اعطاه هل يكون ذلك بيعاً فى الحقيقة ام لا ؟ الجواب : هذا ليس ببيع لانه ليس فيه ايجاب ولا قبول وانما هو اباحة ؛ ولان العقد حكم شرعى ولا دليل على ثبوت العقد ههنا وعلى من يدعى ذلك الدليل .

وقال فى الغنية : واعتبرنا حصول الايجاب من البايع و القبول من المشتري تجرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والايجاب من البايع ، وهو ان يقول : بعنيه بالف ، فيقول : بعتهك ، فانه لا ينعقد بذلك ؛ بل لابد ان يقول المشتري بعد ذلك : اشتريت او قبلت ، حتى ينعقد ، واحترازاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو

ان يدفع الى البقلى قطعة و يقول : اعطنى بقلا ، فيعطيه ، فان ذلك ليس ببيع و انما هو اباحة للتصرف .

وقال فى السرائر : اذا دفع قطعة الى البقلى او الشارب فقال : اعطنى بقلا او ماء ، فانه لا يكون بيعاً ولا عقداً ، لان الايجاب والقبول ما حصل ؛ وكذلك ساير المحقرات وساير الاشياء محقراً كان او غير محقر من الثياب والحيوان وغير ذلك وانما يكون اباحة ، فيتصرف كل واحد منهما فيما اخذه تصرفاً مأمن غير ان يكون ملكه او دخل فى ملكه ، ولكل واحد منهما ان يرجع فيما بذله لان الملك لم يحصل لهما ، وليس هذا من العقود الفاسدة لانه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منهما وانما ذلك على جهة الاباحة (انتهى)

فانه ليس المراد من قولهم ان التعاطى اباحة انه انشاء للاباحة بل المراد حصول الاباحة شرعاً بذلك العمل ، ولقد اجادوا بالصلاح فى قوله : لم ينعقد البيع ولم يستحق التسليم وان جاز التصرف مع اختلال بعضها بالتراضى دون عقد البيع ، حيث دل بهذا التعبير صريحاً على ان جواز التصرف حكم شرعى يترتب عليه لاجل التراضى للعقد البيع ، ولم يعبر باباحة التصرف لئلا يتوهم منه حصول الاباحة من المتبايعين بالانشاء .

حجة المفيد عموم قوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض (١) لان التجارة هو الدفع والاخذ فى الاموال على ان يكون احدهما عوضاً والاخر معوضاً ، واذا حصل التقابض بين مالين بهذا القصد عن تراض من المالكين كان ذلك تجارة عن تراض ومندرجاً تحت عموم الآية (والجواب) ان الاستثناء منقطع والمعنى : لا يجوز لكم ان يأكل بعضكم مال بعض بالباطل اى بلا عوض بل بالتجارة والمعاوضة بان لا يخرج عنك مال الا ان يقوم مقامه مال آخر ولا يقوم مال مقام مال الا بالمبادلة بينهما فى الملك ، والمبادلة من مقولة الانشاء لاتحصل الا بما تنشأ به من قول او فعل وكلاهما مفقود فلا يحصل الملك .

نعم يباح لكل منهما التصرف فيما وصل اليه من الاخر لعموم المفهوم من قوله **عَنْ رَسُولِ اللَّهِ** : لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه (١) لدلالته على ان طيب نفس المالك محلل للمال وطيب النفس هيئتها حاصل لهما (ان قلت) : طيب النفس لهما انما هو لظن حصول الملك وهو غير حاصل (قلت) : اطلاق الخبر يقتضى عدم الفرق في الطيب بين التنجيزي منه والتعليقي «نعم» يجب التفصيل في التصرفات بين ما يكون موقوفاً على الملك فلا يجوز كالبيع والوطى والعتق ، اذ لا بيع الا في ملك ، ولا عتق الا في ملك ، ولا وطي الا بملك او ملك يمين ، وبين ما لا يتوقف على الملك ويحل بمجرد الرضا وطيب النفس فيجوز كالاكل والشرب والسكنى وامثال ذلك .

وبه صرح الشيخ في كتاب الهبات من المبسوط فانه بعد التصريح بان الهدية لاتصح الا بالايجاب والقبول قال : اذا هدى الى رجل شيئاً على يد رسول فانه على ملكه بعد وان مات المهدي اليه كان له استرجاعه وان مات المهدي كان لورثته الخيار واذا وصلت الهدية الى المهدي اليه لم يملكها بالوصول ولم تلزم وكان ذلك اباحة من المهدي حتى انه لو اهدى اليه جارية لم يجز له ان يستمتع بها لان الاباحة لا تدخل في الاستمتاع ومن اراد الهدية ولزومها وانتقال الملك الى المهدي اليه فليؤكّل رسوله في عقد الهدية معه فاذا مضى واوجب له وقبل المهدي اليه وقبضه اياه لزمه العقد وملك المهدي اليه الهدية (انتهى) .

فانه مع التصريح بان الهدية الخالية عن الايجاب والقبول مباحة للمهدي اليه

(١) لم نجد على هذه الكيفية في كتب الحديث واليك نقل ما يوجد فيها في الوسائل كتاب الصلاة - الباب ٣ - من ابواب مكان المصلى عن سماعة عن ابي عبدالله (ع) في حديث ان رسول الله (ص) قال : من كانت عنده امانة فيؤدها الى من ائتمنه عليها ، فانه لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه ، وعن تحف العقول عن رسول الله (ص) انه قال في خطبة حجة الوداع : ايها الناس انما المؤمنون اخوة ، ولا يحل لمؤمن من مال اخيه الا عن طيب نفس منه ، وفي المستدرک - كتاب الصلاة - الباب ٣ - من ابواب مكان المصلى عن عوالي اللثالي عن رسول الله (ص) وقال : المسلم اخو المسلم لا يحل ماله الا عن طيب نفسه .

صرح بحرمة الاستمتاع بالجارية إذا أهديت من دون إيجاب وقبول ، وعلمه بان الإباحة لا تدخل في الاستمتاع ومعناه : ان الاستمتاع بالجارية لا يجوز الا بنكاح او ملك يمين ولا يحصل احدهما بالإباحة ؛ وهذا هو التفصيل بين التصرفات على الوجه الذي قدسناه ، وهو مقتضى كلام القاضي وابن زهرة والحلي وابي الصلاح لانهم قالوا : المعاطاة مبيح لا مملك ، فان مقتضاه ايضاً المنع عن التصرفات الموقوفة على الملك .

ان قلت : الذي اشتمل عليه اكثر الكتب المذكورة ان المعاطاة ليس ببيع وانما هو اباحة للتصرف ولفظ التصرف فيها مطلق شامل للموقوف على الملك وغيره فما وجه تخصيصه بالثاني .

قلت : قول هؤلاء ليس ببيع وانما هو اباحة للتصرف معناه ليس بمملك وانما هو مبيح للتصرف واذا لم يكن مملكاً فكيف يباح به التصرف الموقوف على الملك مع ان الفرع لا يزيد على الاصل .

ويتفرع على ذلك انه لو تعاطيا في فرس جاز لآخذه ركوبه والحمل عليه ولا يجوز له بيعه لانه لا يبيع الا في ملك و لم يحصل له ذلك بالتعاطي ، فلو باعه فان كان باذن المالك فهو توكيل له في البيع والا ففضولي يصح بالاجازة او يبطل على الخلاف فيه هذا .

في أقسام إباحة المال للغير

ثم ان اباحة المال للغير قسم يملكه الآخذ على بعض الوجوه ، و قسم لا يملكه ، اما الاول فكالاشياء التي تباح مجاناً وبلا عوض كالنثار في الولايم و الاعراس فان مالك الدراهم اذا نثرها واعرض عنها فكانه اراد اتلافها تعظيماً لصاحب الوليمة وحينئذ فيصير كالمباح الاصل في انه اذا اخذه آخذ بقصد الحيازة والمملك ملكه ، قال في كتاب النكاح من المبسوط في فصل الوليمة : نثر السكر واللوز في الولايم وغير ذلك جائز غير انه لا يجوز لاحد اخذه الا باذن صاحبه قولاً او شاهداً حال

انه اباحه ، وينبغي ان لا ينتهب وتركه اولى على كل حال (ثم قال) : ويملك النثار كما يملك الطعام اذا قدم الى قوم ، وقيل فيه ثلاثة اوجه ذكرنا في كتاب الاطعمة اقواها انه يملكها بالاخذ والحيازة (انتهى) .

القسم الثانى الاشياء التى تدفع الى الغير ويكون المقصود من الدفع حصول الملك له غير انه لا يملكها لخلوه عن سبب التمليك فلا يملكها بالدفع لانتفاء السبب ، ولا بالاخذ لانتفاء شرط حصول الملك بالحيازة ، وهذا ايضا قسمان : قسم يكون دفعاً بغير عوض كالهديّة من غير ايجاب وقبول ، و قسم يكون دفعاً بعوض كالمأخوذ ببيع المعاطاة ، اما الاول فهو ان لم يملكها المهدى اليه لعدم وجود سبب الملك لكنه غير مضمون لان المهدى دفعه اليه بقصد المحاباة واذن له فى اتلافه فلا يكون يده عليه يضمن ، واما الثانى فيخلافه ، اذ لاشك فى ضمان المتعاطين كل منهما لمال صاحبه لانتفاء الاستيمان وعدم قصد المحاباة فما يأخذه كل منهما مضمون بالمثل او القيمة وهو الظاهر ايضا من كلام الشيخ .

قال فى فصل ما يصح فيه الربا من المبسوط : اذا كان له عند صير فى دينار فقبض ثمنه من غير لفظ البيع لم يكن ذلك صرفاً وكان للصير فى فى ذمته دراهم وله عند الصير فى دينار ولا يجوز ان يتقاصا لانهما جنسان مختلفان فان اراد ان يتبارئا ابرء كل منهما صاحبه مما له عليه (انتهى)

قوله : فقبض ثمنه من غير لفظ البيع « يعنى عاوض ديناره بدراهم من غير ايجاب وقبول ، فهو ظاهر بل صريح فى ان المأخوذ بالمعاطاة لا يدخل فى ملك آخذه بل كل منهما ملك لدافعه سواء كان موجوداً او تالفاً فان كان موجوداً جاز لصاحبه استرجاعه وان كان تالفاً كان فى ذمة آخذه مثلاً او قيمة فلا يبرء ذمته الا بالابراء « نعم » مع اتحاد الجنس يجوز تملك المأخوذ تقاصاً عن المدفوع هذا .

ويتفرع على القول بالاباحة انه اذا اشترى بالمعاطاة حنطة فزرعها كان زكوتها على البايع لان الزرع لمالك البذر ، واذا اشترى غنماً للتجارة فنتجت فباع النتائج وكان ثمنها اكثر من مؤنة سنة البايع كان الخمس عليه ، واما اذا اكتسب الفقير بالمعاطاة

اموالا تقى بمؤنة سنته لم يجزله اخذ الزكوة لانه وان لم يكن مالها لكنه يجوز له التصرف فيها بالاكل والشرب و اللبس على وجه يسد به خلته و يزول عنه وصف الفقر ، واذا كانت تلك الاموال وافية بمؤنة الحنج و جب ، اذ لافرق في صدق الاستطاعة بين ان يكون مالها او جاز التصرف فيها ، قد تقدم ان ما اخذ بالمعاطاة يجوز له التصرف فيه بما لا يتوقف على الملك كالاكل والشرب دون ما يتوقف عليه كالبيع ، فاذا باعه كان فضولياً فان قلنا بان بيع الفضولي يصح باجازه المالك فاجازه فلا كلام وان قلنا بفساد البيع حرم على المشتري التصرف فيه وعلى البائع التصرف في ثمنه لان قولهم لا يبيع الا في ملك نهي عن التصرفات المترتبة على البيع و اما القول بانه يملكه قبل البيع انا ما فيصح فيه النقل والانتقال فهو تحكم وتخصص على الغيب اذ لم نجد دليلاً عليه ولا قائلًا به من القدماء ، لان من قال منهم بالاباحة لم يقل بانها تنجر وتؤول الى الملك .

ويشبهه في التحكم والتخصص قول من قال : ان المأخوذ بالمعاطاة باق على ملك مالكة مادام قائماً بنفسه واذا هلك انتقل قبل الهلاك الى ملك آخذه ويكون له مطالبة المثل او القيمة من متلفه ، وقد سمعت آنفاً كلام الشيخ في المبسوط الدال على خلاف ذلك صريحاً حيث دل على ان المأخوذ بالمعاطاة لا يدخل في ملك آخذه سواء كان موجوداً او تالفاً وانه يجوز لصاحبه استرجاعه ان كان موجوداً و ان كان تالفاً كان في ذمة آخذه مثلاً او قيمة لا يبرء ذمته الا بالابراء .

حول آراء المتأخرين في بيع المعاطاة

هذا تمام الكلام في تحرير المسئلة على آراء القدماء . واما غيرهم فذهب جمع منهم الى ان الانشاء حاصل من المتعاطين لكن لا بالقول بل بالفعل لانهما يقصدان انشاء التمليك والتملك بتعاطي المالين ، فالاشكال عندهم انما هو من جهة عدم حصول الانشاء فيها بالقول فاختلفوا فيه على اقوال :

احدها انه بيع فاسد لخلوه عن الانشاء باللفظ مع دلالة الدليل على اعتباره

لانهم (ع) قالوا : انما يحلل الكلام ويحرم الكلام .

وثانيها انه بيع صحيح يحصل به الملك اللازم لعموم قوله تعالى : احل الله البيع ، مضافاً الى ان الاصل في البيع لزوم .

وثالثها انه بيع صحيح لكن يحصل به الملك المتزلزل وانه مراد القدماء من قولهم يفيد الاباحة ، يعنى بالاباحة الملك المتزلزل الذى يقتضى التراد مستدلاً عليه بان الفعل قاصر عن افادة المراد بدون القرينة ولذلك منعوا من لزوم الملك و حكموا بجواز التراد مادام العين باقية وتمسك بعضهم فى صحته وترتيب آثار الملك عليه بالسيرة القطعية المستمرة .

اقول : اما قول القدماء : لايجاب فيه ولاقبول ، فمعناه لا انشاء فيه (اصلاً) ، لا بالقول ولا بالفعل ، لان الايجاب والقبول فى كلامهم ولذلك قال الحنفى الموافق لمذهب المفيد : ينعقد البيع بالايجاب والقبول وبالتعاطى ، لانه لم يقل ينعقد بالقول وبالتعاطى حتى يكون التقابل فى كلامه بين القول والتعاطى قرينة على ان المراد منه هو الفعل المقابل للقول ، بل قال : ينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطى ؛ فقابل بين التعاطى ومطلق الايجاب والقبول ، فهذا دليل على ان التعاطى عنده يكون بيعاً لايجاب فيه ولاقبول اصلاً لا بالقول ولا بالفعل ، وايضاً من كان له عند صير فى دينار فقبض ثمنه دراهم من غير لفظ البيع فهو فرد من افراد المعاطاة عند الشيخ كما صرح به فى العبارة المتقدمة عن المبسوط مع انه لا انشاء فيه اصلاً لا بالقول ولا بالفعل ، لانه لو كان مالك الدينار قد اخذ الدرهم من الصير فى بعنوان انها عوض الدينار لكنه لم يدفع الدينار حينما دفعه الى الصير فى بعنوان انه معوض بل كان له عنده ودیعة فلا تعاطى بينهما على وجه ينشأ به البيع ايجاباً وقبولاً .

واما قولهم (ع) : انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ، فقد ورد فى خبر رواه الكليني والشيخ باسنادهما وفيه قلت لا بيع عبد الله (ع) : الرجل يبيعنى ويقول : اشتري هذا الثوب واربحك كذا وكذا ؛ فقال : اليس ان شاء اخذوا ان شاء ترك ؟ فقلت : بلى ، قال : لا بأس ، انما

يحلل الكلام ويحرم الكلام (١) والاستدلال به مبني على ان يكون المعنى : ما يحلل الا الكلام وما يحرم الا الكلام « بان يكون القصر فيه قصر افراد على اصطلاح اهل البيان بان يراد به نفى شركة الغير مع الكلام في التحليل والتحرير ، وليس كذلك بل السياق شاهد بان القصر فيه قصر قلب لان السائل توهم انه اذا قيل له اشتر لي كذا و كذا و قال : قبلت ، كان ذلك قسماً من بيع ما ليس عنده ، فرده الامام عليه السلام بان هذا الكلام وعد لا يوجب التحريم وانما الموجب لهما اذا بعته في الحال و اوجبت البيع فافاد هذا المقصود بقوله : ليس ان شاء اخذ وان شاء ترك « ثم ايد ذلك بقضية مهملة وهو قوله : انما يحلل الكلام ويحرم الكلام » يعني بعض الكلام يحرم مثل ما اذا اوجبت البيع وبعض الكلام لا يحرم مثل ما اذا كان بينكما وعد بالبيع و الشراء ، وعلى هذا فلا يدل على حصر المحلل والمحرم في الكلام حتى يستفاد منه بطلان المعاطاة

واما الاستدلال بعموم «احل الله البيع» فساقط لان البيع في اللغة مبادلة المالين في الملك ولا تحصل ذلك الا بالانشاء ولا انشاء في المعاطاة .

ومنه يظهر ضعف القول الثالث ايضاً ؛ اذ لو كان الفعل قاصراً عن افادة المراد فلا يقيد الملك اصلاً ، لالزوماً ولا جوازاً وان كان وافياً فمقتضاء اللزوم دون الجواز ؛ مع ان حمل قول الاصحاب المعاطاة لا يملك و انما يقيد الاباحة على انه يقيد الملك المترزلاً تعسف واضح .

واما التمسك بالسيرة فموهون بان سيرة العوام لاعبرة بها ، واما العلماء فهم مختلفون واكثرهم لا يرونه مملكاً هذا وينبغي التنبيه على امور احدها ان المعاطاة على قول المفيد (قده) بيع يحصل به الملك فيجري فيه جميع احكام البيوع من البناء على اللزوم وعدم الانفساخ الا بالخيار او بالتقابل ولذلك جعل من شروط لزومه تفارق المتبايعين بالابدان ، واما على القول بالاباحة فلا بيع ولا ملك حتى يدخله الخيار «نعم» يكون من قصدهما حصول الملك لكنه لا يحصل لعدم حصول سببه وهو الانشاء « نعم » يحصل من تراضيها بالمعاوضة وتقابض المالين اباحة التصرف بحكم

الشرع ومع ذلك يدخله الربا لكن لا لكونه بيعاً عرفياً لأن البيع وهو المبادلة بالمالين في الملك لا يحصل الا بالانشاء و هو في المعاظة مفقود ، فلو اطلق عليه الاسم عرفاً فهو مجاز مبني على المسامحة في التعبير ولا عبرة به ، بل لان الربا يدخل في كل ما يقصد به المعاوضة وان لم يكن بيعاً لعموم دليل حرمة الربا .

قال في المبسوط في فصل زكوة الذهب والفضة : اذا كان معه خلخال فيه مأتان و قيمته لاجل الصنعة ثلثمائة لا يلزمه زكوة وان كان قد فرّبه من الزكوة لزمه زكوة على قول بعض علمائنا (ثم قال) فان اعطى خمسة قيمتها سبعة ونصف قبلت منه لانه ما وجب عليه و ان جعل للفقراء ربع عشرها الى وقت بيعها قبل منه ذلك وان اعطى بقيمتها ذهباً يساوي سبعة و نصفاً اجزئه ايضاً لانه يجوز اخراج القيمة عندنا ، وان كان مكان الخمسة سبعة دراهم ونصف لم يقبل منه لانه ربا (انتهى) .

وجه الربا ان ربع عشر الخخال بحسب الوزن خمسة دراهم وبحسب القيمة لاجل الصنعة سبعة ونصف ، فاذا اخرج عوض الخمسة التي في الخخال سبعة دراهم و نصفاً فقد عاوض الفضة بالفضة متفاضلا فصرح بانه من الربا مع انه ليس ذلك من البيع في شيء فيدل على جريان الربا في كل ما يقصد به المعاوضة وان لم يكن بيعاً . ولو اشترى بالمعاظة جارية لم يجز له نكاحها لاقبل تلف الثمن ولا بعده لان الوطى لا يحل الا بنكاح او ملك يمين وكلاهما مفقود ، اما النكاح فظاهر ، واما الملك فلان القائل بالاباحة لا يثبت « نعم » لو اراد المشتري الرجوع الى الثمن وامتنع البايع من رده وجوزنا المقاصة بغير الجنس جاز تملك الجارية تقاصاً .

وكما لا يجوز بيع المأخوذ بالمعاطاة على القول بالاباحة كذلك لا يجوز تملكه بغير البيع كاخراجه في الخمس او الزكوة او ثمن الهدى لان دفع الخمس الى الهاشمي او دفع لحم الهدى الى الفقير تملك له وما ليس بملك لا يجوز تملكه كما لا يجوز بيعه منه لان دليل المنع مشترك .

حول تمييز البايع من المشتري في المعاطاة و تحقيق المسئلة

و ثانيها انه اذا تبايعا بالايجاب والقبول فالبايع منهما من قال : بعتك، والمشتري من قال : قبلت ، واما اذا تبايعا بالتعاطى فقد يقال : ان كان احد العوضين عروضا و الآخر من جنس الاثمان فالبايع صاحب العروض و المشتري صاحب الثمن ، وان تعاطيا في جنس واحد بعضه ببعض كحظنة بحظنة او في جنسين مختلفين كحظنة بارز فما يدفع بنية البدلية من الدراهم فهو الثمن وصاحبه المشتري وما يدفع بنية الاصاله فهو الثمن وصاحبه البايع، واذ افقد هذه النية او وجدت في الماين فقيه وجوه: منها - ان يكون بالنسبة الى كل منهما بيعا و شراء - ومنها - انه بالنسبة الى من يدفع اولاهو بيع و بالنسبة الى من يدفع آخره شراء - ومنها - انه مصالحة بالتعاطى لانها بمعنى التسالم على شىء - ومنها - انه معاوضة مستقلة لاتدخل تحت عنوان البيع و الشراء و لاتحت عنوان آخر من العناوين المعروفة (انتهى).

اقول: ما ذكره في المعاطات محل نظرا ما على القول فيه بالاباحة فلانه لا بيع فيه ولا ملك حتى يقع الاحتياج الى معرفة البايع وانما يكون هناك اباحة للتصرف شرعاً وهو حاصل لكل من المتعاطيين واما على القول بالملك وهو الذى قال به المفيد فمدار حصول الملك عنده انما هو على حصول المراضات والتقايض ان حصلا حصل الملك عرف البايع منهما ام لم يعرف وان لم يحصل ذلك بقى كل منهما على ملك صاحبه نعم لو اعتبرنا في حصول الملك وترتب آثاره وجود العقد المر كب من الايجاب والقبول وجب اشتماله على شروط منها تعيين البايع والمشتري لي عرف الموجب منهما والقابل فان تميز وحصل سائر الشروط من العربية والماضوية وقصد الانشاء وغيرها صح العقد وحصل الملك والابطل ولم يترتب عليه اثر لكنه خارج عن محل البحث لان الكلام انما هو في المعاطات بل لو اعتبر المعرفة بالموجب والقابل على قول المفيد لم يجز شىء من الوجوه الاربعة التى ذكرها ادلاشك في ان البيع والشراء من بين المقولات من مقولة الفعل والانفعال والفعل يقتضى الاولية بالذات لانه شأن العلل والمؤثرات

كما ان الانفعال يقتضى الثانوية لانه شأن الاثار والمعلومات ولامدخل في ذلك لنية الاصلة والبدلية ولالتقدم والتاخر في الوجود فقد يكون المتاخر فعلا و المتقدم انفعالا بل هو الغالب في تعاطي المحقرات فان صاحب القطعة يدفعها قبل البقل مع انه ثانوى بالذات فكأن البقل حاز الاولوية بعرضه على البيع في المعابر والاسواق وعلى هذا فان تمييز البايع من المشتري اما يتقدم الفعل على الانفعال او بوجه آخر فلاشك في الصحة وان تقدم الانفعال على الفعل او كان الحاصل منهما تفاعلا بان بادر كل منهما الى دفع ماله فلا اشكال في البطلان و ان اشتبه الحال فمقتضى القاعدة ايضا البطلان لان حصول السبب الناقل مشكوك والاصل عدمه فلامجال لاحتمال الوجود التي ذكرها من كون المعاطات مضالحة او معاوضة مستقلة غير المعاوضات المعروفة او غير ذلك .

وثالثها انه قد يقال اصل المعاطات اعطاء كل منهما الآخر ماله و هي يتصور بحسب قصدهما على اربعة وجوه الاول ان يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الاخر و الثانى ان يقصد كل منهما تمليك ماله بازاء تمليك والثالث ان يقصد احدهما اباحة ماله بعوض والرابع ان يقصد اباحة ماله بازاء اخرى انتهى **اقول** ما اشتهر بين القدماء من ان المعاطات مملوك او مبيع ليس معناه ان المتعاطيين يشآن الملك او الاباحة كما يوهمه هذا التفصيل لان القول بالملك انما هو مذهب المفيد وهو الاصل فيه والقول بالاباحة مذهب الشيخ و كلامهما في المقنعة والمبسوط ظاهر بل صريح في ان التعاطي لا انشاء فيه اصلا لا بالقول ولا بالفعل وانما الحاصل منه هو المراضات والتقباض غير ان المفيد يجعل ذلك سببا للملك لانه تجارة عن تراض والشيخ يجعله سببا لحل التصرفات شرعا لطيب نفس المتعاطيين بذلك ففرض قصد التمليك او قصد الاباحة كما هو مبنى الوجوه الاربعة المذكورة لا ينطبق على ما هو محل البحث بين الشيخين مع ان فرض المعاوضة بين التمليكين او الاباحتين غير متجه لان المعاوضة في المال معناه قيام احد المالىين مقام الاخر في الملك ولا معنى لذلك في المعاوضة بين التمليكين او الاباحتين .

ورابعها ان ظاهر كلام المفيد كما سبق هو الاستدلال على مذهبه بقوله تعالى «الا ان تكون تجارة عن تراض» وهو يقتضى عموم الحكم لغير البيع من المعاوضات كالأجارة وغيرها سواء كان التراضى فى الكسب والتجارة بمعاوضة مال بمال او بمعاوضة عمل بمال لان كل ذلك تجارة عن تراض بين المتعاطين فاذا اخذ الخياط كرباساً من احد ليخيطه ثوبا واعطاه الاجرة ولم يحصل بينهما عقد فهو اجارة بالتعاطى يحصل بها عند المفيد ملك العوضين اعنى الاجرة وعمل الخياطة لانه تجارة عن تراض ولا ينافيه تأخر قبض العمل عن قبض الاجرة لانه ان اعتبر الترتيب او الموالاة فى ايجاب البيع وقبوله فهو لدليل مختصر به او بمطلق العقد ولادليل على اعتباره فى المعاطات وعموم الكتاب والسنة يدفعه .

وخامسها ان قول المفيد البيع ينعقد اظهر او صريح فى حصول الملك الا لازم بالتقابض وتفارق الابدان وهو الظاهر ايضا من قول الحنفى الموافق له ينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطى لظهوره فى ان ما يحصل بالايجاب والقبول هو الذى يحصل بالتعاطى واما على قول الشيخ فلا يحصل به الملك حتى يبيح عن لزومه وجوازه فقول بعضهم ان الحاصل بالتعاطى ملك متزلزل اذا تلف العوضان او احدهما لزم اجماعاً لم نجده فى كلام احد من القدماء فضلاً عن الجميع بل من قال منهم بالاباحة صرح بعدم حصول الملك وظاهره عدم الفرق فى ذلك بين وجود العوضين وتلفهم لانهم قالوا: ليس بيعاً ولا يحصل لهما الملك ، واذا لم يحصل لهما الملك حال وجودهما فكيف يحصل بتلفهما او بتلف احدهما (ودعوى) كون التلف مؤثراً فى حصول الملكية (تحكم ظاهر) وقد سبق كلام الشيخ فى من كان له عند صير فى دينار فقبض ثمنه من غير لفظ البيع انه لا يكون صرفاً ولا يجوز المقاصة لهما ولا يبرء ذمتهما الا بالتبارى ، وهذا تصريح منه ببقاء الملكية لهما حال تلف العوضين او تلف احدهما .

ان قلت : اذا اعتبر الانشاء فى حصول الملك كان مقتضاه فساد العقد بانتفائه ، وقد قالوا : ان المقبوض بالبيع الفاسد حكمه حكم العصب فكيف يقول الشيخ بالاباحة .

قلت: البيع الفاسد عند هؤلاء هو ما ورد النهى عنه في الشريعة كالربا والغرر واشباه ذلك، فإن النهى عنها نهى عن العمل بمقتضاها وعن التصرفات المترتبة عليها، ولا يتنفع في حلها رضا المتعاملين، وهذا بخلاف المعاطاة فإنه لم يرد نهى عنه فحكموا بحل التصرفات المترتبة عليه لأن عموم قولهم : لايجل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس - « سليم عن معارضة نهى الشارع ، وقد صرح الحلبي في كلامه المتقدم بان المعاطاة ليست من العقود الفاسدة والاماحل التصرف في الماين ، والوجه فيه ما حررناه .

في ان البيع الذي جعله الشارع موضوعاً للاحكام مخصوصة

ماهو ؟

وسادسها ان الملك اثر لا يوجد الا بوجود اسبابه ، والاشياء التي جعلها الشارع اسباباً لوجوده قسمان: قهري كالارث، واختياري، وهو ما فعل كالحيازة او قول كالعقود التي منها البيع ، والبيع الذي جعله الشارع موضوعاً للاحكام مخصوصة لاشكال في انه ينعقد بقولنا : بعتهذا بهذا « فاذا انشأ بهذا اللفظ صح التمسك في صحته ونفوذه بقوله تعالى : احل الله البيع « واتجه الاستدلال على دخول خيار المجلس فيه بقولهم (ع) : البيعان بالخيار ما لم يفترقا (١)

واما اذا انشأ بقولنا : ملكتك هذا بهذا « او « جعلته ملكالك « او « نقلته « او « ادخلته في ملكك « فهل ينعقد به البيع على وجه يترتب عليه الآثار المخصوصة ؟ وجهان: اصحهما عدم ، وذلك لوجهين: (احدهما) ان الملك اثر فيوجد عند انشاء السبب المؤثر في وجوده من البيع والصلح والهبة وامثالها ، واما كونه قابلاً لان ينشأ بنفسه وبلا واسطة شيء من اسبابه فموقوف على الدليل وهو مفقود (وثانيهما) ان الملك بالعوض لازم اعم للبيع لان الصلح والهبة المعوضة يلزمانه ايضاً فلو سلم كونه قابلاً لان ينشأ بنفسه لم ينشأ بقوله : ملكتك « الا قدر مشترك بين ما ينشأ بالبيع والصلح والهبة وهو غير معقول لتضاد احكامها وتباينها ، فان الجهل معتقر في المصالح عليه وغير معتقر

فى المبيع والتمن لان ذلك غرر منهى عنه، وايضاً خيار المجلس يدخل فى البيع ولا يدخل فى غيره ، وايضاً التقابض فى العوضين شرط فى بيع الصرف وليس بشرط فى الصلح ، وايضاً البيع والصلح من العقود اللازمة والهبة قبل القبض عقد جائز الى غير ذلك من الاحكام المتباعدة ، ومثله الكلام فى انشائه بقوله : سلطتك عليه بكذا « او اعطيتكه » او « جعلته لك » فعدم حصول البيع بهذه الالفاظ و الانشاءات ليس لاعتبار الصراحة فيه وفقدها فى هذه الصيغ ، بل انما هو لما ذكرناه من الوجهين .

واما ما يقال : من ان معنى « بعث » فى لغة العرب « ملكت غيرى » فمراد قائله حصول الملك بلفظ البيع ، لان اللفظين مترادفان بحيث يصلح كل منهما فى موضع الآخر ، فهو كقول اللغوى : البيع مبادلة مال بمال « و كقول النحوى فى : زيد يقوم » انه فى معنى « زيد قائم » فان مراد اللغوى هو ان البيع يؤثر فى تبديل احد المالىين بالآخر فى الملك ، لان اللفظين مترادفان بحيث يجوز انشاء البيع بلفظ بادلت او بدلت كذا بكذا وكذلك مراد النحوى هو ان الخبر اذا كان فعلاً فهو بمعنى الاسم من بعض الوجوه ، لان الفعل والاسم سواء من جميع الجهات ، والالما كان احدهما فعلاً والآخر اسماً .

واما قول الشيخ والجماعة : ان من الشروط الايجاب والقبول فحمله على مطلق الايجاب والقبول ، يعنى باى لفظ كان (غلط) لا يقول به احد ، بل المراد ايجاب البيع وقبوله ، لانهم ذكروا ذلك تحت عنوان البيع فاللام فىهما للعهد .

فى بيع الاخرس ونحوه

وسابها ان من لا يقدر على التكلم كالآخرس يكفيه البيع بالاشارة المفهمة لهذا المعنى على نحو ما يفهم به سائر حوائجه . ولا فرق بين ان ينشأ ذلك بالاشارة او يوكل ناطقاً يتلفظ بالايجاب والقبول لان توكيله لا يكون الا بالاشارة ، فيدور الامر بين انشاء البيع باشارة صادرة من نفسه او انشائه بلفظ صادر من غيره منتسب اليه بالاشارة ، فان لم يترجح الاول لكونه بيعاً بالمباشرة بخلاف الثانى فانه بيع بالتسيب

فلا ترجيح للثاني عليه ، ولا فرق ايضاً بين انشاء البيع باشارة الجارحة او بالكتابة ان كان يعلمها فان كلا منهما فعل مفهم لمقصوده .

واما اخبار طلاق الاخرس (١) فقد وردت لتعليمه كيف يشير الى الطلاق لان اكثر مقاصده اخبارات يعلم كيف يشير اليها ويعرف الناطقون معاني اشاراته، بخلاف الطلاق فانه امر انشائي نادر الوقوع لا يعلم كيف يشير اليه على وجه يعلم منها مراده فقيل له في الاخبار ان يكتب الطلاق و يشهد عليه يريد بكتابه انشاءه بها او يأخذ مقتضاها و يلقبها على رأسها يعني احتجبي عنى فقد حرمت على ، فتقديم الكتابة في بعض هذه الاخبار لانها اسهل طريق يعرف منه الطلاق لو كان الاخرس يعلمه، والله العالم.

فيما اذا تلف المقبوض بالبيع الفاسد

مسئلة- اذا تلف المقبوض بالبيع الفاسد فلا شك في ضمان المشتري القابض له اما بالمثل ان كان مثلياً او بالقيمة ان كان قيمياً ، غير ان القيمي اذا اختلفت قيمته من زمان القبض الى يوم التلف فهل العبرة بقيمته يوم القبض او يوم التلف او اعلى القيم؟ وجوه واقوال : فقيل ان مذهب الشيخين واتباعهما بل الاكثر هو الوجه الثاني اعنى يوم التلف لانه زمان استقرار القيمة في ذمة القابض ، وربما يرجح الاول لان الصحيحة المروية عن ابي ولادتدل على ان ضمان المغصوب انما هو بقيمة يوم الغصب فيثبت ذلك في المقبوض بالبيع الفاسد ايضاً لان الحللي ادعى الاجماع على ان حكمه حكم الغصب ، وقيل بالوجه الثالث بناء على ان حكم الغصب ايضاً ذلك.

اقول : اما ضمان الغصب فالذى يظهر من كلمات القدماء انهم ذهبوا فيه الى قولين لاثالث لهما - احدهما - انه مضمون على الغاصب بأعلى القيم- وثانيهما- انه مضمون بقيمة يوم الغصب ، والاول اختيار السيد المرتضى في الناصريات و الشيخ في مواضع من المبسوط والطوسي في الوسيلة والقاضي في الجواهر و ابي المكارم في الغنية والحلي في كتاب الغصب من السرائر والثاني مذهب الشيخ في النهاية والحلي

(١) راجع الوسائل - كتاب الطلاق - الباب ١٩ من ابواب مقدماته وشروطه .

في كتاب الاجارة ، لكن الشيخ عدل عنه في المبسوط ، وكذا الحلبي عدل عنه في كتاب الغصب ، واما الاعتبار بقيمة الغصب يوم التلف فلم اجد قائلًا به من القدماء .
قال الناصر : اذا تلف المصوب في يد الغاصب وكان من ذوى الامثال فعليه اكثر قيمته في ايام كونه في يده .

وقال السيد : الذى نذهب اليه ان المصوب اذا كان تلف في يد الغاصب و كان له امثال موجودة ورضى المصوب منه ان يأخذ المثل كان على الغاصب ان يعطيه ذلك والا فالقيمة ، وقد روى انه يلزمه اكثر قيمته مدة ايام الغصب ، فالاولى ان يأخذ بالازيد للاحتياط والاستظهار .

وقال في كتاب الغصب من المبسوط : اذا غصب ثوباً قيمته عشرة دراهم فزادت قيمته لزيادة السوق فبلغت عشرين ثم عادت قيمته الى عشرة اودونها نظرت فان هلك الثوب قبل الرد فعليه قيمة اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف و ان كان لم يتلف وكان قائماً بحاله رده ولا يرد ما نقص من القيمة لانه لا دليل عليه والاصل برائة الذمة .

وقال في كتاب الاجارة منه في مسئلة ضمان العين التى استوجر للعمل فيها :
واما الضمان فان تلف بغير تعدد منه فلا ضمان عليه ، وان تلف بجناية فعليه قيمته وقت الجناية وان تلف بعد تعدد به منه مثل ان يكون ثوباً فاستعمله فانه يضمنه لان امانته بطلت بالتعدى وعليه قيمته اكثر ما كانت من حين التعدى الى التلف (وقال في موضع آخر من كتاب الاجارة) : ان اكثرى دابة من بغداد الى حلوان ثم تجاوز بها الى همدان فان الكلام ههنا في فصلين احدهما ، فى الاجارة ، والثانى فى الضمان (الى ان قال) : واما الكلام فى الضمان فلا يخلو اما ان يكون صاحبها معها اولم يكن معها . فان لم يكن صاحبها معها فانه يكون مضموناً ثم نظرت فان ردها الى بغداد الى يد صاحبها فلا ضمان عليه وعليه اجرة المثل فيما تعدى فيه ، وان تلفت فانه يضمن بالغأما بلغت من وقت التعدى الى حين التلف لانه يوم اكترىها .

وقال فى الوسيلة : وان تلف المصوب ضمن قيمته اكثر ما كانت من يوم الغصب

الى يوم التلف .

وقال في الجواهر : مسألة ، اذا غصب انسان ثوباً وشقه نصفين وتلف احد هما ما الحكم في ذلك ؟ الجواب : اذا فعل الغاصب ذلك كان عليه رد ما بقى من الثوب وقيمة التالف اكثر ما كانت قيمته الى وقت التلف .

وقال في الغنية في كتاب الغصب : فان لم يرد حتى هلكت العين لزمه ضمان قيمتها اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ، لانه اذا ادى ذلك برئت ذمته بيقين وليس كذلك اذا لم يؤده .

وقال في كتاب الغصب من السرائر : فان لم يردها حتى هلكت العين لزمه ضمان قيمتها باكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف لانه اذا ادى ذلك برئت ذمته بيقين وليس كذلك اذا لم يؤده (انتهى) .

هذه كلمات القائلين بأعلى القيم ، واما القائلون بقيمة يوم الغصب فقال الشيخ في كتاب الاجارة من النهاية : واذا اكثرها اي الدابة على ان يركبها في موضع مخصوص لم يجز له ان يتجاوزها ، وكذلك ان اكثرها على ان يحملها مقداراً بعينه لم يجز له ان يحملها اكثر من ذلك (الى ان قال) : ومتى خالف شيئاً مما قلناه كان ضامناً لها ولكل ما يحدث فيها (الى ان قال) : ومتى هلكت الدابة والحال ما وصفناه كان ضامناً لها ولزمه قيمة يوم تعدى فيها (انتهى) ومثله ما ذكره في السرائر في كتاب الاجارة .

وقال في الشرايع في صورة تلف المغصوب : وان لم يكن مثلياً ضمن قيمته يوم غصبه وهو اختيار الاكثر .

وقال في المبسوط و الخلاف : يضمن أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف وهو حسن (انتهى) .

وقد ظهر مما سبق ان القائل بأعلى القيم لا ينحصر في الشيخ بل هو اختيار الاكثر «نعم» القول بقيمة يوم الغصب منحصر في الشيخ والحلي لكنهما رجعا عنه . هذا ما ذكره في ضمان التالف اذا كان غصباً ، واما اذا كان مقبوضاً بالبيع الفاسد فقد صرح في المبسوط والسرائر بان حكمه حكم الغصب ، بل ظاهر السرائر

دعوى الاجماع عليه قال: المقبوض بالبيع الفاسد يجرى عند اصحابنا مجرى الغصب الا في الاثم خاصة (انتهى) والوجه في ذلك ان البيع الفاسد كالربا والغرر وبيع الخمر والخنزير واشباه ذلك يبيع نهى الشارع عنها والنهي عنها نهى عن العمل بآثارها ومنها قبض المبيع واقباضه والنهي عن قبض المبيع نهى عن التصرف فيه كالغصب فوجب التسوية بينهما في الحكم لان ايجاب الضمان في المقبوض بالغصب انما هو لكونه تصرفاً منهياً عنه والعلة موجودة في المقبوض بالبيع الفاسد بعينها فيتبعها ثبوت الحكم .

واما الاختلاف في الغصب فممنشأه اختلاف النظر في معنى الخبر الذي رواه ابو لؤد قال : اكرتت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد ، فاتبعته وظفرت به ، وفرغت مما بيني وبينه ، ورجعت الى الكوفة ، وكان ذهابي ومجيئي خمسته عشريوماً فاخبرت صاحب البغل بعذري و اردت ان اتحلل منه فيما صنعت وارضيه ، فبذلت له خمسة عشر درهماً فابي ان يقبل ، فمراضينا بابي حنيقة واخبرته بالقصة ، واخبره الرجل فقال لي : ما صنعت بالبغلة ؟ قلت : رجعت سليماً قال : نعم بعد خمسة عشريوماً ، قال فما تريد من الرجل ؟ قال : اريد كراء بغلي ، فقد حبسه عليّ خمسة عشريوماً فقال اني ما اري لك حقاً لانه اكثره الى قصر ابن هبيرة فخالف فركبه الى النيل والى بغداد فضمن فيه البغل وسقط الكراء فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء قال فخرجنا من عنده واخذ صاحب البغل يسترجع ، فرحمته مما افتي به ابو حنيقة واعطيته شيئاً وتحملت منه ، وحبجت تلك السنة فاخبرت ابا عبد الله عليه السلام بما افتي به ابو حنيقة فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء مائها وتحبس الارض بر كاتها ، فقلت لا يبيع الله عليه السلام : فما ترى انت جعلت فداك ؟ قال : ارى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة الى النيل ، و ذاهباً من النيل الى بغداد و مثل كرى البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟

قال : لالانك غاصب ، قلت : أرأيت لو عطب البغل او تنفق أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت : فان اصاب البغل عقرا او كسرا او دبر ، قال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه ، قلت : فمن يعرف ذلك قال : انت وهو ، اما ان يحلف هو فيلزمك ، وان رد عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمك ذلك او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرتى كذا وكذا فيلزمك الخبر (١)

توضيح المقام : ان قول السائل أرأيت لو عطب البغل او تنفق أليس كان يلزمني « تقرير لشبهة ابي حنيفة لانه زعم ان الغاصب لما كان ضامنا للغصب كان له نمائه لقول النبي ﷺ : الخراج بالضمان (٢) فاجيب بقوله : نعم قيمة بغل « يعنى نعم انت ضامن للبغل لكن لا بمعنى انه ملكك حتى يتبعه النماء بل بمعنى انه يلزمك قيمته ، فالنماء ملك صاحب البغل .

ثم ان قوله : يوم خالفته « معناه : يوم الغصب ، ففي متعلق الظرف وجهان : احدهما انه متعلق بالقيمة لانها مشتقة والمعنى : يلزمك قيمة يوم الغصب للبغل واثا نيهما انه متعلق بالفعل المجذوف والمعنى : يلزمك يوم الغصب قيمة بغل ، والاول وان كان اولى لذكر المتعلق وقربه ولذلك افتى بمضمونه فى النهاية لكنه غير مناسب لذكر لفظ البغل لانه مذكور فى السؤال فالمناسب ترك الاظهار والتعبير عنه بالاضمار وايضاً غير مناسب لتكثير البغل لان المراد قيمة ذلك البغل يوم الغصب وهو قيمة واحدة فالمناسب فى الجواب ان يقول : نعم يلزمك قيمته يوم الغصب « ولذلك عدل عنه فى المبسوط فرجع الالى الاخذ بالثانى ووافق سائر القدماء فيكون المعنى : يلزمك يوم الغصب قيمة بغل « اى بغل مردد بين افراد من البغال تنزيلا للبغل الواحد الذى عرضه قيم مختلفة من يوم الغصب الى يوم التلف منزلة بغال متعددة فيكون قيمة بغل مردد بين بغال كناية عن قيمة واحدة مرددة بين قيم مختلفة ، فيحصل الاجمال

(١) الوسائل- كتاب الاجارة - الباب ١٧ الرواية ١ .

(٢) راجع -٥٤- سنن البيهقي - ص ٣٢١

في الدليل ولا يعلم ان العبرة هل هو بالاعلى من هذه القيم او بالادنى او بالوسط ؟ فوجب الاخذ بالاول لانه احوط والى هذا اشار السيدان والحلى بقولهم: اذا دى ذلك برئت ذمته بيقين وليس كذلك اذا لم يؤده .

وبهذا الاعتبار نسبة السيد المرتضى الى الرواية وقال: وروى انه يلزمه اكثر قيمته في ايام الغصب» اذ ليس المراد ان ذلك منصوص بالخصوص فاننا لم نجد من هذه الرواية في كتب الاخبار عيناً ولا اثرأ مع انه لو وردت رواية بهذا المضمون لم يكن حاجة الى التمسك بالاحتياط والاخذ بيقين البرائة بل الظاهر ان مراد السيد من الرواية هو هذه الرواية ومعنى كلامه انه وردت في الباب رواية دلت على ضمان الغاصب بوجه لا يعام الخروج عن الضمان الابداء اعلى القيم ولذلك قال بعد نسبته الى الرواية: وانما قيل ذلك استظهاراً واحتياطاً.

ان قلت ما في الذمة مردد بين الاكثر والاقل والاصل برائة الذمة عن الاكثر (قلت): الشك هيئنا مسبب عن الشك في ارتفاع الضمان الحادث بسبب وقوع اليد العادية على الغصب فالضمان مستصحب حتى يعلم الخروج (ان قلت): قد ورد الجواب في بعض النسخ المطبوعة من التهذيب بهذه الصورة: نعم قيمة البغل يوم خالفته» ومع تعريف البغل باللام يسقط الاستدلال (قلت): لفظ البغل تصحيف صدر عن جاهل ظن المجرد عن اللام غلط فصححه بزعمه يدل عليه انه لو كان المراد قيمة ذلك البغل لكان حق الجواب ان يقول: نعم قيمته يوم خالفته» لان لفظ البغل مذكور في السؤال فاظهاره في الجواب عبث .

واستدل بعضهم بهذا الخبر على اعتبار قيمة يوم الغصب وذكر في تقريره وجهين: قال: الظاهر ان «يوم» قيد للقيمة اما باضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانياً يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة (الى ان قال): واما بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل (انتهى).

قلت: لا يكون «يوم» قيداً للقيمة الا اذا كان ظرفاً متعلقاً بها ، ولا شك في صلاحيتها لذلك لانها مشتقة ؛ لكن المستدل لم يجعل ظرفاً متعلقاً بالقيمة بل

جعلها مضافاً اليه لها (وهو غير مستقيم) لان « قيمة » مضافة الى بغل فلا تضاف الى شيء آخر، اذ المضاف الواحد لا يضاف الى شيئين، و ايضاً اضافة المتضايقين اعنى قيمة بغل الى يوم كما يشعر به قوله: فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة» مشكل من وجه آخر، لان اضافة شيئين الى واحد غير جائز، ولذلك قالوا في قطع الله يد ورجل من قالها ان التقدير يد من قالها مع ان اضافة بغل الى يوم ممنوع من جهة ان الاضافة الى شيء في معنى الاخبار به عنه، والاخبار بالزمان عن اسم العين هيهنا ممنوع لانتفاء الفائدة كما هو ظاهر، و اما جعل اليوم قيماً للاختصاص الحاصل من اضافة قيمة الى بغل، فالיום ظرف فلا يكون قيماً الا لمتعلقه و هو اما القيمة او الفعل المحذوف، وتعلقه بالنسبة الحاصلة من الاضافة لوصح فلا وجه لارتكابه لانه تكلف مستغنى عنه، والله العالم .

فيما اذا تعذر على رد العين المغصوبة

ثم قدر على ذلك وذكر صور المسئلة

مسئلة - اذا كانت العين المغصوبة قائمة بعينها ولكن تعذر الوصول اليها واجب على الغاصب قيمة ذلك و ملكها المغصوب منه ولكن الغاصب لا يملك العين المغصوبة، ثم اذا قدر الغاصب على المغصوب رده واسترجع القيمة، صرح بذلك جماعة من القدماء قال في كتاب الغصب من المبسوط: اذا غصب ملكاً لغيره فخرج من يده مثل ان غصب عبداً فابق او فرساً فشرده او بعيراً ففد او ثوباً فسرق كان للمالك مطالبة بقيمته لانه حال بينهما بالغصب فاذا اخذ القيمة ملكها بلا خلاف لانه اخذها لاجل الحملولة بينه وبين ملكه « فاذا ملك القيمة فهل يملك المقوم ام لا؟ فعندنا انه ما يملكها وانها باقية على ملك المغصوب منه، فان ظهر انتقض ملك المالك عن القيمة فكان عليه ردها الى الغاصب وعلى الغاصب تسليم العين الى مالكها، فاذا تقرر هذا فالكلام في فصلين: حكم القيمة وحكم العين، اما القيمة فقد ملكها المغصوب منه فمتى ظهرت العين نظرت فان كانت القيمة تالفة فعليه رد مثلها ان كان لها مثل او قيمتها ان لم يكن لها

وان كانت قائمة ردها بحالها ثم ينظر فيه فان لم يكن لها نماء فلا كلام ، وان كان لها نماء نظرت فان كانت متميزة كالثمرة والنتاج ردها دون النماء لانها نماء تميز في ملكه ، وان كان النماء غير متميز كالكبرو والسمن وتعليم القرآن ردها بنمائها لان النماء ان لم يكن متميزاً تبع الاصل ، فاما الكلام في العين فانه يردها بنمائها منفصلاً كان او متصلاً وان كان لمثلها اجرة فانها واجبة على الغاصب من حين القبض الى حين دفع القيمة لانها مضمونة بالغصب و اجرتها من حين دفع القيمة الى حين الرد على وجهين : احدهما ، لا اجرة عليه لانه دفع قيمتها فانتفع بها مالها فكانت اجرتها في مقابلتها وهو الاقوى ؛ والثاني عليه اجرتها الى حين الرد لانه ما ملكها وهذا اقوى ايضاً (انتهى) .

وقال في الغنية : ومن غصب عبد افاق او بعير افشردفع عليه قيمته فاذا اخذها صاحب العبد ملكها بالاخلاف ولا يملك الغاصب العبد ، فان عادا نفسخ الملك عن القيمة ووجب عليه ردها واخذ العبد لان اخذ القيمة انما كان لتعذر اخذ العبد والحيلولة بين مالكة وبينه ولم يكن عوضاً عنه على وجه البيع ، لانا قد بينا ان ملك القيمة بدلا من العين الفائتة بالابق لا يصح على وجه البيع لان البيع يكون فاسداً عندنا وعند المخالف في هذه المسئلة يكون موقوفاً فان عاد العبد سلمه المشتري وان لم يعدد البائع الثمن ، ولما ملكت القيمة هيئنا والعبد آبق ولم يجز الرجوع بها مع تعذر الوصول الى العبد ثبت ان ذلك ليس على وجه البيع (انتهى) وقريب منه عبارة السرائر .

اقول : اما وجوب القيمة على الغاصب فالحجة عليه اطلاق اخبار التقاص مثل مارواه في التهذيب باسناده عن علي بن سليمان قال : كتب اليه : رجل غصب رجلاً مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة او قرض مثل ماخاذه او غصبه ايحل له حبسه عليه ام لا ؟ فكتب عليه السلام : نعم يحل ذلك ان كان بقدر حقه ، وان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي اليه انشاء الله (١) و باسناده عن علي بن مهزيار قال اخبرني اسحق بن ابراهيم ان موسى بن عبد الملك كتب الى ابي جعفر عليه السلام يسأله عن

رجل دفع إليه مالا ليصرفه في بعض وجوه البر ، فلم يمكنه صرف ذلك المال في الوجه الذي امره به ، وقد كان له عليه مال بقدر هذا المال ، فسأله هل يجوز لي ان اقبض مالي اوارده عليه واقضيه؟ فكتب **الاجاب** : اقبض مالك مما في يديك (الخبر) (١) وذلك لان مورد السؤال في الخبرين سيما الاول منهما مطلق شامل لما اذا كانت العين المغضوبه من الجارية وغيرها ؛ تالفة او قائمة عجز الغاصب عن ردها لابق و نحوه ، او تيسر له الرد غير انه يمتنع عنه ظلماً ، وقد ترك الاستفصال عن ذلك في الجواب واجاز له التقاص في الصور كلها ، ومعنى حل التقاص استحقاق المغضوب منه تملك قيمة الغصب مما وقع في يده من مال الغاصب ، فاستحقاق مطالبة القيمة منه اذا لم يكن عنده مال منه ثابت ايضاً لعدم الفرق بينهما .

واما الحجة على ان المغضوب منه يملك القيمة ؛ فلان معنى « حل الحبس عليه » كما تضمنه الخبر الاول : حل تملكه ، هذا هو معناه على تقدير تلف العين المغضوبه بلا خلاف ، فكذلك الحال مع عدم تلفها لو حدة اللفظ ، وقوله في الخبر الثاني : اقبض مالك مما في يديك» في الدلالة على هذا المعنى اظهر ، اذ لا يكون المقبوض مالا للمغضوب منه الا اذا صار ملكها له بالقبض .

واما الحجة على انه متى رد العين المغضوبه الى مالكها وجب عليه رد القيمة الى الغاصب فلانه مقتضى الجمع بين اخبار التقاص وسائر القواعد المقررة في الباب ؛ لانه اذا دل هذه الاخبار على ان المغضوب منه يملك القيمة فلا شك في انه يملكها بعنوان البدلية عن شيء وليس مبدلها نفس العين المغضوبه والا لا تنتقل الى الغاصب وهو باطل لو جبين : احدهما الاجماع على عدم الانتقال كما نص عليه الشيخ لقوله عندنا انه ما يملكها وانها باقية على ملك المغضوب منه «وثانيهما» انه اذا كان المغضوب عبداً او امة وكان تعذر الوصول اليه لابقه لم يجز ان يكون مبدلاً لان بيع الآبق بدون الضميمة باطل اجماعاً فاذا لم تكن القيمة بدلاً عن العين في هذه الصورة لم تكن بدلاً عنها في غيرها لعدم القول بالفصل ، واذا ثبت ان القيمة بدل وانها ليست بدلاً عن نفس العين

ثبت انها غرامة الزم الغاصب بها لاجل حيلولته بين الغصب ومالكه واذا زالت الحيلولة زال ملك الغصوب منه للقيمة لزوال سببه (على) ان مفهوم الغاية في حديث اليد يدل على ارتفاع الضمان عن الآخذ بتأدية المأخوذ الى مالكه وارتفاع الضمان يقتضى رجوع القيمة الى ملكه .

ان قلت : كيف يجب القيمة ويملكها المغصوب منه ومع ذلك يبقى العين على ملكه مع انه جمع بين العوض والمعوض قلت : اما ان المغصوب منه يملك القيمة فلدلالة الاخبار المذكورة عليه ، واما ان المغصوب يبقى على ملكه فللاجماع عليه . وعلى ان الغاصب لا يملكه بالغصب ، واما لزوم الجمع بين العوض والمعوض (فممنوع) لان القيمة ليست عوضاً عن العين حتى يلزم هذا المحذور بل غرامة لزمت الغاصب لحيلولته بين العين ومالكها .

وقد يقال : لولا الاجماع وادلة الغرامة في ملكية القيمة لاحتملنا انها تكون مباحة للمغصوب منه اباحة مطلقة و ان لم تدخل في ملكه ، نظير الاباحة المطلقة الحاصلة في المأخوذ بالمعاطات (وفيه) انه مع قطع النظر عن ذلك فالفرق بين المقام وبين المعاطاة ظاهر لان الاباحة قد حصلت في المعاطاة بتراضى الطرفين بخلاف المقام فانه لامراضات في البين .

و قد يقال ايضاً : انه لو قيل بحصول الملك لكل منهما مترزلاً وتوقف ملك المغصوب منه للبدل على الياس من العين وان جازله النصرف كان وجهاً في المسئلة قلت : لكنه غير وجهه لان ملك المغصوب منه للقيمة ثابت باخبار النقص مع انه لا خلاف فيه ولا في انفساخه برد المغصوب اليه ، واما ملك الغاصب للعين مستقراً او مترزلاً فمخالف للمذهب لم يقل به احد من اصحابنا و انما ذهب اليه ابو حنيفة في بعض اقواله .

في حكم غرامة البهيمية التي يغررها الواطي

هذا كله حكم المال المغصوب ففيه نقول انه اذا تعذر الوصول اليه مع بقاء

عينه فهو باق على ملك مالكة و يغرم الغاصب قيمته لمالكه ، واما البهيمة الموطوءة التي يغرمها الواطى فليست من هذا القبيل لدلالة النص و الفتوى على ان الواطى يغرم ثمنها ، و التعبير فى النص و الفتوى بغرامة الثمن دون القيمة دليل على انتقالها الى الواطى قهراً و ان المأخوذ منه عوض عنها ، سواء خرجت عن المنفعة شرعاً كالشاة تدبح و تحرق ام لم تخرج كالحمار ينقى الى بلد آخر و يباع هناك ، و لذلك قال فى السرائر : فى الثانى غرم ثمنها لمالكها و اخرجت عن البلد الذى هى فيه الى بلد آخر و بيعت هناك و كان الثمن لمن غرماه ثمنها ، لان صاحبها قد اخذ ثمنها و صارت للواطى و لا يعطى صاحبها غير ثمن واحد و لا يجمع له المثلثين جميعاً (انتهى) .

هذا كله مع بقاء العين على ماليتها .

اذا خرجت عين المغصوبة من ماليتها هل يجب ردها الى

مالكها ؟ و ان التصرف فيها مشروط باذنه ؟

و اما اذا خرجت عنها فقد يقال : انها مع ذلك باقية على ملك صاحبها لا يجوز التصرف فيها الا باذنه فقال فى الرطوبة الباقية على الاعضاء بعد الوضوء بالماء المغصوب جهلا بالغصب انه لا يجوز المسح بها اذا علم بالغصب الا باذن المالك .

اقول : الذى اتفق النص و الفتوى على ان حل التصرف فيه مشروط برضا المالك انما هو المال قال الله تعالى : لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض (١) و قال النبى ﷺ : لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه و اما اذا خرج المالك عن المالية و صار بحيث لا ينتفع به لفساده فلا دليل على كونه التصرف فيه مشروطاً باذن المالك ، و قد صرح فى عدة مواضع من المبسوط بان خروج الشيء عن المالية بحكم التلف و الهلاك فلا يجب على الغاصب رده الى مالكة ، قال فى الساجدة اذا غضبها غاصب فادخلها فى البناء و عفت فيه و متى اخرجها لم ينتفع بها فعليه قيمتها و ليس عليه ردها لانها مستهلكة تالفة ، و قال فى الخيط اذا غضبه و خاط

به شيئاً : انه ان كان بلى ومتى نزع يقطع وزهب كالساجة اذا عفت لا يقلع و له قيمته (انتهى) فعلى هذا يجوز الصلوة في الثوب المخيط بهذا الخيط ويجوز المسح بمثل تلك الرطوبة .

وهيهنا فروع

الاول القيمة التي يدفعها الغاصب مع تعذر العين هو قيمة المغصوب يوم دفعها لان قوله في الخبر: حل له ذلك ان كان بقدر حقه، ظاهر في اعتبار كونه مساوياً لحقه حينما يجسه (ان قلت): قد سبق آنفاً ان المغصوب مضمون على الغاصب بقيمة يوم الغصب أو أعلى القيم (قلت): هذا مختص بصورة تلف المغصوب لانه مدلول خبر ابي ولاد، واما اخبار التقاص فمدلولها العبرة بقيمة المغصوب يوم يؤخذ قيمته تقاصاً وهي اعم من خبر ابي ولاد، فيحصل من الجمع بينهما ان المغصوب اذا تلف ضمن بقيمته يوم الغصب أو أعلى القيم، وان كان قائماً بعينه وتعذر الوصول اليه فهو مضمون بقيمته يوم يؤخذ قيمته .

الثاني اذا ظهر العين واسترد القيمة وكان للمقيمة نماء متصل كالسمن استرد الاصل والنماء لانه جزء الاصل بخلاف المنفصل لانه حدث في ملك مالك المغصوب.

الثالث اذا ظهر المغصوب واسترجع وجبر دنائه المتصل والمنفصل لانه حدث في ملك مالكه .

الرابع لو كان للمغصوب منفعة كان على الغاصب اجرتها من حين الغصب الى حين بذل القيمة لان منافع مضمونة بالغصب كالعين، واما منفعته من حين بذل القيمة الى حين الرد فقال الشيخ: فيه وجهان قويان: وعدم الضمان اقوى لان انتفاع المالك بمنافع القيمة في مقابل المنفعة الفائتة من المغصوب، والاولى ان يقال: ان عدم الضمان انما هو لظهور اخبار التقاص في ان اخذ القيمة من مال الغاصب بمنزلة قبض المغصوب، ولذلك قيل له: اقبض مالك مما في يديك، ولازم ذلك خروج الغاصب عن الضمان مادام لم يسلم العين فليس عليه اجرة منافعها الفائتة ولا بدل التالف منها منصلاً كان او منفصلاً، والله العالم .

بحث حول عدم صحة بيع الصبي

فصل - في شروط المتعاقدين .

مسئلة- لا يصح بيع الصبي وان كان رشيداً ، لا بمعنى انه يقع مراعى باجازة الولي او باجازته بعد البلوغ ؛ بل بمعنى البطلان وكون وجوده بمنزلة العدم ، وبهذه المنزلة صرح في المبسوط والسرائر .

قال في كتاب الاقرار من المبسوط : ان اقرار غير المكلف كالصبي والمجنون والنائم لا يصح لقوله ﷺ : رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى ينتبه (١) ورفع القلم عنهم يقتضى ان لا يكون لكلامهم حكم . وقال في فصل تصرف الولي في مال اليتيم من كتاب البيع : ولا يصح بيع الصبي ولا شرائه ، اذن له الولي او لم يأذن . وروى انه اذا بلغ عشر سنين و كان رشيداً كان جائزاً (انتهى) ليس في هذه الرواية مخالفة للحجج على الصغير بل هو خلاف في سن من يحجر عليه لاجل الصغر ، بل كون الصغير محجوراً في الجملة مؤيد بمفهوم هذه الرواية .

وقال في كتاب الوصية من السرائر : الذي يقتضيه اصول مذهبنا ان وصية غير المكلف البالغ غير صحيحة ولا ممضاة ، سواء كانت في وجوه البر او غير وجوه البر ، وكذلك صدقته وعتقه وهبته لان وجود كلام الصبي غير البالغ كعدمه (انتهى) .

والوجه في قول الشيخ : ان رفع القلم عنهم يقتضى ان لا يكون لكلامهم حكم ، وفي قول الحلبي : وجود كلام الصبي كعدمه هو ان القلم في الخبر كناية عن الكتابة لانه آلتها فمعنى رفع القلم نفى الكتابة ، وذلك لانه لما كان المتداول في لسان الشرع التعبير عن جعل الاحكام الشرعية والتكوينية بالكتابة فقال : كتب عليكم القصاص ، كتب عليكم القتال ، وقال : كتب الله لاغلبن انا ورسلى ، قل لن يصيبنا الا ما كتب الله لنا ؛ ولولا ان كتب الله عليهم الجلاء « عبر في حديث رفع القلم عن عدم جعل الحكم الشرعي لافعال الثلاثة واقوالهم برفع القلم عنهم فمعنى قوله : رفع القلم عن ثلاثة :

(١) راجع الوسائل - كتاب الطهارة الباب ٤ - من ابواب مقدمة العبادات الرواية ١١٠

ان الشارع لم يكتب لافعالهم واقوالهم حكماً ؛ يعنى لم يحكم على شىء منهما بحكم فكان القول او الفعل الصادر عن الثلاثة بحكم عدم ، يؤيد ذلك انه لاشك فى ان هذا معنى رفع القلم عن المجنون والنائم فلا بد من ان يكون معناه بالنسبة الى الصبي ايضاً ذلك لوحدة اللفظ .

ان قلت : الظاهر من رفع القلم رفع قلم المؤاخذة و العقوبة ، لا قلم جعل الاحكام (على) انه مناف لما هو المشهور من شرعية عبادات الصبي و تعلق الاحكام الوضعية به كالباع **قلت:** لاشك فى ان قوله : رفع القلم عن ثلاثة كناية ، ولاشك ايضاً فى ان الكناية ذكر اللازم للانتقال منه الى الملزوم ، و التلازم بين القلم و الكتابة واضح فجاز التعبير عن نفي الكتابة برفع القلم ، واما التلازم بين القلم و المؤاخذة فغير واضح بل عدم التلازم واضح ، فلم يجوز التعبير عن رفع المؤاخذة برفع القلم «نعم» لو اريد ذكر رفع المؤاخذة بطريق الكناية لقليل : رفع السيف عن ثلاثة ، او رفع السوط عنهم ، لان السيف و السوط و اشباههما للالزام للعقوبة و العذاب دون القلم و الكتابة ، واما مشروعية عبادات الصبي و شر كته مع البالغ فى الاحكام الوضعية فهما وان كانتا متنافيتين لحديث رفع القلم لكن النسبة بين المتعارضين عموم مطلق فوجب اخراجهما عن حديث رفع القلم بالادلة الدالة عليهما و يبقى الباقي لان ورود التخصيص عليه من بعض الجهات لا يمنع عن العمل به فيما لم يرد فيه تخصيص .

حول كلام المحقق صاحب الشرايع و نقيده

وقد اضطرت فى هذه المسئلة كلمات المحقق قدس سره فى الشرايع فقال فى كتاب البيع : لا يصح بيع الصبي و شرائه و كذا لو اذن له الولى ، و كذا لو بلغ عشرأ عاقلاً على الاظهر (انتهى) اراد بالعقل الرشد ، و قال فى كتاب الوديعة : ان وديعة الطفل و المجنون باطل» فصرح فى الموضوعين ببطلان وديعة الصبي و بيعه و عمم ببطلان البيع لما اذن له الولى أيضاً لكنه قال فى كتاب العارية : لا تصح اعارة الصبي و المجنون ، ولو اذن الولى جاز للصبي مع مراعات المصلحة» و قال فى كتاب الاجارة :

لو أجز المجنون لم تنعقد الاجارة وكذا الصبي غير المميز وكذا المميز الا باذن
وليه وفيه تردد (انتهى).

فيشكل ما ذكره بان بطلان بيع الصبي ووديعته ان كان لما ذكره الشيخ
والحلى من كون كلامه بمنزلة العدم لحدوث رفع القلم فاعارته واجارته ايضاً كذلك،
اذن له الولي اولم يأذن ، لان اذن الولي لا يجعل الكلام الغير المؤثر مؤثراً ، وان
كان لعدم الرشد وقصوره عن ادراك المصلحة فتصح اعارته واجارته باذن الولي
فالبيع والاجارة منه ايضاً كذلك .

فسرى الاشكال منه الى من تأخر عنه ونسبوا بطلان عقد الصبي الى المشهور
او الاشهر مع اني لم اجد مخالفاً في البطلان من القدماء قبل المحقق ، بل يظهر
من الغنية ان الخلاف فيه انما هو من المخالفين خاصة ، قال: من ليس بكامل العقل
لا يتخذ بيعه وشرائه وان اجازه الولي بدليل ما قدمناه من الاجماع ونفى الدليل الشرعي
على انعقاده (ثم قال) : ويحتج على المخالف بما رووه من قوله (ص) رفع عن ثلثة
(الى آخره) فان مراده من المخالف هو اهل الخلاف من العامة بقريته قوله : بما رووه
من قوله (ص) « هذا .

نقل ما قاله الشيخ في المبسوط حول بيع الصبي

وللمشيخ في المبسوط كلام اشار فيه الى كيفية الجمع بين الادلة المتعارضة
الواردة في الباب قال في كتاب الوديعة : ما يتلف في يد الصبي على ثلاثة اضرب :
احدها - ما يدفع اليه باختياره ويسلطه على اهلاكه واتلافه - والثاني - ما لم يسلط
عليه ولم يختار اهلاكه - والثالث - اذا دفع اليه باختياره ولم يسلط على اهلاكه و
اتلافه ، واما ما دفع اليه باختياره وسلطه على اهلاكه فمثل البيع والقرض والهبة اذا
وهبه واقبضه فان هيئنا لا يضمن لانه باختياره هلك لان بيع الصبي وهبته كلا بيع ،
فاذا باعه من صبي وعلم ان بيعه كلا بيع فقد رضى بهلاكه واتلافه ، كما لو دفع شيئاً
الى بالغ فقال : اتلفه لم يكن عليه الضمان لانه باختياره اتلفه كذلك الصبي (الثاني)

اذا جنى هذا الصبي على مال رجل فان الضمان يتعلق بذمته في مال له لان في باب اتلاف الاموال الصبي والبالغ سواء ، وان كانت الجنائية على بدن فعلى ما مضى ان كان عمداً او خطأً على عاقلته لان عمد الصبي وخطائه سواء ، وفي الناس من قال ان عمده عمد يجب عليه الدية في ماله ، هذا اذا لم يدفع اليه باختياره و لم يسلط عليه ، و اما الضرب الثالث اذا دفع اليه باختياره ولم يسلط على الاتلاف فهذا اذا كان قد اودع وديعة عند صبي وتلفت في يده فهل يلزمه الضمان ؟ قيل : فيه وجهان : احدهما - لا يلزمه الضمان وهو الاقوى ، لان باختياره سلطه على اتلافها واهلاكها فاشبهه البيع والثاني - انه يضمن لانها اختاره التسليط ، وهذه المسئلة لها نظير في البيع والجنائية (ثم قال) : صبي اودع وديعة عند رجل يلزمه الضمان لان دفع الصبي لاحكم له ، فلما لم يكن له حكم فقد اخذها ممن ليس له الاخذ منه فان اراد ردها لم يزل الضمان لان بالاخذ لزمه الضمان فلا يسقط بهذا الرد لان هذا رد على من ليس له ان يردها الا ان يردها على ولي الصبي فانه يزول بهذا الرد الضمان (انتهى) .

فاشتمل هذا الفصل من كلامه على مسائل :

حول ما يستفاد من كلام الشيخ

المسئلة الاولى العقود الصادرة من الصبي كالبيع والقرض والهبة و الاجارة والعارية والوديعة كلها باطله لان وجودها بمنزلة العدم لحدith رفع القلم بالتقريب المتقدم مع سلامته عن المعارض من هذه الجهة .

المسئلة الثانية - اثر البطلان في المعاوضات الصادرة منهم من البيع وغيره انه اذا دفع احد العوضين الى الصبي فاتلفه لم يكن عليه ضمان ولم يملك الدافع العوض الذي اخذه منه ، اما عدم ملك المأخوذ من الصبي فلانه لا اثر لعقده ، واما عدم ضمانه فلانه مع العلم بان بيعه بمنزلة العدم وانه لا يملك العوض عنه قد دفع اليه المعوض و سلطه عليه ففي الحقيقة قد اتلفه الدافع بنفسه وضيعه .

المسئلة الثالثة - الافعال التي متى صدرت عن البالغين كانت لها آثار شرعية

كالقبض والاقباض، والوديعة والعارية اذا صدرت عن الصبي لم يترتب عليها تلك الآثار فالوديعة المأخوذة من الصبي مضمونة والمأخوذة من البالغ غير مضمونة لان البالغ مستأمن ولا استيمان للصبي، وكذلك العارية المأخوذة منه مضمونة وغير جائز الانتفاع بها، بخلاف المأخوذة من البالغ فان الانتفاع بها جائز والضمان عنه يرتفع، اما سقوط الآثار الشرعية فلحديث رفع القلم لانه يقتضى رفع الحكم عن اقواله وافعاله، واما ضمان الآخذ منه فلعوموم حديث اليد، لانه عام لكل مأخوذ من كل احد الا اذا كانت يد امانة او كان مأخوذاً بالعموم على الوجه الصحيح وكلاهما منتف في الصبي، ومثله الكلام في قبضه واقباضه.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره بعض من تصحيح ملك الهدية المرسلة بيد الصبي بانه بمنزلة الآلة في الايصال وان الايجاب والقبول حاصلان من المهدي والمهدي اليه وبمثله صحح المعاملات الجارية بين الناس مع الصغار في الاشياء الحقة كالبقل والبيض والجوز ونحوها (وجه النظر) ان دفع الهدية او دفع المبيع فعل من افعال الصبي وقد دل حديث رفع القلم على انه لاحكم له، فالأخذ منه اخذ ممن لا يجوز الأخذ منه فيجب به الضمان لعموم حديث اليد، وقياسه على الآلة التي لا فعل لها ولا ادراك قياس مع الفارق.

المسئلة الرابعة - الجنائيات الصادرة من الصبي على اموال الناس حكمها حكم البالغين لعموم قولهم: من اتلف مال غيره فهو له ضامن» و جنائياته على النفوس حكمها حكم جنائية البالغ خطأ (١) لعموم قولهم (ع): عمد الصبي خطأ وهو مخصص آخر لعموم رفع القلم، كما ان دليل مشروعية عباداته ايضاً مخصص له.

وعن التذكرة بعد الحكم ببطلان تصرفاته القولية والفعلية قال: ولو فتح الصبي الباب و اذن في الدخول على اهل الدار و ادخل الهدية الى انسان من اذن المهدي فالاقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه (انتهى).

اقول: ان كان الدار للصبي لم يجز الدخول فيها باذنه لانه محجور عن التصرف في امواله، وان كانت لغيره كان الصبي مخبراً عن اذن صاحبها في الدخول فهو قسم (١) راجع الوافي ج ٩ ص ٩٨ - والمستدرک - كتاب القصاص الباب ٣٣ من ابواب قصاص النفس

من اخبار الآحاد والتعويل عليه انما هو لكونه في الغالب محفوفاً بقرائن حالية تفيد العلم ، واما تسامح السلف في ارسال الهدية بوسيلة الصبيان فلا بد من حملها على ما اذا كانت الهدية المرسله بيد انسان آخر بالغ عبد او امة او خادم للمهدي ارسل معه صييا او صبية تعظيماً للمهدي اليه او اعلاماله بصاحب الهدية ، والا فقد صرح الشيخ والجلي بانه لاحكم للكلام الصبي والافعاله واستدل عليه بحديث رفع القلم ولم ينكر عليهما احد من القدماء .

واما حكاية ابي الدرداء فيحتمل ان يكون العصفور باقياً على الاباحة الاصلية لجهل الصبي باعتبار قصد الحيازة في ملك الصيد ، وما اعطاه ابو الدرداء لم يكن بعنوان الشراء بل بعنوان العطاء تخليصاً للطير فلا دلالة فيه على جواز شراء الاشياء اليسيرة من الصبيان (على) انه لاحجية في فعله عندنا .

حول اشتراط القصد في البيع

مسئلة - من شروط المتعاقدين القصد ويعتبر تعلقه باشياء : احدها الايجاب والقبول بان يكون صدورهما عن قصد وعمد ، فلو اراد ان يقول جئتكم فسهى وقال : بعثك لم يكن شيئاً .

وثانيها انشاء مضمون الايجاب والقبول فلو قال : بعثك ولم يقصد انشاء البيع بل اراد الاخبار عن الماضي لم يكن شيئاً ؛ واشتراط القصد بالاعتبارين لا يختص بالايجاب والقبول بل مطرد في جميع الافعال الصادرة عن الفاعل المختار اذ بدونه لا تصح نسبة فعل الى فاعله ولا تسمية فاعله فاعلا ، فوجه البطلان في المقام مع انتفاع القصدتين او احدهما انما هو لانه لا يبيع حينئذ ولا يبيع ؛ واما المكروه و الفضولي فليس بطلان عقدهما او تنزل له لعدم القصد الى اللفظ او المعنى لانهما قاصدان لكليهما قطعاً بل انما هو لفقده شرط آخر غير القصد ، فان المكروه فاقد للرضا وهو شرط بالاجماع لقوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض « وقولهم (ع) : لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه » و الفضولي فاقد للملك و الملك شرط في البيع لقولهم : لا يبيع الا عن

ملك» ولذلك علل الشيخ وغيره بطلان بيع المكره بانتفاء الرضا منه .

قال في باب بيع الغرر من النهاية : لا يصح بيع باكره ولا يثبت الا بآثار صاحبه» وفي السرائر : ولا يصح بيع باكره ولا يثبت الا باختيار صاحبه» وفي الغنية : ان من جملة الشروط ان يحصل الايجاب من البايع و القبول من المشتري من غير اكراه ولا اجبار الا في موضع (ثم قال) : واشترطنا عدم الاكراه لان حصوله مفسد للعقد بلاخلاف .

فان هؤلاء كما ترى عللوا بطلان بيع المكره بكونه فاقداً للرضا والاختيار و طيب النفس ولم يعلموه بانه فاقد للمقصد **ان قلت** : لا بد من ان لا يكون المكره قاصد للبيع اذ لو كان قاصدا لكان قاصدا باختيار اذ لا سلطان لمن اكرهه على نيته و قصده **قلت** : المكره على البيع قاصد للبيع عن كره كما ان المكره على الافطار قاصد الافطار عن كره ولذلك يبطل صومه ويجب عليه القضاء ، اذ لو لم يكن قاصدا كالموجود في حلقه لما كان بطلان ولا قضاء .

وثالثها تعيين البايع او المشتري اذا تعدد وجه وقوع العقد كالوكيل يبيع سلفاً في ذمة نفسه او في ذمة موكله او يشتري نسبة لنفسه او لموكله فانه لا بد من تعيين ذلك في القصد فلو ابهم لم يقع لاحدهما ، فلو شك الوكيل بعد الايجاب في انه هل قصد به الوكالة او الاصاله لم يكن شيئاً ، اذ لا سبيل الى تعيين مقصوده ، و نظيره في العبادات ما اذا شك بعد الصلوة هل نوى بها ظهراً او عصرها او نوى بها عن نفسه او عن والده «نعم» لو اوجب البيع وشككنا في نيته ولم يكن هنا قرينة على ارادة الموكل انصرف الاطلاق الى نفسه .

ولو وقع المعاوضة بين مالين موجودين في الخارج لم يجب تعيين من ينقل عنه قصداً او لفظاً لان المملوك اذا نقل لم ينقل الا من ملك مالكة فلا حاجة الى تعيينه ، بل لا يقدر التصريح بخلافه ، فلو باع مال نفسه عن زيد وقع عن نفسه ، و لو باع مال زيد عن عمرو وكان وكيل زيد وقع عن زيد واما قول مالك الفرسي لغيره : **بعده لنفسك** فهو توكيل في بيعه وقبض ثمنه و اذن في صرف الثمن في حوائجه ، وكذا قول

الراهن للمرتهن : بع الرهن لنفسك « تو كيل في بيعه وقبض ثمنه عوضاً عن الدين ،
وإذا قال : اعتق عبدك عنى « او تصدق بمالك عنى » فهو مسألة من المخاطب ان يجعل
ثواب العتق او الصدقة له .

نعم قال في المبسوط : اذا قال كافر لمسلم : اعتق عبدك عن كفارتى ، فاعتقه صح
ويدخل في ملكه ويخرج عنه بالعتق اذا كان العبد كافراً ، و ان كان مسلماً لم يصح
لانا قد بينا ان الكافر لا يملك مسلماً (انتهى) .

لكنه حكم على خلاف الاصل دل عليه الدليل في خصوص الكفارة وهو
جواز التبرع بها عن الغير فوجب الاقتصار فيه على مورد الدليل ، اما انه على خلاف
الاصل فلان الكفارة صدقة والصدقة عطية يقصد بها القربة فهي عبادة والعبادة لا تقع
عن غير المكلف بها ، لكن لما دل بعض اخبار كفارة الظهار على جواز التبرع بها
عن من وجبت عليه و كان وقوعها عنه متوقفاً على خروجها من ملكه لزمنا القول بانها
دخلت في ملكه آنأما ثم خرجت عن ملكه سواء كانت الكفارة اطعاماً او عتقاً ، و اما صحة
وقوع العتق عن غير المالك في غير الكفارة فلا دليل عليها ولا قائل بها فيما احده .

و كما لا يجب تعيين من ينتقل عنه كذا لا يجب تعيين من ينتقل اليه لان المعاوضة
بين المالكين انما هو في الملك وهو يقتضى ان يكون المعوض داخل في ملكك من خرج
عنه العوض فلو قال : بعت هذا بهذا « صح ، وعلى هذا فاذا قلت : بعتك هذا بهذا «
و خاطبت به احدا بزعم انه مالك ثم تبين انه و كيل او ولى لم يقدر ذلك في الصحة ولم يلزم
منه مخالفة العقد للمقصد ، لان الخطاب وان كان معه لكن المقصود تمليك من هو في
الواقع مالك للثمن وهو الموكل والصغير لان المعاوضة في الملك لا يعقل ان يحصل
مع غير المالك (الاترى) انهم صرحوا ببطلان البيع فيما اذا باعه فرساً ثم تبين انه
حمار او صبرة حنطة ثم تبين انها شعير وعللوه بان البيع لم يقع عليه ، ومع ذلك لم
يقولوا بالبطلان فيما اذا باع او اشترى بزعم انه اصيل ثم تبين انه و كيل او ولى مع ان
البيع لم يقع معه فلو كان لخصوصية العاقد مدخل في الصحة لاقتضى البطلان عند تبين
الخلاف كتبيين الخلاف في جنس المبيع وايضاً ذكر القدماء ان من شروط البيع تعيين

العوضين بالرؤية او بذكر الاوصاف ولم يذكروا تعيين المالكين .
 نعم لو باع الوكيل او الولي حصة من ارض مشتركة بينه وبين الموكل او الصغير
 فان صرح بان البيع عن الموكل او الصغير وقع عنه و الا وقع عن نفسه صرح به في
 المبسوط وذلك لان البيع تصرف و ظاهر الحال يدل على انه يتصرف في ملكه لا في
 ملك غيره ، هذا كله اذا كان كل من العوضين موجوداً في الخارج واما اذا كان
 المبيع سلفاً او الثمن ديناً فلا يصح الابتعيين من يكون المثلن او الثمن في ذمته .

حول اشتراط قصد الخصوصية والتعيين

في بعض العقود والايقاعات

هذا حكم المعاوضات من البيع وغيره، واما النكاح والوقف والهبة والوكالة
 والعارية والوديعة والوصية فلا بد من قصد الخصوصية فيها والتعيين ، لان الزوجية
 المنشأة بقولنا : زوجت ، علاقة تحدث بين شخصين معينين لا يعقل التردد في الزوج بين
 زيد وعمر ولا تردد الزوجة بين هند وزينب ، والوقف العام او الخاص عطاء يقصد به
 القرية فلا بد من تعيين القابل ، اذ اعطاء بدونه ، ومثله الهبة والوصية لانها عطية يقصد
 بها التودد ، والوكالة استنابة ولا استنابة مع التردد والعارية استيمان كالوديعة ولا
 استيمان مع التردد في الامين .

بحث حول اشتراط الاختيار في البيع

مسئلة - من شروط المتعاقدين الاختيار بان يكون اقدامهما على العقد ناشئاً عن
 الرضا وطيب النفس ، وضده الاكراه وهو ان يكون اقدامهما لاعن طيب النفس بل
 مسبباً عن حمل الغير لهما على ذلك باكراه (وقيل) : المراد من الاختيار قصد وقوع
 العقد عن طيب النفس (وفيه نظر) لان ذكر القصد هنا غير متجه بل الاولى حذفه عن
 التعريف بان يقال الاختيار وقوع القصد عن طيب النفس ، لاعن كره .

ثم ان معنى كون الاختيار شرطاً ان الاكراه مبطل لاثار للعقد معه وان اجازه
 بعد ذلك ، ولذلك قال الشيخ والحلي : لا يصح بيع باكراه وقال في الغنية : ان

الاكراه مفسد للعقد بلاخلاف» والحجة عليه قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم» وقال النبي ﷺ: لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه» لان «عن» ههنا للمجاوزة اجماعاً من اهل اللغة والتفسير والمعنى الاتجارة متجاوزة عن تراض» اي صادرة عنه ، ولا يحل التصرف في مال مسلم الا ان يكون باذن منه ناش عن طيب نفسه (فدعوى) دلالة الايقوا الخبر على ان الرضا شرط يكفي حصوله وان كان متأخراً عن العقد ، تأويل مخالف للظاهر من غير دليل . ويؤيدهما قوله ﷺ: رفع، او وضع عن امتي تسعة (١) وعدمها ما استكره هو ا عليه ، لان رفع العمل المكروه عليه معناه تنزيل وجوده منزلة العدم ، ومثله الوضع لان معناه في اللغة الحط والاسقاط ، واسقاط العمل المكروه عليه هو الحكم عليه بالعدم فرفع العقد او الطلاق مع الاكراه او وضعه بمنزلة ان يقال : لا عقد مع الاكراه ولا طلاق معه ، وهذا التعبير ظاهر في تنزيل وجوده منزلة العدم (الا ترى) انه المراد من قولهم: لاصلوة لا يظهور (٢) ولا بيع الا في ملك (٣) اللهم الا ان يدل دليل على ان المراد من النفي نفى الكمال كما في: الاصلوة لجار المسجد الا في المسجد (٤) وايضاً روى الجمهور عن النبي (ص) انه قال: لا طلاق ولا عتاق في اغلاق» الاغلاق بكسر الهمزة وسكون الغين المعجمة ، قال الحلبي قال ابو عميدة القسم بن سلام : الاغلاق الاكراه (انتهى) وهذا بعض من مدلول قوله : رفع عن امتي ما استكرهوا عليه» ففيه الشهادة بان المراد من الرفع النفي وان المراد من نفي الفعل المكروه عليه تنزيل وجوده

(١) راجع الوسائل - كتاب الايمان الباب ١٢ - ١٦

(٢) راجع الوسائل - كتاب الطهارة - الباب ٤ - من ابواب الوضوء - الرواية ١ -

(٣) ما وجدته بهذه الصورة في كتب الحديث واليك نقل ما يوجد : في المستدرک كتاب التجارة الباب ١ - من ابواب عقد البيع وشروطه عن عوالي اللئالی عن النبي (ص): لا بيع الا فيما تملك .

(٤) راجع الوسائل - كتاب الصلاة - الباب ٢ - من ابواب احكام المساجد الرواية ١ -

منزلة العدم كما في نظائره ، ومع الفساد والبطلان فالرضا المتأخر لا يعقل ان يجعل
الفاقد صالحاً ولا الباطل صحيحاً .

فروع

ما قاله الشيخ في المبسوط حول معنى الاكراه

الاول قال في كتاب الطلاق من المبسوط الاكراه يفتقر الى ثلاثة شرائط :
احدها - ان يكون المكروه قهراً غالباً مقتدرأ على المكروه مثل سلطان اولص
او متغلب - والثاني - ان يغلب على ظن المكروه انه ان امتنع من المراد منه
وقع به ما هو متوعده به - والثالث - ان يكون الوعيد بما يستضربه في خاصة نفسه ،
وما الذي يلحقه به ضرر على قولين : قال قوم الوعيد مثل قتل او قطع وماعديهما من
الضرب والشتم واخذ المال فليس باكراه ، والثاني وهو الصحيح عندهم ان جميع
ذلك اعني القتل والقطع والضرب والشتم واخذ المال اكراه في الجملة فمن قال بالاول
فلا كلام ولا يختلف ذلك باختلاف الناس ، ومن قال ان جميع ذلك اكراه فعلى هذا
يختلف باختلاف صفة المكروه فان كان من الناس الذين لا يباليون بالشتم فالاكراه
القتل والقطع واخذ المال لاغير واما الضرب والشتم فان هؤلاء لا يعدون الشتم عارا
ولاذلا ويعدون الضرب والصبر عليه فتوة وجلادة ، وان كان من اهل الصيانات والمروات
فالضرب والشتم اكراه في حقهم ، وهذا القول اقرب واقوى عندنا ، فاما ان كان
الوعيد بنزول الضرر بالغير مثل ان يخوف باخذ مال الغير وبضرب الغير وقتل الغير
فلا يكون اكراها الا اذا كان الغير يجري مجراه مثل ولده و والده (انتهى) .

قلت : مقتضى الشرط الثاني انه لا اكراه في شيء من الافعال الامع دوران
الامر بين فعل المكروه عليه والوقوع في الضرر المتوعد به فلو امكن التفصي عنهما بعمل
آخر لاضرر فيه فلا اكراه .

وفصل بعضهم بين الاكراه الرافع للحكم التكليفي و الرافع للحكم الوضعي
فدفع الضرر المتوعد عليه متوقف في الاول على فعل المكروه عليه بخلاف الثاني فانه

يكفى فيه عدم طيب النفس وان لم يتوجه اليه ضرر من تركه (قال) : لان الآيقه والخبر يدلان بالمفهوم على ان عدم الرضا وطيب النفس كاف فى حرمة التصرف فى مال الغير (قلت) : بل يدلان على حرمة التصرف بدون الرضا وان لم يكن هناك اكراه مكره لكن هذا الاطلاق مقيد بالاجماع (على) ان الكراهة ونفور النفس عن المعاملة لا توجب البطلان الا اذا كانت ناشئة عن اكراه مكره والا فالمضطر الذى يبيع ظل رأسه وثياب بدنه لا تطيب نفسه بالبيع قطعاً مع ان بيعه صحيح اجماعاً فان كان اكراه ارتفع الحكم التكليفى والوضعى معاً وان لم يكن اكراه ثبت الحكمان جميعاً .

واما خبر ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال : لا يمين فى قطيعة رحم ، ولا فى جبر ، ولا فى اكراه ، قلت : اصلحك الله ما الفرق بين الجبر والاكراه ؟ قال : الجبر من السلطان ، ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب (الخبر) (١) فمعنى الخبر ان الوعيد بالقتل والقطع والضرب والشتم يحصل الاكراه بكل واحد من ذلك غير ان الاولين لا يحصلان الا من السلطان وامثاله لا من الزوجة والام والاب فانه يحصل منهم الوعيد بالاخيرين دون الاولين ، فسمى القسم الاول بالجبر والثانى بالاكراه تمييزاً بينهما ، والغرض هو الرد على من خص الاكراه بالقسم الاول وهم قوم من الجمهور على ما نقله الشيخ عنهم .

فى طلاق المكره

الثانى قال فى كتاب الطلاق ايضاً : اذا اكراه الرجل على الطلاق فنطق به يقصد به رفع الاكراه عن نفسه لم يقع عندنا وعند بعضهم ، وكذلك الاعتاق وسائر العقود ولا يتعلق بنطقه حكم الا ان يريد باللفظ ايقاع الطلاق دون رفع الاكراه فحينئذ تطلق عندهم دوننا (انتهى) .

يعنى لو اكراه على الطلاق فطلق فله صورتان : - الاولى - ان يريد ذكر اللفظ لدفع الاكراه عن نفسه ولا يريد انشاء الطلاق فالطلاق غير واقع عندنا وعند بعض العامة

لوجهين : صدور اللفظ عن الاكراه ، وعدم قصد الانشاء - الثانية - ان يريد انشاء الطلاق فهو واقع عند بعض العامة وغير واقع عندنا ، لانه وان قصد به الانشاء لكنه يكفى في بطلانه صدوره عن الاكراه ، ونسب الى العلامة (قده) في التحرير انه لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً فالاقرب وقوع الطلاق ، وانه بنى على ان قصد الطلاق ورضاه متلازمان وليس كذلك كما قدمناه (على) ان قول الشيخ تطلق عندهم دوننا ظاهر في دعوى الاتفاق مناعلى بطلان الطلاق.

هل يصح عقد المكره اذ ارضى به فاجاز بعده ام لا ؟

الثالث ذهب جماعة الى انه اذا وقع العقد عن كره ثم رضى المكره بذلك فاجازه صح لانه عقد حقيقى فيؤثر اثره مع اجتماع باقى الشرائط وهو طيب النفس ، قالوا ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد خالية عن الشاهد مدفوعة بالاطلاقات و يؤيده فحوى صحة عقد الفضولى بالاجازة لوقوع الانشاء هيئتها من المالك بخلاف عقد الفضولى .

قلت : لم يذهب الى هذا القول احد من القدماء بل ظاهر بعضهم وصريح آخرين ان عقد المكره فاسد وان وجوده بمنزلة العدم فلا يجدى لحقوق الرضا ، بل ظاهر المبسوط ان كونه موقوفاً على الاجازة قول ذهب اليه بعض العامة لم يذهب اليه احد من الخاصة وقوله فى العبارة المتقدمة : فحينئذ تطلق عندهم دوننا « كالصريح فى ذلك واما انكار دلالة الآية والخبر على اعتبار صدور التجارة والاذن فى التصرف عن الرضا وطيب النفس مع التعبير فيهما بلفظ «عن» مخالفة للمظاهر من غير قرينة ، بل مكابرة واضحة ، و ماورد فى الفضولى ان سلمناه فهو مختص بمورده ، و الحاق المكره قياس ليس من مذهبنا .

حول اتحاد الموجب و القابل فى العقد

الرابع قال فى كتاب الوكالة من المبسوط : اذا وكل رجل عبداً فى شراء نفسه

عن سيده فهل يصح ذلك أم لا؟ قيل فيه وجهان : احدهما يصح كما لو وكله في شراء عبد آخر - والثاني - لا يصح لان يد العبد كيد سيده وقبوله باذنه بمنزلة ايجاب سيده وقبوله ، فاذا كان كذلك واوجب له سيده فقبله هو كان السيد هو الموجب القابل للمبيع وذلك لا يصح فكذلك هيئنا ، والاول اقوى (انتهى) .

وقال في الجواهر : مسألة - اذا امر انسان مملوكا لغيره بان يبتاع نفسه له هل يصح ذلك أم لا؟ الجواب : لا يصح ذلك لانه لا يملكك من نفسه شيئاً فيكون وكيلا في ذلك ولا غيره (انتهى) .

فجعل الشيخ وجه المنع للقائل به اتحاد الموجب و القابل ، والقاضي عدم كون العبد مأذونا من المولى في ذلك ، واذا فرضنا الاذن من المولى فاتحاد الموجب والقابل لا يوجب البطلان الامع اتحاد البايع والمشتري ووجه المنع فيه ان حصول المعاوضة بين مالين لمالك واحد غير معقول واما مع تعددهما كالولى يبيع ماله من الصغير او الوكيل لزيد في البيع ولعمرو في الشراء فلا وجه للمنع لان المالك متعدد ودليل المنع مفقود ومحل الكلام من هذا القبيل لان الموجب هو السيد المالك للعبد والقابل هو العبد الوكيل من المشتري الذي هو مالك للثمن هذا .

لكن هيئنا شيء يجب التنبيه عليه وهو ان الشيخ ذكر في عنوان المسئلة : اذا وكل رجل عبدا في شراء نفسه من سيده» وقريب منه عبارة القاضي في الجواهر قال مسألة اذا امر انسان مملوكاً لغيره في ان يبتاع نفسه له «وقال في الشرايع: لو امره آخر ان يبتاع نفسه من مولاه» وظاهر هذه العبارات وكالات العبد في شراء نفسه من مولاه لموكله اول من امره ، لكنه ذكر العنوان في كلام غيرهم بوجه آخر وهو: انه لو امر العبد امران يشتري نفسه من مولاه فباعه صح ولزم «و هو كما ترى مجمل حيث لم يذكر فيه ان الشراء للموكل والامر كما ذكره في المبسوط والجواهر والشرايع ، وان الشراء للعبد فيشتري نفسه لنفسه ، بل في طي كلامه عبارة تشعر بارادة الثاني فانه بعد اختيار الصحة قال : ولا يقدح عدم قابلية المشتري للقبول في زمان الايجاب لان هذا الشرط ليس على حد غيره من الشروط (الي آخر ما ذكره) فان من لا يكون قابلاً

للقبول في زمان ايجاب المولى هو العبد فلا بد من ان يكون هو مشترياً ، واما الموكل او الامر فهو قابل للقبول قبل الايجاب وبعده (وعلى هذا) فقد فرض المسئلة فيما اذا امر امر عبدا ان يشتري من مولاة نفسه لنفسه ، وهو خلاف عنوان المسئلة في كلام من سبق ، و ترجيح الصحة فيه مشكل لان شراء العبد نفسه من مولاة لنفسه لاعتوان له في الشرع غير الكتابة ولا حاجة معها الى امر امر (على) ان تعبير الشيخ بالوكالة لا يستقيم على هذا التقدير لان الشراء لا يقع للموكل بل لوصح لوقع للعبد نفسه فالامعنى لذكر التوكيل .

بحث حول عقد الفضولي

مسئلة - عقد الفضولي ان يعقد الانسان على شيء لا يملكه من دون ان يكون وكيلاً لما لكة او ولياً عليه ، اتفق القدماء في ظاهر كلماتهم على ان مباشرة الفضولي لغير البيع والنكاح من ساير العقود باطل كالايقاعات لا اثر له ، اجازة ولي العقد اولم يجزه لانه حكم على خلاف الاصل لا يصار اليه الا بدليل وهو مفقود ، واما الخلاف بينهم في البيع والنكاح خاصة لتعارض الاخبار الواردة في البابين .

اما البيع ففيه قولان : الصحة مع وقوفه على اجازة المالك ، وهو قول الشيخين في المقنعة والنهاية ، والديلمي في المراسم ؛ والطوسي في الوسيلة واختاره الشيخ في نكاح الخلاف ، ونسبه في نكاح المبسوط الى الاصحاب وهؤلاء مع قولهم بالصحة اذا كان الفضولي بايعاً اتفقوا في ظاهر كلماتهم على البطلان اذا كان مشترياً (وثانيهما) البطلان : اجازة المالك اولم يجزه ، وهو قول الشيخ في كتاب البيع والخلاف ، و تبعه الحلبي في السرائر وابن زهرة في الغنية .

واما النكاح ففيه ايضاً قولان : احدهما - الصحة والوقوف على الاجازة ، و هو قول المفيد في المقنعة والمرتضى في الناصريات والديلمي في المراسم والشيخ في النهاية والطوسي في الوسيلة وابن زهرة في الغنية والحلي في السرائر ثم اختلف هؤلاء فمنهم من عمم الحكم كما اذا كان الفضولي موجباً او قابلاً والمعقود له حراً او مملوكاً ،

ومنهم من خصص ، وايضاً منهم من عمم الحكم للنكاح الدائم والمنقطع ، ومنهم من خص الصحة بالاول - وثانيتها - ان نكاحه باطل مع الاجازة وبدونها ، وهو قول الشيخ فى المبسوط والخلاف .

ويتلخص من ذلك ان مذاهب القدماء فى اصل الفضولى من البيع والنكاح اربعة : المساوات بينهما فى الصحة وهو قول المفيد والديلمى والطوسى والشيخ فى النهاية ، والمساوات بينهما فى البطلان وهو للشيخ فى المبسوط ، و بطلان البيع وصحة النكاح وهو مذهب الحلى وابن زهرة ، وبطلان النكاح وصحة البيع وهو اختيار الشيخ فى باب النكاح من الخلاف .

والذى يجب التعرض له قبل الخوض فى الاستدلال هو البحث عن مراد القائلين بالصحة لانهم قالوا من باع ما لا يملكه كان موقوفاً على صاحبه ان امضاه مضى والا كان باطلاً وهو محتمل لوجهين : احدهما - انه لا اثر لبيعه فى الحال بل يكون مراعى بما يفعله المالك ، ان امضاه مضى والا كان باطلاً - وثانيتها - انه مؤثر فى الحال يحصل به الملك اذا كان بيعاً ويحصل به الزوجية اذا كان نكاحاً ، غير انه فى البيع يتخير المالك بين امضائه وفسخه ، وفى النكاح يتخير المعقود له او عليه بين الزامه باسقاط خياره وبين فسخه وابطاله (وبعبارة اخرى) ان الموقوف على الاجازة هل هو صحة العقد و حصول الملك و الزوجية او لزوم العقد و سقوط خيار الاصيل ؟ .

جزم اصحابنا المتأخرون بالاول وانه مراد القدماء ، ففرعوا عليه ان الاجازة كاشفة اوناقله ، وان الكشف حقيقى او حكمى ، ويظهر لى ان الصواب هو الثانى لانه الظاهر من كلمات القدماء وهو الاستفاد ايضاً من الاخبار الواردة فى الباب ، فنذكر الكلمات اولا ونشير الى موضع الدلالة منها ثم نورد الاخبار ونوضح موضع الدلالة منها ليتضح صدق المقال ويرتفع به الخلاف والجدال .

فنقول: قال فى الخلاف : اذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان باطلاً ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : ينعقد البيع ويقف على اجازة صاحبه ، وبه قال قوم من

اصحابنا ، دليلنا اجماع الفرقة ومن خالف منهم لا يعتد بقوله ولانه لاخلاف انه ممنوع من التصرف في ملك غيره والبيع تصرف ؛ وايضاً روى حكيم عن النبي ﷺ انه نهي عن بيع ما ليس عنده ، وهذا نص ، وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال : لا طلاق الا في ما يملك ولا بيع الا فيما يملك ؛ فنفي ﷺ البيع في غير الملك ولم يفصل (انتهى) .

والاستشهاد بهافي موضعين :

احدهما قوله : ان باحنيقة يقول : ينعقد البيع ويقف على اجازة صاحبه ، فان الظاهر من انعقاد البيع صحته ، والبيع لا يكون صحيحاً منعقداً الا اذا كان في الحال مؤثراً في حصول النقل والانتقال . ضرورة ان الايجاب والقبول اذا لم يكن لهما في الحال اثر التمليك والتملك فلا معنى لانعقاد البيع بهما وحينئذ فيكون قوله : وتقف على اجازة صاحبه» معناه : ان لزوم البيع موقوف على الاجازة ، و قول الشيخ بعد نقل هذا القول : وبه قال قوم من اصحابنا « يدل على ان مراد القائلين بالوقوف من قدماء الاصحاب هو هذا المعنى ايضاً .

وثانيهما قوله في رد قول ابي حنيقة : انه لاخلاف في انه ممنوع من التصرف والبيع تصرف» اذ لو كان بيع الفضولي لفظاً مجرداً من الاثر في الحال قبل صدور الاجازة فلا يعد ذلك تصرفاً وتقليباً في مال الغير ، ولو فرض ان اللفظ المجرد عن الاثر تصرف فلا وجه للمنع عنه اذ لا دليل عليه ، لان الاجماع القائم على منع التصرف في مال الغير غير شامل لمثل هذا التصرف قطعاً وانما يكون تصرفاً ممنوعاً منه اذا كان سبباً للثقل في الحال فلا بد من ان يكون ناقلاً عند القائل بالوقوف حتى يصح الرد عليه بانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه .

وقال في المقنعة : من باع ما يملك بيعه كان بيعه موقوفاً على اجازة المالك له او باطله اياه ، فان اجازته كان ماضياً فان لم يجزه كان مردوداً ، فان باع امة لا يملك بيعها فاولدها المبتاع كان لمالك الامة انتزاعها من يد المبتاع واسترقاق ولدها على ما قدمناه ، ويرجع المبتاع على البائع ان كان ائتمنه في الابتاع منه وان لم يكن ائتمنه

في ذلك لم يكن عليه درك فيما قبضه اياه ، وان امضى المالك البيع لم يكن له على المبتاع وولده من الجارية سبيل ، ولو كان المبتاع قد اعتق الجارية وتزوجها كان لسيدها ابطال العتق وفسخ النكاح و كان له امضائه وانفاذه حسب ما ذكرناه (انتهى) .
والاستشهاد بها ايضاً في موضعين :

احدهما - قوله : كان لمالك الامة انتزاعها من يد المبتاع واسترقاق ولدها ، لانه يدل على ان المشتري قد ملك الامة بشرائها من البائع الفضولي و لذلك لا ترد اليها الا في الاول الابفسخ البيع وانتزاعها من يد المبتاع ، وايضاً يدل على ان ولد الامة قد انعقد حراً فلا يصير رقاً لسيدها الا باسترقاقه ، فلو لم يكن بيع الفضولي مؤثراً لم يحصل النقل ولا انعقد الولد حراً اذ مع العلم بان البائع غير المالك اذا دخل بها كان زانياً وانعقد ولدها رقاً لسيدها ولم يحتج الي استرقاق السيد (ان قلت) : لعل المراد صورة جهل المشتري بالحال اذ الوطى حينئذ وطى شبهة فينعقد الولد حراً و يحتج السيد الى استرقاقه (قلت) : قوله : و يرجع المبتاع على البائع ان كان ائتمنه في الابتاع منه وان لم يكن ائتمنه في ذلك لم يكن عليه درك « صريح في ان مورد البحث اعم من صورة جهل المشتري بالحال وعلمه به لان قوله ان كان ائتمنه معناه ائتمان المشتري بالبائع في دعوى ملك المبيع وقوله ان لم يكن ائتمنه معناه عدم ائتمانه به في هذه الدعوى وعدم الائتمان اعم من الظن بكذبه ومن العلم به ايضاً .

وثانيهما قوله : لو كان المبتاع قد اعتق الجارية وزوجها كان لسيدها ابطال العتق وفسخ النكاح » لانه يدل على ان العتق والتزويج الحاصلين من المشتري صحيحان مؤثران لا يبطل عتقه الا بابطال السيد ولا يفسخ نكاحه الا بفسخه .

وقال صاحب المراسم : لا يمضى بيع الا في ملك البائع او لمن للبائع ان يبيع عنه لان المضى معناه اللزوم فيسدل على ان المملك عنده شرط لزوم البيع لاشروط صحته وتأثيره .

وقال في الغنية : واما شروطه (يعني شروط البيع) فعلى ضربين : احدهما

شروط صحة انعقاده ، والثاني شرائط لزومه ، فالضرب الاول ثبوت الولاية في المعقود عليه (الى ان قال) : واشترطنا ثبوت الولاية احتراماً عن بيع من ليس بمالك للمبيع ولا في حكم المالك وهو ستة : الاب ، والجد ، ووصيهما ، والحاكم ، وامينه ، و الوكيل ، فانه لا ينقصد وان اجازه المالك بدليل الاجماع الماضي ذكره ، و لان صحة انعقاده حكم شرعي ويفتقر ثبوته الى دليل شرعي وليس في الشرع ما يدل على ثبوت ذلك ، ويعارض المخالف ما رووه من نهيه ^{بالتفصيل} عن بيع ما ليس عنده « و من قوله لا يبيع الا فيما يملك » ولم يفصل بين ما اجازه المالك وما لم يجزه (الى ان قال) : واما شرائط لزومه فهي مستطات الخيار (انتهى) .

لانه قسم شرائط البيع على قسمين احدهما شروط الصحة والاخر شروط اللزوم ثم اختار ان الملك من قبيل الاول ورد على المخالف بالاصل و الاخبار ، فيدل على ان المخالف يرى ان الملك شرط لزوم البيع لانه شرط صحته وتأثيره ، هذه جملة من عباراتهم في بيع الفضولي .

حول نكاح الفضولي

واما نكاح الفضولي فقال في المبسوط : لا يقف التزويج على اجازة (واورد له امثلة ثم قال) : ورووا (يعنى اصحابنا) في تزويج العبد خاصة انه موقوف على رضا سيده فاما نكاح الامة فمنصوص عليه انه زنا اذا كان بغير اذن سيدها (انتهى)

فانه اراد بيان الفرق بين نكاح العبد بغير اذن سيده و نكاح الامة بغير اذن سيدها مع اشتراكهما في ان كلامهما نكاح فضولي بان الروايات دلت في الاول على انه موقوف على رضا سيده ودلت في الثاني على انه زنا ، وهذا دليل على صحة الاول و بطلان الثاني ، فلولا ان القائل بصحة نكاح الفضولي في الامة يقول انه نكاح صحيح مؤثر في التسلط على بضعها بحيث يجوز الدخول بها قبل اجازة السيد لما كان لقولهم (ع) : انه زنا « دلالة على بطلان هذا القول .

وقال في الخلاف : لا يجوز للعبدان يتزوج بغير اذن مولاه ، فان فعل كان مولاه

بالخيار بين اجازته وبين فسخه ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي : العقد باطل ، وقال مالك : العقد صحيح وللسيد ان يفسخه .

فان ظاهر قوله : كان مولاه بالخيار يدل على ان نكاح الفضولي عقد صحيح مؤثر في الحال غير انه مترزل لاجل خيار المولى ، فهو كالبيع الذي ثبت فيه خيار المجلس او العيب في انه ناقل غير ان صاحب الخيار مسلط على فسخه ، لان تأثيره مراعى بالاجازة كما يقوله الآخرون .

حول الاخبار التي استدل بها على صحة عقد الفضولي

واما الاخبار الواردة في الباب :

فمنها خبر عروة البارقي (١) روى الجمهور ان النبي ﷺ دفع اليه ديناراً وقال : اشتر به لنا شاة للاضحية ، فاشترى به شاتين ، ثم باع احديهما في الطريق بدينار فاتي النبي ﷺ بالشاة و الدينار فقال له رسول الله ﷺ : بارك الله في صفقة يمينك فتصرفه في احدي الشاتين ببيعها وقبض ثمنها قد حصل بغير اذن المالك فان لم يحصل الملك لحرم ولو حرم لما اقره النبي (ص) عليه .

ومنها حسنة زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : سئلته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما ، قلت : اصلحك الله ان الحكم بن عيينة و ابراهيم النخعي و اصحابهما يقولون : ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له ، فقال ابو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز (٢) .

وفي خبر آخر له عنه عليه السلام ايضاً قال : سئلته عن رجل تزوج عبده «امرأة» بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه ، قال : ذاك الى مولاه ، ان شاء فرق بينهما وان شاء اجاز نكاحهما فان فرق بينهما فللمرأة ما صدقها الا ان يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً ، وان اجاز

(١) اورده العلامة المامقاني في ترجمة الرجل فراجع .

(٢) الوسائل - كتاب النكاح - الباب ٢٤ - من ابواب نكاح العبيد والاماء - الرواية ١٠٦٠

نكاحه فهما على نكاحهما الاول ، فقلت لابي جعفر عليه السلام : فان اصل النكاح كان عاصياً فقال ابو جعفر عليه السلام : انما اتى شيئاً حلالاً وليس بعاصي لله وانما عصى سيده ولم يعص الله ، ان ذلك ليس كاتيان ما حرم الله من نكاح في عدة واشباهه (١) وفي الخبرين مواضع من الدلالة على حصول الزوجية : منها - قوله فيهما : ان شاء فرق بينهما لان الفرقة لاتصدق الا اذا كان هناك اجتماع وزوجية ، ولو لم يكن نكاح الفضولي مؤثراً فلا زوجية حتى يتوقف الفرقة على تفريق المولى بينهما - ومنها - قوله فيهما : انما عصى سيده» اذ لو كان عقد العبد قبل اجازة المولى لفظاً مجرداً عن الاثر فالعبد الالفاظ به ليس عاصياً لله ولا لسيده ، اذ من المعلوم انه لا يجب على المماليك الاستيذان من مواليهم في كل حركة وسكون حتى في تحريك اللسان واشارات العيون والاجفان ، فنسبة العصيان اليه دليل على ان عقده قد اثر في احداث الزوجية وانه تصرف في نفسه تصرفاً لا يجوز له بغير استيذان من مولاه ولذلك نسب اليه انه عصى سيده ، واما قوله : لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز» فمعناه : ان عصيان المولى ليس كعصيان الله لانه يرتفع بالرضا والاجازة وعصيان الله لا يقبل الارتفاع بشيء ومنها ان قوله في الثاني ان فرق بينهما فللمرأة ما صدقها» من جهة ترك الاستئصال مطلق شامل لصورة علم الزوجين بان صحة نكاحهما مشروط باذن السيد وصورة جهلها بذلك فلو كان عقد العبد قبل اجازة المولى مما لم يكن له اثر ودخل بها مع علمها بالبطان فهي زانية لامهر لها اذ لامهر لبغى فاثبات المهر دليل على الحل وهو دليل الصحة وحصول الزوجية - ومنها - قوله فيه ايضاً : انما اتى شيئاً حلالاً» فانه يدل بالنص الصريح على ان الوطى كان حلالاً قبل صدور الاجازة وبعد الرد من المولى ، وهو اقوى دليل على ان نكاح الفضولي مؤثر في احداث الزوجية قبل صدور الاجازة ممن له الولاية على النكاح .

ومنها صحيحة الحذاء قال : سئلت ابا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجها وليان لهما وهما غير مدركين ، فقال : النكاح جائز وايهما ادرك كان له الخيار ، وان

ماتا قبل ان يدر كافل اميراث بينهما ولا مهر الا ان يكونا قد ادر كا ورضيا ، قلت : فان ادرك احدهما قبل الاخر ، قال : يجوز ذلك عليه ان هورضى ، قلت : فان كان الرجل الذى ادرك قبل الجارية ورضى بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية أترثه؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله مادعاها الى الميراث الارضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر ، قلت : فان ماتت الجارية و لم تكن ادركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال لا : لان لها الخيار اذا ادركت ، قلت : فان كان ابوها هو الذى زوجها قبل ان تدرك ، قال : يجوز عليها تزويج الاب و يجوز على الغلام والمهر على الاب (الخبر) (١)

قوله فى صدر الخبر: زوجها وليان لهما « يعنى بالولى القريب غير الاب و الجد بقرينة قوله فى الذيل : فان كان ابوها هو الذى زوجها » والاستدلال به ايضا فى موضعين : احدهما - قوله : النكاح جائز « فان معناه النفوذ والصحة والتأثير ، ومنه قولهم : الصلح جائز » و ثانيهما - قوله : ايهما ادرك فله الخيار « لان الظاهر من الخيار هو المعنى المراد منه فى قولهم : البيعان بالخيار » لان اللفظ واحد ، فيدل على ان نكاح الفضولى مؤثر فى الحال غير ان الصغيرين اذا ادركا تخيرا بين ابرام النكاح وابطاله ، كما ان معنى خيار البيعين ايضا ذلك ؛ واما قوله : فان ماتا قبل ان يدر كا (الخ) فمعناه : ان ثبوت المهر والتوارث انما هو من لوازم الزوجية المستقرة ، واما المتزلزلة بالخيار من اصلها ومن حين ايجاد سببها فلا يثبت بهاشيء من ذلك الا اذا لزمت بسقوط خيار الزوجين فان سقط خيار احدهما لزمته بالنسبة اليه ثم ان لزمته من الطرف الآخر ايضا بسقوط خياره ثبت التوارث والمهر وان ردها الاخر او مات قبل الامضاء بطلت من رأس ، فعزل ميراث الزوجة من تركة الزوج الذى ادرك و امضى ليس لكون الاجازة كاشفة عن الملك من حين العقد بل انما هو للزوم النكاح من طرف الزوج وهو يقتضى حرمان ورثته عن ربع التركة فى الظاهر فان لزم من طرف الزوجة ايضا استقر ملكها على الربع والابطال النكاح وعاد الربع الى ورثة الزوج .

و منها خبر السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله ايما امرأة حرة زوجت نفسها عبدا بغير اذن مواليه فقد اباحت فرجها ولا صداق لها (١) .
فانه صريح في ان نكاح الحرة للعبد الغير المأذون فيه نكاح صحيح مؤثر في التسلط على بضعها غير انها لا تستحق عليه مهراً ، لان العبد لا يملك شيئاً ولم يأذن المولى في النكاح حتى يكون المهر عليه .

ويؤيد ذلك استدلال المنكرين في الرد على من صحح بيع الفضولي بقول النبي صلى الله عليه وآله : لا يبيع الا في ملك « لان معنى هذا الخبر انه لا يحصل بالبيع ملك لاحد الا اذا كان البايع مالكاً ، و لا يكون ذلك رداً عليهم الا اذا كان مرادهم حصول الملك بالبيع الصادر عن الفضولي قبل حصول الاجازة من المالك .

وايضاً ما بنى عليه المتأخرون من ان عقد الفضولي لا اثر له في الحال وان ظهور الاثر يكون مراعى بصدور الاجازة وعدمه يجرى فيه الخلاف في ان الاجازة ناقلة او كاشفة و ان الكشف حقيقى او حكمى ، و لذلك تعرضوا للبحث عن ذلك و تكلموا فيه بما لا مزيد عليه ، فلو كان مراد القدماء من الصحة ما اراده المتأخرون لكان الواجب عليهم التعرض لذلك كله ونحن اذا تصفحنا كلمات الشيخين والسيدان و اتبعناهم لانرى فيها من هذه المباحث عيناً و لا اثرأ وانما نجدها كلمات آخرين ، فلا بد من ان يكون مراد القدماء من الصحة معنى آخر وليس هو الا كون العقد مؤثراً في الحال وان للمالك حق الفسخ .

ان قلت : على هذا التقرير فمن قال بالصحة من القدماء ما الفرق عنده بين بيع الفضولي و بيع كان فيه خيار المجلس او خيار العيب مع اشتراك البيعين في حصول الملك للمشتري بنفس العقد ؟ وايضاً ما الفرق عنده بين نكاح الفضولي و نكاح ثبت فيه الخيار لاجل الزوجين بسبب عيب من العيوب الموجبة للخيار مع اشتراك النكاحين في السببية لتسلط المنكوح له على بضع المنكوحه ؟

قلت : اما الملك وحل التصرف فهو عند المصححين من القدماء مترتب على

بيع الفضولى كبيع الخيار بعينه ولذلك رد الشيخ عليهم بانه تصرف فى ملك الغير فلايجوز ، وانما الفرق بينهما فى الضمان من بعض الجهات فان المشتري فى البيع الخيارى لاضمان عليه فيما استوفاه من منافع المبيع فى مدة الخيار اذا فسخ البايع لعموم قول النبى (ص) : الخراج بالضمان» بخلاف بيع الفضولى اذا فسخه المالك فان المشتري ضامن للمنافع لعموم حديث اليد خرجنا عنه اذا كان البيع باذن المالك بقى الباقي «نعم» مع العلم يغرمها للمالك ولايرجع به على الفضولى لانه اقدم على الضمان بنفسه ومع الجهل يرجع عليه فى بعض الجهات لانه السبب الموقوع له فى الغرامة ، واما النكاح فالاخبار فى المماليك صريحة فى حل الوطى للعبد الناكح قبل اجازة السيد ، ولاشك فى ان اعتماد المصحح انما هو على هذه الاخبار فلا بد من الالتزام بمضمونها فيتحد حكمه لنكاح ثبت فيه الخيار للمعيب .

وقد ساوى فى المقنعة والمراسم بين نكاح العبد بغير اذن سيده ونكاح الامة بغير اذن سيدها فى ان كلاهما موقوف على اجازة السيد ، والتسوية بينهما تقتضى جريان حل الوطى فى الامة ايضاً واما الاحرار فظاهر خبر الحداء ان الزوجية المتزلزلة بالخيار عند حصولها لا توجب التوارث فبالاولى ان لا توجب حل الاستمتاع .

كلام الشيخ فى النهاية حول نكاح المماليك

ثم ان الشيخ فى كتاب النهاية وان وافق المفيد والديلمى فى صحة عقد الفضولى فى البيع والنكاح و وقوفه على الاجازة لكنه خالفهما فى نكاح المماليك فقال : ان نكاح العبد موقوف على رضا مولاه ان امضاه مضى وان فسخه كان مفسوخاً « وقال فى الامة : ان عقد على امة غيره بغير اذن مولاه كان العقد باطلا فان رضى المولى بذلك كان رضاه كالعقد المستأنف يستباح به الفرج (انتهى) .

اراد بهذا الفتوى الجمع بين الاخبار المتعارضة الواردة فى الامة لانه ورد فى خبر محمد بن قيس عن ابى جعفر عليه السلام : فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه (١)

وهو يدل على ان العقد عليها فضولا يصح بالاجازة ، وورد في خبر الوليد بن الصبيح عن ابي عبد الله عليه السلام : اذا كان الذي تزوجها من غير اذن سيدها فالنكاح فاسد (١) فجمع بينهما بان العقد و ان بطل لكن الاجازة المتأخرة بمنزلة عقد مستأنف فيستباح بها الفرج .

والمحقق ره اورد عبارة النهاية في النكت و اعترض عليها بانه كيف يصير الباطل صحيحاً ؟ ثم اجاب عنه بان الشيخ يريد بالبطلان هنا عدم ملك البضع لاسقوط العبارة رأساً ومعناه عدم تأثيره في الحال وان الاثر يحصل به وبالاجازة جميعاً .

وهذا التأويل مع مخالفته لاطلاق الفساد والبطلان في عبارة الحديث والنهاية (وجه لا يقول به احد من القدماء) لانهم بين قائل بالبطلان وقائل بالصحة ، والوقوف على الاجازة و قد دللنا فيما مضى على ان من ذكر الوقوف فمراده وقوف اللزوم بالصحة ، فالقول بان عقد الفضولي لا اثر له في الحال وان ظهور الاثر يكون مراعى بلحوق الاجازة قول لا يساعد عليه كلام القدماء وانما هو تأويل ذكره المحقق في عبارة النهاية والتزامه بذلك ايضاً غير معلوم ، لكنه قد بنى المتأخرون على ظاهر عبارة النكت وزعموا ان مراد القدماء من الوقوف وقوف الصحة فاختلقوا في ان الاجازة ناقلة او كاشفة وان الكشف حقيقي او حكمي ، مع انه بعد التأمل فيما ذكرناه لا يبقى شك في ان مرادهم وقوف اللزوم ودون الصحة .

فيتلخص من جميع ذلك ان ما اراده القدماء من صحة عقد الفضولي و وقوفه على الاجازة وجه لا يلتزم به المتأخرون ، و ما اراده المتأخرون من ذلك وجه لا يعرفه احد من القدماء .

في الاستدلال بآيتي الوفاء وحل البيع على صحة عقد الفضولي

وكيف كان فاستدلوا على الصحة بهذا المعنى بقوله تعالى : يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود (٢) وبقوله سبحانه : احل الله البيع و ذكر بعضهم في تقريب الاستدلال

(١) راجع الوسائل - كتاب النكاح - الباب ٦٧ - من ابواب نكاح العبيد والاماء - الرواية ١

(٢) سورة المائدة : الاية ٢ -

بلايتين : ان خلو عقد الفضولي عن اذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه ، واشترط ترتيب الاثر بالرضا وتوقفه عليه ايضاً لامجال لانكاره ، فلم يبق الكلام الا في اشتراط سبق الاذن وحيث لا دليل عليه فمقتضى الاطلاقات عدمه ، و مرجع ذلك كله الى عموم حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد خرج عنه العارى عن الاذن والاجازة ولم يعلم خروج ما فقد الاذن ولحقه الاجازة (انتهى) .

والجواب اما عن الآية الاولى : فبانه من باب تقابل الجمع بالجمع مثل قوله : اغسلوا وجوهكم ، وحرّم عليكم امهاتكم ، والمعنى : وليف كل منكم بعقده وليغسل كل منكم وجهه ، فيسقط الاستدلال لان العاقد ليس بمالك فلا يقدر على الوفاء والمالك ليس بعاقد فلا يتوجه اليه النداء ، وكذلك الآية الثانية و هو قوله تعالى : احل الله البيع وحرّم الربا ، لان المعنى ان مالك المال يحل له المعاوضة عليه بالبيع ويحرّم عليه المعاوضة عليه بالربا فيخرجان عنها ايضاً جميعاً لان الفضولي ليس بمالك والمالك ليس ببايع ، واعتبار تقدم الرضا على البيع والتصرف مدلول عليه في الكتاب والسنة بالتقريب المتقدم فالاجازة المتأخرة لا تجعل غير البايع بايعاً ولا غير المأذون في التصرف مأذوناً اما حقيقة فواضح ، واما تنزيلا وحكماً فلودل عليه دليل لكان هو الحجة في المسئلة دون الآيتين .

واستدلوا عليه ايضاً باخبار اخر غير واضح الدلالة وبرواية عروة بن قيس وسيجيء

الجواب عنها .

فيما استدل القدماء على لزوم بيع الفضولي بالأجازة

واما القدماء فاستدلوا على لزوم بيع الفضولي بالأجازة بخبر محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و ابوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال : هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني فقال : خذ وليدتك وابنها ، فناشده المشتري فقال : خذ ابني يعني الذي باع الوليدة حتى ينقذ لك ما باعك ، فلما اخذ الابن قال ابوه :

ارسل ابني؛ فقال: لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه (الخبر) (١).

والظاهر ان قول المفيد فان باع امة لا يملك بيعها فاولدها المبتاع كان لمالك امة انتزاعها من يد المبتاع واسترقاق ولدها مستند الى هذا الخبر، لكن العمل به مشكل لانه دل على وقوع الاجازة من المالك كرهاً، وايضاً وقع الاجازة منه بعد حصول الرد منه، مع انه ذكره الامام الباقر عليه السلام من جملة قضايا امير المؤمنين عليه السلام في قضية في واقعة لانعلم خصوصياتها.

واما خبر عروة فذكر فيه في باب الوكالة من المبسوط: ان ماصدر من عروة من بيع احدي الشاتين بدينار محتمل لوجهين: احدهما- انه كان وكيلا في الشراء لافي البيع وباعها قبل ان يستأذن من النبي صلى الله عليه وآله وسلم فلما بلغها امضاه واجازه بقوله: بارك الله في صفقة يمينك، فيدل على صحة بيع الفضولي - وثانيهما - انه صحيح لاصحة بيع الفضولي بل لان عروة كان وكيلا في عطف التصرف فكان له البيع والشراء ومع تطرق الاحتمال يبطل الاستدلال، وعلم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بذلك لايجوز له الاقدام على البيع لان مجرد الرضا بالبيع بدون التوكيل فيه غير مسوغ له.

حول الاخبار التي استدل القدماء بها ولي صحة

نكاح الفضولي

واما نكاح الفضولي فدليل الصحة عند القدماء هي الاخبار الواردة في الباب لكنها قسمان:

احدهما - مختص بنكاح الاحرار مثل خبر الفضل بن عبد الملك عنه عليه السلام قال: اذا زوج الرجل ابنه فذاك الى ابنه، واذا زوج الابنة جاز (٢) وخبر محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن رجل زوجته امه وهو غائب قال: النكاح جائز ان شاء المتزوج

(١) الوسائل - كتاب النكاح - الباب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد والاماء - الرواية ١ -

(٢) الوسائل - كتاب النكاح - الباب ٦ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد - الرواية ٤ -

قبل وان شاء ترك ، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه (١) والخبر المتقدم عن الحذاء .

اما الاولان فالدلالة فيهما غير واضحة ، لان قوله في الاول : فذاك الى ابنه « محتمل لوجهين : احدهما - ان الابن مخير بين الفسخ والامضاء ، والاخر انه لا يلزمه نكاح الاب كالابن الصغير بل يجوز له استيناف النكاح وتركه ، ووضح منه خبر محمد بن مسلم لانه مسوق للسؤال عن ولاية الام في النكاح وعدمها فقوله في الجواب : النكاح جائز » معناه : ان نكاح الام غير لازم على الابن كلزوم نكاح الاب عليه في بعض الاحوال فقوله : ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك « محتمل لان يكون المعنى : ان شاء قبل هذه المرة واستأنف نكاحها وان شاء تركها وتزوج اخرى .

فهم خبر الحذاء لا غير عليه لامن حيث السند ولامن حيث الدلالة لكنه خبر واحد يشكل الخروج به عن مقتضى الاصول والقواعد الاولى مثل قولهم : لانكاح الابولي « وقولهم : لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه » لان توقف حل المال على طيب نفس المالك يقتضى ان يكون اباحة الفرج اولي بذلك .

القسم الثاني ما هو مختص بنكاح المماليك وهو ايضاً قسمان : قسم مختص بنكاح الامة ، وقسم مختص بنكاح العبد (اما القسم الاول) فكلها متفقة الدلالة على انه غير صالح او انه فاسد او انه زنا ، وهذا القسم مع اعتضاده بظاهر الكتاب وهو قوله تعالى : فانكحوهن باذن اهلهن (٢) الظاهر في اعتبار صدور النكاح عن اذن الامل لامعارض له الا خبر محمد بن قيس وقد مر الاشكال فيه (واما القسم الثاني) فهي اخبار متعارضة لان صنفاً منها دل على الصحة وهي الاخبار التي رواها زرارة والسكوني وعبيد ، وصنفاً آخر دل على خلافه وهي خبر عبدالله بن سنان ومعاوية بن وهب وشعيب العقرقوفي و الترحيح للثاني لموافقته الكتاب وهو قوله تعالى : عبداً مملوكا لا يقدر على شيء (٣) وللمخالفة لمذهب العامة (و من ذلك يتضح) ان ما

(١) الوسائل كتاب النكاح الباب ٧ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الرواية ٣ -

(٢) سورة النساء : الاية ٢٩ .

(٣) سورة النحل : الاية ٧٧ .

اختاره الشيخ في المبسوط من بطلان بيع الفضولي ونكاحه هو الاوفق بظاهر الادلة من الايات والاخبار وان خالفه جمع من القدماء في حكم النكاح هذا :

ذكر الفروع التي تترتب على مذهب القدماء

ويتفرع على مذهب القدماء فروع لا بأس بالثنيه عليها .

الاول خبر محمد بن قيس مختص ببيع الغاصب فلو صح ذلك ولزم باجازه المالك فيبيع غير الغاصب اولي .

الثاني منع المالك عن المبيع قبل العقد لا يمنع من صحته ولزومه بالا اجازه لانه عقد صحيح ناقل لا يبطل الا بالفسخ .

الثالث من قال منهم بالصحة فقد خصه بالبيع والنكاح ، بل صرح في الخلاف بان الفضولي اذا اشترى للغير كان باطلا وظاهر كلامه نفي الخلاف في البطلان ، و الوجه فيه ان صحة عقد الفضولي عندهم حكم على خلاف الاصل لا يصار اليه الا بدليل و الدليل منحصر في الاخبار وهي مختصة بالبيع والنكاح .

الرابع البيع الذي يصح عندهم مختص ببيع الاعيان و اما بيع ما في الذم فلم نجد قائلًا بصحته من الفضولي ، فلو باع كرامن طعام في ذمة زيد الى اجل بكذا وكذا درهمًا بطل وان اجازه زيد ، ولو وكله زيد في بيع فرسه فباعه من عمر و نسية فضولا بطل وان اجازه عمر و ، وذلك لاختصاص الاخبار المصححة بمبادلة عين بعين ، فيبقى الفضولي في السلف والنسبة مندرجًا تحت الاصل .

الخامس اذا تعاطى فضوليان مالين لغيرهما لم يترتب عليه عند القدماء ملك ولا اباحة ، اما عدم ترتب الملك فلان من قال منهم بالملك كالمفيد (قده) شرط حصول التقابض بين المالكين ، و اما عدم ترتب الاباحة فلان القائل بها يقول ان التعاطى عمل كاشف عن رضا كل من الطرفين بالتصرف في ما وصل منه الى الاخر وهذا لا يحصل الابتعاطى للمالكين .

السادس على هذا القول نماء المبيع لمالك الثمن ونماء الثمن لمالك المبيع

لحصول النقل والانتقال عند صدور العقد من الفضولي ، فان اجازته المالك لزم وان رده انفسخ المبيع من حينه ، واذا كان العقد نكاحاً ثبت به الحرمة الحاصلة بالمصاهرة فتحرم الخامسة واخت المنكوحه جمعاً وتحرم المنكوحه على ابن المنكوح له وابيه لقوله **الطحاوي** في الخبر المتقدم : انما اتى شيئاً حلالاً لان نكاح العبد الغير المأذون فيه اذا كان من حين وقوعه حلالاً مؤثراً في حل الدخول بالمنكوحه في الحال تترتب عليه احكام المصاهرة لانها تترتب على النكاح الصحيح .

السابع لو لم يكن المبيع حال البيع صالحاً للبيع كالثمرة قبل بدو صلاحه فالعقد باطل وان حصل الشرط حال الاجازة لان عقد الفضولي عند من صححه من القدماء تمام المؤثر فلا بد من حصول شرائط الصحة حال انشاءه ، واما الاجازة فهي عندهم لسقوط خيار المالك لان تكميل العقد والالكشف عن صحته .

الثامن لا يكفي في سقوط خيار الاصيل رضاه في الباطن بل لا بد من الكشف عنه في الظاهر اما بالقول او الفعل لقوله في الاخبار المتقدمة : اذا اجاز جازه واما ما دل عليه خبر الحذاء من كفاية الرضا فهو مطلق يجب تقييده بالاخبار الدالة على اعتبار الاجازة .

التاسع الذي يثبت للمالك على هذا القول هو حق الفسخ و الرد فان مات انتقل الى وارثه لدلالة الاخبار على ان الوارث يقوم مقام المورث ، وليس الحججة منحصراً في عموم قولهم : ماتر كه الميت من حق فلوارثه « حتى يطعن في سنده او دلالة ، ولو تعدد الورثة لم يكن لهم الرد الامع اتفاقهم عليه لان البعض اذا اراد الرد فاما ان يفسخ البيع في الكل فهو تصرف في حق ساير الشر كاء بغير اذنهم او يفسخ في نصيبه خاصة فلم يملكه المورث حتى يتر كه لوارثه لانه لم يكن له التبعية في ذلك وبه صرح في المبسوط قال اذا اشترى نفسان عبداً ووجد باه عيبا كان لهما الرد والامساك فان اراد احدهما الرد والآخر الامساك لم يكن لمن اراد الرد ان يرد حتى يتفقا .

العاشر على قول من صحح بيع الفضولي من القدماء اذا فسخ المالك البيع و كان العين قائمة استردها وهل له المطالبة بقيمة منافعتها المستوفاة وغير المستوفاة ووجهان :

حول معنى قوله : الخراج بالضمان

تحقيق القول فيه مبني على تحقيق معنى الخبر الذي رواه الجمهور عن النبي ﷺ من قوله : الخراج بالضمان» قال الشافعي في كتاب اختلاف الحديث : اخبرنا سعيد بن سالم ، عن ابن ابي ذئب ، عن مخلد بن خفاف ، عن عروة بن الزبير ، عن عائشة ان رسول الله ﷺ قال : الخراج بالضمان» قال الشافعي : اخبرنا مسلم ، عن هشام ، عن ابيه ، عن عائشة ان رسول الله ﷺ قال : الخراج بالضمان» قال واحسب بل لا اشك ان شاء الله ان مسلماً نص الحديث ، فذكر ان رجلاً ابتاع عبداً فاستعمله ثم ظهر منه على عيب فقضى رسول الله ﷺ برده بالعيب فقال المقضى عليه قد استعمله فقال رسول الله ﷺ (ص) : الخراج بالضمان (انتهى كلام الشافعي) .

وهذا الخبر وان كان مروياً من طريق الجمهور لكن الاصحاح تلقوه بالقبول من غير خلاف بينهم يعرف فالاشكال فيه بضعف السند مردود ، مع انه مؤيد باخبار وردت من طرقنا سيجىء الاشارة اليها انشاء الله ، فالمهم هو البحث عن تفسيره وكمية مدلوله قال في المبسوط : الخراج اسم للغلة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع ويقال للعبد الذي ضرب عليه من الكسب في كل يوم اوفي كل شهر عبده خراج وقوله (ع) الخراج بالضمان» معناه : ان الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه ولما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لان الضمان انتقل اليه بالقبض كان الخراج له ؛ فاما النتاج والثمرة فانهما ايضاً للمشتري ، وان حصل من المبيع نماء قبل القبض كان ذلك للمبايع اذا اراد الرد بالعيب لان ضمانه على البايع لظاهر الخبر (انتهى) .

وقال في القاموس قوله ﷺ : الخراج بالضمان» اي غلة العبد للمشتري بسبب انه في ضمانه وذلك بان يشتري عبداً ويستعمله زماناً ثم يعثر منه على عيب دلسته البايع فله رده والرجوع بالثمن واما الغلة التي استغلها فهي له طيبة لانه كان في ضمانه ولو هلك هلك من ماله (انتهى) .

ثم ان الضمان في الخبر مطلق ظاهراً شامل للضمان المسبب عن البيع الصحيح

و البيع الفاسد و العصب ، و اليه ذهب ابو حنيفة فافتمى بان الغاصب اذا غصب عبدا او بهيمة او داراً و تعلق به ضمان العين لاجل الغصب كان له نمائها ، و خالفه علماءنا اجمع للنص في خبر ابي ولاد بضمان غاصب البغل لكرائه (على) ان الاطلاق ممنوع من وجه آخر وهو ان اللام في الخراج للعهد الحضورى لان الشافعى روى عن مسلم انه قال : هذا الحديث ورد فى من ابتاع عبدا و استعمله ثم ظهر منه على عيب و رده المشتري فطالبه البايع بمنافعه فرده النبي (ص) بقوله الخراج بالضمان ، فيكون المعنى منفعة العبد الذى اشتراه المبتاع بازاء ضمانه لعينه ، فيختص الضمان بمنافع المبيع اذا بيع على الوجه الصحيح و يخرج عنه الغصب و البيع الفاسد ، و لذلك اقتصر الشيخ فى الفصل الذى عقده فى المبسوط لهذا الخبر على ذكر الفروع المتفرعة على البيع الصحيح الذى ظهر فيه المشتري على عيب و يخرج عنه ايضا بيع الفضولى حتى على فرض كونه صحيحاً بالمعنى الذى اراده القدماء من الصحيح ، و ذلك لان الضمان المذكور فى الخبر هو الضمان المعاوضى الذى يحصل لكل من المتبايعين فى مقابل الاخر بسبب قبض احد العوضين فينتقل ضمان المبيع الى المشتري و ضمان الثمن الى البايع ، و بيع الفضولى ليس كذلك لان التقابض فيه لم يقع بين المالكين بل بين مالك الثمن و الاجنبى ف ضمان المشتري ليس لخبر الخراج حتى يتبعه عدم ضمان المنافع بل انما هو لعموم حديث اليد و مقتضاه رد المبيع و رد منفعه المستوفاة و غير المستوفاة ، هذا اذا كانت العين قائمة ، و اما اذا فسخ المالك و العين تالفة كان له الرجوع على من تلقت عنده من المشتري و الفضولى وله الرجوع ايضا بقيمة منافعها .

فى ان المقبوض بالبيع الفضولى

على القول بفساده حكمه حكم الغصب

هذا اذا كان انحلال العقد موقوفاً على فسخ المالك و هو قول من صحح بيع الفضولى ، و اما على قول من قال بفساده و هو المختار كما سبق فالمقبوض بالبيع الفاسد حكمه حكم الغصب صرح به الشيخ و الحلبي بل نسبته الحلبي الى علماءنا ، و

توقف بعضهم في ضمان المنافع للشك في صدق المال عليها (ضعيف) لان مالية الاعيان انما هو باعتبار منافعتها فما لا منفعة له لا مالية له ومع ذلك فكيف يشك في صدق المال عليها (على) ان حديث اليد ليس فيه لفظ المال بل انيط الضمان فيه باخذ اليد للشئ ، ومن المعلوم ان المنافع مأخوذة باخذ العين لوقوعها تحت يدا الآخذ ، استوفاهما او فانت عنه .

وبه صرح القدماء قال في (ط): كل منفعة تضمن بعقد الاجاره فانها تضمن بالغصب كمنافع الدار والدابة والعبيد والثياب» وفي الوسيلة : مع نمائه (يعنى ضمنه مع نماء ان كان له نماء متصل او منفصل) ومع مثله ان تلف او قيمته ومع ارش النقصان، ومع اجرة العمل ان كان ذاعمل، عمل اولم يعمل» وفي المبسوط : اذا غصب دابة او دارا سكنها اولم يسكنها ركبها اولم يركبها ومضت مدة يستحق لمثلها الاجرة لزمه ذلك (انتهى) الى غير ذلك من كلماتهم .

هذا اذا عرض التلف تحت يد الغاصب ، واما اذا تعاقبت الايدي عليه و باعه الغاصب مثلا وحصل التلف تحت يد المشتري فانه يجوز للمالك الرجوع الى كل منهما ، اما المشتري فلان التلف حصل بفعله ومن اتلف مال غيره فهو له ضامن ، واما الغاصب فلانه سبب يد المشتري والسبب قوى مصحح لاسناد الفعل اليه كالمباشر بعينه واذا جاز للمالك الرجوع الى كل منهما فقدر على السبب وهو الغاصب وقد يرجع على المباشر وهو المشتري ، فان رجع على احدهما واخذ الغرامة فهل يرجع المأخوذ منه على الآخر ؟ فيه تفصيل سيحجى والتنبية عليه انشاء الله تعالى .

وليعلم **اولا** انه قد دل عدة من الاخبار الواردة من طرق العامة والخاصة على ان البيع قسم من الضمان والتعهد اقدم عليه كل من المتعاقدين للآخر .
منها - قول البني (ص): الخراج بالضمان (١) «لان معناه ان غلة المبيع للمشتري لانه ضمنه .

(١) اورده في ج ٥- سنن البيهقي ص ٣٢١ عن عائشة - وفي جملة اخرى من الروايات :

انه قضى رسول الله (ص) ان الخراج بالضمان - وفي ص ٣٢٢ عن عائشة عن رسول الله (ص) الغلة بالضمان

ومنها مارواه الصدوق في حديث المناهي قال : ونهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يضمن (١) لان معناه : مال م يضمن بالشراء ، فسمى الشراء ضمناً .
ومنها - خبر ابراهيم الكرخي قال : سئلت ابا عبد الله اني كنت بعث رجلاً نخلًا كذا وكذا نخلة كذا وكذا درهماً ، والنخل فيه ثمر ، فانطلق الذي اشتراه مني فباعه من رجل آخر يربح ، ولم يكن نقدني ولا قبضت ، قال : لا بأس بذلك اليس كان قد ضمن الثمن لك؟ قلت: نعم، قال فالربح له (٢) لان معناه : انه اذا ضمن اداء الثمن بالشراء فقد ضمن المبيع وصار في عهده فيكون الربح له لان الخراج بالضمان ، و معنى كون البيع تعهداً و ضمناً ان المتبايعين يتعهدان بالايجاب والقبول تعهداً و ضمناً خصوصاً فالبايع يضمن الثمن ويتعهد للمشتري ان يكون تلفه من ماله والمشتري يضمن المبيع ويتعهد للبايع ان يكون تلفه من ماله ، و يترتب على هذا الضمان انه اذا وقع البيع على الوجه الصحيح لزم كلا منهما العمل بما اقتضاه الايجاب والقبول ، و اما اذا وقع على الوجه الفاسد فهو وان لم يجب عليهما العمل بذلك لكن اثر الضمان الذي اقدم كل منهما عليه باختياره و تعهده للآخر باق بحاله ، لان كلا منهما اقدم على ضمان مال الآخر بعوض واذا بطل العوض جعل على بحكم الشرع لفاسد البيع بقى العوض الواقعي وهو ضمان المثل بالمثل والقيمي بالقيمة .

قال في كتاب الغصب من المبسوط : لا يملك بالبيع الفاسد شيء ولا ينتقل به الملك بالعقد ، واذا وقع القبض لم يملك به ايضاً لانه لا دليل عليه ، واذا لم يملك به كان مضموناً ، فان كان المبيع قائماً رده ، وان كان تالفاً رده لانه كان له مثل والقيمة لان البايع دخل على ان يسلم له الثمن المسمى في مقابلة ملكه فاذا لم يسلم له المسمى اقتضى الرجوع الى عين ماله فاذا ملكت كان له بدلها (انتهى).

واعترض عليه - بان المتبايعين اقدموا وتراضوا وتواطوا بالعقد الفاسد على ضمان خاص ، لا الضمان بالمثل او القيمة ، و المفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان

(١) راجع الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٠ - من ابواب احكام العقود الرواية ٨ -

(٢) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٥ - من ابواب احكام العقود - الرواية ١ -

الخاص، ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى فالضمان بالمثل او القيمة ان ثبت فهو حكم شرعى تابع لدليله وليس مما اقدم عليه المتعاقدان (انتهى).

ويدفعه - ان الشيخ لا يقول ان الضمان بالمثل او القيمة شيء اقدم عليه المتعاقدان بل يقول: شيء يلزمه قصد التمليك والتملك، لان البايع اذا قال: بعتك هذا العبد مثلاً بالف، و قال المشتري: قبلت، كان معناه: جعلت العبد فى ضمانى بالف، و اذا بطل الالف لفساد البيع بقى الضمان الضمنى ولازمه وجوب القيمة فى مثل العبد ووجوب المثل فى المثلى هذا.

وعلى ما تقدم يتفرع بعض احكام رجوع الثلاثة اعنى المالك و الغاصب و المشتري من الغاصب بعضهم على بعض، بيان ذلك: ان رجوع المالك له صورتان: **الاولى** ان يرجع على المشتري، وهو اما عالم بالحال وبان البايع غاصب او جاهل، فان كان عالماً ورجع المالك عليه واخذ منه غرامة التالف اذا تلف فى يده لم يرجع على الغاصب لاستقرار الضمان عليه وانتفاء تغيرير الغير له لعلمه بالغصب، صرح به فى المقنعة والنهاية والمبسوط والسرائر، وان كان جاهلاً فما يأخذه المالك منه قسمان: احدهما - قيمة العين او بعض اجزائها اذا تلفت اوصفة من صفاتها اذا تغيرت فلا يستحق الرجوع به على البايع لانه اقدم على شراء العين على انه يملكها ويملك اجزائها و صفاتها فى مقابل الثمن ويكون الثمن بدلامنها فأخذها مضمونة عليه فاذا عرضها التالف تحت يده استقر عليه ضمانها - وثانيهما - قيمة نمائها ومنافعها وهو ما اقدم على شراء العين على انه يملكه مجاناً وبلا عوض لا يقابلها شيء من الثمن وهو ايضا قسمان: قسم يكون فى العرف والعادة منفعة وعائدة كوطى الجارية واستخدامها، و قسم بخلاف ذلك كالولد، ففي القسم الاول اذا اخذ المالك منه مهر الجارية او قيمة خدمتها لم يرجع به على الغاصب لانه وصل اليه فى مقابله نفع كالوطى والخدمة فلو رجع به على الغاصب لكان جمعاً بين العوض و المعوض، و فى القسم الثانى يرجع لان المالك قد اخذ منه قيمة الولد وهو مؤونة بلا معونة وقد غرّه الغاصب فله الرجوع عليه

لانه لم يصل اليه في مقابله نفع .
الصورة الثانية ان يرجع المالك على الغاصب فان رجع عليه و اخذ منه الغرامات كان له الرجوع على المشتري في كل ما اخذ منه الا قيمة الولد ، اما رجوعه في قيمة العين ومنافعها فلانها تلفت تحت يد المشتري واستقر عليه ضمانها ، واما عدم رجوعه في قيمة الولد فلان الغاصب هو السبب الغار الموجب لوقوع المشتري في هذه الخسارة ، وى جميل في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية ، قال : يأخذ المستحق الجارية ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه (الخبر) (١) فانه مع ان المالك يستحق ان يأخذ من المشتري مهر الجارية وارش بكارتها واجرة خدمتها وقيمة ولدها حكم في الخبر بان المشتري يأخذ من البايع قيمة الولد ولم يحكم باخذ ما عداها ، ولا فرق بينهما الا وصول النفع اليه في قبال المهر والاجرة وعدم وصول نفع اليه في قبال قيمة الولد .

فيما اذا باع ما يملك وما لا يملك في صفقة واحدة

الحادي عشر اذا باع ما يملك وما لا يملك في صفقة واحدة ان اجازه الآخر لزم البيع في الجميع ، وان رد البيع او قلنا بطلان بيع الفضولي لزم فيما يملك وبطل في الآخر وكان للمشتري خيار تبعض الصفقة فله ان يمسكه وله ان يرده فان اختار الرد فلا كلام ، وان اختار الامساك امسكه بحصته من الثمن ان كان مثلياً واما ان كان قيمياً كعبد بن وثوبين فانه يقسط الثمن على القيمتين بمعنى انه يقوّم كل منهما منفرداً ثم ينظر الى النسبة بين القيمتين ويقسط الثمن عليهما بهذه النسبة ، فاذا كان قيمة عبد البايع مائة وقيمة العبد الاخر مائتين وكان الثمن مائتين استرجع ثلثي الثمن لان النسبة بين القيمتين نسبة الثلث والثلثين .

وكذلك الكلام اذا باع في صفقة واحدة عبدا وحر او شاة وخنزيراً او خلا و

خبراً قال في السرائر : فالمشترى بالخيار بين ان يرد الصفقة جميعها او يمسك ما يصح فيه البيع بما يخصه من الثمن الذي يتقسط عليه ، مثاله : باع شاة وخنزيراً بثلاثة دینار فان الثمن يتقسط على قدر قيمة الشاة وقيمة الخنزير عند مستحليه فيقال : كم قيمة الشاة ؟ فيقال : قيراطان ، و يقال : كم قيمة الخنزير ؟ فيقال : قيراط فيرجع بثلث الثمن وهو دينار وبالعكس من ذلك ان يقال : قيمة الشاة قيراط وقيمة الخنزير عند مستحليه قيراطان ، فيرجع المشتري بثلثي الثمن وهو ديناران ، و كذلك في ملكه و ملك غيره اذا باعهما معاً في عقد واحد بثمن واحد فبحساب ما حررناه لا يختلف الحكم في ذلك فالاعتبار بالقيم ويرجع في الاثمان بحسب القيمتين (انتهى).
وهو اختيار الشيخ في المبسوط قال في فصل تفريق الصفقة بعد ان ذكر خيار المشتري بين الرد والامساك : اذا امسك امسكه بما يتقسط عليه من الثمن ، فما يتقسط على القيمة كالعبدین و الثوبین قسط عليهما ، وما يتقسط على الاجزاء كالحبوب و الادهان فانه يمسكه بحصته (انتهى) لان قوله : فما يتقسط على القيمة كالعبدین و الثوبین قسط عليهما معناه : قسط الثمن على القيمتين يعنى قسطه بحسب القيمتين .

لكنه قال في الشرايع : ويقسط الثمن بان يقو ما جميعاً ثم يقو ما احدهما منقرداً و يرجع على البايع بحصته من الثمن (انتهى) وقال غيره : يلاحظه قيمة كل منهما منقرداً ونسبة قيمة احدهما الى مجموع القيمتين ويؤخذ بهذه النسبة في تقسيم الثمن.
اقول: اذا تبين ان احدهما ملك الغير اورده المشتري للعيب و انحل الهيئة الاجتماعية قهراً فلاوجه لرعاية النسبة بين قيمة الباقي والهيئة المنحلة، فالصحيح في التقسيط ما ذكرناه وصرح به الحلبي .

فيما اذا وصى بثلث مال معين وذكر فروع المسئلة

الثاني عشر اذا قال : اوصيت لفلان بثلث هذا العبد او بثلث هذا الدار او الثوب ، ثم مات الموصى وخرج ثلثا ذلك العبد او الدار مستحقاً فان الوصية تصح في الثلث الباقي اذا خرج من الثلث ، وقال قوم : يصح في ثلث ذلك الثلث ، والاول

اصح قاله في المبسوط ، قوله : اذا خرج من الثلث ؛ يعني اذا كان له اموال اخر وامكن اخراج الموصى به منها ، واما اذا لم يكن له غيره لم يجز له الوصية الا بثلث هذا الثلث ، قوله : والاول اصح ، لان الوصية تملك والتملك تصرف لا يتعلق الا بملك الموصى وهو مالك للثلث فلا وجه لصرف الوصية عن الثلث الى ثلث الثلث ، وايضا صرفها اليه يحتاج الى تقدير مضاف ولا قرينة على حذفه (وقيل) : الوصية تحتل الثلث وثلث الثلث وثلثا مشتركا بينه وبين شريكه وثلثا من ثلثي شريكه (ويرده) ان الوصية تملك وتصرف لا يتعلق في الظاهر الا بمال الموصى فصرفه الى مال الغير من دون قرينة باطل . ومثله الكلام في من ملك ثلث دار او نصفها وقال : بعثك ثلث هذه الدار او نصفها ، لان البيع تملك وتصرف لا يقع في ظاهر الحال الا من المالك في ملكه فينصرف البيع الى ما ملكه من الثلث او النصف .

ان قلت : قد ذكروا في باب الصلح انه اذا اقر من بيده المال لاحد من المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالارث فصاحبه المقر له على ذلك النصف كان النصف مشاعاً في نصيبهما فان اجاز شريكه نفذ في المجموع و الا نفذ في الربع ، وهذا دليل على ان اطلاق النصف في مثل المقام ينزل على النصف المشترك بين الشريكين .

قلت : تقسيم النصف بين الشريكين في السبب ليس لكون لفظ النصف عند الاطلاق منزلا على النصف المشترك بينهما بل لانهما اقر بالشركة في السبب ، ضرورة انه اذا قال زيد وعمرو مثلا : هذه الدار كانت لابينا ونحن ورثناها منه ، فاقر من بيده الدار بنصفه لزيد كان اقراره اقرارا لهما فكل ما يخلص منه لزيد شاركه فيه عمرو لسبق الاقرار من زيد بانه شريك له في الارث .

ورجح بعضهم حمل الحصة المبيعة من الدار على الحصة المختصة بالبايع ، وايده بما ذكره من ان المرثة اذا صدقت عينا فوهبت نصفها للزوج ثم طلقها قبل الدخول كان للزوج النصف الباقي ، لان نصف الباقي مع نصف قيمة الموهوب (وعندي) انه لا تأييد فيه لما نحن فيه لان حمل النصف في مسئلة البيع على النصف المملوك انما هو دلالة التصرف عليه ، وحمل النصف في مسئلة الطلاق على النصف الباقي انما هو دلالة الآية

عليه لان قوله تعالى : فنصف ما فرضم (١) ظاهر في ان ما يعود الى الزوج بالطلاق انما هو نصف عين النريضة ، ونصف العين لا يصدق على نصف الباقي مع نصف قيمة الموهوب ومع اختلاف القرينة في البابين كيف يؤيد احدهما بالآخر ، والله العالم .

حول ولاية الاب والجد على المجنون والولد الصغير

فصل - في الاولياء على القاصرين في البيع والشراء وسائر التصرفات وهم خمسة:

الاب والجد للاب ووصى كل منهما والحاكم وامينه فهنا مسائل :

المسئلة الاولى ولاية الاب والجد على الولد الصغير والمجنون مجتمع عليه بين العلماء ، يدل عليه في الاب قوله تعالى : يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور (٢) وفي الجد قوله تعالى : انت وما لك لايبك (٣) ولا يشترط فيهما العدالة ولا الوثوق ، خلافاً لصاحب الوسيلة فاعتبر في ولاية الجد الوثوق (وهو مندفع) بان ولايتهما ليست من باب الاستيمان كالوصى بل من باب السلطنة والملك كما يرشد اليه التعبير عن الولد في الكتاب بالموهوب وفي السنة بالمال والملك « نعم » لوظهر للحاكم خيانة منهما ضم اليهما اميناً من قبله .

ولا يجوز لهما التصرف في المال الأعلى وجه يكون فيه المصلحة لقوله تعالى : ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن (٤) النهى عن قرب المال كناية عن النهى عن التصرف فيه كما ان قوله تعالى : ولا تقربوا الصلوة وانتم سكارى (٥) معناه : لا تغشوها ولا تفعلوها ولا تقربوا الزنا (٦) معناه : لا تنزونا ولا تقربوهن حتى يطهرن لا تجامعهن

(١) سورة البقرة : الاية ٢٣٨ .

(٢) سورة الشورى : الاية ٤٨ :

(٣) راجع الوسائل -- كتاب النكاح -- الباب ١١ -- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد --

الرواية ٥-

(٤) سورة الانعام : الاية ١٥٣ - سورة بنى اسرائيل : الاية ٣٦

(٥) سورة النساء : الاية ٤٦ .

(٦) سورة بنى اسرائيل : الاية ٣٤ .

و«الاحسن» هنا بمعنى الحسن ، وافعل بمعنى الصفة المشبهة دون التفضيل .
 قال الرضى : يجوز استعمال افعل عارياً عن اللام والاضافة و من مجرداً عن
 معنى التفضيل مئولاً باسم الفاعل او الصفة المشبهة قياساً عند المبرد وسماعاً عند غيره
 وهو الاصح ، قال : قبحتهم يا آل زيد نفرأ الام قوم اكبر او اصغرا «اى صغير او كبير ، وقال
 الآخر : ملوك عظام من ملوك اعظام» اى عظام ، وتقول الاحسن والافضل بمعنى الحسن
 والفاضل ، قيل ومنه قوله تعالى : وهو اهون عليه اذ ليس شىء اهون عليه تعالى من
 شىء (انتهى) .

فبدل الكتاب بالمنطوق على ان التصرف بالوجه الحسن جائز ، وبالمفهوم
 على ان التصرف فيه بالوجه القبيح غير جائز ، و هو ظاهر الاكثر لان الظاهر منهم
 وجوب رعاية الصلاح لا الاصلاح .

نعم قال الشيخ فى الثيبان: هو ان يحفظوا عليه ويثمروه او ينفقوا عليه بما لا يشك
 انه اصلح لذلك واما لغير ذلك فلا يجوز لاحد التصرف فيه» وقال فى الكشاف : النى
 هى احسن بالخصلة او الطريقة التى هى احسن وهى حفظه عليه و تثميره (انتهى) وما ذكره
 وان كان هو الاوفق بظاهر اللفظ لكن العمل انما هو على رعاية الصلاح دون الاصلاح .
 قال فى المبسوط : لا يصح تصرفهم الاعلى وجه الاحتياط والحظ للصغير
 والمجنون لانهم انما نصبوا لذلك فاذا تصرف على وجه لاحظ فيه كان باطلا لانه خالف
 ما نصب له» وعن السرائر : لا يجوز للولى التصرف فى مال الطفل الا بما يكون فيه صلاح
 المال ويعود نفعه الى الطفل دون المتصرف فيه وهذا الذى يقتضيه اصول المذهب (انتهى) .

حول مناصب القضاة والحكام فى الاسلام

المسئلة الثانية كان للقضاة والحكام فى الاسلام مناصب :

احدها فصل الخصومات ، ومنه ترفع المرئة اليهم فى دعوى العنين على
 الزوج وتأجيله سنة ومنه لعان المتلاعنين عندهم .

وثانيتها اقامة الحدود والقصاص ولذلك ورد في خبر سلمة بن كهيل عن علي عليه السلام انه سمع علياً عليه السلام يقول لشريح : واياك ان تنفذ قضية في قصاص او حد من حدود الله او حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على انشاء الله (١) .

وقال في كتاب الجراح من المبسوط : حكى الساجي حكاية في قتل المؤمن بالكافر فقال : حدثنا موسى بن اسحق الانصاري ، قال : حدثنا علي بن عمرو الانصاري ، قال : تقدم اليّ ابي يوسف في مسلم قتل كافراً فاراد ان يقيده به وكان علي رأس ابي يوسف رجل بيده رقاع فناوله الرقاع وحبس منه رقعة فقال ما تلك الرقعة فقال فيها شعر فقال : هاتها ، فاذا فيها شعر لشاعر بغدادى كان يكنى ابا المضر جى يقول :

يا قاتل المسلم بالكافر	جرت وما العادل كالجائر
يا من ببغداد واطرافها	من فقهاء الناس والشاعر
جار علي الدين ابو يوسف	بقتله المسلم بالكافر
فاسنرجواوا بكوا على دينكم	واصطبروا فالاجر للصابر

فاخذ ابو يوسف الرقعة و دخل علي الرشيد فاخبره فقال له : احتل فيها ، فلما كان المجلس الثاني قال ابو يوسف لا و لىاء المقتول : ايتوني بشاهدين عدلين يشهدان عندي انه كان يؤدى الجزئية عن يد ، فتعذر ذلك واهدر دمه و اخذ الدية (انتهى) .

وثالثها تولى امور القاصرين عن الصغار والمجانين الذين لاولى لهم ولاقيم عليهم فى جعل القيم لهم كما تضمنه خبر محمد بن اسمعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصية فرفع امره الى قاضى الكوفة فسير عبد الحميد القيم بماله ، وسيأتى نقله بتمامه الى آخر الخبر ومن ذلك نصب الامين للعمل بوصية من اوصى ولم يعين وصياً وكذلك النظر فى وقف لم يجعل الواقف له ناظراً .

ورابعها الحجر على المفلسين وتقسيم اموالهم بين الغرماء .
وخامسها حفظ اموال الغائبين ، ومنه حفظ اللقطة والضالة واللقيط واطلاق

(١) راجع الفروع من الكافي - كتاب القضاء والاحكام - باب ادب الحكم - الرواية ١ -

النفقة عليهم من بيت المال ، الى غير ذلك من الامور التي يرجع فيها اليهم .
واما اخذ الزكوات والاحماس وتفويض الانفال و الاراضى المفتوحة عنوة
الى من يزرعها و الاراضى الميثة الى من يحييها فهو كجباية الخراج كان من وظائف
الولاة والامراء ومناصبهم ولم يكن من وظائف القضاة والحكام .

واذا ثبت بذلك ان المناصب المفوضة الى قضاة المسلمين وحكامهم هي تلك
المناصب الخمسة واشباهها ودلت الاخبار على ان الائمة عليهم السلام جعلوا النقيه قاضياً او
حاكماً كان مدلولها تفويض تلك المناصب اليه خاصة لامنصب آخر لم يكن القاضى
متصدياً له في تلك الازمنة ، اذ من المعلوم ان المخاطب بقول الامام عليه السلام : جعلته حاكماً
او قاضياً لم يفهم من هذين اللفظين الاتفويض مناصب قضاة الاسلام اليه .

فمن جملة هذه الاخبار خبر عمر بن حنظلة قال : سئلت ابا عبد الله (ع) عن رجلين
من اصحابنا يكون بينهما منازعة في دين او ميراث فتحاكما الى السلطان او الى القضاة
ايحل ذلك ؟ فقال : من تحاكم الى الطاغوت فحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقه
ثابتاً ، لانه اخذ بحكم الطاغوت وقد امر الله عز وجل ان يكفر بها ، قلت : كيف يصنعان ؟
قال : انظروا الى من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف
احكامنا فلترضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه
فانما بحكم الله استخف وعلينا رد والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله
عز وجل (١) .

وخبر ابي خديجة قال : قال ابو عبد الله عليه السلام : اياكم ان يحاكم بعضكم بعضاً الى
اهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني
قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه (الخبر) . (٢)

قوله في الخبر الاول : جعلته عليكم حاكماً وفي الخبر الثاني : جعلته قاضياً
الحاكم و القاضى واحد وهو من يتخذ الحكم ويمضى الامر و يقضيه ، ومعناه كونه

(١) الوسائل - كتاب القضاء - الباب ١١ - من ابواب صفات القاضى - الرواية ١ -

(٢) الوسائل - كتاب القضاء - الباب ١ - من ابواب صفات القاضى - الرواية ٥ -

حاكماً او قاضياً بالمعنى الذى كان اهل عرف ذلك الزمان يفهمونه من هذين اللفظين، ومن المعلوم ان المفهوم منهما عندهم هو من فوض اليه تلك المناصب من طرف الخلفاء. ولذلك قال المفيد (قده) فى المقنعة: وللفقهاء من شيعة آل محمد عليهم السلام ان يجمعوا باخوانهم فى الصلوات الخمس وصلوة الاعياد والاستسقاء «والخسوف والكسوف اذا تمكنوا من ذلك وامنوا فيه من معرفة اهل الفساد، ولهم ان يقضوا بينهم بالحق و يصلحوا بين المختلفين فى الدعاوى عند عدم البيئات ويفعلوا جميع ما جعل الى القضاة فى الاسلام لان الائمة (ع) قد فوضوا اليهم ذلك عند تمكّنهم منه بما ثبت عنهم فيه من الاخبار وصح به التقل عند اهل المعرفة بالآثار (انتهى).

فان قوله: ويفعلوا جميع ما جعل الى القضاة فى الاسلام» معناه: ان جميع تلك المناصب المفوضة من الخلفاء الى القضاة مفوضة الى فقهاء الشيعة من طرف الامام عليه السلام، فيعلم منه ان المفيد (قده) قد فهم من الخبرين تفويض تلك المناصب الى فقهاء الشيعة لا خصوص فصل الخصومات كما زعمه بعض وان اختص به مورد الخبرين، لان العبرة بعموم قوله عليه السلام: جعلته حاكماً او قاضياً.

وقد افترط غيره فزاد على ذلك مناصب اخر لم تكن من مناصب القضاة كاخذ الزكوات وغيرها استدلالاً عليه باخبار اوضحها دلالة عندهم توقيع رواه الصدوق (ره) فى كتاب اكمال الدين واتمام النعمة، هذه صورة الرواية

حدثنا محمد بن محمد بن عصام الكلينى رضى الله عنه، قال: حدثنى محمد بن يعقوب الكلينى عن اسحق بن يعقوب، قال: سئلت محمد بن عثمان العمري رضى الله عنه ان يوصل لى كتاباً قد سئلت فيه عن مسائل اشكلت على فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الدار عليه السلام: اما ما سئلت عنه ارشدك الله وثبتك من امر المنكرين لى من اهل بيتنا وبنى عمنا فاعلم انه ليس بين الله وبين احد قرابة ومن انكرنى فليس منى وسيله سبيل ابن نوح عليه السلام، و اما سبيل عمى جعفر وولده فسيل اخوة يوسف عليه السلام، و اما الفقاع فشر به حرام لا بأس بالسلمات، و اما اموالكم فما تقبلها الا لتطهروا فمن شاء فليصل ومن شاء فليقطع فما آتانا الله خير مما آتاكم، و اما ظهور الفرج فانه الى الله تعالى ذكره

وكذب الوقتون ، واما قول من زعم ان الحسين بن علي عليه السلام لم يقتل فكفر وتكذيب وضلال ، واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله ، واما محمد بن عثمان العمري فرضى الله عنه وعن ابيه من قبل فانه ثقتي ، كتابه كتابي ، واما محمد بن علي بن مهزيار الاهوازي فسيصلح الله قلبه ويزيل عنه شكه ، واما ما وصلتنا به فلا قبول عندنا الا ما طاب و طهر و ثمن المغنية حرام ، واما محمد بن شاذان بن نعيم فهو رجل من شيعتنا اهل البيت ، واما ابو الخطاب محمد بن ابي زينب الاجدع فملعون واصحابه ملعونون فلا تجالس اهل مقاتلتهم فاني منهم بريء وآبائي منهم برآء ، واما المتلبسون باموالنا فمن استحل منها شيئاً فاكله فانما يأكل النيران ، واما الخمس فقد ابيح لشيعتنا وجعلوا منه في حل الى وقت ظهور امرنا لتطيب ولادتهم ولا تخبث ، واما ندامة قوم قد شكوا في دين الله على ما وصلونا به فقد اقلنا من استقبال ولا حاجة لنا في صلة الشاكين ، واما علة ما وقع من وقوع الغيبة فان الله عز وجل يقول : يا ايها الذين آمنوا لا تسئلوا عن اشياء ان تبدلكنم تسؤكنم ، انه لم يكن احد من آبائي الا وقد وقعت في عنقه بيعة لطاغية زمانه وانى اخرج حين اخرج ولا بيعة لاحد من الطواغيت في عنقي ، واما وجه الانتفاع بي في غيبتى فكالانتفاع بالشمس اذا غيبت عن الابصار السحاب و انى لامن اهل الارض كما ان النجوم امان لاهل السماء ، فاغلقوا باب السؤال عما لا يعينكم ولا تتكلفوا علم ما قد كفيتم واكثروا الدعاء بتعجيل الفرج فان ذلك فرجكم ، والسلام عليك يا اسحق بن يعقوب وعلى من اتبع الهدى (١).

هذا تمام التوقيع نقلته من نسخة مصححة من كتاب اكمال الدين تاريخ كتابتها سنة خمس وثمانين والفرج ، و عندي انه لادلالة فيه على عموم نيابة الفقيه ، توضيح ذلك : ان اسحق بن يعقوب رضى الله عنه سئل في كتابه عن ست عشرة مسألة بعضها في الفقه وبعضها في غيره و اجاب عنها صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه واحدة بعد واحدة ، ومن الاجوبة قوله : واما الحوادث الواقعة والظاهر منه ان السائل سئل

(١) اورد في الوسائل القطعة التي استشهد بها في المقام - راجع كتاب القضاء - الباب

في كتابه عما اذا حدثت له حادثة لم يعلم الخروج عنها كيف يصنع فاجابه بانه يرجع فيها الى رواية حديثنا ، و ليس قوله : و اما الحوادث الواقعة ، كلاماً مبتدئاً حتى يستدل بعمومه ، بل جواب عن سؤال لانعلمه ، فيجوز ان يكون المراد من الحادثة المسئلة الفقهية و يجوز ان يكون اعم ، فالجواب مجمل و المتيقن منه المسئلة الفقهية .

و قد كان الائمة عليهم السلام يأمرون السائلين عن المسائل الفقهية بالرجوع الى الروايات ففي خبر اسمعيل بن الفضل الهاشمي قال : سئلت ابا عبدالله عليه السلام عن المتعة فقال : الق عبدالملك بن جريح فان عنده منها علما ، فلقيته فاملى علي شيئاً كثيراً في استهلالها ؛ و كان فيما روى فيها ابن جريح انه ليس لها وقت ولا عدد (الي ان قال) : فاتيت بالكتاب ابا عبدالله عليه السلام فقال : صدق واقرب به (١)

وفي خبر احمد بن اسحق عن ابي الحسن عليه السلام قال : سئلته وقلت : من اعامل؟ و عن آخذ؟ و قول من اقبل؟ فقال : العمرى ثقتى فما ادى اليك عنى فعنى يؤدى ، و ما قال لك عنى فعنى يقول ، فاسمع له و اطع فانه الثقة المأمون ، قال : و سئلت ابا محمد عليه السلام عن مثل ذلك فقال : العمرى و ابنه ثقتان فما اديا اليك فعنى يؤديان و ما قال لك فعنى يقولان فاسمع لهما و اطعهما فانهما الثقتان المأموران (٢) .

وفي خبر شعيب العقر قوفى قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : ربما احتجنا ان نسئل عن الشيء فمن نسئل؟ قال : عليك بالاسدى يعنى ابا بصير (٣)

على ان استعمال الحادثة في الموضوعات الفقهية كان شايعاً في تلك الاعصار، روى في الوسائل (٤) عن الشيخ في العدة عن الصادق عليه السلام اذا نزلت بكم حادثة لاتعلمون حكمها فيما وردعنا فانظروا الي ما رووه عن على عليه السلام فاعملوا به (الخبر) و به يؤيد

(١) الوسائل - كتاب القضاء - الباب ١١ - من ابواب صفات القاضى - الرواية ٦ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٤ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١٦ -

(٤) كتاب القضاء - الباب ٨ - من ابواب صفات القاضى -

ها ذكرناه من ان المراد هو الحوادث الفقهية ، واما اخذ الزكوات والاحماس والانقال فهو من وظائف سلطان الاسلام والولاية والامراء المنصوبين من قبله المأمورين بحماية الخراج وساير الاموال ، قال الله تعالى لنبيه ﷺ خذ من اموالهم صدقة (١) وقال: يسئلونك عن الانقال قل الانقال لله والرسول (٢) ولم يكن ذلك من وظائف قضاة الاسلام وحكامه حتى يثبت للفقيه بقولهم : جعلته قاضياً وجعلته حاكماً الا ترى ان القديما يقولون يستحب دفع الزكوة الى الفقهاء المأمورين لانهم اعرف بمواقعها فلم يوجبوا ذلك بل استحبه ولم يعلموه بالنيابة بل بانهم اعرف بمصارفها

واما دفع الخمس الى الفقيه ففي نصف الهاشميين انما هو لانه اعرف بمواضع صرفه لانه المتمكن من النظر في صحة النسب وفساده وفي اعتبار الايمان او العدالة في المستحق وعدمه وفي اعتبار الفقر في اليتيم وعدمه ، واما النصف الاخر فهو مشاع في مال المالك لا يختص بصاحبه عجل الله تعالى فرجه الاقبضه او قبض من له الولاية على حفظ اموال الغائبين وهو الفقيه لان ذلك من وظائف الحكام كما مر فاذا قبضه الفقيه صار ماله **رِيسَالاً** على التعيين وجب عليه التصديق به على الفقراء عنه سلام الله عليه .

واما اقامة الجمعة فالاستدلال بوجوبها ان كان بقوله تعالى : اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله (٣) فهو ساقط لان الظاهر منه تعليق وجوب السعي على حصول النداء اى الاذان ان حصل وجب والاسقط ، والقائل بوجوب الجمعة في ايام الغيبة لا يقول بان وجوبها مشروط بحصول الاذان ، وان كان بالاخبار الواردة في الباب فلا يستفاد الوجوب منها في ايام الغيبة بل غايته الدلالة على جوازها في تلك الحال ولا مضايقة منه .

(١) سورة التوبة : الاية ١٠٤ -

(٢) سورة الانفال : الاية ٢ .

(٣) سورة الجمعة : الاية ٩ .

حول ولاية الفقيه على الصغير الذي مات وليه من غير وصية

المسئلة الثالثة اذا مات انسان من غير وصية وترك اموالاً واولاداً صغاراً فلا اشكال في ولاية الفقيه على الصغار لان من مناصب الحاكم في الاسلام هو الولاية على القاصرين من الصغار والمجانين فقولهم : قد جعلته عليكم حاكماً يدل على ثبوت هذا المنصب للفقيه ، ولذلك افتى الاكثر بان الاولياء خمسة: الاب والجد ووصى الاب والجد والحاكم وامينه .

نعم هنا اخبار دلت على انه يجوز للعدل او الثقة ان يكون قيماً على صغار من مات بغير وصية بان يبيع اموالهم او يقسمها عليهم كخبر محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : ان رجلاً من اصحابنا مات ولم يوص فرفع امره الى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد بن سالم القيم بماله وكان رجلاً خاف ورثة صغاراً ومتاعاً وجوارى ، فباع عبد الحميد المتاع ، فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صيراليه وصية ، و كان قيامه بامر القاضي لانهن فروج ، قال محمد : فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام فقلت : جعلت فداك يموت الرجل من اصحابنا فلا يوصى الى احد ، و خلف جوارى فيقيم رجلاً منا لبيعهن ، او قال : يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهن فروج ، فما ترى في ذلك ؟ فقال : اذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس (الخبر) (١) بناء على عدم اتصاف الراوى وعبد الحميد بوصف الفقاهة لدلالة الخبر حينئذ على انه يكفي في القيمومة على الصغار ان يكون القيم مؤمناً عادلاً لان اتصافهما بالوصفين مما لا شك فيه .

ومثله خبر اسمعيل بن سعد قال : سئلت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية (الى ان قال) : وعن الرجل يموت بغير وصية وله ورثة صغار وكبار ايحل شراء خدمه و متاعه من غير ان يتولى القاضي بيع ذلك ؟ فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفة ايطيب الشراء منه ام لا ؟ فقال : اذا كان الاكابر من ولده معه في

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٦ - من ابواب عقد البيع وشروطه - الرواية ١ -

البيع فلا بأس اذا رضى الورثة وقام عدل في ذلك (١)

ونحوه خبر سماعة قال : سئلته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية ، وله خدم ومماليك وعقد ، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال : ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس (الخبر) (٢) قوله : وعقد هو كصرد جمع عقدة : الضيقة والعقار .

ويحتمل في الجمع بين الطائفتين وجوه : احدها - ان يقال : اطلاق الاخبار الثلاثة يدل على ان العدل يجوز له التصرف في اموال الصغير وجد الفقيه او فقد ، فيكون ولاية الفقيه و ولاية العدل غير الفقيه في مرتبة واحدة يجوز التصرف فيها لكل منهما (لكنه ضعيف) اذ لم يظهر القول به من احد .

و ثانيها - ان يقال : النسبة بين الاخبار الثلاثة و اخبار ولاية الحاكم نسبة العموم المطلق لان الحاكم ليس الا الفقيه العدل فوجب حمل الاخبار الثلاثة على ان المراد ولاية الثقة او العدل اذا كان فقيها ؛ وهذا هو ظاهر الاكثر لانهم يذكرون ولاية الحاكم ولم يذكروا ولاية العدل غير الفقيه .

وثالثها - ان العدل ولي اذا لم يكن هناك فقيه واما اذا وجد فلا ولاية لغيره . و هو اختيار الشيخ في النهاية والطوسي في الوسيلة .

قال في النهاية : واذامات انسان من غير وصية كان على الناظر في امر المسلمين ان ينظر في مصلحة الورثة ويبيع لهم ويشترى ويكون ذلك جائزاً ، فان لم يكن السلطان الذى يتولى ذلك او يأمر به جاز لبعض المؤمنين ان ينظر في ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الامانة ويؤديها من غير اضرار بالورثة ويكون ذلك صحيحاً ماضياً .

وقال في الوسيلة : ومن مات عن اطفال من غير نصب وصى عليهم نصب الحاكم من يقوم باودهم ، فان فقدوا قام بامرهم بعض صلحاء المؤمنين وحفظ الامانة كان ما فعله ماضياً من غير اعتراض لاحد (انتهى) لكنه جمع لاشاهد عليه من الاخبار وتقيد في

(١) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١-

(٢) الوسائل - كتاب الوصايا - الباب ٨٨ - الرواية ٢-

اطلاق الاحباز الثلاثة من غير دليل «نعم» لو كان تأخير التصرف في المال بالبيع او التقسيم مما يتضرر به الصغير جاز للثقة التصرف فيه عند فقد الفقيه دفعاً للضرر عنه واحساناً في حقه . لكنه فرض خارج عن محل الكلام .

ومن هنا يظهر ان ما ذهب اليه الاكثر من تقييد الاخبار المذكورة باخبار ولاية الحاكم اوفق بقواعد الجمع ، وعلى تقدير ولاية العدل فلا بد من الاقتصار فيه على مورد الاخبار الثلاثة وهو التصرف في مال الصغير بالبيع والشراء وامثال ذلك لا يتعدى الى غيره .

ان قلت : قول الشيخ : جاز لبعض المؤمنين ، يدل على كفاية الايمان في القيم مع ان مدلول الاخبار اعتبار العدالة والوثاقة (قلت) : اعتماده في هذه الفتوى انما هو على خبر محمد بن اسمعيل وهو محمول عنده على اعتبار الايمان فقط لان السائل لما سئل عن مؤمن مات من غير وصية فنصب عليهم قاضي الكوفة قيساً فهل يجوز لهذا القيم التصرف في اموالهم ؟ اجيب بما معناه : اذا لم يكن من نصبه القاضي من اهل الخلاف بل كان مثلك ومثل عبد الحميد في الايمان والتشيع فلا بأس بان يكون قيماً على صغار المؤمن ، فقرينة الحال تشهد بان المراد هو المماثلة في الايمان احتراماً عن قيمومة المخالف على صغار المؤمن لان القاضي المنسوب من الخليفة يميل في اختيار القيم الى اهل نحلته ، ولو سلم دلالة هذا الخبر على ذلك عارضه الخبران الآخريان والجمع بينهما يقتضى اعتبار العدالة مضافاً الى الايمان .

فيما اذا اوصى الى احد ثم مات قبل انفاذ الوصية

هذا حكم من مات بغير وصية ، واما من اوصى الى احد ثم مات الوصي قبل انفاذ الوصية فلا خلاف بينهم في ان المستولى لانفاذها هو الفقيه لا غير صرح به الشيخان و الديلمي والحلي ، قال في المقنعة : فان مات يعنى الوصي كان على الناظر في امور المسلمين تولى انفاذ الوصية على حسب ما كان يجب على الوصي ان ينفذها وليس للورثة ان يتولوا ذلك بانفسهم ، واذا عدم السلطان العادل فيما ذكرناه كان للمقهاء

من اهل الحق من ذوى الرأى والفضل ان يتولوا ما تولاه السلطان، وان لم يتمكنوا من ذلك فلا تبعة عليهم فيه « وقال الحلبي بعد ايراد هذه الجملة من المقنعة : وهذا الذى اختاره » وبمثلته افتى فى المراسم والنهاية .

ووجه الاتفاق فى هذه المسئلة ان القيمومة على الصغار فى المسئلة الاولى و كذا تولى انفاذ الوصية فى المسئلة الثانية من وظائف القضاة و الحكام بلا اشكال فيثبت الامران للفقهاء بقوله : جعلته حاكماً « غاية الامران قوله : جعلته حاكماً » معارض فى المسئلة الاولى بالاخبار الثلاثة بخلاف المسئلة الثانية فانه لامعارض له من الاخبار ولذلك حصل الاتفاق فيها دون الاولى ، واما قول الشيخ فى المسئلة الثانية: لست اعرف بهذا حديثاً مروياً » فمعناه لا يعرف فيها حديثاً بالخصوص و ان دل عليه اخبار عامة كخبر عمر بن حنظلة واشباهه ، فيتلخص من ذلك ان اكثر القدماء انكروا ولاية العدل ومن اثبتها منهم خصها بالولاية على صغار لم يكن لهم قيمٌ لعدم الوصية بذلك من والدهم واما ولايته فى غير ذلك فلم يدل عليه دليل ولا قال بها قائل منهم . ثم ان المكلف بمراجعة الفقيه فى المخاصمات هو المتخاصمان فان اتحد الفقيه فلا كلام ، وان تعدد تخيراً فى الرجوع الى كل واحد ، فان رجعا الى واحد واحضر الشهود ثم ازيد المدعى العدول عنه الى فقيه آخر جاز، لان مقتضى الاطلاق بقاء التخيير ما لم يصدر الحكم فان صدر لم يجز العدول لانه رد على الحاكم وهو على حد الشرك بالله عز وجل ، وحيثما جاز للمدعى العدول من فقيه الى فقيه جاز قبول المراجعة للفقيه المعدول اليه ايضاً لانهما متلازمان .

هذا حكم المراجعة الى الفقيه فى المخاصمات ، واما اذا نصب اميناً للقيمومة على صغير او لاناذ وصية او للنظر فى وقف فانه لا يجوز لفقيه آخر عزل ذلك المنسوب واقامة غيره مقامه لان ولاية الفقيه تقتضى نصب الامين فيما ليس فيه امين منسوب واذ افرض وجوده سقط ولايته ولم يكن مورد لاعمالها ، هذا حكم الامين فى حياة الحاكم ، واما اذ مات فلا يجوز له التصرف فى مال الصغير لانه وكيل للحاكم فتبطل وكالته بموت موكله (واما ما يقال) : من انه اذا فوض الحاكم منصب القيمومة اليه لم يبطل ذلك بموته

(فمردود) بان القيمة نوع من الولاية فهو منصب مختص بالحاكم كالولاية على فصل الخصومات واقامة الحدود والحجر على المفلسين فلا معنى لتفويضه الى غيره، وذلك لان اعمالها يتوقف على قوة استنباط واهلية للنظر وذلك لايتأتى من غير الفقيه .

في عدم صحة بيع المملوك المسلم من الكافر

مسئلة - لا يصح بيع المملوك المسلم من الكافر ، صرح به في المبسوط وقال في موضع منه: الكافر عندنا لا يملك مسلماً وفي الغينة الاستدلال عليه بالاجماع وبقوله تعالى: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً (١) قال : ويحتج على المخالف بما رووه من قوله (وَاللَّهِ عَلَىٰ الْأَسْلَامِ لَعَلُّو لَّا يُعْلِي عَلَيْهِ (٢)) انتهى . والعمدة في سند المنع دلالة الكتاب قال الله تعالى في سورة النساء : الذين يتر بصون بكم فان كان لكم فتح من الله قالوا ألم نكن معكم وان كان للكافرين نصيب قالوا ألم نستحوذ عليكم ومنعكم من المؤمنين فالله يحكم بينكم يوم القيمة ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً الظاهر من السبيل السلطنة ومن نفى الجعل نفى التشريع يعني لم يشرع الله للكافرين سلطنة على المؤمنين ويشهد لذلك امور :

احدها - كثرة استعمال الجعل في القرآن في معنى التشريع ونفى الجعل في معنى نفى التشريع قال الله تعالى : واذجعلنا البيت مثابة للناس (٣) ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقرابون (٤) لكل جعلنا شرعة ومنهاجاً (٥) وقال سبحانه : ما جعل عليكم في الدين من حرج (٦) ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (٧) ما جعل

(١) سورة النساء : الآية ١٤٠

(٢) راجع الوسائل - كتاب الميراث - الباب ١ - من ابواب موانع الارث

(٣) سورة البقرة : الآية ١١٩

(٤) سورة النساء : الآية ٣٧

(٥) سورة المائدة : الآية ٥٢

(٦) سورة الحج : الآية ٧٧

(٧) سورة المائدة : الآية ١٠٢

ازواجكم اللائى تظاهرون منهن امهاتكم (١).

وثانيها- ان هذا الوجه هو الذى يقتضية سياق الايات لان قوله: وان كان للكافرين نصيب «موهم بان الكفار اذا غلبوا على اهل الايمان فى حروبهم بالقتل والاسر والاغنام انه حظ استحقوه ونصيب لهم من الله اصابوه ، فما زال هذا الوهم و دفع هذه الشبهة بقوله : ولن يجعل الله (اه) يعنى ان ذلك لم يكن باستحقاق شرعى لان الله لا يجعل للكافرين سلطنة شرعية على المؤمنين بل انما كان ذلك بطريق الاملاء والاستدراج وثالثها- ان هذا المعنى هو المراد من قوله قبل ذلك : فان اعتزلوكم والقوا اليكم السلم فما جعل الله لكم عليهم سبيلا» يعنى ان الكفار اذا تركوا قتالكم واستسلموا لكم فما جعل الله لكم عليهم سلطنة شرعية واذا ثبت بذلك ان المراد من نقي جعل السبيل نقي السلطنة الشرعية فلا بد من ان يكون المراد نقي السبيية من اسبابها ، ويتحصل من ذلك ان الكافر لا يحصل له سلطنة شرعية على المؤمن بوجه من الوجوه ولا بسبب من الاسباب اختياريًا كان السبب او اضطراريًا كالارث .

نعم يجب الخروج عن هذا العموم فى ما دل عليه خبر حماد بن عيسى عن ابي عبد الله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اتى بعبد لذمى قد اسلم ، فقال : اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه الى صاحبه (الخبر) (٢) لدلالته على كون الكافر مالكا لعبد مسلم ولذلك امر بان يباع عليه ، لكنه مختص بصورة تأخر اسلام العبد عن ملك الكافر له واما اذا تقدم فلا يجوز بيعه منه (وقيل) : يجوز لكنه يباع عليه ، نسبة فى ظاهر المبسوط الى بعض العامة (ويرده) ان السبيل فى الاية نكرة فى سياق النقي فيدل على نقي مطلق السلطنة مستقرة كانت او متزلزلة خرجنا عنه فى مورد الخبر بقى الباقي .

ثم ان قوله فى الخبر : فبيعوه من المسلمين « يدل على انه لا يجوز لما لكة الكافر مباشرة البيع بل يباشره المسلمون لانه اقرب الى ادخال الذل و الصغار عليه ، وعلى هذا فلما اشتراه مسلم ثم ظهر على عيب سابق كان له الارش دون الرد لعموم

(١) سورة الاحزاب : الاية ٤

(٢) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٢٨ - من ابواب عقد البيع وشروطه - الرواية ١-

الاية ، وليس له خيار المجلس ولا خيار الحيوان ايضاً لانه اعادة لملك الكافر عليه و هو منقضى بالاية .

ثم ان نفي سبيل الكافر على المؤمن كنفى سبيل المؤمن على الكافر في قوله : فما جعل الله لكم عليهم سبيلاً ، ومعناه كما مر : انه اذا ترك الكفار قتالكم واستسلموا لكم لم يجعل الله لكم سلطنة على رقابهم بالاسترقاق او القتل ولا على اموالهم بالاختذ والحيازة ، وليس المعنى : لم يجعل الله لكم رخصة في استيجارهم للخدمة او لشيء من الاعمال ، وكذلك هو المراد من نفي سبيل الكافر على المؤمن ، فيجوز للمسلم ان يكون اجيراً للكافر لعمل في الذمة كخياطة ثوب وبناء حائط وان يكون اجيراً له شهراً او شهرين للبناء او الخياطة لعموم دليل الاجارة وعدم دلالة الاية على المنع ، و في الثاني يستثنى منه ازمة العباداة .

ويظهر من الخلاف ان الجمهور يفصلون بين القسمين قال الشيخ في الاول : صحيح بخلاف وفي الثاني صحيح عندنا ، فيدل على بطلانه عندهم واختاره بعضهم ، و علل الصحة في الاول بانه كالدين .

اقول : ان كان لدليل الاجارة عموم شامل لكلا القسمين كما هو الحق تعين الحكم بالصحة فيهما لسلامته عن معارضة الاية والالم يصح التفصيل ، ومجرد المشابهة بين القسم الاول والدين لا يوجب الحكم بالصحة بل هو قياس باطل (على) ان العمل في كلا القسمين يثبت في الذمة ، غير انه في الاول يثبت فيها دفعة واحدة بخلاف الثاني فانه كتنفقة الزوجة مقسط على الزمان لا يثبت منه في الذمة الا عمل كل يوم عند طلوع الفجر منه .

ثم الظاهر من الكفر في الآية هو الكفر الحقيقي واما الكافر الحكمي كالنائب والقائل بالجبر او التشبيه من فرق المسلمين فخارج عن الآية لحدوث هذا القسم من الكفر بعد انقطاع الوحي و خارج عن الاخبار الدالة على كفرهم لان المراد انه محكوم بالكفر عن بعض الجهات كنجاسة السور وحرمة الذبيحة دون البعض الآخر كحقن الدماء والاموال والتوارث وغير ذلك .

وذهب بعض الى انه لا يجوز بيع العبد المسلم من الناصب كالذمي و يلزمه جواز بيع العبد الناصبي من الذمي لان المبيع والمشتري كليهما كافر ولا يظن احداً يلتزم به، ثم في قوله بيع العبد المسلم من الناصب تسامح في التعبير و المناسب ان تقول بيع العبد المؤمن من الناصب.

وذهب جمع الى جواز بيع العبد المسلم من الكافر في كل مورد تعقبه الانعتاق كما اذا كان العبد ممن يعتقد على المشتري اما لكونه قريباً له او لاقراه بحريته قبل الشراء و كما لو قال الكافر للمسلم : اعتق عبدك عنى ، فاعتقه او شرط على الكافر عتقه (قيل) : لان هذا القسم من الملك السريع الزوال ليس سبيلاً عرفاً (و يردده) ان السبيل كناية عن السلطنة والمعنى لا يحدث للكافر سلطنة على مؤمن وهو مطلق شامل للمستقرة منها والمتزلزلة ، والانعتاق في الموارد المذكورة متوقف على صحة البيع والاية تدل على بطلانه فلا بيع ولا انعتاق .

يجوز الاستدانة من الكافر ورهن شيء عنده لان النبي ﷺ رهن عند ابي - شحمة اليهودى درعا قال في المبسوط: اذا كان الرهن عندهم صحيحاً وما لا يصح مسه ولا استخدامه جعل على يدي عدل فيجب ان يكون صحيحاً (انتهى) يعنى ان الرهن عند الكافر اذا كان صحيحاً جازرهن العبد المسلم و المصحف عنده لا مانع منه الا خوف مس المصحف او خوف استخدام الكافر للمسلم فاذا جعلناهما عند مسلم عدل ارتفع المحذور ولا يعارضها الآيه لان مدلولها نفى السلطنة على تملكه و مدلول عمومات الرهن هو التسلط على بيع العين المرهونة واخذ الدين من ثمنها اذا تعذر الاداء من غير هذا الوجه فلا تعارض بين الدليلين ، واما العارية عنده او الوديعة فالاصح المنع لان كلا منهما استيمان للكافر ولا امانة له عندنا.

بحث حول بيع المصحف

مسئلة - ورد في اخبار كثيرة النهى عن بيع المصاحف كخبر عبد الرحمن بن سيبان عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: ان المصاحف لن تشتري، فاذا اشترت

فقل : اشترى منك الورق وما فيه من الاديم وحليته وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا
 وخبر جراح المدائني عنه عليه السلام في بيع المصاحف قال لا تبع الكتاب ولا تشتريه وبع
 الورق والاديم والحديد (١) وخبر سماعة بن مهران قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول :
 لا تبعوا المصاحف فانها حرام ، قلت : فما تقول في شرائها ؟ قال : اشتر منه الدفتين
 والحديد والغلاف ، واياك ان تشتري منه الورق وفيه القرآن مكتوب فيكون عليك
 حراماً وعلى من باعه حرام (٢) وخبر سماعة عنه عليه السلام قال : سئلته عن بيع المصاحف
 وشرائها فقال : لا تشتري كتاب الله ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين ، وقل : اشترى
 منك هذا بكذا وكذا (٣) وخبر عثمان بن عيسى قال : سئلته عن بيع المصاحف
 وشرائها فقال : لا تشتري كلام الله ، ولكن اشتر الحديد والجلود والدفتر ؛ وقل :
 اشترى هذا منك بكذا وكذا (٤) الى غير ذلك من الاخبار .

قال في النهاية : لأبأس بشراء المصاحف وبيعها والتكسب بها غير انه لا يجوز
 ان يبيع المكتوب بل ينبغي ان يبيع الجلد والورق ، وتبعه في السرائر لانه ذكر
 من جملة المكاسب المحظورة بيع المصاحف اذا كان ذلك في المكتوب (انتهى) .

والمحتمل في هذه الاخبار وجوه :

احدها ان في التكسب بكلام الله تشبهاً باهل الكتاب الذين يشترى
 بآيات الله ثمناً قليلاً كما يشعر به قوله في بعضها : لا تشتري كتاب الله ، او لا تشتري كلام
 الله ، فينبغي حمل النهي على الكراهة وحمل الحرمة على الكراهة المغلظة .

وثانيها ان شأن كلام الله تعالى اجل وارفع من ان يقع عليه المعاوضة
 بالاثمان كالامعة التي يتمتع بها اهل الدنيا فلا يصير مملوكاً بالثمن ، او لا يتعلق به
 ملك لاحد فكلام الله لا يملك كما ان الحر لا يملك ، وعلى هذا فالنهي عن بيعه

(١) الوسائل. كتاب التجارة الباب ٣١.. من ابواب ما يكتسب به الرواية ١ .

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١١ .

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٢ .

(٤) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٣ .

محمول على الحرمة .

و ثالثها ان المراد رعاية تعظيم للقرآن عند ارادة النقل و الانتقال فيه فلا يقول المشتري : اشترى منك القرآن او كتاب الله ، بل يقول : اشترى منك الجلد والاديم و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا اذا كان البايع هو الكاتب له او يد غيرك اذا كان الكاتب غيره ، واليه يشيرها في الخبر الاول من تعليم العقد عليه لان قوله : وما فيه من عمل يدك شامل للكتابة فنهى عن التعبير بشراء القرآن و امر بالتعبير بشراء ما فيه من عمل اليد وان كان عمل اليد هي الكتابة ، لكن في التعبير الثاني تعظيم للقرآن ورعاية ادب بالنسبة اليه لايشتمل عليه التعبير بالشراء هذا .

و قال في كتاب الجهاد من المبسوط : المشرك ممنوع من شراء المصاحف اعزازا للقرآن فان اشترى لم يصح البيع ، وفي الناس من يقول بملكه ويلزم بالفسخ والاول اصح (قال) : وهكذا حكم الدفاتر التي فيها احاديث رسول الله ﷺ و آثار السلف و اقواويلهم حكمها حكم المصاحف سواء ، وقال في كتاب الرهن منه : اذا رهن مسلم عبداً مسلماً عند كافر او رهن عنده مصحفاً قيل فيه قولان : احدهما لا يصح ، و الثاني يصح ويوضع على يدي مسلم عدل ، وهذا عندي اولي لانه لامانع منه و احاديث رسول الله ﷺ والائمة بمنزلة المصحف سواء (انتهى) و الظاهر ان الحجة على الحاق الاحاديث بالمصحف هو قولهم (ع) الاسلام يعلو ولا يعلى عليه .

فِيمَا إِذَا غَضِبَ مَالًا وَيُشْرَى بِهِ جَارِيَةٌ

مسئلة - قال في باب الفرر والمجازفة من السرائر : و من غضب غيره مالا و يشري به جارية كان الفرج له حلالا وعليه وزر المال ، و لا يجوز ان يحجج به فان حجج به لم يجزئه عن حجة الاسلام هكذا روى في بعض الاخبار واورده شيخنا ابو - جعفر في نهايته ، و الذي ا قوله في ذلك انه ان كان اشترى الجارية بعين المال المغصوب فالشراء باطل ولا يجوز له وطى الجارية هذه ولا يصح له التصرف فيها بحال وان كان الشراء وقع بمال في ذمته كان ذلك صحيحا و حل له وطى الجارية لان

الشراء وقع في الذمة بالعين المغصوبة وشيخنا ابو جعفر رجح عما ذهب اليه في نهايته واورده لان ذلك خبر واحد اورده رواية لا اعتقادا رواية السكوني وهو مخالف عامي المذهب فقال شيخنا في جواب مسألة سئل عنها من جملة المسائل الجائزات المنسوبة الى ابي الفرج بن الرملة فقال السائل : و عن رجل اشترى ضيعة او خادماً بمال اخذه من قطع الطريق او من سرقة هل يحل له ما يدخل عليه من ثمرة هذه الضيعة او يحل له ان يطاء هذا الفرج الذي قد اشتراه بمال من سرقة او قطع الطريق؟ وهل يجوز لاحد ان يشتري من هذه الضيعة وهذا الخادم وقد علم انه اشتراه بمال حرام؟ وهل يطيب لمشتري هذه الضيعة وهذا الخادم وهو حرام؟ فعرنا ذلك، فقال: الجواب ان كان الشراء وقع بعين ذلك المال كان باطلا و لم يصح جميع ذلك، و ان كان الشراء وقع بمال في ذمته كان الشراء صحيحاً وقبضه ذلك المال فاسداً وحل وطى الجارية وغلة الارض والشجر لان ثمن الاصل في ذمته، هذا آخر كلام شيخنا ابي جعفر الطوسي ره و آخر جوابه للسائل وهو الحق اليقين (انتهى كلام الحلبي) قوله: وقع في الذمة بالعين المغصوبة، فيه تصحيف، والظاهر ان الصحيح: وقع في الذمة لالعين المغصوبة.

ثم اقول: ما وجه الحرمة في الشق الاول فهو ارواه في الوسائل (١) عن الكليني عن محمد بن يحيى قال: كتب محمد بن الحسن الى ابي محمد عليه السلام رجل اشترى من رجل ضيعة او خادماً بمال اخذه من قطع الطريق او من سرقة هل يحل له ما يدخل عليه من ثمرة هذه الضيعة، او يحل له ان يطاء هذا الفرج الذي اشتراه من سرقة او من قطع طريق؟ فوقع عليه السلام: لاخير في شيء اصله حرام ولا يحل استعماله» ويؤيده قولهم (ع): ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه (٢) لدلالته على ان المعاوضة بين حرام وحلال يوجب سريان الحرمة من الحرام الى الحلال دون العكس، و اذا كان ذلك اثر

(١) كتاب التجارة - الباب ٣ من ابواب ما يكتب به الرواية ١ -

(٢) في مسند احمد عن ابن عباس ان النبي (ص) قال: لعن الله اليهود حرم عليهم الشحوم

فباعوها فأكلوا أثمانها وان الله اذا حرم على قوم شيئاً حرم عليهم ثمنه راجع ج ١ ص ٣٢٢

المعاوضة فلا فرق بين ان يكون المضمن حراماً والثمن حلالاً او بالعكس كما هو محل البحث .

نعم هذا كله معارض بما رواه في الوسائل (١) عن الكليني باسناده عن السكوني عن جعفر عن ابيه عن آباءه (ع) قال: لو ان رجلاً سرق الف درهم فاشترى بها جارية او اصدقها المرءة فان الفرج له لحلال وعليه تبعه المال» وهذا هو الذي افتى في النهاية بمضمونه لكنه لا يكافؤ الاخبار الاولى فلا بد من طرحه او حمله على ما اذا كان الشراء بمال في الذمة ثم دفع الحرام بدلا عنه فانه يقال في مثله في العرف انه اشترى بمال حرام تسامحاً في التعبير .

واما وجه الحل في الثاني فانتفاء موجب الحرمة والاصل عدمها ، ثم اذا كان الثمن في الذمة فلا فرق في الحل بين ان يكون قصده اداء البديل من الحلال او الحرام لان الثمن هو ما وقع عليه العقد ولم يقع العقد الاعلى ما في الذمة ولا يعقل ان يكون ما في الذمة حراماً ، فقط اداء الحرام بدلا عنه لا يجعل غير الثمن ثمناً .

فصل في أقسام الخيار

مقدمة - العقود كما صرح به في المبسوط والسرائر على اربعة اقسام : احدها ما هو لازم من الطرفين كالبيع والنكاح - وثانيها - ما هو جائز من الطرفين كالوكالة والعارية والوديعة والمضاربة والشركة والجماعة - و ثالثها - ما هو لازم من طرف وجائز من طرف آخر كالرهن بعد القبض لازم من طرف الراهن وجائز من طرف المرتهن - ورابعها - ما هو مختلف فيه وهو عقد سبق والرماية لان فيه قولين : (احدهما) انها جمالة فهي جائزة من الطرفين (والثاني) انها اجارة فهي لازمة من الطرفين ، و قدمثل الشيخ للعقد اللازم من الطرفين بالبيع و الاجارة و النكاح ، و مثل الحللي بالاجارة و النكاح و البيع بعد التفرق ، اراد بهذا القيد الرد على اطلاق الشيخ لكنه غير وارد لان لزوم البيع انما هو بحسب الذات و جوازه بسبب الخيار امر عرضي ولا

منافاة بين اللزوم الذاتى والجواز العرضى ودليل اللزوم فى البيع قوله تعالى: او فوا بالعقود: « واحل الله البيع » وفى النكاح قولهم: لا يرد النكاح الا من البرص والجذام والجنون (١) وفى الاجارة ما دل على انفساخها بموت الماجر والمستاجر لانه ظاهر فى لزومها ما لم يطرء سبب الانفساخ، ولا ينافيه عموم العقود للعقود الجائزة كالكالة واشباهها لانها تخرج بالدليل ويبقى الباقي مندرجات تحت العام .

فى ان الخيار قسمان داخل فى عقد وخارج عنه و كذلك

العقود من حيث دخول الخيار فيها وعدمه

مسئله - الخيار قسمان : قسم داخل فى العقد وهو خيار المجلس و الشرط و الحيوان ، وقسم خارج عنه طار عليه كخيار العيب ، ودخوله فى العقد معناه اقتضاء العقد لثبوته اما بحكم الشرع كخيار المجلس و الحيوان او بجعل المتعاقدين كخيار الشرط وخروج الخيار عنه معناه ان العقد لا يقتضيه وانما عرض عارض اقتضى ثبوته كالعلم بالعيب .

و كما ان الخيار قسمان كذلك العقود من حيث دخول الخيار فيها وعدمه قسمان : اما ما لا يدخله الخيار فمثل النكاح والوقف والصلح ، اما النكاح فلما مر ، واما الوقف فلان شرط الخيار فيه معناه ان يكون له حق الرجوع فيه وهو مخالف للتأبيد المعتبر فيه ولذلك قال فيه فى (ط) : متى شرط الخيار فى الوقف لم يصح الوقف وبطل « واما الصلح فلانهم قالوا : الصلح جائز بين المسلمين (٢) والجواز معناه التقود والمضى : ولا يكون الصلح ماضياً نافذا الا ان لا يكون لاحد الطرفين حق الرجوع فيه ، واما قولهم : المؤمنون عند شروطهم (٣) فهو لا يعارض دليل اللزوم فى العقود

(١) راجع الوسائل - كتاب النكاح - الباب ١ من ابواب العيوب والتدليس -

(٢) راجع الوسائل - كتاب الصلح الباب ٣ -

(٣) راجع التهذيب ج ٢ ص ٢١٩ - الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٢ - الوافى ج ١٢ ص ٨٠ -

وقد ذكر فى جملة من الروايات : المسلمون عند شروطهم وفى بعضها : فان المسلمين عند شروطهم

راجع الوافى ج ١٠ ص ٦٨ و ج ١٢ ص ٨٠ - والوسائل - كتاب التجارة - الباب ٦ من ابواب الخيار -

الثلاثة لان دليل اللزوم اخص ، واما ما يدخله الخيار من العقود اللازمة فهو ايضاً قسمان : قسم يدخله كل خيار يدخله العقود وهو البيع غير الصرف فانه يدخله خيار المجلس والشرط والحيوان ، وقسم يدخله بعض الخيارات دون البعض و من هذا القبيل بيع الصرف .

قال في المبسوط : اما الصرف فيدخله خيار المجلس لعموم الخبر ، اما خيار الشرط فلا يدخله اصلاً اجماعاً لان من شرط صحة العقد القبض (انتهى) وقريب منه ما في الغنية والسائر ، وقيل بعد نقل كلام الشيخ : لم يعلم وجهه مع عموم قولهم : المؤمنون عند شروطهم .

اقول: الوجه فيه انه اذا باع دينارا بعشرة دراهم وشرط الخيار الى مدة فكأنه باع الدينار بعشرة دراهم مع حق الخيار الى تلك المدة فاذا صار حق الخيار جزءاً من الثمن ثبت البطلان لان شرط صحة الصرف تقابض العوضين لقولهم (ع) : لا يمتاع رجل فضة بذهب الايدأ بيد ولا يمتاع ذهباً بفضة الايدأ بيد وقولهم يدأ بيد معناه مقبوضاً وهو يحصل في الاعيان ولا يحصل في الحقوق فاذا تعذر القبض بطل الصرف ، وهذا معنى قول الشيخ : لان من شرط صحة العقد القبض « وايضاً التقابض في الصرف انما هو لان يستقر ضمان المبيع على المشتري وضمان الثمن على البائع وشرط الخيار مناف لهذا الغرض لانه اذا باع ديناراً بعشرة دراهم وشرط الخيار على البائع يوماً او اكثر وتقابض في المجلس ثم تفرقا وتلف الدينار عند المشتري في مدة خياره كان مقتضى الخيار ضمانه على البائع لان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له وهو البائع مع ان مقتضى العقد والقبض ان يكون ضمانه على المشتري و اذا كان شرط الخيار منافياً لمقتضى العقد بطل بل سرى البطلان منه الى العقد ايضاً ، ومنها سائر العقود غير ما سبق استثناءه فانه لا يدخلها خيار المجلس لاختصاصه بالبيع لكن يدخلها خيار الشرط لان عموم دليل الشرط سليم فيه عن المعارض .

نعم قال في المبسوط : اما الوكالة والعارية والقراض والجمالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع « اراد بالخيارين خيار المجلس وخيار الشرط .

فاورد عليه بوجهين : احدهما - ان خيار المجلس مختص بالبيع فلايجرى في غيره (وقد يوجه) بان دخول خيار المجلس فيها انما هو اذا وقعت في ضمن عقد البيع فيتمسح بفسخه في المجلس (ويندفع) بان الوكالة و البيع كالنكاح و البيع عقدان مستقلان لا يفسخ احدهما بانفساخ الاخر وان جمع بينهما في مجلس واحد فلو قال : بعثك فرسى بمائة و و كلتلك في بيع داري ، او بعثك فرسى وانكحتك بنتي ، ثم فسخ البيع في المجلس لم يفسخ الوكالة ولا النكاح .

والحق ان الاعتراض وارد ولذلك عدل عنه في الخلاف بل ادعى الاجماع على ان خيار المجلس لا يدخل فيها ولا في القراض والجمالة والوديعة .
وثانيهما - ان دخول خيار الشرط في هذه العقود لا معنى له لانها عقود جائزة فيجوز فسخها في كل وقت (ويندفع) بان جواز العقد وعدم لزومه حكم من الاحكام واستحقاق المتعاقدين او احدهما لفسخ العقد حق من الحقوق والفرق بينهما واضح فان الحكم لا يقبل السقوط بخلاف الحق ، وايضاً احدهما يبطل بالموت والآخر لا يبطل بل يورث الى غير ذلك من الفروق .

بحث حول خيار المجلس

مسئلة - روى محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البيعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام (١) و روى زرارة عنه عليه السلام قال سمعته يقول : قال رسول الله (ص) : البيعان بالخيار حتى يفترقا (٢) وفي خبر فضيل عنه عليه السلام في حديث قال : قلت له : ما الشرط في غير الحيوان ؟ قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا (٣) والاخبار في ذلك مستفيضة من طرق العامة ايضاً رواها الشيخ في الخلاف عن ابن عمر وابن عباس فلا

(١) الوسائل كتاب التجارة الباب ١ - من ابواب الخيار - الرواية ١ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٢ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٣ -

اشكال ولاخلاف فيه بيننا .

ثم - اذا كان المتعاقدان مالكين فلاشك في ثبوت هذا الخيار لهما ، و اما اذا كانا وكيلين فانكر بعض ثبوت الخيار لهما قال لان مدلول الاخبار اثباته للمبيعين والوكيل ليس بايماً ولامشترى وقال غيره الوكيل على ثلاثة اقسام : احدها - الوكيل في اجراء العقد فقط فلاخيار له لان المتبادر من اخبار الخيار غيره - وثانيها- ان يكون وكيلافي التصرف على وجه المعاوضة فقط كأن يقول له الموكل اشتر لي عبداً«فلاخيار له ايضا لانه اذا اشتراه الوكيل صار ملكا للموكل وداخلا تحت سلطنته ودليل خيار الوكيل قاصر عن تخصيص دليل سلطنته - وثالثها- ان يكون وكيلافي التصرف قبل العقد وبعده فالخيار ثابت له كالموكل .

اقول : اما تفويض اجراء العقد الى الاجنبى فليس من اقسام التوكيل بل هو قسم من النيابة ، والفرق بينهما ان الوكاله عبارة عن القيام مقام الغير في تصرفات تتعلق بامواله وحقوقه كبيع ماله وقبض ثمنه وطلاق زوجته والاخذ له بالشفعة وامثال ذلك ، والنيابة عبارة عن القيام مقام الغير في اعمال تتعلق باعضائه و جوارحه كالنيابة عن الناسك المريض فى صلوة الطواف وذبح الهدى ورمى الجمرات والنيابة عن الميت فى مافات منه من الصلوة والصوم والحج ، ومن هذا القبيل قيام القادر مقام العاجز فى اجراء صيغة النكاح والبيع لان التلفظ بالعقد عمل يتعلق بلسان الزوجين او المالكين فاذا منعهما عنه مانع من عجز او حياء او غير ذلك وقام الاجنبى مقامهما كان ذلك نيابة عنهما فى ذلك العمل ، فعدم ثبوت خيار المجلس ليس لما ذكره من التبادر بل كان الخيار انما يثبت للمتصرف وهو منحصر فى المالك ومن يقوم مقامه فى التصرف فى امواله وحقوقه وهو الوكيل وهذا الاجنبى ليس باحدهما .

واما القسم الثانى فالصحيح ثبوت الخيار فيه كالثالث ، وليس الحججة عليه اطلاق قوله : البيعان بالخيار» حتى يرد عليه بان الاطلاق منحصر الى غيره ، لان هذا الاستدلال مخدوش من وجه آخر وهو ان البايع او المشتري عبارة عن المالك العاقد لا يطلق على الوكيل الامن باب المجاز والمسامحة فى التعبير، بل الحججة

عليه دليل مشروعية الو كالة لان التوكيل كما تقدم عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرفات تتعلق بامواله و حقوقه و اذا كان ذلك امراً مشروعاً كان مقتضاه قيام الوكيل في مورد الو كالة مقام الموكل و نازلاً منزلة في احكامه، و كما ان الموكل اذا باع و اشترى كان له الخيار كذلك الحال في الوكيل القائم مقامه اذا قال له الموكل : بع ذلك عنى .

قال في المبسوط : اذا و كل رجلا في شراء سلعة فاشترها معتقداً انها سليمة فبان بها عيب كان له اى للوكيل الرد لان الموكل اقام الوكيل مقامه و اذا كان للموكل رده اذا اصاب به عيباً فكذلك الوكيل (انتهى) .

لم يستدل على ثبوت خيار العيب للموكل بادللة الخيار بل بانه مقتضى الو كالة لان الموكل اقامه مقام نفسه ، و على هذا فان كان الموكل غائباً عن مجلس العقد فالخيار للموكل دون الموكل وان كان الحق له ، لان الخيار انما هو لمن حضر مجلس العقد بخلاف ما اذا كان حاضراً فانه لا يجوز للموكل المبادرة الى الفسخ او الامضاء الا باذنه لان الحق له ، و كذا اذا كان غائباً ثم حضر قبل التفريق .

قال في المبسوط في المسئلة السابقة : انه ان حضر الموكل قبل ان يرد الوكيل فاراد الوكيل الرد فابى ذلك الموكل كان له امساكها ، و ليس للموكل ردها لان الحق للموكل (قال) : و اما اذا اراد ان يرد الوكيل غائب لم يحضر بعد فقال لا ترد حتى تستطلع رأى الموكل فيه فربما يرضى به لم يلزم الوكيل ذلك لان حقه في الرد قد ثبت له في الحال فلا يلزمه تأخير (انتهى) .

ولو مات الوكيل في مجلس العقد قبل الاخذ بالخيار و الموكل غائب فلا خيار لان الو كالة قد بطلت بالموت و الموكل غائب عن المجلس (و دعوى) انتقال الخيار اليه اولى و ارثه اذا كان غائباً عن المجلس (لادليل عليه) و اذا كان الموكل حاضراً ثم فارق المجلس قبل الاخذ بالخيار فالخيار باق للموكل مادام حاضراً لانه قائم مقام المالك فلا يسقط الخيار بالابتفرق المالكين و الوكيلين جميعاً ، حتى انه اذا بقى في المجلس احد المالكين مع وكيل الاخر كفى ذلك في بقاءه :

وإذا باع الفضولي فإن قلنا بطلان بيعه فلا بيع ولا خيار ، وان قلنا بصحته على رأى بعض القدماء فلا خيار أيضاً ، لا للفضولي لان الخيار حق المالك ولاملك للفضولي ولا للمالك لانه لا بيع منه .

وإذا اتحد الموجب والقابل كما اذا اراد ان يشتري لولده من نفسه فظاهر كلام الشيخ في المبسوط انه لا يسقط الا باسقاط سقوطه في العقد او بان يختار لزوم العقد عند انعقاده (والوجه فيه) انهم قالوا : اذا افترقا فلا خيار « وهو يدل على ان سبب السقوط هو الافتراق واذا تعذر حصول السبب مع اتحاد العاقد لزم ان يستمر ولا يسقط الا بما ذكر (ان قلت) : قولهم البيعان بالخيار « يدل على ان شرط ثبوت الخيار تعدد الموجب والقابل قلت الدلالة على اعتبار التعدد ليس للتمييز على اعتباره من حيث هو بل للدلالة على اعتبار لازمه وهو المغايرة بين المتبلسين بالفعل والمغايرة هي هنا حاصله لان الولى يوجب البيع من جهة الاصله ويقبله من جهة الولاية .

قولهم نعم ما لم يتفرقا يدل على تغيمة الخيار بغاية لا تحصل مع اجتماع الجهتين في شخص واحد لان التفرق لا معنى له الا فرقة الابدان و هو غير معقول مع اتحاد العاقد فيلزم منه استمرار الخيار في هذا الفرض ولذلك جزم الشيخ بعدم سقوطه الا بشرط سقوطه في العقد (ان قلت) : قولهم : ما لم يتفرقا « قرينة على ان المراد اثبات الخيار لهما على تقدير التعدد فالغاية مخصصة للمصدر (قلت) : عموم الصدر مسلم وورود التخصيص عليه مشكوك لا يمكن اختصاص الغاية ببعض افراد العام وهو صورة التعدد ويكون الفرد الاخر وهو صورة الاتحاد لا غاية فيها للخيار .

واما ما قيل من ان انتقال العاقد من مكان العقد بمنزلة افتراق المتعاقدين فالظاهر ان القائل به من الجمهور و دليله على ذلك ما رووه من طرقهم عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال : المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن مكانهما فاذا تفرقا فقد وجب البيع « بتقريب ان الولى البيع بالجهتين اذا فارق مكان العقد فكأن البيعين قد فارقا (ويرده) ان مدلول ساير الاخبار الواردة من طرقهم هو ان العبرة في بقاء الخيار بقاء مصاحبة الابدان حتى انهما لو خرجا عن المكان مصطحبين كان

الخيار باقياً لهما و(ح) فيؤل في الخبر المذکور بحمله على ان المعنى ما لم يتفرق احدهما عن الاخر في المكان .

مبدء حدوث خيار المجلس اول ازمئة الفراغ من العقد لان الاخبار اثبتته للمتبايعين وهما لا يتلبسان بهذا الوصف الا بعد الايجاب والقبول ولا فرق في ذلك بين الصرف والسلم وساير انواع البيع «نعم» تقابض العوضين شرط في صحة الصرف كقبض الثمن في السلم فما لم يحصل التقابض فالعقد غير منعقد لكنه مع ذلك يؤثر الخيار اثره ، فاذا فرغ من العقد وفسخ العقد احدهما قبل التقابض انفسخ العقد ولم ينفع التقابض الحاصل بعده .

وهي ناشئة يجب التنبيه عليه وهو ان وجوب التقابض في الصرف ليس حكماً تكليفاً يترتب العصيان على تركه كما يشعر به كلمات بعض ، بل حكم وضعي يراد منه الاشتراط بمعنى انه لو تقابضا قبل التفرق صح الصرف والابطل لانهم قالوا : لا يتباع رجل فضة بذهب الا يداً بيد ولا يتباع ذهباً بفضة الا يداً بيد» قولهم : يداً بيد» معناه : مقبوضاً ، وفي بعض تلك الاخبار : ان نزي حائطاً فانزعه ، النزو : الوثوب اى صعد حائطاً فاصعد معه فليس ذلك للزوم الربا من تأخير التقابض على الافتراق واللكون التأخير مخالفاً لوجوب الوفاء بالعقد بل انما هو حكم ورد به النص فوجب الاخذ به تعبداً

حول الاسباب التي يسقط بها خيار المجلس

مسئلة - يسقط هذا الخيار باسباب :

الاول شرط ان لا يكون بينهما خيار لعموم قولهم (ع) المؤمنون عند شروطهم» وقد اورد عليه بوجوه : **منها** ان دليل الشرط معارض بدليل الخيار والترجيح للمثاني (والجواب) ان المستفاد من دليل الخيار حكم اولي للبيع والمستفاد من دليل الشرط حكم ثانوي له ولا تعارض بين الاحكام الاولوية والثانوية كدليل حكم الشك و دليل سقوط حكمه مع الكثرة ودليل حرمة الميئة ودليل حلها للمضطر .

ومنها ان الشرط في اللزوم والجواز تبع للعقد الذي يقع في ضمنه فلزوم

الشرط موقوف على لزوم العقد فلو توقف لزوم العقد على لزوم الشرط لزم الدور (ويندفع) ان دليل لزوم الشرط ووجوب الوفاء به هو قول النبي ﷺ: المؤمنون عند شروطهم « لاما ذكره من التبعية والشرط في النبوى اعم مما وقع في ضمن العقد - اللازم والجائز، ولامنافاة بين كون الشرط لازماً والعقد الواقع هو في ضمنه جائزاً: يدل عليه مضافاً الى ذلك خبر محمد بن عطية قال: سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له اب مملوك وكان تحته جارية مكاتبه قداذت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك ان اعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار بعد ذلك على ابى اذا انت ملكت نفسك؟ قالت: نعم فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال (ع): لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم (الخبر) (١) وذلك لان ابن العبد قد شرط سقوط الخيار في عقد الهبة والعطية وهي في مورد السؤال عقد جائز لانها هبة غير معوضة من غير ذى رحم ومع ذلك دل الخبر على وجوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمنها، فقولهم لزوم الشرط مشروط بلزوم العقد الذى وقع في ضمنه وانه في اللزوم و الجواز تابع لذلك العقد مردود بنص الخبر، الا ان يقال: الهبة معوضة في مورد الخبر لان ابن العبد وهبها مال الكتابة و جعل ثوابها سقوط الخيار « فتأمل» .

وهنما ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو الظاهر من قولهم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا « فاشترط عدم الخيار مخالف لمقتضى العقد (ويندفع) بان مقتضى عقد البيع هو اللزوم لانه الاصل، وسبب الخيار فيه اجتماع المتعاقدين حال العقد وهو امر عارض فشرط عدم الخيار شرط موافق لمقتضى العقد .

وهنما ان الخيار لو حدث فانما يحدث بعد العقد فشرط سقوطه في ضمنه اسقاط لمالم يجب (ويندفع) بان الشرط هو ان لا يثبت الخيار لهما بعد البيع فالشرط مانع عن حدوثه لارافع له قبل حدوثه، ولذلك صرح في الخلاف بان صورة هذا الشرط ان يشرط حال العقد لا يثبت بينهما خيار المجلس بعد انعقاد البيع، قال: فاذا تعاقد ابعد

ذلك صح البيع ويكون على ما شرطاً (انتهى) على ان الخبر المتقدم دليل على صحته لان الابن شرط على الجارية في الهبة ان لا يكون لها الخيار بعد العتق ، ومن المعلوم ان الخيار في فسخ النكاح لا يحصل لها الا بعد العتق وقد شرط عليها هذا الشرط قبله ، فالصورة الصحيحة ان يقول : بعثك وشرطت ان لا يكون لنا الخيار ، او شرطت ان لا يكون لنا الفسخ .

واما شرط اسقاط الخيار بعد العقد فان اريد شرط اسقاطه بلفظ امضيت البيع او اخترت البيع او رضيت به فلا كلام وان اريد اسقاطه بلفظ الاسقاط كما هو ظاهر كلام بعض ونص آخرين ففيه نظر لان الخيار ليس حقاً يستحقه احد في ذمة انسان حتى يصح اسقاطه بلفظ البراء والاسقاط والحط بل حق يستحقه في عقد ولا دليل على سقوطه بذلك .

الثاني افتراق المتبايعين ، لدلالة الاخبار المتقدمة عليه منطوقاً ومفهوماً ، سواء حصل ذلك بتحرك كل منهما الى جهة مخالفة للآخر او بتحرك احدهما مع بقاء الآخر في مكانه اذا حصل ذلك سقط خيار المتحرك و الساكن جميعاً فالعبرة بمفارقة الابدان لا مفارقة مجلس العقد كما يوهمه كلام بعض ، ولو اكرهاوا احدهما على التفرق ومنعا ايضاً من التخاير وهو قول احدهما للآخر اختر لم يسقط الخيار بذلك لان قولهم : رفع ما استكرهوا عليه ظاهر في ان المرفوع عنهم ذات المكره عليه ورفع الذات غير معقول فلا بد من حمله على معنى تنزيل وجوده منزلة العدم ، فيحصل من ذلك انه اذا زال الاكراه كان لهما الخيار في مجلس زواله لان الازمنة المتوسطة بين الحالين اذا نزلت منزلة العدم اتصل زمان زوال الاكراه بزمان العقد ولو تنزيلاً فيكون العبرة بالتفرق الحاصل بعد تجديد الاختيار ، ومن هنا يظهر ان اختصاص الحكم بالتفرق الاختياري ليس لتبادر الاختياري من لفظ التفرق اذ لعل اطلاقه يشمل الاضطراري ايضاً ، بل انما هو لحديث الرفع بالتقريب الذي ذكرناه .

في ان تصرف المشتري في المبيع تصرفاً يتوقف

على الملك مسقط للخيار

الثالث تصرف المشتري في المبيع تصرفاً يتوقف على الملك ، ولا يصدر من

غير الراضى بالعقد كالبيع و العتق والوطى والتقبيل والنظر الى ما لا يحل النظر اليه من الجارية قبل الشراء .

والحجة عليه خبر علي بن رئاب عن ابي عبد الله عليه السلام قال : الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري شرط اولم يشترط ، فان احدث المشتري حدثاً قبل الثلاثة ايام فذلك رضى منه فلا شرط له ، قيل له : وما الحدث؟ قال : ان لامس او قبّل او نظر الى ما كان يحرم منه قبل الشراء (الخبر) . (١)

قوله : او نظر الى ما كان يحرم (اه) يعنى يتصرف فيه تصرفاً لا يجوز لغير المالك ، فيخرج منه ركوب الدابة في طريق الرد والعدو بها ليعرف انه صالح لاغراضه او غير صالح ولبس الثوب للمعرفة بطوله وقصره او للمعرفة بضيقه وسعته واستخدام المملوك او المملوكة في الاعمال التى اشتراه لاجلها حتى يعرف انه بصير بها او غير بصير ومثلها الطحن على الدابة لهذا الغرض ، قوله : فذلك رضى منه» يعنى ان التصرف الكذائى نازل عند الشارع منزلة الرضا ومحكوم بحكمه فيسقط به خيار المشتري كما يسقط بقوله : رضيت بالبيع ، او : التزمت به » وانما حملناه على هذا المعنى لان قوله : فذلك » اشارة الى الحدث الذى فسرناه فيما بعد بما مثل به من الوطى والقبلة والنظر الى الفرج ، ومعنى الكلام : ان هذا القسم من التصرف بنفسه رضى بالبيع ، ولا يستقيم هذا التعبير الا اذا اريد به التنزيل و اللاحاق به فى الحكم فهو كقولهم : الطواف بالبيت صلوة ، وعمد الصبى خطأ ، و الفقاع خمر ، وهذه الجملة هى الحجة على عدم الاعتبار بالتصرفات الاختيارية لان تسمية التصرف باسم الرضا مجاز تحتاج الى علاقة ولعلاقة هنا العلاقة السببية وهى موجودة فى التصرف الملازم للرضا دون الغير الملازم له ، كما ان تسمية الطواف بالصلوة وعمد الصبى بالخطأ و الفقاع بالخمير ايضاً مجاز صححه علاقة المشابهة بينهما فى الاحكام ، و الخبر وان ورد فى خيار الحيوان لكنه مطرد فى خيار المجلس و ساير الخيارات

(١) الوسائل - كتاب التجارة الباب ٤ - من ابواب الخيار - الرواية -

لانه عبر عن تصرف المشتري بانه رضى منه يعنى بالعقد ، والرضا بالعقد مسقط لكل خيار .

و لذلك عمم الاصحاب هذا الحكم لخيار العيب وفسروا الحدث المسقط له بالتصرف الذى لايجوز لغير المالك، قال فى الغنية : المسقط لخيار العيب هو التصرف فى المبيع الذى لايجوز مثله الا بملك او بالاذن « و قال فى المبسوط : اذا كان المبيع بهيمة فاصاب بها عيباً فله ردها ، فاذا كان فى طريق الرد جازله ركوبها و علفها وسقيها وحلبها واخذ لبنها وان نتجت كان له نتائجها؛ كل هذا لانه ملكه فله فائدته وعليه مؤنته والرد لايسقط لانه انما يسقط بالرضا بالعيب او يترك الرد بعد العلم به او بان يحدث به عيب عنده وليس ههنا شىء من ذلك (انتهى) .

فان قوله : فان كان فى طريق الرد جازله كذا وكذا « اشارة الى عدم الاعتبار بالتصرف المفارق للرضا لان المفروض انه فى طريق الرد و عازم عليه وان هذه الاعمال صدرت منه حال كونه مفارقاً للرضا ومعها فكيف يصح ان يقال هذه التصرفات رضى منه بالمبيع بان تسمى باسم الرضا مع انتفاء العلاقة بينها وبينه ، ومثلها الحلب فى هذا الطريق (فما قيل) : من انه اذا حلب البهيمة فى طريق الرد فالاقرب انه تصرف يؤذن بالرضا (لا يخلو عن غرابة) لانه مع العزم على الرد مفارق للرضا ، واما الحلب فانما هو لاستيفاء اللبن الذى هو ملكه فاين موضع الدلالة منه على الرضا بالمبيع . وايضاً استنبطوا من ذلك ان حكم البايع فى التصرف اذا كان له الخيار عكس حكم المشتري ، يعنى كما ان تصرف المشتري ملزم للعقد لانه رضى منه به كذلك تصرف البايع فسخ للعقد لان معنى خيار البايع تسلطه على ازالة ملك المشتري واعادة ملكه الى نفسه ، ولذلك قال فى المبسوط : كل تصرف لو وقع من البايع كان فسخاً مثل الوطى والعقق والهبة والمبيع والوصية وغير ذلك متى وقع من المشتري كان امضاء واقراراً بالرضا بالمبيع ولزمه بذلك العقد من جهته (انتهى) و التمثيل للتصرف بهذه الامثلة واشباهها قرينة على ان العبرة عنده فى التصرف المسقط للخيار انما هو بالتصرف الملازم للرضا ، ضرورة ان العازم على الرد او المتردد الذى يختبره

لتعرف حاله حتى يمضى البيع او يفسخه لا يخرج في الحال عن ملكه بالبيع او الوقف او العتق ولا يحرمها على ابيه او ابنه بالنظر الى عورتها ولذلك قال : كان امضاء او اقراراً بالرضا بالبيع « فاشار بذلك الى موضع الدلالة عليه من الخبر وهو قوله : فذلك رضى منه » ونبه بذلك على ما ذكرناه من انه مجاز بعلاقة السببية فيختص بالتصرف الملازم للرضا .

وقال في النهاية : ان المشتري بالخيار في الثلاثة مالم يحدث فيه حدثاً فان احدث فيه حدثاً كان ذلك رضا منه بالبيع « فذكر في فتواه بعض الفاظ الخبر ليكون قرينة على ان المراد من الحدث ما هو مذكور في الخبر بعينه ، وفي المقنعة والمراسم والسرائر والغنية : ان خيار المشتري يسقط اذا احدث فيه حدثاً يؤذن بالرضا او يدل على الرضا ، لان المراد هو الدلالة على الرضا من باب الملازمة ، وليس المراد باللزوم هنا اللزوم العقلي البين منه او غير البين ، بل اللزوم بحسب العرف والعادة ، بمعنى ان يتصرف فيه تصرفاً لا يفعله في العرف والعادة غير الراضى بالبيع (وبعبارة اخرى) يكون عمله عمل الراضى بالبيع وان لم يستشعر بذلك حين العمل وغفل عنه وذهل .

نعم وقع الخلاف في ان الهبة والتدبير هل هما من التصرفات المسقطه للخيار اولاً؟ فقال في المبسوط بانه يسقط الخيار بهما وتبعه الحلبي ، وقال في المقنعة : انه ليس العتق كالتدبير والهبة لان للمدبر ان يرجع في تدبيره وللواهب الرجوع فيما وهب مالم يتعوض عنه وقريب منه ما في النهاية (لكنه محل نظر) لان المدار في الملازمة بين التصرف وبين الرضا ليس على حكم الشرع بالمنع عن الرجوع فيه وعدم المنع عنه بل انما هو على العرف والعادة ، والعرف يحكم بان غير الراضى بالبيع لا يوطن نفسه على ازالة ملكه من المبيع بالهبة او التدبير وان حكم الشارع بجواز الرجوع فيهما بل لو باعه بيعاً فاسداً كان ملازماً للرضا ايضاً وان اعتقد فساد البيع شرعاً ، فان من يبيع عشرة دنانير باحد عشر ديناراً الى اجل لا يريد المعاوضة بينهما في الملك شرعاً بل يريد المعاوضة بينهما في الاستيلاء وهو حاصل له وحصوله مستلزم للرضا .

في ان التصرف المسقط للخيار هل هو عملي او اعم منه ؟

ثم ان التعبير عن المسقط بالتصرف في المبيع كما اوردناه في عنوان المسئلة عبارة غير جامعة الاطراف لظهوره في ان يعمل عملا في نفس المبيع كالتمليك والر كوب والوطى مع ان المسقط اعم، ففي خبر فضيل : قلت له : ما الشرط في غير الحيوان ؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (١) دل على ان الافتراق رضا منهما مع انه ليس تصرفاً في المبيع ، فالتعبير بالحدث كما في الخبر و كلام جماعة اولى ، والشيخ في المبسوط وان عبر بالتصرف في المبيع لكنه اشار في بعض كلماته الى ارادة المعنى الاعم منه ، قال : فان اكرها او احدهما على التفرق في المكان فان منعنا التخاير والفسخ معا كان وجود هذا التصرف وعدمه سواء « فاطلق لفظ التصرف على الافتراق وترك التخاير تنبيها (على) ان المراد من التصرف مطلق العمل المرتبط بالمبيع اذا كان ملازماً للرضا وان لم يكن عند العرف تصرفاً في نفس المبيع وتقليباً فيه هذا .

وانما يختص السقوط بخيار المشتري اذا كان تصرفه بغير رضا البايع ، واما اذا اتفقا عليه وتراضيا به مثل ان اعتق اوباع في مدة الخيار باذن البايع فانه يسقط به خيار البايع ايضاً كما اذا وكله في بيعه او عتقه وذلك لعدم التعليق في قوله : فذلك رضى منه .

قولنا : او وكله في بيعه او عتقه « ليس المراد سقوط خيار البايع بنفس التوكيل ، بل المراد سقوطه بالبيع او العتق الموكل فيه وهو مراد الشيخ ايضاً من كلامه في المبسوط حيث قال : اذا اتفقا على التصرف فيه وتراضيا مثل ان اعتق المشتري اوباع في مدة الخيار باذن البايع او وكل المشتري البايع في عتق الجارية او بيعها فان الخيار ينقطع في حقهما ويلزم البيع وينتد العتق والبيع لان في تراضيهما بذلك رضى بقطع الخيار ووقوع العتق والبيع بعد ذلك (انتهى) فانه ليس معنى هذا الكلام سقوط

خيار المتبايعين بمجرد صدور التوكيل من احدهما و صدور القبول من الآخر بل المراد سقوطهما بوقوع التصرف الموكل فيه من التوكيل، وكذلك الحال في الاذن ولذلك قال مثل ان اعتق المشتري او باع في مدة الخيار باذن البايع فلم يقل بالسقوط بمجرد الاذن بل بوقوع التصرف المأذون فيه من المأذون .

وقد حمل بعضهم هذه العبارة ونظائرهما من المبسوط على ان المراد سقوط الخيارين بمجرد رضا المتبايعين بالتصرف وان لم يقع التصرف من التوكيل او المأذون حتى انه قال : ان الشيخ صرح بانه لو علم رضى البايع بوطنى المشتري سقط خياره ، وهذا الذى ذكره بعيد عن مراد الشيخ بمراحل .

بحث حول تصرف البايع في المبيع

هذا كله حكم تصرف المشتري في المبيع باذن البايع او بغير اذنه، واما تصرف البايع فيه فحكمه على خلاف ذلك لان التصرف من المشتري مسقط لخياره و سبب للزوم البيع من جهته واما من البايع فهو سبب لفسخه لان ثبوت الخيار له معناه ثبوت السلطنة له على الزام البيع وعلى فسخه واذا تصرف فيه تصرفاً موقوفاً على الملك فقد تملك المبيع بذلك وعاد ملكه اليه كما كان وهذا هو معنى الفسخ .

وانما خصصنا الفسخ بالتصرف الموقوف على الملك لان حكم البيع الخيارى من هذه الجهة حكم العقود الجائزة من الهبة و الوصية و التدبير و امثالها و قد دلت الاخبار الواردة فيها على حصول الفسخ فيها بالرجوع و العود و الرد و النزع و التقض و التغيير الى غير ذلك من العناوين المختلفة فى اللفظ المتحدة فى المعنى فورد فى كثير من اخبار الهبة ان اللوهاب ان يرجع فى كذا (١) وورد فى الخبر الآتى لصفوان التعبير عن هذا المعنى بالنزع ، وفى بعض اخبارها : من يعود فى هبته كمن يعود فى قيمته ، (٢) وفى بعضها التعبير بالرد ، وورد فى اخبار الوصية ان للموصى ان يرجع او يحدث فى وصيته مادام حياً ، وللرجل ان يغير من وصيته فيعتق من كان امر بملكه و

بملك من امر بمتقنه ويعطى من كان حرمه ويحرم من كان اعطاه مالم يمتم ويرجع او يرد من وصيته ما يشاء ويجيز (١) وورد في اخبار التدبير ان المدير من الثلث وان للرجل ان ينقص وصيته فيزيد فيها وينقص فيها مالم يمتم (٢).

ومن المعلوم ان المراد من الرجوع والعود والرد هو الرجوع في الملك وهو قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل والاطلاق شامل لكلا القسمين ولا يكون الفسخ الفعلي وهو التصرف فيه رجوعاً في الملك الا اذا كان تملكاً منه ، لكن لا بمعنى ان يقصد به التملك بل بمعنى ان يكون تصرفاً ملازماً للملك وموقوفاً عليه فيدخل فيه البيع والعتق والهبة والوصية به والوطى والتقبيل واللمس والنظر الى ما لا يجوز النظر اليه قبل الرجوع .

ولذلك قال في المبسوط: كل تصرف لو وقع من البايع كان فسخاً مثل الوطى والعتق والهبة والبيع والوصية وغير ذلك متى وقع من المشتري كان امضاء ، فاقصر في امثلة التصرف الفاسخ على التصرف الموقوف على الملك فهو قرينة على عدم حصول الفسخ بغيره ، وقال ايضاً : متى وطىء البايع في مدة الخيار كان ذلك فسخاً للبيع اجماعاً (انتهى) وليس ذلك لكشف هذه الاعمال عن ارادة الفسخ قبلها او عن انشاء الفسخ بها ، بل لو وقعت منه حال الغفلة عن التمليك الاول اوفى حال الجهل بهذا الحكم كان فسخاً ايضاً .

يدل عليه خبر صفوان بن يحيى قال : سئلت الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه ، فقال : انه ليس عليك منه شيء في الدنيا والاخرة ، يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولده ؟ قال : نعم يكون وهبه له ثم نزعه فيجعله لهذا (الخبر) (٣) حيث حكم في الجواب بصحة الهبة الثانية من دون استفعال عن كونه في هذه الحال ذا كراهية الاولى او غافلاً عنها ، او

(١) راجع الوسائل - كتاب الوصايا - الباب ١٨ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١ -

(٣) الوسائل - كتاب الهبات - الباب ٢ - الرواية ١ -

انه قصد فسخ الاولى قبل الثانية او قصد بالثانية فسخ الاولى ، بل اطلق الصحة على وجه يشمل جميع الصور المتصورة فيها ، ففي هذا الخبر وغيره دلالة ظاهرة على حصول الفسخ بنفس التصرف الموقوف على الملك ، فاستبعاد كون العمل الواحد فسخاً و عقداً اجتهاد في مقابلة النص وقريب منه ما يقال : من انه يحصل الفسخ بوطنى العاقد و بيعه وعتقه و هبته لو جوب صيانة فعل المسلم عن الحرام ، لان هذا التعليل محل للنظر من وجوه :

احدها ان صيانة فعل المسلم من الحرام تقتضى تقدم الفسخ على هذه التصرفات والافصح المقارنة يقع الجزء الاول منها حراماً او فاسداً مع ان ظاهر الاخبار حلها و نفوذها بتمامها من الاول الى الآخر **واما** ما نسب الى الشيخ فى المبسوط من القول فى الهبة بفساد البيع الذى يحصل به الرجوع فيها فسهو من ناقله لانه قال فى اوائل كتاب الهبات : فاذا ثبت ان الهبة لا تلزم الا بالقبض فاذا ذهب شيئاً هبة صحيحة ثم انه باعها فان كان قبل الاقباض صح البيع و انفسخت الهبة ، وان كان بعد القبض لم يصح البيع لانه صار ملكاً لغيره (انتهى) فانه كما ترى حكم بفساد البيع فى الهبة اللازمة وهو ما حصل فيه الاقباض ولم يصح فيه الرجوع ولا كلام فيه ، انما الكلام فى الهبة الجائزة التى لم يحصل فيها القبض وقد صرح بصحة البيع فيها وانفساخ الهبة به .

وثانياً بان احكام العقود فى الاسلام لا تختص بالمسلمين بل تجرى على اهل الذمة ايضاً اذ رجعوا الى حكامنا مع انه لا يجب علينا صيانة افعالهم عن الحرام ، فلو باع ذمى جارية من ذمى بشرط الخيار ثم وطئها البايع فى مدة خيار الشرط واختلفا فرجعا الى حكام الاسلام فلا بد من الحكم على البايع بان الوطنى فسخ فعلى منه وان كان البايع جاهلاً بهذا الحكم او غافلاً عنه او غير معتقد له .

فالاصح ان التصرف الموقوف على الملك اذا صدر من البايع كان ذلك فسخاً منه بالفعل لدلالة الاخبار على ان العقد الجائز ينسخ بكل عمل يصدق عليه الرجوع والعود ولا يلزمنا القول بان حل التصرف الموقوف على الملك من الوطنى وغيره انما هو - و لحصول الملك له قبل هذا التصرف ولو آنأما كما قيل به فى شراء من ينعق على -

المشترى ، اذ يكفي في حله اذن الشارع فيه فانه اذا قال: البيعان بالخيار « فكأنه قال: البايع يملك الفسخ قولاً وفعلاً » لان الباء للاتصاق او للمصاحبة و على التقديرين فهو كناية عن الملك ، واذا ملك البايع الفسخ بالفعل فكأنه قيل يملك الوطى و العتق والبيع واذا ملك هذه التصرفات حل له كل واحد منها لان الملك لا ينفك من الحل .

وربما يقال ان ما ذكرناه في وجه الحل توهم فاسد قال في تقريب فساد ما نصح : وتوهم ان الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان او فعلاً فاسد ، لان معنى جواز الفسخ لاجل الخيار الجواز الوضعى اعنى الصحة لا التكليفى ، فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ كما لا يخفى ؛ مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على اباحة ما يحصل به تعين حمل ذلك على حصول الفسخ قبل التصرف جمعاً بينه وبين ما دل على عدم جواز ذلك التصرف الا اذا وقع في الملك (انتهى) .

وهو محل النظر من وجوه : احدها - انه مناف لما قاله هو في مقدمة احكام الخيار من انه قد حقق في الاصول ان لامعنى للحكم الوضعى الا ما انتزع من الحكم التكليفى - وثانياً - ان قوله: معنى جواز الفسخ الصحة (غير متجه) بل معناه انه يملك الفسخ اى يملك لان يتملك المبيع وملك التصرف الموجب للفسخ لا ينفك عن حله - وثالثاً - ان قولهم : لا بيع الا فى ملك ليس معناه لا بيع الا فى عين يملكها البايع ، بل معناه لا بيع الا فى عين يملك البايع بيعها فيشمل بيع المالك وبيع وكيله ووصيه ووليه وبيع من اذن له الشارع فى بيعها كمن اذن له الفسخ بالوطى او البيع ، وذلك لان الظرف فى الخبر ظرف للمبيع لا للمبيع .

وليعلم ان المسقط لخيار المشتري لا يختص بالتصرف فى المبيع بل يترد فى كل عمل مرتبط بالمبيع ملازم للرضا بالعقد وان لم يكن تصرفاً وتقبلاً فيه ولذلك ورد فى خبر السكونى : ان مشترى الثوب اذا اقامه فى السوق ولم يبع فقد وجب عليه «لانه يدل على ان عرض المبيع فى السوق للمبيع مسقط لخياره وان لم يحصل منه البيع ، وذلك لدلالة قولهم : فذلك رضى منه» على ان احداث الحدث الملازم للرضا موجب

لسقوط الخيار ، وهذا بخلاف تصرف البايع لان مثل هذا الدليل مفقود فيه وانما دل الدليل على ان العقد الجائز ينسخ بالعود والرجوع والنقض ولا يحصل شئ من هذه العناوين الابان يقع منه نفس التصرف الموقوف على الملك فالعرض على البيع ان وقع من المشتري كان منه رضى بالبيع فيسقط به خياره بخلاف ما اذا وقع من البايع فانه ليس ذلك رجوعاً ولا عوداً .

هذا كله حكم التصرف في المبيع اذا وقع من المشتري او البايع واما التصرف في الثمن اذا وقع من احدهما فهو على العكس من ذلك ، بمعنى ان التصرف فيه من المشتري فسخ ومن البايع امضاء واجازة .

حول الاحكام المترتبة على تصرفات البايع او المشتري

على حسب جعل الخيار لهما او لاحدهما

ثم ان الخيار في البيع اما يختص بالمشتري او بالبايع او يشتر كان فيه ، فان اختص بالمشتري جاز له انواع التصرف فيه ناقلاً كان او غير ناقل لانه مالك بالفعل و الناس مسلطون على اموالهم « نعم » يسقط به خياره كما قررنا ، و اما اذا كان الخيار للبايع او مشتر كاً بينهما فتصرف المشتري قسماً : قسم لا يعارضه خيار البايع كاجارة الدار واخداً العبد وركوب الدابة ، وقسم يعارضه كبيع العبد وعتقه ووقفه ، اما القسم الاول فجائز بلا اشكال لعموم الخبر وانتفاء المعارض و يسقط به خياره ايضاً اذا كان مشتركاً ، و اما القسم الثاني ففي جوازه قولان : منعه الشيخ في عدة مواضع من المبسوط ، وذلك لان خيار البايع معناه التسلط على الزام البيع على نفسه وعلى اعادة ملك المبيع الى نفسه ، وخيار المشتري معناه التسلط على الزام البيع على نفسه وعلى ازالة ملك المبيع عن نفسه فالمشتري مالك بالفعل وقادر على ازالة الملك عن نفسه والبايع غير مالك بالفعل وقادر على اعادته و قدرته على اعادته عين القدرة على ازالة ملك المشتري عنه فالبايع قادر على ازالة ملك المشتري عنه و المشتري غير قادر على ازالة ملك البايع عنه (و على هذا)

فقولنا المشتري غير قادر على ازالة ملك البايع عنه و قولنا يجوز له التصرف في المبيع بما يبطل به خيار البايع قولان متناقضان ، لانه في معنى كونه عاجزاً عن ازالة ملك البايع وقادرأعلى ازالته .

ان قلت : خيار البايع متعلق بالعقد وبعين المبيع ايضاً ، و دليل الخيار في الثاني معارض بعموم الناس مسلطون على اموالهم ، لان العين ملك للمشتري بالفعل وقد دل العموم على نفوذ تصرف المشتري فيه ، و اما دليل الخيار في الاول فسلیم عن المعارض ، و الجمع بينهما يقتضى الحكم بان فسخ البايع يفسخ العقد لكنه لا يوجب التسلط له على العين فيرجع على المشتري بالبدل كما هو الحال في مورد تلف العين .

قلت : ليس في الاخبار الواردة في ابواب الخيار على كثرتها ذكر من العقد و لامن الفسخ ، بل ظاهر الجميع تعلق الخيار بنفس المبيع ، و قولهم : البيعان بالخيار» معناه بالخيار بين امساك المبيع ورده ، وفي خبر آخر: ان شاء اخذه وان شاء تركه» يعنى المبيع ، و في بعض اخبار خيار العيب : ان كان قائماً بعينه ورده ، و في شراء الجبلى اذا وطئها المشتري انه يردّها و يرد معها نصف عشر قيمتها و في شراء غير الجبلى اذا وطئها انه لا يردّها» و لو سلم فلايتعلق بالعقد من حيث هو بل للوصول الى المبيع و الاستمتاع بوطى الجارية و سكنى الدار و ركوب الفرس و غير ذلك من الاغراض التى لا يتدارك شىء منها بالبدل ، ولذلك عبر عن الفسخ في الاخبار بالرجوع و العود والرد ، وفسخ العقد وعدم حصول السلطنة له على العين نقض لهذه الاغراض واما الرجوع الى البدل فانما هو للتلف و تعذر الوصول الى العين فلايقاس به صورة انتفاء العذر واما الخبر فمدلوله التسلط على مال لاسلطان لغير صاحبه عليه فيخرج عنه المقام لان دليل الخيار يدل على كون البائع مسلطاً على ارجاعه الى نفسه ولو بفسخ البيع وابطال العتق الواردين عليه فدليل الخيار حاكم على مورد الخبر واما القول الاخر فهو ايضاً مذهب جماعة اعتماداً منهم على وجه اشرنا اليه والى رده بصورة السؤال والجواب .

وزعم بعض ان مذهب اليه الشيخ من منع المشتري عن التصرف في المبيع مبني على القول بانه لا يملكه الا بعد انقضاء خيار البايع (وهو محل نظر اما اولاً - فلان الشيخ لا يقول بهذا القول وانما هو قول بعض العامة كما سيجيء بالبحث عنه في محله انشاء الله تعالى - واما ثانياً - فلان هذا المبني يقتضي القول بحرمة وطى المشتري وعدم لحوق الولد به وقد صرح في المبسوط بخلافه ، قال : ومتى وطى المشتري في مدة الخيار لزمه البيع ولم يجب عليه شيء ويلحق به الولد ما لم يفسخ البايع ، فان فسخه كان الولد لاحقاً بابيه ويلزمه للبائع قيمته (انتهى) - واما ثالثاً - فلانه لو كان خيار البايع مانعاً عن ملك المشتري للمبيع لكان خيار المشتري مانعاً عن ملك البايع للمثمن ايضاً لان سبب المنع واحد مع انه لا يقول بالمنع فيه احد الا للشيخ ولا غيره ، بل الصواب في الجواب ما ذكرناه ومرجعه الى ان منع المشتري عن البيع والعتق في زمان خيار البايع ليس لتوقف ملكه على انقضاء الخيار بل لان التصرف المخرج عن الملك مناف لخيار البايع فلا يجوز لا بمعنى انه يحرم بل بمعنى انه غير نافذ ، فيجوز للبائع فسخ العقد وابطال بيع المشتري وعتقه .

ويتفرع على ما ذكرناه في معنى خيار البايع والمشتري انه اذا اشترى عبداً بجارية وكان الخيار له فان اعتق العبد لزمه الشراء وان اعتق الجارية انفسخ ، وان قال : اعتقتهما « بطل العتقان لان احدهما فسخ والآخر اضاء فيمتانعان من غير مرجح ، وان كان الخيار للبائع بالشرط فان اعتق العبد انفسخ وان اعتق الجارية لزمه وان اعتقهما بطل العتقان لما ذكر ، وان كان الخيار لهما فان تصرف البايع بالعتق بالحكم فيهما مر ، وان اعتق المشتري بطل لان في عتقه ابطال حق البايع من الخيار وهو غير جائز فقد تبين مما ذكر ان البحث ههنا انما هو عن حكم تصرف المشتري في زمان خيار البايع ، سواء شاركه المشتري في الخيار او تفرد البايع به ، فعنوان المسئلة في كلام بعضهم بتصرف غير ذي الخيار في زمان خيار الاخر طرداً وعكساً محل نظر - اما الاول - فلانه شامل لما اذا اختص الخيار بالمشتري مع ان غير ذي الخيار وهو البايع ممنوع من التصرف اجماعاً وخارج عن محل البحث بلا كلام ، واما الثاني -

فالانه غير شامل لصورة اشتراك الخيار بينهما مع ان تصرف المشتري محل البحث مع كونه ممن له الخيار ايضاً .

تبيينه

قد سبق ان تصرف البايع في مدة خياره ان كان في المبيع فهو فسخ وان كان في الثمن فهو امضاء مسقط لخياره، فاشكل من ذلك على جماعة حكم البيع المشروط فيه الخيار برد الثمن، لان مقصود البايع هو الانتفاع بالثمن فلو كان بحيث يلزم عليه البيع بالتصرف فيه لزم احدا الامرين اما سقوط خياره او ترك تصرفه في الثمن وكلاهما نقض الغرضه (ويندفع الاشكال) بان التصرف في الثمن ليس مسقطاً للخيار على كل حال بل مسقط اذا كان ملازماً للرضا بالبيع، والتصرف في الثمن هيئنا ليس كذلك، فان شرط الخيار منه معناه شرط عدم لزوم البيع فهو حينما يتصرف في الثمن يتصرف فيه ملتزماً بعدم لزوم البيع فلا يعقل ان يكون هذا التصرف ملازماً للرضا بل لزوم البيع والله العالم .

نقل الاخبار الواردة في خيار الحيوان

مسئلة - روى في التهذيب باسناده عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال سمعته يقول

البائعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان ثلث (١)

وفي خبر علي بن رئاب عن ابي عبد الله عليه السلام قال : الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري ، اشترط او لم يشترط ، فان احدث المشتري حدثاً قبل الثلاثة ايام فذلك رضى منه فلا شرط له ، قيل له : وما الحدث ؟ قال : ان لامس او قبل او نظر الى ما كان يحرم منه قبل الشراء (٢) وفي خبر الحلبي عنه قال : في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري وهو بالخيار ان اشترط او لم يشترط (٣) وفي خبر فضيل عنه عليه السلام قال :

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٣ - من ابواب الخيار الرواية ٦ -

(٢) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٤ - من ابواب الخيار الرواية ١ -

(٣) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٣ - من ابواب الخيار الرواية ١ -

قلت له : ما الشرط فى الحيوان ؟ قال ثلاثة ايام للمشتري وهو بالخيار فيها اشترطوا لم يشترط (١) وفى خبر الحسن بن على بن فضال قال : سمعت ابا الحسن على بن موسى الرضا (ع) يقول : صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام (٢) وفى خبر على بن اسباط عنه قال : سمعته يقول : الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام للمشتري (٣) وفى خبر محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم : البيعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام (٤) وفى خبر آخر له عنه عليه السلام المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام فى الحيوان ، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا (٥)

فى ان خيار الحيوان هل يثبت للمشتري

خاصة ام للبايع ايضا ؟

اتفق النص و الفتوى على ان الخيار فى بيع الحيوان للمشتري ، حتى ان قولهم فى بعضها : صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام» لما كان مردداً بين صاحبه قبل البيع و بعده رفع الابهام بقولهم فى خبر آخر : صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام» ففسر صاحب الحيوان بالمشتري وصرح بان المراد من هو صاحبه بالفعل بعد البيع فثبت خيار الثلاثة لمشتري الحيوان ، موضع اتفاق لاخلاف فيه نصاً وفتوى . وانما الخلاف فى مواضع : احدهما هل يثبت للبايع ايضا ؟ المشهور لا ، وقال الحلبي : قال السيد المرتضى : يثبت للبايع والمشتري .

اقول: قال فى الانتصار ؛ مما انفردت به الامامية ان الخيار يثبت للمتبايعين فى بيع الحيوان خاصة ثلاثة ايام وان لم يشترط ، و خالف باقى الفقهاء فى ذلك و

(١) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ٥ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفا - الرواية ٢ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفا - الرواية ٨ -

(٤) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١ - من ابواب الخيار - الرواية ١ -

(٥) الوسائل - كتاب التجارة الهاب ٣ - من ابواب الخيار - الرواية ٣ -

ذهبوا الى ان الحيوان كغيره لا يثبت فيه الخيار الا بان يشترط دليلنا الاجماع المتردد و يمكن ان يكون الوجه في ثبوت هذا الخيار في الحيوان خاصة ان العيوب فيه اخفى و التغابن فيه اقوى ففسخ فيه ولم يفسخ في غيره وليس للمخالف ان يقول : كيف يثبت بين المتبايعين خيار من غير ان يشترطه ؟ و ذلك انه اذا جاز ان يثبت خيار المجلس من غير اشتراط جاز ان يثبت الخيار الذى ذكرناه وان لم يشترط (انتهى)

اقول: ما ذكره الحللى من قوله: قال السيد المرتضى يثبت للبايع والمشتري معاً» ان وجد كلاماً للسيد بهذه الصورة فى كتاب آخر غير الانتصار صحت النسبة والأفعبارة الانتصار قابلة للتأويل لانه وان قال فى اول كلامه : الخيار يثبت للمتبايعين فى بيع الحيوان» الا انه يمكن حمل اللام فى قوله : للمتبايعين « على معنى الملاسة دون الملك والاختصاص ، والملاسة تحصل مع اشتراك الخيار بينهما ومع اختصاصه بالمشتري ايضاً لان الخيار حينئذ يثبت له على البايع فكلاهما ملاس له وله تعلق بكل منهما ، و يؤيده وجوه : منها - قوله : وليس للمخالف ان يقول كيف يثبت بين المتبايعين خيار (الخ) حيث انه لم يقل كيف يثبت للمتبايعين ، بل قال : كيف يثبت بين المتبايعين « وهو ظاهر فى ارادة معنى الملاسة والتعلق - ومنها - انه ذكر فى حكمة الخيار ما يختص بالمشتري وهو حصول الاطلاع له على العيوب والصفات على وجه يرتفع به الغبن ، وهذه الحكمة لا تجرى فى البايع غالباً - ومنها - ان سياق الكلام مشعر بان المراد اثبات الخيار فى هذا البيع فى الجملة فى قبالة من انكره رأساً من المخالفين ، ويدعى ان الخيار لا يثبت الا بالشرط فليس مسوقاً لبيان التفصيل وانه مشترك او مختص حتى يكون قوله : للمتبايعين « نصاً فى الاشتراك غير قابل للتأويل - ومنها - انه لو كان الاشتراك مذهباً للسيد لكان نقله عنه شائعاً بين تلاميذه واهل عصره كالشيخ والديلمى والطوسى والقاضى وابى المكارم واضرابهم ولم نجده فى كلماتهم ، بل ذكروا ان خيار الحيوان للمشتري من دون نقل خلاف فيه ، لامن السيد ولا من غيره .

و كيف كان فاستدل للاشتراك بخبر محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال :

المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (لكنه معارض) بخبر آخر له عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام» لان المراد من صاحب هو المالك؛ ومالك الحيوان حال الخيار هو المشتري؛ واطلاقه على البايع باعتبار ما قبل البيع مجاز؛ مع انه فسّر في الخبر المتقدم لابن فضال صاحب الحيوان بالمشتري فيناقض خبره الآخر الدال على الاشتراك مع ان الاول مروى في الوسائل (١) عن الكليني عن ابي علي الاشعري؛ عن محمد بن حيار؛ عن صفوان؛ عن العلاء؛ عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام؛ والثاني مروى فيه ايضاً عن الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد؛ عن صفوان، عن ابي ايوب، عن محمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام، فالراوى كما ترى واحد كالمروى عنه فلا بد من التأويل في الثاني بحمل الباء في قوله المتبايعان بالخيار» على معنى الملازمة والتعلق لاتفاق غيره على الاختصاص بالمشتري بل في خبر قرب الاسناد ما هو كالصريح في ذلك لانه قال في الوسائل (٢): عبد الله بن جعفر في قرب الاسناد بالسند السابق عن علي بن رئاب قال: سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ قال: الخيار للمشتري (الحديث) وفي الوسائل (٣) بعد ايراد خبر الاشتراك قال: حملة اكثر الاصحاب على بيع حيوان بحيوان والّا لم يكن للبائع خيار لما مضى، ويحتمل الحمل على التقيّة وعلى الشرط (انتهى).

قلت: اما الحمل الاول فباطل لانه في معنى طرح جميع اخبار الباب مما هو ظاهر في الاختصاص بالمشتري او صريح فيه واما نسبته الى اكثر الاصحاب فغير واضح اذ لم يذكر ذلك احد من القدماء فيما نعلم وانما ذكره بعض المتأخرين، واما التقيّة فقد عرفت من عبارة الانتصار انكار العامة لخيار المشتري فضلا عن اشتراكه بين المتبايعين.

(١) كتاب التجارة - الباب ١ من ابواب الخيار الرواية ١-

(٢) كتاب التجارة - الباب ٤ - من ابواب الخيار - الرواية ٣-

(٣) كتاب التجارة - الباب ٣ - من ابواب الخيار - الرواية ٣-

وقد تمسك بعضهم للاشتر الكمضافاً الى الخبر المذكور بقوله في الخبر الاخر: وصاحب الحيوان بالخيار» لانه اعم من المشتري والبايع (وفيه) ان المراد من صاحب كما سبق هو المالك ، ومالك الحيوان بعد البيع حقيقة هو المشتري فان اطلق على البايع باعتبار ما كان فهو مجاز فتعميم صاحب الحيوان لهما استعمال للمشارك في معنييه الحقيقي والمجازى وهو عندهم اوضح بطلاناً من استعماله في معنييه الحقيقي لتوقف ارادة المجاز على القرينة المعاندة لارادة الحقيقة فيتمانع المعنيان .

وثانيهما ان اطلاق النص و الفتوى يقتضى ثبوت خيار للمشتري في بيع الحيوان سواء كان ما اشتراه حيواناً معيناً او كلياً في الذمة ، و خالف بعضهم فخصه بالاول معلل بان حكمة جعل الخيار هو الاطلاع على العيوب الخفية ولا يحصل ذلك الا بعد القبض وهو مناف لتحديد الخيار بثلاثة ايام بعد البيع .

اقول: هذا تفصيل غريب مخالف لاطلاق النص و الفتوى : لان جواز السلف في الحيوان من الادمى والبهايم امر مجمع عليه مذكور في كتب الاصحاب قديماً و حديثاً ودخول الخيار في الحيوان ايضاً مجمع عليه مذكور في كتبهم ومع ذلك لم يذكر احد منهم هذا التفصيل لا في باب بيع السلف ولا في باب الخيارات و النصوص ايضاً مطلقة دلت على ثبوت الخيار في بيع الحيوان بقول مطلق ، حتى ان السائل في خبر فضيل سئل بقوله : ما الشرط في الحيوان» فاجيب بقوله : ثلثة ايام للمشتري» من دون ان يستفصل عن السائل ان الحيوان جزئى خارجى او كلى في الذمة ، و من المعلوم ان ترك الاستفصال دليل العموم .

و اما الحكمة فان استدل بها السيد او غيره من القدماء فليس ذلك من باب الاعتماد بل للمرد على من انكر الخيار من العامة استدلالاً بما يعتمدون عليه من القياس و الاستحسان ، والا فتبين العيب في المبيع خفياً كان او جلياً سبب مستقل للخيار سواء حصل الثمين في الثلاثة او بعدها فلا معنى لتحديد المدة بالثلاثة (على) ان هذه الحكمة لا تطرد في بيع الحيوان الجزئى اذا كان قبل البيع عارية عند المشتري مدة اطلع فيها على سلامته من العيوب و عرف قيمته قبل ذلك بتقويم اهل

الخبرة او لكونه من اهلها ومع ذلك يثبت له الخيار اجماعاً (وبالجملة) فهذا التفصيل مخالف لاطلاق النص والفتوى ولم يقدّم عليه دليل .

كلام حول اجتماع خيار الحيوان

مع خيار المجلس والشرط

وثالثهما ظاهر النص والفتوى ان مبدء خيار الحيوان من حين العقد كما ان مبدء خيار المجلس ايضاً ذلك فيجتمع في بيع الحيوان قبل التفرق سببان للخيار فاذا افترقا سقط خيار المجلس وبقي خيار الحيوان الى بقية الثلثة و اذا طال المجلس يوماً بقي خيار المشتري الى يومين .

و اما خيار الشرط اذا اجتمع مع خيار المجلس فقال في المبسوط : خيار المجلس يثبت للمتبايعين وخيار الشرط ان شرط لهما او لاحدهما يثبت بحسب الشرط فاذا ثبت ذلك فيكون مدة الشرط من حين العقد لا من حين التفرق ، و الاولى ان نقول ان يثبت من حين التفرق لان الخيار يدخل اذا ثبت العقد و العقد لم يثبت قبل التفرق فان شرطاً ان يكون من حين العقد صح ذلك للخبر في جواز الشرط (انتهى) .

يعني ان دخول خيار الشرط في العقد انما هو بحسب جعل العاقدين و ظاهر قولهما : لنا الخيار « ارادة جعل الخيار في اول زمان يمكن ان يلزم فيه العقد وليس هو الا بعد حصول الافتراق ، واما قبل ذلك فالعقد بنفسه غير لازم فجعل الخيار فيه ذلك من قبيل تحصيل الحاصل « نعم» لو صرح بان يكون من حين العقد لغرض تعلق به بالخصوص صح ايضاً لعموم الخبر ، فالثبوت في قوله : يدخل اذا ثبت العقد معناه اللزوم والاستقرار (وبعبارة اخرى) المقصود من جعل الخيار ان يكون العقد متزلزلاً في زمان يكون لازماً لولا الشرط والعقد قبل التفرق متزلزل في نفسه فالمعنى لشرط التزلزل فيه ، وهذا الكلام من الشيخ بعينه يجري في شرط الخيار في بيع الحيوان ، فاذا اشترى حيواناً وشرط الخيار لنفسه عشرة ايام كان مقتضى اطلاق كلامه ان مبدء

العشرة بعد الثلاثة الا اذا وقع التصريح بخلافه ، هذا بالنسبة الى المشتري واما البايع اذا كان شارطاً فهو من حين العقد لانه اول ازمة اللزوم بالنسبة اليه .

هذا حكم الخيار المجعول بالشرط واما غيره كخيار الحيوان فالمتبع فيه دلالة الدليل ، وقد دل ظاهر الاخبار على انه من حين العقد فيلزم منه اجتماع سببين خيار المجلس وخيار الحيوان ولا مانع منه هذا .

وربما ينسب الى ابي المكارم القول بان مبدء خيار الحيوان من حين التفرق ، قيل وهو مقتضى كلام الشيخ ايضاً ، لان ما ذكره في خيار الشرط يجرى في خيار الحيوان ايضاً .

قلت : اما ما نسب الى ابي المكارم فلم اجد في الغنية وان كانت النسخة المطبوعة الموجودة عندي غير مأمونة من السقط والتصحيف ، واما كلام الشيخ فقد تبين مما ذكر اختصاصه بخيار الشرط .

في ان المراد بالخيار ثلاثة ايام ثلاثة ايام مع ايلتين بينها

و رابعها قولهم : صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام « معناه ما يساوي ثلاثة ايام مع ايلتين بينها وهي ستون ساعة » يلزم من ذلك اختلاف معنى مفردات الجمع في استعمال واحد لان المراد من بعض هذه الايام النهار مع الليل و في بعضها النهار خاصة ، لكنه استعمال صحيح شائع بين اهل اللسان من العرب وغيرهم نطق به القرآن والاخبار واستعمله فصحاء العرب في اشعارهم ؛ قال الله تعالى : و اذكروا الله في ايام معدودات فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه (١) المراد من ذكر الله تعالى تكبيرات العيد بعد الصلوات الخمس من بعد صلوة الظهر من يوم النحر الى صلوة الفجر من اليوم الثاني عشر ، مع ان اليوم في بعضها اعم من الليل و في بعضها مختص بالنهار ، وقال سبحانه : آيتك ان لا تكلم الناس ثلاثة ايام الا رمزاً (٢) وورد في اخبار كثيرة :

(١) سورة البقرة : الاية ١٩٩ .

(٢) سورة آل عمران : الاية ٣٦ .

اقل الحيض ثلاثة واكثره عشرة (١) وقال المتنبى :

اي يوم سررتنى بوصال * لم ترعنى ثلاثة بصدود

ومن هذا القبيل ثلاثة ايام في خيار الحيوان ، ومع ذلك زعم بعض ان اختلاف معنى مفردات الجمع محذور يجب الاجتناب عنه فالتجأ في مدة خيار الحيوان الى ضم ثلاث ليال الى ثلاثة ايام وجعل مدة الخيار اثنين وسبعين ساعة ، قال : والمراد بالايام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين اصالة فتدخل الثالثة و الاختلفت مفردات الجمع في استعمال واحد (انتهى) وما قدمناه من الايات وغيرها يشهد بصحة هذا الاستعمال مع هذه الاختلافات فلا محذور فيه ، ثم ان مراده من قوله : فتدخل الثالثة «في الليلة الثالثة المتأخرة عن الايام لا السابقة عليها لانها سابقة على البيع فلا معنى لاحتسابها في مدة الخيار هذا .

واعترض عليه بعضهم بان دخول الليالي المتوسطة في مدة الخيار ليس لعموم لفظ الايام لها بل انما هو للاجماع وظهور اللفظ في استمرار الخيار (ويندفع) بان الليالي المتوسطة داخلية في ثلثة الصدود في الشرع ان الاجماع فيه مفقود فيثبت بذلك ان منشأ الدخول ظهور اللفظ ومنشأ الظهور شيوع استعمال الايام في امثال هذه الموارد في الاعم من النهار والليل .

هذا تمام الكلام في حكم خيار الحيوان بقى الكلام في مسقطاته ، لاشكال في سقوطه باشتراط ذلك في متن العقد وبامضاء المشتري له بعد العقد وبتصرفه في ما اشتراه تصر فأملاً لزم للرضا بحسب العرف والعادة ، وهل يجوز ان يشترط في العقد ان لا يثبت له الخيار في بعض الثلاثة ايام او يشترط ان لا يثبت خيار المجلس ؟ الظاهر نعم ، لعموم دليل الشرط .

بحث حول خيار الشرط وذكر اقسام شرط الخيار

مسئلة - الخيار المشروط في ضمن العقد خسة اقسام :

احدها ان يشترطه او احدهما مدة معينة شهراً او اكثر او اقل ، ولا خلاف في

صحته وثبوت الخيار في المدة ولزوم البيع بعد انقضاءها لعموم قولهم : المسلمون عند شروطهم».

وثانيها ان يشترطه الى مدة مجهولة كالحصاد والدياس وقدم الحاج ، ولا اشكال في بطلان الشرط والبيع لان البيع مع جهالة المدة الخيار غرر منهي عنه .

وثالثها ان يشترط الخيار بقول مطلق من غير تقييد له بمدة معينة ولا مجهولة وفيه قولان : احدهما - مثل الثاني في البطلان وهو صريح المبسوط والوسيلة وظاهر النهاية والمراسم والسرائر - وثانيهما - ان الشرط صحيح وان الخيار يثبت للمشارط ثلثة ايام تعدياً ، وهو اختيار المقنعة والانتصار وجواهر القاضى وخلاف الشيخ قالوا : من اشترى شيئاً بشرط الخيار ولم يسم وقتاً ولا اجلاً على التعيين بل اطلقه اطلاقاً كان له الخيار ثلاثة ايام بل في الجواهر دعوى الاجماع عليه وفي الخلاف دليلنا اجماع الفرقه واخبارهم ، وانكره المتأخرون لعدم وجود الخبر الدال عليه في شيء من مجامع الاخبار فمقتضى القاعدة بطلان البيع والشرط لان الغرر فيه اعظم من الغرر بتحديد الخيار الى قدوم الحاج .

قلت الذي يظهر لي ان مستند القول بالصحة هو الصحيح المتقدم لمحمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام : المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان ، وفي ما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا (١) وذلك لانه محتمل لوجهين :

احدهما - ان ما قاله الامام عليه السلام جملتان منفصلتان دلت الاولى على حكم خيار الحيوان والثانية على حكم خيار المجلس وقوله : حتى يفترقا متعلق بالخيار المحذوف لدلالة المذكور عليه ، والتقدير : المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان وهما ايضاً بالخيار فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا (وعلى هذا) فالوقف على الحيوان .

وثانيهما - ان مجموع الكلام جملة واحدة وان قوله : وفيما سوى ذلك متصل بما قبله والمعنى : المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان وفي غير الحيوان من

سائر البيوع ، وقوله : حتى « بمعنى «الى» وهى ومجرورها متعلقة بمحذوف حال من قوله: المتبايعان» كالظرف فى قولهم: رأيت الهلال بين السحاب، والتقدير: المتبايعان منتهيين الى الافتراق هما بالخيار ثلاثة ايام فى الحيوان وغير الحيوان فيدل على امرين: احدهما عدم التداخل بين هذا الخيار وخيار المجلس بل مبدء الاول بعد انقضاء الثانى سواء كان فى بيع الحيوان او غيره، والاخر ثبوت خيار الثلاثة فى جميع انواع البيع غير الحيوان « نعم » يعم صورة اشتراط الخيار على الاطلاق او فى مدة معينة او مدة مجهولة ويعم صورة ترك الشرط خرج عنه ما عدا الاولى بالدليل من الاجماع وغيره بقى الباقي ، ويؤيده النبوى المروى من طريق الجمهور «الخيار ثلاثة» رواه السيد فى الغنية .

ويمكن ان يكون اختلاف القدماء فى المسئلة مستنداً الى اختلافهم فى سماع الخبر عن الشيوخ فمن سمعه منهم باتصال الاجزاء افتى بثبوت خيار الثلاثة فى غير الحيوان مع اطلاق الشرط ، ومن سمعه منفصلاً موقوفاً على الحيوان جزماً بالبطلان لفقد دليل الصحة عنده ومن افتى بالوجهين كالشيخ سمعه من بعض شيوخه متصلًا ومن بعضهم منفصلاً فافتى فى الخلاف بالصحة وفى المبسوط بالبطلان .

هذا حال الخبر بالنسبة الى من اخذ الخبر بالسماع ، واما من اخذه بالاجازة كما هو الحال عندنا فالخبر مجمل لا يجوز التعويل فيه على احد الوجهين ويرجع فى حكم المسئلة الى العمومات وهى تقتضى البطلان .

ورابها ان يشترط البايع الخيار لنفسه على تقدير رد الثمن الى المبتاع .

حول الاخبار الواردة فى باب الشرط فى البيع

واختلاف القدماء فى تفسيرها

اعلم انه ورد فى باب الشرط فى البيع اخبار اختلف القدماء فى تفسيرها .
منها خبر اسحق بن عمار قال: سمعت من يسئل ابا عبد الله عليه السلام يقول: وقد سئله عن رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال له: ابيعك دارى هذه: ويكون

لك احب الى من ان يكون لغيرك على ان يشترط لى انى اذا جئتكَ بشمئها الى سنة
تردها على ، قال : لا بأس بهذا ان جاء بشمئها ردها عليه ، قلت : ارايت لو كان للدار غلة
لمن يكون؟ قال : للمشترى الا ترى انها لو احترقت كانت من ماله (١) .

ومنها خبر معوية بن ميسرة قال : سمعت ابا الجارود يسئل ابا عبد الله عليه السلام عن
رجل باع داراً من رجل ، وكان بينه وبين الذى اشترى الدار خلطة ، فشرط انك ان
اتيئنى بمالى ما بين ثلث سنين فالدار دارك . فاتاه بماله قال : له شرطه قال ابو الجارود :
فان هذا الرجل قد اصاب فى هذا المال فى ثلث سنين قال : هو ماله وقال : ارايت
لو ان الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشترى (٢) .

ومنها خبر ابي الجارود عن ابي جعفر عليه السلام قال : ان بعث رجلاً على شرط فان
اتى بمالك والا فالبيع لك (٣) .

ومنها خبر سعيد بن يسار قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام اننا نخالط اناساً من اهل
السواد وغيرهم ونبيعهم ونربح عليهم فى العشرة اثنى عشر و ثلثة عشر ونؤخر ذلك
فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها ويكتب لنا رجل منهم على داره او ارضه بذلك المال الذى
فيه الفضل الذى اخذنا شراء بانه باع وقبض الثمن منه فنعه ان جاء بالمال الى
وقت بيننا وبينهم ان نرد عليهم الشراء فان جاء بالوقت فلم يأتنا بالدرهم فهو لنا فما ترى فى
هذا الشراء؟ قال : ارى انه لك ان لم يفعله وان جاء بالمال فرد عليه (الخبر) (٤)
فاختلفوا فى معناها على اقوال :

احدها ان المراد بيع الشيء بشرط بان يقول : بعتك الى شهر او سنة فان رددت
على الثمن والا فالبيع لى « وعلى هذا المعنى حملها فى الخلاف والجواهر والغنية
وصحح البيع والشرط فى الاولين ، وتوقف فى الثالث ، قال فى الخلاف : يجوز عندنا

(١) راجع الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٨ - من ابواب الخيار - الرواية ١

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٣.

(٣) راجع الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٧ - من ابواب الخيار - الرواية ٢ -

(٤) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١ -

البيع بشرط مثل ان يقول : بعثك الى شهر فان رددت على الثمن والا كان المبيع لي ، فان رد عليه وجب عليه رد المملك وان جازت المدة ملك بالعقد الاول ، وقال جميع الفقهاء : ان ذلك باطل يبطل به العقد ، دليلنا اجماع الفرقة وايضاً قوله والشرط : الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع عنه كتاب ولا سنة ؛ وعلى من ادعى المنع الدلالة (انتهى) وقريب منه ما في الجواهر .

وثانيتها ان المراد من الشرط فيها التزام البايع برد الثمن على المشتري في وقت معين فان وفي ، والاتخير المشتري بين امساك المبيع ورده على البايع وهطالبتة بالثمن وهو اختيار الشيخ في النهاية ، قال : اذا اشترى انسان عقارا او ارضاً وشرط البايع ان يرد على المبتاع بالثمن الذي ابتاعه به في وقت كان البيع صحيحاً ولزمه رده في ذلك الوقت ، وان مضى الوقت ولم يجيء البايع كان بالخيار فيما بعد بين رده وامساكه ، فان هلك المبيع في مدة الاجل المضروبة كان من مال المبتاع دون البايع ، وكذلك ان استغل منه شيء كان له الانتفاع به على كل حال (انتهى) .

وثالثها ان المراد شرط الاقالة للبايع على المشتري اذا استقاله وهو اختيار الشيخ المفيد في المقنعة ، قال في باب الرهن : ومن باع شيئاً وقبض ثمنه واشترط على المبتاع ان يقايله البيع بعد شهر او سنة اذا احضر المال كان الشرط باطلا والمبتاع بالخيار ان شاء اقاله وان شاء لم يقبله (انتهى) وظاهره صحة البيع وبطلان الشرط ، واختار في الوسيلة صحة البيع والشرط جميعاً .

ورابعها ان المراد منها شرط الخيار اختاره في المبسوط ، قال في فصل بيع الخيار : روى اصحابنا ان البيع بشرط يجوز وهو ان يقول : بعثك الى شهر ؛ والاحوط عندي ان يكون المراد بذلك ان يكون للبايع خيار الفسخ دون ان يكون مانعاً من انعقاد البيع (انتهى) .

وفي السرائر بعد ايراد عبارة النهاية قال : المقصود من هذه المسئلة وحقيقة القول فيها ان البايع جعل عند عقده البيع لنفسه الخيار دون المشتري في اجل محروس من الزيادة والنقصان بان يرد الثمن عليه كملا فلو حضر الوقت ولم يحضر الثمن و

اختار الفسخ لم يكن له ذلك كذلك ان احضر بعض الثمن واختار الفسخ لم يكن له ذلك لانه شرط في خياره ان يحضر الثمن ويرده في ذلك الوقف (الى آخر كلامه).

اقول: لاشك في ان التعليق في الانشاء مانع عن وجود المنشأ فان كان في نفس

البيع بان يقول : بعتك ان لم ارد الثمن عليك في مدة كذا « بطل ، و ان كان في جعل الخيار كأن يقول : بعتك وشرطت الخيار ان رددت الثمن في مدة كذا « بطل الشرط ، و هل يبطل البيع بطلان الشرط ؟ وجهان : ولذلك حمل الاخبار المذكورة في المبسوط على شرط الخيار مجرداً عن التعليق و عن اشتراط رد الثمن كما هو الظاهر من اطلاق كلامه ، و لعله يحمل التعليق فيها على نوع من المواعدة بين المتبايعين في خارج العقد ، و يؤيده قوله في خبر سعيد بن يسار : فنعه ان جاء بالمال الى وقت بيننا و بينهم ان نرد عليهم الشراء « و ظاهره ان هذه المواعدة كانت بالقول في الخارج عن الكتاب الذي كتبه البايع في بيع داره او ارضه .

فاتضح مما ذكر ان ما اتفق عليه المتأخرون من تفسير الاخبار المذكورة بان يبيع ويشترط الخيار في الفسخ اذا رد الثمن تفسير لم يوافقهم عليه احد من القدماء الا الحلبي في ظاهر كلامه .

و خامسها اعنى الخامس من اقسام شرط الخيار ان يشترطه المتبايعان او احدهما لاجنبى ، فان شرطه للاجنبى خاصة اختص الخيار به ، و ان شرطه له ولنفسه كان الخيار بينهما و هو قسمان : قسم يجعله لكل منهما مستقلاً فيجوز الفسخ و الامضاء لكل منهما ، و قسم يجعله لهما بالاشراك فيعتبر اجتماعهما على احد الامرين ، و هذا هو مراد صاحب الوسيلة من قوله : اذا كان الخيار لهما و اجتمعا على فسخ او امضاء نفذ و ان لم يجتمعا بطل « و الحججة على ذلك عموم قوله **عليه السلام** : المؤمنون عند شروطهم .

وقال في المبسوط : اذا قال بعتك هذه السلعة على ان استأمر فلانا في الرد ، كان على ما شرط وليس له الرد حتى يستأمر لانه شرط ان لا يكون له الرد حتى يستأمر ، وليس لاستيماره حد الا ان يذ كر زمانا معيناً ومتى لم يذ كر زمانا كان له ذلك

ابدا حتى يستأمره (انتهى) .

ان قلت : كيف يجب تعيين مدة الخيار ولم يجب تعيين مدة الاستيمار قلت : صورة البيع ليست على ما يوهمه ظاهر العبارة بل الصورة : بعثك هذه السلعة على ان يكون لى الخيار الى شهر مثلا وان استأمر فلانا فى الرد ؛ فيكفى ذكر المدة للخيار، فحذف لفظ الخيار وذكرا لفظ الرد قرينة على الحذف ، والله العالم .

بحث حول معنى الخيار وتقسيمه الى اقسام

فصل الخيار اسم المصدر من اختار يختار اختيارا ، وهو فى اللغة ضد الجبر
وفى الاصطلاح سلطنة على فسخ عقد لولاه للزم ، ومحل البحث ههنا هو الخيار فى البيع وهو اما يحصل بفعل احد المتبايعين وهو الخيار المشروط فى العقد او يحصل بجعل الشارع ، والثانى ثلثة اقسام : احدها - ما حكم بثبوته من دون تعليق على شىء وهو خيار الحيوان - وثانيها - ما حكم بثبوته معلقا على وصف فى المتبايعين و هو خيار المجلس - وثالثها - ما حكم به معلقا على شىء آخر غير ما ذكر ، واكثر من تأخر من الشيخ قسم الثالث الى اقسام وسمى كل قسم باسم خاص كخيار الغبن و العيب و التدليس و الرؤية و تبعض الصفقة و خيار التأخير و الشركة و تعذر التسليم و تخلف الشرط و غير ذلك من الاسماء ، وخالقهم فى المبسوط فادرج الكل فى عنوان واحد و هو خيار العيب .

قال فى كتاب الاجارة : اذا آجر داره او عبده او دابته فانه يلزم العقد من الطرفين ويستحق الموجد الاجرة على المستأجر ويستحق المستأجر المنفعة على الموجد ، وليس لاحدهما فسخ عقد الاجارة بحال سواء كان لعذر او لغير عذر، فهى كالبيع فى باب الفسخ لان من اشترى شيئا ملك البايع الفسخ اذا وجد بالثمن عيبا و كذلك المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا ولا يملك بغير العيب (انتهى) .

قوله : ولا يملك بغير العيب» يعنى انه بعد انعقاد البيع ولزومه لا يستحق احد المتبايعين فسخ العقد بسبب من الاسباب الاسبب واحد وهو تبين العيب فى الثمن

او المثلث ، وانما قيدناه بقولنا : بعد لزوم البيع « ليخرج خيار المجلس والحيوان و الخيار المشروط لان القدرة على الفسخ في كل واحد من الموارد الثلاثة حاصلة بسبب غير العيب فيبقى تحت عموم كلامه ساير الخيارات و قد جرى على ذلك في عدة مواضع من المبسوط .

فقال في كتاب الزكوة : اذا باع النصاب بعد الحول ولم يضمن الزكوة قبل البيع ان للمشتري رد المال بالعيب لانه باع ما لا يملك وليس يمكنه مقاسمة المساكين لان ذلك الى رب المال وهو المطالب به (انتهى) فصرح بان تعذر قسمة المبيع مما هو مشترك بينه وبين الفقراء عيب يستحق به الفسخ .

وقال في فصل احكام العقود من كتاب البيع : اذا باع ارضا فيها بذر للبائع مما يحصد مرة واحدة كالحنطة والشعير فانه لا يدخل في المبيع (ثم قال) فان كان المشتري عالما ببذرها لم يكن له الخيار ويجب عليه تركه الى اوان الحصاد ، وان كان جاهلا به كان له الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه ، فان اجازه اخذه بجميع الثمن لان النقص الذي في الارض بترك الزرع الى الحصاد لا يتسقط عليه الثمن بل هو عيب محض له الخيار بين الرد والامساك ، وان قال البائع : انا انقله ، وامكنه ذلك في مدة يسيرة و نقله لم يكن للمشتري الخيار لان العيب قد زال (انتهى) فصرح بان حرمان المشتري عن منقعة الارض بسبب زرع البائع عيب في المبيع يوجب الخيار للمشتري .

وقال في فصل المراجعة : اذا اشترى سلعة الى سنة بالف ثم باعها مراجعة في الحال ثم علم المشتري بانه باعها الى سنة كان له الخيار بين ان يأخذ بالثمن حالا و بين ان يرده بالعيب لان ذلك تدليس (انتهى) فصرح بان خيار التدليس قسم من خيار العيب .

وقال في فصل بيع المصرية : اذا اشترى شاة مصرية فبشئت لبناها وصار لبن العادة بتغير المرعى زال الخيار لان العيب قد زال (انتهى) فصرح بان الخيار في بيع المصرية انما هو خيار العيب .

وقال في فصل الخراج بالضمان اذا اشترى جارية ونظر الى شعرها فوجدها جعدا فاشترىها فلما كان بعد ايام صار سبطا وتبين ان البايع دلس فيه كان له الخيار لانه عيب (قال) : وكذلك اذا بيض وجهها بالطلاثم اسمر او حمّر خديها بالدمام وهو الكلكون ثم اصفر كان بالخيار لمثل ذلك (ثم قال) : وان قلنا ليس له الخيار لانه لا دليل عليه في الشرع على كونه عيباً يوجب الرد كان قوياً (انتهى) الجعد بفتح الجيم وسكون العين المهملة الشعر القصير المتقبض ، والسبط بفتح السين المهملة وسكون الباء الموحدة و يحرك ايضاً خلافه ، فصرح ههنا ايضاً بان التدليس قسم من العيب .

واما وجه ترده في الخيار في هذه المسئلة فهو ان العيب وان كان في اللغة بمعنى النقص بقول مطلق كما سيأتي التنبه عليه انشاء الله الا ان الظاهر ان الاعتبار منه عند الشرع الموجب للخيار هو النقص المعتد به ، وليس منه مسبوطة الشعر ولا سمرة اللون او صفرة لان هذا القدر من نقص الخلقة بالنسبة الى كمالها من ساير الجهات نقص غير معتد به عند الشرع ونظيره في باب الربا ما اذا باع قفيزاً من حنطة بمثلها وكان في احدهما قليل من التبن او التراب فان المختلط بهذا الخليط وان كان اقل وزناً من الخالص تحقيقاً لكنه لا يوجب الربا لان هذا النقص غير معتد به لاستهلاك الخليط في الحنطة .

وقال في كتاب الاجارة اذا باع الرقبة المستأجرة لم تبطل الاجارة لان البيع لا يبطل الاجارة عندنا ، فان كان قد علم المشتري بذلك امضاه وان لم يعلم كان له ردها بالعيب (انتهى) .

بل صرح في غير موضع من هذا الكتاب بجريان خيار العيب في غير البيع ايضاً فقال : اذا اشترى ارضاً للزراعة وغرقت بعضها كان له الخيار لان الصفقة تبعضت عليه ، فان رد فلا كلام وان امسك فبحصته ، فاما اذا كان الماء ينحسر منها يوماً بعد يوم كان ذلك عيباً في المعقود عليه يثبت له به الخيار ولا ينفسخ العقد لاجله ، وقال ايضاً : اذا اشترى ارضاً للزراعة فغصبت وكان مدة الغصب يوماً او يومين فذلك عيب يثبت له

به الخيار ولا ينفسخ العقد بذلك بخلاف ما اذا مضت المدة في يد العاصب فان فيه قولين: احدهما - ينفسخ العقد - وثانيهما - لا ينفسخ ويثبت له الخيار» وقال في كتاب الرهن: اذا باع شيئاً وشرط رهن دار للمشتري وثيقة للثمن فانهدم الدار قبل قبضها ولم يتلف منها شيء لم يفسخ الرهن لكن للبائع الخيار لتقصان قيمة الرهن في يد الراهن قبل تسليم الرهن فان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه ورضى بالدار المستهدمة فيكون العرصة والنقص كله رهناً (انتهى) .

ويظهر من هذه العبارة ان حدوث النقص والعيب في ما يتعلق باحد العوضين بسبب الشرط كالرهن حاله حال حدوث العيب في نفس احدهما .

ثم ان الوجه في تعميم العيب لكل واحد من ذلك هو ان العيب في اللغة النقص، قال الله تعالى في قصة سفينة المساكين: فاردت ان اعيبها (١) وقال النابغة الذبياني:

ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم بهن فلول من قراع الكنائب

وقال الشافعي في رسالة الام : قد وقع اسم العيوب على ما نقصه يقل ويكثر ويصغر ويكبر» يعنى ان العيب اسم للنقص القليل منه والكثير والصغير والكبير، وقال الراغب : العيب والعياب الامر الذي يصير به الشيء عيباً اي مقراً للنقص (انتهى) و النقص في اللغة الخسران في الحظ ، قال الراغب: النقص الخسران في الحظ والنقصان المصدر ونقصته فهو منقوص ، قال : ونقص من الاموال و الانفس ، و قال : و انا لموفقوهم نصيبهم غير منقوص ثم لم ينقصوكم شيئاً (انتهى) وقال في القاموس : النقص الخسران في الحظ كالتنقص (انتهى) .

فيثبت بذلك ان العيب والنقص و الخسران في الحظ الفاظ مترادفة متقاربة المعنى ، و يتضح ان العيب اسم جامع لجميع اسباب الخيار او لاكثرها غير خيار المجلس و الحيوان و المشروط في العقد ، و يثبت به صحة قول الشيخ : ان الخيار لا يملك بغير العيب، فان العور في الحيوان مثلاً نقص في اعضائه و الاباق في المملوك نقص في صفاته كروية العين الغائبة بخلاف ما وصفها البائع ونقص ما دفعه الغابن

الى المغبون من القيمة السوقية و تدليس البايع فى الشاة المصراة و فى الدار اذا اشترها بالف الى سنة و باعها مرا بحة بالف و فى الدار اذا اشترها ثم تبين ان منفعتها مستحقة للغير و تبعض الصفقة اذا ظهر بعض المبيع مستحقاً و امتزاج المبيع بغيره قبل القبض على وجه لم يتميذا حدما عن الاخر و حصل الشركة قهراً و كذا تخلف الشرط او تأخير الثمن الى ثلاثة ايام الى غير ذلك من اسباب الخيار ، لان كلامنا من ذلك عيب و نقص و خسران فى حظ احد المتبايعين و نصيبه ، فالنقص المعتبر فى صدق العيب ليس بمعنى النقص ضد الزيادة و التمام بل هو اعم من ذلك ، فقد يكون زيادة الخلقة نقصاً و عيباً كما لو اشترى عبداً فبان فيه الخنوثة :

ولا ينافى ما ذكرناه فى تفسير العيب قولهم : كل ما كان فى اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب ، لان المراد منه ان من اقسام العيب الزيد و النقص فى الخلقة الاصلية ، لان العيب منحصر فيه ، لانه لم يقل العيب ما زاد او نقص حتى يكون معرفاً للعيب و مفسراً له ، وايضاً لم يقل ما زاد او نقص فهو العيب معرفاً باللام حتى يدل على الحصر بل قال : كل ما زاد او نقص فهو عيب بتنكير العيب ، فالمعنى انه قسم من العيب ، نظيره قول اللغوى : السعدانة نبت» يعنى انها قسم من النبات لان النبات منحصر فيها .
ثم ان الاصل فى حكم تبين العيب فى المبيع هى الاخبار :

منها خبر زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : ايمار رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار لم يتبرء اليه و لم يبين له فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به . (١)

ومنها خبر ابن ابي عمير عن جميل عن بعض اصحابنا عن احدهما عليه السلام فى الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيباً ؛ فقال : ان كان الشئ قائماً بعينه رده على صاحبه و اخذ الثمن ، وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ يرجع بنقصان

العيب (الخبر) (١).

وبسط الكلام في هذا المقام يحصل برسم امور :

احدها ان ثبوت هذا الخيار مشروط بجهل المشتري بالعيب حال الشراء وبعده حال القبض لان ظاهر الخبر الاول تأخر العلم بالعيب عن عقد البيع وعن قبض المبيع ، وقريب منه الخبر الثاني لان قوله : فيجد به عيباً « ظاهر في وجدان العيب بعد القبض ولذلك قيل له في الجواب : ان كان قائماً بعينه رده على صاحبه « لان الرد لا يكون الا في المقبوض (وعلى هذا) فلو اسقط الخيار مع الجهل لم يؤثر شيئاً لانه اسقاط لمالم يجب « نعم » يجوز ان يشترط في العقد ان لا يكون له الخيار اذا تبين العيب فلا يثبت له الخيار كما لا يثبت اذا تبرء البايع من العيوب ، والتبرى من العيب معناه عدم تعهد سلامة المبيع ، واما تعدي التبرى بالي في قوله في خبر زرارة : ولم يتبرء اليه « فهو كقوله تعالى : برائة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم (٢) قال الزمخشري : معناه هذه برائة واصلة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم ، فمعنى الخبر لم يتبرء البايع من العيب تبرئاً وصل الى المشتري وبلغه يعنى علم به .

وثانيها ان هذا الخيار على الفور بمعنى انه اذا تبين له العيب وجب البدار الى الفسخ ، فان اُخِرَ ذلك فان كان لعذر كالجهل بالخيار او بفوريته او تعذر الرد لكون الطريق مخوفاً فلا كلام والافا الخيار اسقط لان العلة في ثبوته وجود الجهل فاذا ارتفع العلة ارتفع المعلول ولازمه سقوط الخيار في اول اوقات زوال الجهل خرجنا عنه في مدة يتوقف عليها الاخذ بالخيار بقى الباقي .

وثالثها انه اذا علم في المبيع بعيب سابق على العقد و كان قائماً بعينه يعنى كان كما اخذه من البايع فهل يتخير بين الرد والارش او بين الرد والامساك من غير ارش؟ قولان : اولهما ظاهر الاكثر وبه صرح الحلبي قال : من اشترى شيئاً على الاطلاق ولم يشترط الصحة واشتراه على شرط الصحة والسلامة ثم ظهر له فيه عيب سبق وجوده

(١) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٣.

(٢) سورة التوبة : الآية ١

عقد البيع ولم يكن قد تبرء له صاحبه من العيوب كلها كان المشتري بالخيار بين خيرتين ردّ المتاع واسترجاع الثمن والامسك والمطالبة بالارش (انتهى).

والآخر ظاهر المبسوط قال في فصل الخراج بالضمان : اذا كان لرجل مال فيه عيب فاراد بيعه وجب عليه ان يبين للمشتري عيبه ولا يكتمه او يتبرء اليه من العيوب والاول احوط ، فان لم يبيئه واشتراه انسان كان المشتري بالخيار ان شاء رضى وان شاء رده بالعيب واسترجع الثمن (انتهى) لانه خير المشتري بين الامسك والرد ولم يذكر الارش ، وحجته عليه دلالة الخبر الثاني على ذلك لانه في صورة كون المبيع قائماً بعينه اثبت الرد فقط وفي صورة التغير اثبت الارش كذلك فيدل على انه كما لا يستحق الرد في الصورة الثانية كذلك لا يستحق الارش في الصورة الاولى ، وايضاً دل الخبر الاول على ان استحقاق الارش معلق على ان يحدث المشتري في المبيع حدثاً ولازمه الانتفاء عند الانتفاء والمفروض انتفاء الحدث لان المراد منه هو التغير في المبيع اذ لو لم يكن متغيراً وكان قائماً بعينه فقد دل الخبر الثاني على انه يستحق الرد فقط حجة الاكثر على جواز الرد ما مر وعلى استحقاق الارش دلالة الخبر على انه مع التصرف في المبيع يستحق الارش ومن المعلوم ان سبب استحقاق الارش هو العيب والمفروض وجود العيب قبل التصرف ووجود السبب قبل التصرف مستلزم لوجود المسبب في تلك الحال ايضاً واذ دل الدليل على ثبوت كلا الحقين كان مقتضى القاعدة التخيير بينهما ، والجواب : ان كون السبب هو العيب على الاطلاق ممنوع ، بل ظاهر الخبر هو العيب بشرط التصرف الموجب لتعذر الرد .

ورابعتها انه اذا علم بعيب في المبيع حدث فيه في يد البايع بعد البيع كان له الرد دون الارش ، قال في المبسوط : اذا وجد المشتري عيباً حدث في يد البايع بعد البيع كان بالخيار بين الرد والامسك كما اذا كان العيب موجوداً حال البيع فان فسخ البيع ورد واسترجع الثمن فقد استوفى حقه وان امسكه ورضى بعيبه فقد لزمه البيع ويسقط الخيار ، وان قال المشتري : انا اجيز البيع مع ارش العيب ، لم يجبر البايع على بذل الارش وقال في السرائر : واذا حدث بالمبيع عيب في يد البايع بعد عقدة البيع

كان للمشتري الرد والامسك وليس له اجازة البيع مع الارش، ولا يجبر البايع على بذل الارش بالاخلاف (انتهى).

اما الحجة على جواز الرد فاطلاق الخبر الثاني لان قوله: فيجده عيباً « مطلق شامل للعيب الموجود فيه قبل البيع والحادث بعد البيع قبل القبض وقد صدر الجواب بانه يردده على صاحبه من غير استفعال عن تقدم العيب على البيع وتأخره عنه، واما عدم استحقاق الارش فلعدم الدليل عليه لاختصاص دليل الارش بصورة العيب في ما اشتراه وهذا قد اشتراه صحيحا ووقع عليه العقد في حال الصحة وانما حدث فيه العيب بعد العقد وقبل القبض والاصل البرائة.

وخامسها ان جواز الرد مشروط بامرين: احدهما - ان يكون المشتري مالكا للمبيع حال الرد - والثاني - ان يكون المبيع على حال اخذه من البايع من دون ان يتغير عن تلك الحال؛ اما اعتبار الملك فلانه مع انتفائه بسبب البيع او الوقف او التلف لا يقدر على الرد، واما اعتبار عدم التغير فلانه مع التغير غير قائم بعينه وقد دل الخبر على تعليقه على كونه قائماً بعينه، وزعم بعض ان المنع عن الرد في الصورتين انما هو لعدم كونه قائماً بعينه وهو كما ترى.

وسادسها اذا علم بالعيب ثم تصرف في المبيع بما يكون ملازماً للرضا في العرف والعادة فلا اخلاف في سقوط الرد وانما الاخلاف في سقوط الارش فيه قولان: احدهما الثبوت وهو قول المفيد والحلي وابي المكارم، وثانيهما السقوط وهو قول الشيخ في المبسوط؛ قال في فصل الخراج بالضمان فيما اذا اشترى من غيره شيئاً و باعه و علم به: انه ان علم العيب قبل البيع كان ذلك رضياً منه بالعيب لانه تصرف فيه، فان رده المشتري الثاني عليه لم يكن لردده على بايعه، وان حدث عند المشتري الثاني عيب فيه ورجع بارش العيب على المشتري الاول لم يكن له الرجوع بالارش على بايعه لانه رضى بالعيب (انتهى).

ومنشأ الاخلاف اختلاف النظر في معنى الخبر الوارد في خيار الحيوان وهو خبر علي بن رئاب عن ابي عبد الله عليه السلام قال: الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط

او لم يشترط ؛ فان احدث فيه المشتري حدثاً قبل الثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط له ، قيل : وما الحدث قال : ان اللمس او قبّل او نظر الى ما كان يحرم منه قبل الشراء (الخبر) (١).

قوله : فلا شرط له « هذا جواب الشرط ؛ قوله : فذلك رضى منه » هذا تعليل للجواب والتقدير : ان احدث فيه المشتري حدثاً فلا شرط لذلك رضى منه ، يعنى ان التصرف فى الامة بمثل اللمس والتقبيل رضى منه فيسقط به الخيار كما يسقط بقوله : رضيت « واطلاق الرضا على نفس التصرف معناه انه بمنزلة الرضا كما ان قوله : الفقاع خمرة معناه انه بمنزلة الخمر وهو مجاز يحتاج الى علاقة ولا علاقة هي هنا العلاقة السببية وهى موجودة فى التصرف الملازم للرضادون غير الملازم فمعنى الخبر : ان التصرف الملازم للرضا بمنزلة نفس الرضا .

فاختلفوا فى ان المراد انه بمنزلة الرضا بالبيع او بمنزلة الرضا بالمبيع حمله المفيد على الاول وتبعه الحلبي وابوالمكارم فقال فى الغنية : ان التصرف دليل الرضا بالبيع لا بالمبيع وحمله الشيخ على الثانى لان اطلاق الرضا فى الخبر و ترك ذكر المرضي به يقتضى الحمل على معنى انه بمنزلة الرضا بالبيع وبالمبيع ومع الرضا بالمبيع فلا موجب لثبوت الارش ومورد الخبر وان كان خيار الحيوان الا ان العلة المذكورة فيه مطردة فى ساير الخيارات ، فيحصل من ذلك ان التصرف الملازم للرضا مسقط لكل خيار سواء كان خيار الحيوان او خيار العيب او غيرهما .

وسابغها انه اذا تصرف فى المبيع قبل العلم بالعيب ففيه اقوال :

احدها - يسقط به الرد ويثبت الارش سواء كان التصرف مغيراً للمبيع او غير مغير وهو قول المفيد والحلى ، قالوا : متى احدث المشتري فى المبيع حدثاً لم يكن له الرد وكان له الارش مع علمه بالعيب ومع عدم العلم .

وثانيها - ان كان التصرف مغيراً يسقط به الرد ويثبت الارش وان لم يكن مغيراً لم يسقط الرد ، وهو اختيار ابى المكارم فى الغنية قال ما معناه : ان كان التصرف قبل العلم بالعيب

و كان مما يغير المبيع بزيادة كالصبغ للثوب او نقصان منه كالقطع لسقوط به الرد وان لم يكن كذلك فله الرد بالعيب اذا علمه .

وثالثها - للشيخ في المبسوط و هو انه ان كان التصرف فيه بما لا يرجى معه عود المبيع الى حال اخذه من البايع سقط به الرد و ثبت الارش ؛ و هذا كاتلاف المبيع و عتقه و وقفه و صبغ الثوب و قطعه و طحن الحنطة و طبخ الدقيق و امثال ذلك ؛ وان كان بما يمكن معه عادة العود الى الحالة الاولى كما اذا باعه ثم علم بالعيب فهو في هذه الحال لا يقدر على الرد لعدم الملك وليس له مطالبة الارش لان استحقاقه مشروط باليأس من الرد و هو غير آيس منه في الحال لانه يمكن ان يعلم المشتري الثاني بالعيب ويرده عليه فيرده هو على بايعه .

حجة المفيد قوله في الخبر الاول فاحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً لانه شامل للتصرف المغير وغيره .

حجة القول الثاني ان هذا الاطلاق معارض بالخبر الثاني فوجب الجمع بينهما بالحمل على ان احداث الحدث ان كان مغيراً كقطع الثوب سقط الرد وان لم يكن مغيراً بل كان قائماً بعينه كر كوب الدابة و لبس الثوب ثبت الرد .

حجة الشيخ ان الخبر الثاني دل على انه اذا كان المبيع قائماً بعينه رده المشتري على صاحبه و اطلق الحكم بذلك ثم قابله باثبات الارش ففى تصرفات لا يرجى معها عود المبيع الى حال اخذه من البايع و التقابل بين الحكمين يشعر بان الارش لا يثبت الا في التصرفات المذكورة و اشباهاها (و على هذا) فاذا باعه او وهبه فعلم بالعيب ثم عاد اليه بارث او شراء او هبة و كان قائماً بعينه جاز له الرد لان اطلاق الخبر يدل على انه مهما كان المشتري مالكا للمبيع و كان قائماً بعينه كان له رده .

فمن هنا يتضح الفرق بين خيار الحيوان و خيار العيب في السقوط بالتصرف لان الاول يسقط بكل تصرف ملازم للرضا مغيراً كان كختان العبد او غير مغير كالبيع والهبة ، واما الثاني فان كان التصرف فيه بعد العلم بالعيب فكما لاول على

مامر ، وان كان قبل العلم لم يسقط الا اذا كان التصرف تصرفاً يتعذر معه رد المبيع بحال اخذه منه .

وثانيتها اذا حدث في المبيع عيب في يد المشتري مضافاً الى العيب الذي كان فيه عند البايع فلا خلاف في ثبوت الارش لكن في جواز الرد اقوال : احدها - الجواز مطلقاً وهو اختيار المفيد قال في المقنعة : فان لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه آخر كان له ارش العيب المتقدم دون الحادث ان اختار ذلك ، و ان اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث فيه هو حدثاً .

وثانيتها - المنع مطلقاً وهو للشيخ وجماعة ؛ قال في فصل الخراج بالضمنان من المبسوط : اذا حدث بالمبيع عند المشتري عيب و وجد به عيباً كان عند البايع لم يجز له رده لانه لا يمكنه رده كما اخذه من البايع وله الارش « وقريب منه ما في الوسيلة والغنية .

وثالثها - المحلى وهو التفصيل قال في السرائر . وليس له رد المبيع بعد حدوث عيب عنده الا ان يكون المبيع حيواناً فانه يرد به بالعيب الحادث في الثلاثة الايام لان له فيها الخيار (انتهى) و تبعه غير واحد ممن تأخر بل المتأخر عمم الحكم لحدوث العيب في المبيع في زمان خيار المجلس وخيار الشرط ايضاً حيواناً كان او غيره حجة المفيد ان الخبر الاول دل على ان حدوث الحادث في المبيع يمنع من الرد اذا كان ذلك بفعل المشتري لقوله : فاحدث فيه حدثاً « فلا تشمل العيب الحادث اذا عرض لافعله كالتعيب العارض له من قبل نفسه (واجاب عنه الآخرون) بان حدوث العيب و ان لم يكن بفعل المشتري لكنه يوجب تغير المبيع عما كان عليه حينما اخذه من البايع وقد دل الخبر الثاني على ان جواز الرد مشروط بان يكون المبيع قائماً بعينه يعنى يكون بحال اخذه من البايع .

حجة الحلبي ان الدليل المانع عن الرد بالعيب الحادث و هو مفهوم الخبر الثاني معارض باخبار كثيرة دلت على انه اذا حدث في المبيع من الحيوان حدث في الثلاثة ايام مدة خيار المشتري كان ضمانه على البايع و هو مستلزم الجواز

الرد عليه او اخذ الارش منه والثاني منقى بالاجماع فتعين الاخذ بالاول ، وحينئذ فيجمع بين المتعارضين بحمل دليل المنع من الرد على ما اذا كان بعد الثلاثة .
 فمن جملة هذه الاخبار مرسله على بن رباط عن ابي عبد الله عليه السلام قال : ان حدث بالحيوان قبل ثلاثة ايام فهو من مال البايع (١) وفي خبر آخر عنه عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط قال : يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان (٢) وفي خبر عبد الله بن سنان قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة او العبد ويشترط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البايع حتى ينقض الشرط ثلثة ايام ويصير المبيع للمشتري (٣) وفي خبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى امة بشرط من رجل يوماً او يومين ، فماتت عنده و قد قطع الثمن على من يكون الضمان ؟ فقال : ليس على الذي اشترى حتى يمضى شرطه (٤) .

والجواب : انه لا تعارض بين الطائفتين لان هذه الاخبار دلت على ان المبيع اذا كان حيواناً يرد بالعيب الحادث فيه في الثلثة فمدلولها حكم اولى ثبت للمبيع من حيث انه حيوان واما الحكم بعدم رده بالعيب القديم اذا حدث فيه عيب جديد فهو حكم ثانوى ثبت له باعتبار ظهور سبق العيب فيه ولا تعارض بين الاحكام الاولى والثانوية لان الاول يشتم للموضوع من حيث هو والثاني يشتم له باعتبار عروض عارض له بعد تعلق الحكم الاولى به ، فالامنافاة بين استحقاق الرد بعروض عيب في الحيوان في الثلاثة و سقوط الرد بالعيب القديم اذا عرضه عيب في الثلاثة لعدم كونه قائماً بعينه كما لامنافاة بين استحقاق الرد لاجل العيب وسقوط الرد لاجل التصرف في المعيب (و بعبارة اخرى)

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٥ من ابواب الخيار الرواية ٥ - -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ٤ - -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ٢ - -

(٤) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ١ - -

موضوع الاخبار المذكورة حدوث العيب في الحيوان اذا بيع صحيحاً ، و موضوع الخبر الاخر حدوثه في المبيع اذا بيع معيباً فلانما فاة بين ثبوت الرد في الاول وسقوطه في الثاني لاختلاف الموضوعين .

ان قلت : اذا كان البايع ضامناً لكل من العييين وكان كل منهما سبباً للرد فهما مع الاجتماع اولى بذلك **قلت :** هذا اذا لم يكن بينهما تمانع وهو هيننا حاصل لان حدوث العيب الجديد فيه قد غيره عن حال اخذه من البايع وقد كان الشرط في رد المعيب بالعيب القديم ان يكون قائماً بعينه وانتفاء الشرط مستلزم لانتفاء المشروط **وتاسعها** اذا اشترى شيئاً وحدث فيه عيب ثم تبين انه كان به عيب عند البايع فقد قلنا انه ليس له الرد وله الارش ، فلورضى البايع برده عليه ناقصاً فهل يجوز له ترك الرد ومطالبة الارش او يسقط به الارش ؟ وجهان : قال في المبسوط : ليس له مطالبة الارش عند الفقهاء وكذلك عندي ، وقال غيره : بل لذلك لان حدوث العيب عنده قد منع من الرد وثبت الارش وسقوطه بقبول البايع رده عليه ناقصاً غير معلوم فيستصحب (انتهى) .

والوجه في سقوط الارش ان حكم العيب القديم بالاصالة هو الرد وانما سقط مع العيب الجديد لان البايع يستحق ان لا يرد عليه ناقصاً فلذلك سقط الرد وثبت مكانه الارش فحق البايع هو السبب لثبوت الارش عليه فاذا رضى برد ماله عليه ناقصاً فقد اسقط حقه وسقوط السبب مستلزم لسقوط المسبب .

وعاشرها قد سبق انه اذا اشترى شيئاً فباعه ثم علم انه كان به عيب عند العقد لم يجز له رده في الحال لانه موقوف على الملك وقد زال ولامطالبة الارش لانه موقوف على اليأس من الرد ولا يأس هيننا لكن هذا هو حكم المشتري الاول قبل علم المشتري الثاني بالعيب ، واما اذا علم به الثاني فان رده على المشتري الاول بالعيب كان للاول رده على البايع وان لم يرد عليه لمانع من الرد فاخذ الارش من المشتري الاول كان له ايضاً مطالبة الارش من البايع وان رضى بالعيب سقط حقه ردا وارشا ، وحينئذ فهل يجوز للمشتري الاول مطالبة الارش من البايع ؟ وجهان : انكره في المبسوط

قال : لانه لادليل عليه وهو اجماع (انتهى) والوجه فيه ان المشتري الثاني اذا لم يأخذ الارش من الاول فقد ارتفع عن الاول خسران العيب وكان حكمه حكم زوال العيب قبل العلم به او قبل الرد في سقوط الردبه والارش .

وحداد يعشرها العيب الذى يستحق به مطالبة الارش هو نقص المبيع بشيء مما وقع عليه المعاوضة فى عقد البيع وقابله جزء من الثمن سواء كان المنقوص جزءاً من المبيع او وصفاً له لقوله **الحداد** فى الخبر الاول: ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء او العيب من ثمن ذلك لولم يكن به لانه جعل الارش المردود على المشتري جزءاً من الثمن فاذا لم يكن النقص شيئاً يقابل به شيء من الثمن لم يكن له مطالبة الارش بل يستحق الرد فقط (وعلى هذا) فاذا اشترى داراً ثم تبين ان منفعتها مستحقة للغير سنة او سنتين كان له الرد دون الارش لان الثمن فى مقابل العين واما المنفعة فتدخل فى ملك المشتري تبعاً للعين .

وكذا اذا اشترى ارضاً ثم تبين ان فيها بذرا للبائع حنطة او شعير الان البذر لا يدخل فى المبيع ويجب على المشتري ترك الزرع الى الحصاد وهو نقص فى منفعة الارض لا يقابلها شيء من الثمن فله الرد والامساك وتحمل النقص وليس له الارش ، ولذلك قال الشيخ هو عيب محض له الخيار بين الرد و امساكها بجميع الثمن ، اما لو اشترى شيئاً وتصرف فيه بما يغيره ثم تبين ان منفعته مستحقة للغير لم يكن له الرد لان المبيع غير قائم بعينه ولا الارش لان المنفعة لا تقابل بشيء من الثمن فيندرج الموضوع فيما يكون العيب فيه وجوداً ولا يمكن ترتيب احد الحكمين عليه اعنى الرد والارش وسأأتى بالبحث عنه انشاء الله .

واذا اشترى شيئاً بالف الى سنة ثم باعه مرابحة فى الحال بالف وتصرف فيه بما يمنع من الرد ثم تبين كذب البائع كان له الارش لان للاجل قسطاً من الثمن ، قال فى فصل المرابحة من المبسوط : اذا اشترى سلعة الى سنة بالف ثم باعها مرابحة فى الحال ثم علم المشتري انه باعه الى سنة كان بالخيارين ان يأخذ بالثمن حالاً او بين ان يردده بالعيب لان ذلك تدليس (ثم قال) : وان اختار الرد فى هذه المسئلة فانما

يكون ذلك مصادات السلعة قائمة ، فاذا هلكت او تصرف فيها لم يكن له الرد وله الرجوع بنقصان العيب (انتهى) وجه الرجوع ما ذكرناه من ان الالف يقسط على السلعة والاجل ، فاذا تعذر الرد كان له الرجوع بالارش ؛ و كيفية ذلك ان تقوم السلعة تارة حالا واخرى مؤجلا الى سنة وتنظر الى النسبة بين القيمتين فيسترد من الثمن بهذه النسبة .

وثاني عشرها اذا زال العيب فان كان زواله قبل العلم به كان ذلك مانعاً عن حدوث الخيار لاسمقاطه كما قيل لان الخيار لا يثبت الا بعد العلم فلا ثبوت مع الجهل حتى يلحقه السقوط . وان كان زواله بعد العلم به سقط به الرد والارش ، قال في فصل بيع المصراة من المبسوط : اذا اشترى شاة مصراة فثبت لبنها وصار لبن العادة بتغير المرعى زال الخيار لزوال العيب ، وقال في كتاب المزارعة : اذا كثرى ارضاً للزراعة وكان لها ماء قائم من نهر كبير او صغير يستوفى منه الصيفى والشتوى فاستوفى احدى الغلتين ثم انقطع الماء فقال المكبرى : انا جرى اليها الماء من موضع آخر ، لم يكن للمكبرى الخيار لان العيب قد زال بذلك ، كما لو اصاب بالمبيع عيباً ثم زال قبل الرد فانه لا يرد (انتهى) ثم ان مقتضى التعليل بزوال العيب سقوط الرد والارش جميعاً لانه السبب الموجب لكل واحد منهما وزوال السبب مستلزم لزوال المسبب ، وايضاً العيب اوجب كل واحد منهما تداركاً للمضر فاذا ارتفع الضرر ارتفع الامران .

وخالف بعضهم فرجح سقوط الرد وثبوت الارش وعلل سقوط الرد بان ظاهر الادلة الرد المعيوب وهو المتلبس بالعيب حال الرد ، وعلل الثانى بان الارش قد استقر فى ذمة البايع بالعقد والصحة قد حدثت فى ملك المشتري ومعه فيشك فى براءة ذمة البايع بذلك والاصل عدمها .

ويندفع اولاً - بان ثبوت الارش وان كان من آثار العقد لكنه لا يستقر فى ذمة البايع الا بتعذر الرد لانه الظاهر من الخبر والمفروض هنا عدم التعذر - وثانياً - بان ضمان المبيع فى زمان خيار المشتري لما كان فى عهدة البايع لان التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له كان حدوث الصحة فى زمان الخيار بمنزلة حدوثها فى ملك البايع و

لذلك صرح الشيخ بسقوط الخيار في صورته تبدل لبن المصراة بلبن العادة مع حدوث التبدل في ملك المشتري - وثالثا - بان الظاهر من قوله في احدا الخبرين : رجوع بنقصان العيب « ومن قوله في الخبر الآخر : ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لولم يكن به » ان ما يستحق الرجوع به اليه هو قدر النقص الموجود في المبيع حينما يرجع اليه ، والنقص في محل الكلام تقديري لا وجود له في الخارج لان المفروض زواله ، واستحقاق الرجوع في النقص و الارش التقديري مما لا دليل عليه و الاصل البرائة (و منه يظهر) بطلان استصحاب الشغل ، لان النقص الموجود قد ارتفع يقيناً فلا معنى لاستصحاب الاشتغال به ، وتأثير النقص التقديري في اشتغال الذمة اول الكلام .

و ثالث عشرها العيب ان كان نقصاً في شيء من ذاتيات المبيع اوصافه فالارش جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمة العيب الى الصحيح واما ان كان بتبين الغبن بناء على ثبوت الارش فيه فالارش فيه تفاوت ما بين الثمن وقيمة المبيع حال البيع ، فلو كان له سلعة قيمتها ثلثون فباعها بعشرة جهلا بالحوال كان له الرجوع بالعشرين لان الظاهر من قوله : رجوع بنقصان العيب « هو الرجوع بنفس الخسران الذي اوجبه البيع ، والخسران هنا هو العشرون ، وانما لم تقل بذلك في القسم الاول من العيب و قلنا بالرجوع في جزء من الثمن مساو لنسبة ما بين القيمتين لان الرجوع فيه بنفس التفاوت ربما يوجب الجمع بين الثمن والمثمن و هو غير جائز وذلك كما لو اشترى جارية تساوى الفى درهم بالف درهم ووجد بها عيباً نقص به نصف قيمتها وهو الف درهم وحدث عنده عيب آخر يمنع من ردها فانه لو رجع بما نقص العيب من القيمة لوجب ان يرجع بنصف الالفين فيحصل عنده الثمن و هو الف درهم والمثمن وهي الجارية فتركنا العمل بالعموم لاجل ذلك لكن هذا المحذور غير لازم في الغبن فوجب العمل فيه بظاهر الخبر .

ورابع عشرها قوله في الخبر : لم يتبرء اليه ولم يبين له » يدل بالمفهوم على ان البايع لو تبرء الى المشتري وقال له لا ضمن لك سلامة المبيع من العيب او نبهه على عيبه

واقدم مع ذلك على الشراء كان حكمه غير الحكم الذى دل عليه المنطوق فى صورة انتفاء الامرين ، واذ قد علمنا من دليل آخر ان التصرف الملازم للرضا بمنزلة الرضا بالعيب وكان مقتضاه سقوط الرد والارش لزم ان يكون الاقدام على الشراء مع احد الامرين اولى بذلك .

وخامس عشرهما لاشكال فى سقوط الرد والارش اذا لم يثبت الخيار اما التبرى البايع من العيوب او العلم المشتري بالعيب اول زوال العيب قبل العلم به او سقط الخيار بعد ثبوته كزوال العيب بعد العلم به وقبل الرد او لاسقاطه والرضا بالعيب ، و اما مع وجود العيب وثبوت سبب الخيار فهل يمكن سقوط الرد والارش وجهان : انكره الشيخ وجوزه بعض فيما اذا اشترى عبدا بمائة وحدث فيه ما يمنع من الرد ثم تبين انه خصى قيمته مائة قال : ليس له الرد لوجود المانع ، ولا الارش لانه نقص القيمة وهى ههنا ضعف الصحيح ، و مثله ما اذا حدث فى المبيع عيب عند المشتري لسو اخذ الارش فيه للعيب القديم لزم الربا ، و ظاهر الشيخ فى المبسوط انه لا يمكن ان يكون العيب موجودا ومع ذلك يسقط اثره بل متى عرض شيء من ذلك وجب فسخ البيع .

قال فى فصل الخراج بالضمان : اذا اشترى من غيره ابريقاً من فضة وزنه مائة درهم بمائة درهم و وجد به عيباً و حدث فى يده عيب آخر فانه لا يجوز رده لحدوث العيب فيه عنده ، ولا يجوز له الرجوع بالارش لانه ينقص الثمن عن وزنه فيكون رباً ولا يجوز اسقاط حكم العيب لان ذلك لا يجوز ، فاذا ثبت ذلك فقد قيل انه يفسخ البيع ويغرم المشتري قيمة الابريق من الذهب و لا يجوز رده على البايع لحدوث العيب عنده فيه و يكون بمنزلة التالف ، وقيل ايضاً يفسخ البيع ويرد الابريق على البايع مع ارش النقصان الذى حصل فى يده و يكون ذلك بمنزلة المأخوذ على طريق السوم اذا حدث فيه النقص فانه يجب رده مع ارش النقصان وان كان الابريق تالفاً ففسخ البيع ويرد قيمته ذهباً و تلفه لا يمنع من فسخ البيع (انتهى) قوله : لانه ينقص الثمن عن وزنه « يعنى ان الارش بمنزلة جزء من الثمن

كما دل عليه الخبر، واذا كان ارش العيب في الابريق عشرة دراهم و اخذت من البايع نقص الثمن عن وزن المثلن اى الابريق حصل المعاوضة بين المائة درهم وتسعين درهماً وهذا هو الربا قوله : ولا يجوز اسقاط حكم العيب ، يعنى لا يجوز الحكم بسقوط الرد والارش مع وجود العيب فى المبيع ، لان الموضوع و الحكم متلازمان و اذا كان لازم وجود العيب ثبوت احد الامرين لم يجزان يكون الموضوع باقياً بحاله ومع ذلك لا يترتب عليه احد الامرين للزوم الانفكاك بين الملزوم ولازمه وهو ممتنع سواء كانت الملازمة عقلية او شرعية .

قوله : فاذا ثبت ذلك فقد قيل (اه) يعنى اذا تمانع المتبايعان البايع من قبول الرد عليه معيوباً بالعيب الجديد و المشتري من قبوله معيوباً بالعيب القديم و لم يجز لنا الحكم بالرد ولا الارش للزوم المحذور على كل تقدير ولم يجز ان يكون العيب موجوداً ولا يترتب عليه احد الحكمين و جب ان يفسخ البيع الذى آل امره الى ذلك ، و نظيره فى وجوب الفسخ عند تعذر العلاج ما اذا اشترى حملاً ظاهراً من الثمرة بشرط القطع فلم يقطعه المشتري حتى اختلط بحمل آخر للبايع و لم يتميز احد الحملين من الآخر و امتنع البايع من تسليم الجميع الى المشتري فانه يجب فسخ البيع ، و كذا اذا اشترى ثمر بستان و احتاج الاصول او الثمرة الى السقى و كان السقى ينفع لاحدهما و يضر بالآخر و تمانعا فانه يفسخ البيع .

ثم اذا فسخ البيع فى محل الكلام فقيه قولان : احدهما - ان حدوث العيب فى الابريق بمنزلة تلفه لعدم امكان رده الى البايع كما كان فيثبت على المشتري غرامة قيمته للبايع من غير جنسه كالذهب ويكون ذلك بمنزلة بدل الحيلولة - و ثانيهما - انه يرد الابريق على البايع لانه عين ماله و يضم اليه ارش العيب الجديد - كالمأخوذ على طريق السوم اذا حدث فيه نقص عند الآخذ ، هذا كله مع بقاء الابريق ، و اما اذا تلف فيسقط الوجه الثانى و يثبت الوجه الاول .

فاتضح بذلك انه لا اشكال عند الشيخ وغيره فى وجوب الفسخ و انما الخلاف عندهم فى حكم الابريق بعد الفسخ و انه هل يمسكه المشتري و يغير قيمة للبايع او يرده على البايع

ويغرم له قيمة العيب الجديد ؛ ومنع في الدروس عن الاول لان تقدير الموجود معدوماً خلاف الاصل ، ومنع غيره من الثاني للفرق بين المقام وبين حدوث العيب في المقبوض بالسوم لان الثاني نقص حدث في ملك مالكة بغيره وعموم على اليد يقتضى الحكم بضمان الآخذ ، والعيب فيما نحن فيه حدث في المبيع حينما كان في ملك المشتري وفي يده ولادليل على ضمانه (ويرده) ان حدوث العيب انما كان في مدة خيار المشتري والمبيع في هذه المدة في ضمان البايع فكان العيب حدث في ملكه عند المشتري فيندرج في عموم على اليد .

وسادس عشرها اذا اشترى عبيدين او ثوبين و وجد باحدهما عيباً لم يكن له رد العيب وامسك الصحيح بل له الخيار بين رد الجميع وامسك الجميع، والحجة عليه قوله في الخبر المتقدم : ان كان الثوب قائماً بعينه رده «وتقريب الاستدلال ان السائل سئل بقوله : يشتري الثوب او المتاع فيجد به عيباً» واللام في الثوب والمتاع للجنس الصادق على القليل والكثير والواحد والمتعدد، وقوله : يشتري «ظاهر في انما اشتراه من الجنس قد اشتراه صفقة واحدة بعقد واحد، والضمير المجرور في قوله : فيجده عيباً» راجع ايضاً الى الثوب بمعناه الجنسي، فيندرج في اطلاقه تبين العيب في مجموع ما اشتراه اوفى بعضه ، فاجيب بقوله : ان كان الثوب قائماً بعينه رده « و الثوب كناية عما اشتراه يعنى به المبيع ، وتخصيصه بالذكر انما هو لتطبيق الجواب على السؤال ، فقوله : رده «معناه رد المبيع على بايعه ، ومن المعلوم ان رد المبيع مع الكثرة والتعدد لا يصدق الاعلى تقدير تعلق الرد بالمجموع، ورد العيب وامسك الصحيح رد لبعضه وهو خارج عن مدلول الخبر .

وربما يقال: ان الضمير راجع الى العيب فلا يدل الخبر على ضم الصحيح اليه في الرد (وفيه نظر) لان الظاهر ان الضمير راجع الى الثوب الذي هو كناية عن المبيع فيشمل وجدان العيب في جميعه وفي بعضه اذا كان متعدداً - هذا اذا اشترى العبيدين صفقة واحدة ، واما اذا اشترى احدهما بعقد والاخر بعقد آخر فلا شك في جواز رد العيب وامسك الصحيح لان كلا منهما مبيع عليه .

ثم انه على تقدير وحدة الصفقة اذا اتحد المشتري وتعدد المتاع فالحكم فيه مأمروا وما اذا تعدد المشتري واتحد المتاع كما اذا كان له عبد فباعه من اثنين ووجد فيه عيباً فهل يعتبر اجتماعهما في الرد والامساك او يجوز لهما الافتراق؟ قولان : ذهب المفيد الى الاول ووافق في موضع من المبسوط ، قال في المقنعة : اذا ابتاع اثنان عبداً ووجد به عيباً فاراد احدهما الرد والاخر الارش لم يكن الا واحد من الامرين ، وقال في فصل الخراج بالضمان من المبسوط : لم يكن لمن اراد الرد ان يرد حتى يتفقا ، وذهب في كتاب الشركة من المبسوط والخلاف الى جواز الافتراق ، قال في المبسوط : فان اراد احدهما الرد والاخر الامساك كان لهما ذلك فيرد الذي يريد الرد ونصفه ويكون مشتركا بينه وبين البايع (انتهى) يعنى بين الآخر وبين البايع ، وفي الخلاف بعد تجويز الافتراق ، قال : وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : اذا امتنع احدهما من الرد لم يكن للآخر ان يرده ، قال : دليلنا ان المنع من الرد بالعيب يحتاج الى دليل والاصل جوازه وليس هيهنا ما يدل على المنع (انتهى) .

فيتلخص من ذلك ان تعدد المتاع مع عدم التعدد في البايع او المشتري لا يوجب تعدد الصفقة والعقد فلا يجوز التفكيك بين المتاعين في الرد والامساك ، وانما الخلاف والاشكال في صورة تعدد المشتري فذهب المفيد الى وحدة الصفقة لوحدة العقد وذهب الشيخ في احد قولييه الى تعددهما لان العقد الواقع لاثنين بمنزلة عقدين وهذا هو الاقوى لان العقد في اللغة هو العهد وعهداثنين تعهدان في ذمتين ولا يختص الحكم بخيار العيب بل يجري في خيار المجلس والحيوان ايضاً ، فاذا اشترى اثنان عبداً او بهيمة بعقد واحد كان لكل منهما خيار المجلس لعموم قولهم : البيعان بالخيار مالم يفترقا لان المراد من البيعين جنس البايع والمشتري واحدان او متعدداً ، وكان لكل واحد منهما خيار الحيوان ثلاثة ايام لعموم قولهم الخيار في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري ، فاذا رده احدهما في المجلس او في الثلاثة انسخ العقد بالنسبة اليه ولم ينسخ بالنسبة الى الآخر لان العقد الواحد هيهنا بمنزلة عقدين .

وتمسك بعضهم في المنع عن الافتراق بانه نقص يحدث في المبيع بل موجب

لان لا يكون قائماً بعينه (مندفع) بان قيام الثوب بعينه كناية عن عدم التغيير فيه بقريضة المقابلة بينه وبين قولهم : وان كان قد قطع او خيط او صبغ ، والافتراق فى المبيع بفسخ المبيع فى بعضه ليس نقصاً فيه ولا تغيير أمثل التغيير الذى اعتبره فى الخبر «نعم» يوجب تبعض الصفقة على البايع وثبوت الخيار له فى فسخ المبيع ولا كلام فيه .

وسابع عشرها اشترط البرائة من العيوب مانع عن حدوث الخيار فلا ردمعه ولا ارش ، والرضا بالعيب وتأخير الردمع العلم بالعيب مسقطان للخيار فلا ردمعهما ايضاً ولا ارش ، وحدث العيب فى المبيع عند المشتري والتصرف الموقوف على الملك فيه مانعان عن الرد وموجبان للارش وبذلك صرح غير واحد .

وثامن عشرها اذا كان المبيع حيواناً فكما يجوز رده بالعيب المتقدم على العقد والمتأخر عنه اذا حدث قبل القبض كذلك يجوز رده بالعيب الحادث فيه بعد القبض فى الثلاثة ايام مدة خيار الحيوان ، بل اذا كان عبداً او امة جاز رده بالعيب الحادث فيه بعد الثلاثة الى سنة اذا كان العيب جذاماً او جنوناً او برصاً نص عليه الشيخ وغيره .

اما الحججة على حكم حدوث العيب فى الثلاثة فعدة من الاخبار كصححة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد بشرط يوم او يومين فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؛ فقال : على البايع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري شرط له البايع او لم يشترط ؛ قال : و ان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك فى يد المشتري فهو من مال البايع (١) وبمعناها اخبار اخر .

و اما الحججة على حكم العيوب الثلاثة فعدة من الاخبار ايضاً (منها) خبر ابن فضال عن ابى الحسن الرضا عليه السلام قال : ترد الجارية من اربع خصال : من الجنون و الجذام و البرص و القرن ، القرن الحدية الا انها تكون فى الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر (الخبر) قوله : القرن الحدية (اه) الظاهر ان هذه الجملة

(١) اورد صدره فى الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٥ - من ابواب الخيار - الرواية ٢ -

وذيله فى الباب ٨ الرواية ٢ -

تفسير للقرن ذكره ابن فضال او غيره من رواة الخبر ؛ والمعنى : ان المراد من القرن فى الخبر ليس معناه المعروف اعنى ما يمنع من الجماع من العظم او اللحم الثابت فى الفرج بل المراد منه الحدبة .

ثم الحدب فى اللغة و ان كان بمعنى خروج الظهر و دخول الصدر كما نص عليه اهل اللغة لكن المراد من الحدبة التى فسرها القرن المذكور فى الخبر عكس ذلك وهو دخول الظهر و خروج الصدر ، هذا هو معنى هذه الجملة بلا اشكال ، الا ان بعضهم قال بعد ايرادها : ومراده ان الحدب ليس خامساً لها لان القرن يرجع الى حدب فى الفرج لكن المعروف انه عظم فى الفرج كالسن يمنع الوطى (انتهى) قوله : القرن يرجع الى حدب فى الفرج «قلت فيه اولاً - ان معنى الحدب فى الفرج غير واضح - وثانياً - ان حمل الحدبة فى الجملة المذكورة على الحدب فى الفرج مع تصريح الراوى بانها تكون فى الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر عجيب .

واورد هذا الخبر فى التهذيب (١) بصورة اخرى وهى ترد الجارية من اربع خصال من الجنون والجذام والبرص والقرن والحدبة لانها تكون فى الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر» فعطف الحدبة على القرن بالواو ولا بد من ان يكون عطف تفسير والا لكانت الخصال خمساً ، واما قوله : لانها تكون فى الصدر» فالمعنى ان تسمية القرن بالحدبة مع ان الحدب فى اللغة تنوؤ الظهر فانما هو لاجل المشابهة بينهما لانها تنوؤ فى الصدر يشبه تنوؤ الظهر .

ثم المراد من رد الجارية ردها فى البيع واما النكاح فان فيه تفصيلاً ، وايضاً المراد ردها من حين العقد الى سنة بقرينة غيره من الاخبار كخبر على بن اسباط ان احداث السنة ترد بعد السنة ، قلت : وما احداث السنة ؟ قال : الجنون والجذام والبرص والقرن ، فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد الى صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه (٢) وخبر آخر عنه قال : يرد المملوك من احداث

السنة من الجنون والبرص والقرن قال : قلت: وكيف يرد؟ فقال: هذا اول السنة يعنى المحرم فاذا اشتريت مملوك كأفحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة رددت على صاحبه الخبير (١) والتصرف فى المملوك بالاستخدام فى هذه المدة لا يسقط الخيار لما ذكرناه من ان التصرف لا يسقط الخيار الا اذا كان ملازماً للرضا بالمبيع كالبيع والوطى والعنق .

ان قلت : الجذام يوجب انعقاد العبد ؛ فاذا اجذم عند المشتري وانعق عليه قهراً فلا مملوك حتى يرده **قلت:** قولهم متى حدث شىء من هذه العيوب فى المملوك يرد «معناه كان ضمانه على البايع ، فذكر الرد الذى هو اثر الضمان واريد منه سببه ، كما ان المذكور فى اخبار خيار الحيوان عكس ذلك حيث سئل السائل يشتري العبد فيموت على من ضمان ذلك قال : على البايع ، فذكر الضمان واريد منه اثره وهو الرد ، وحينئذ فيجمع بين الاخبار بانه اذا اجذم العبد وانعق على المشتري كان له الرجوع على البايع بضمنه فانعقاد العبد فى السنة حكمه حكمه تلقه فى الثلاثة، وبهذا الوجه يرتفع الاشكالات التى اوردها بعض .

ان قلت : احداث السنة عند المشهور ثلاثة: الجنون والجذام والبرص مع ان غير واحد من الاخبار دل على ان منها القرن فلم لم يعمل بها المشهور **قلت:** لان القرن فى اللغة عظم اولحم ينبت فى الفرج يمنع من الوطى ، لكن الراوى فسره بالحدبة وهو تفسير غريب وفسر الحدبة بدخول الظهر وخروج الصدر وهو ايضاً تفسير غريب لان الحدب فى اللغة عكس ذلك فيحصل الاجمال فى المراد من القرن فترك المشهور الفتوى به .

ثم ان التصرف ان كان مغيراً للمبيع سقط به الرد مع العلم بالعيب ومع الجهل ايضاً لاطلاق المفهوم من قوله : اذا كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه» لان الثوب كناية عن المبيع وان لم يكن مغيراً بل كان ملازماً للرضا فى العرف والعادة وكان ذلك بعد العلم بالعيب ، فكذلك لعموم العلة المدلول عليها بقولهم (ع)

(١) راجع التهذيب ج ٢ - ص ١٣٥ - والوسائل كتاب التجارة - الباب ٢ - من ابواب

فذلك رضى منه « فلا شرط له والأفلاصل بقاء الخيار (ودعوى) دلالة اطلاق اخبار الباب على ان المملوك اذا ظهر به احد العيوب الثلاثة في السنة جاز رده وان وقع فيه تصرف من المشتري (مردودة) بان الامر بالعكس لان الاقتصار في هذه الاخبار على بيان المغايرة بين العيوب الثلاثة وغيرها من حيث مدة الضمان سعة وضيقاً ، وسكوته عن بيان المغايرة بين القسمين من حيثية اخرى قرينة على ان حكم العيوب الثلاثة من ساير الجهات حكم ساير العيوب .

وتاسع عشرها قال في ط : اذا اشترى امة جاهلاً ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق رجوع بارش العيب لانها ماتت من اوجاع الطلق وهي حادثة في يد المشتري ، واذا كان العبد مرتداً فقتل برده فانه يرجع على البايع لانه قتل برده كانت عند البايع ، هذا اذا لم يعلم بجنايته ثم علم بعد الشراء ، فاما اذا علم قبل الشراء ثم اشتراه مع علمه بجنايته فليس له رده لان ذلك رضا منه بالعيب ، واذا اشترى عبداً وقد استحق قطع يده قصاصاً او سرقة ولم يعلم به المشتري فقطعت يده في يد المشتري فانه يكون بالخيار ان شاء رده وفسخ البيع لان القطع وجب في ملكه فان رده رجوع بجميع الثمن وان علم ذلك قبل الشراء لم يرجع بشيء لانه رضى بالعيب (انتهى) . ويستفاد منه ان العيب اذا حدث في ملك المشتري وكان حدوثه لسبب حادث عند البايع كان ضمانه عليه دون المشتري وانه لا يستقر الضمان الا اذا اثر السبب اثره ، فلو عولج الحامل فسلمت او لم يقتل العبد المرتد او لم يقطع العبد السارق فلا رجوع لان العلة وقوع النقص في ملك المشتري بسبب حادث عند البايع فاذا انتفى العلة انتفى المعلول .

العشرون لم يتعرض اكثر القدماء لتفسير العيب فظاهرهم احالة معناه الى العرف ، وبه صرح في الوسيلة قال : والعيب ما يكون عيباً عند اهل الخبرة و المعرفة بها « نعم » ذكر واجملة من العيوب تبعاً للاخبار في اكثرها من دون اشعار بالحصرف ذكر منها في النهاية التصرية والجذام والجنون والاباق ورفع الحيض ستة اشهر والدردي في الزيت والحمل في الاماء ، وزاد في السرائر تبين الثبوبة في

الامة اذا اشتراها على انها بكر. واقتصر في الغنية على التصرية واحداث السنة والحمل، وفي المراسم على الآباق والحمل واحداث السنة وفي الوسيلة العيب في الممالك عشرة : الجنون والجذام والبرص والجب ونقصان الاعضاء وزيادتها وكونها مخنثاً او سارقاً او آبقاً او كافراً اذا اشترط كونه مسلماً ، وخضاب شعر الامة ورفع الحيض عنها ستة اشهر والحمل ، و قد مر ان الظاهر من المبسوط تفسير العيب بالنقص فيما يقابل الثمن من ذاتيات المبيع او صفاته وهو الظاهر من بعض الاخبار الواردة في الارش.

وقال في الشرايع : والضابطان كلما كان في اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب فالزيادة كالاصبع الزائدة والنقصان كفوات عضو ونقصان الصفات كخروج المزاج عن مجراه الطبيعي مستمر اكان كالمرراض او عارضاً كحمى يوم (انتهى) ولادليل على كون ما ذكره ضابطاً للعيب :

واما الخبر فمعناه كما سبق ان الزيد و النقص في اصل الخلقة من جنس العيوب لا ان العيب منحصر في ذلك (على) ان ظاهر الخبر ان ذلك عيب في الممالك خاصة دون مطلق الحيوان فضلاً عن غير الحيوان ولذلك ذكر في الوسيلة نقصان الاعضاء وزيدها عيباً في الممالك ، ويؤيده ان النقص في بعض اعضاء الضأن او المعز او البقر كالأذن ، والقرن والذنب لا يعد في سوق المعاملة عيباً اذ لا اثر لهذه الاعضاء في مالية الحيوان وانما تؤثر في جماله و زينه ، بل كل نقص او زيد في المملوك ايضاً ليس عيباً في العرف ، فان الزيادة في اصابع اليد ان كانت عيباً لكنها في بعض اصابع الرجل ليست كذلك والنقص في مقادير الاسنان التي يواجه بها الانسان لو كان عيباً لكنه في المآخير التي لا يواجه بها ليس كذلك فالمدار في هذا الضابط ايضاً على العرف .

الا ان يقال : لامنافاة بين ان لا يكون بعض ذلك عيباً عند العرف ويجب الحكم بانه عيب تعبداً بحكم الخبر (لكنه بعيد) ولذلك اعرض القدماء عن الفتوى بمضمون هذا الخبر او لضعف سنده لانه رواه الكليني عن الحسين بن محمد السيارى انه قال:

روى عن ابن ابي ليلى انه قدم اليه رجل خصماً له فقال : ان هذا باعنى هذه الجارية ، فلم اجد على ركبها شعراً حين كشفتها ، وزعمت انه لم يكن لها قط قال : فقال لها ابن ابي ليلى : ان الناس يفتلون لهذا بالحيل حتى يذهبوا به ، فما الذى كرهت ؟ قال : ايها القاضى ان كان عيباً فاقض لى به ، قال : اصبر حتى اخرج اليك ، فاني اجد اذى فى بطنى ، ثم دخل وخرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفى فقال له : اى شىء تروون عن ابن جعفر عليه السلام فى المرأة لا يكون على ركبها شعر ؛ يكون ذلك عيباً ؟ فقال محمد بن مسلم : اما هذا نصافلاً اعرفه ؛ ولكنى حدثنى ابو جعفر عليه السلام عن ابيه عن آباءه عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : كل ما كان فى اصل الخلقة فزاد او نقص فهو عيب ، فقال له ابن ابي ليلى : حسبك ، ثم رجع الى القوم فقضى لهم بالعيب (الخبر) (١) .

اذا تقرر ذلك فنقول : اما احداث السنة فقد مضى الكلام فيها ؛ واما التصريفة فقال فى المبسوط هو ان يترك حلب الناقة او البقرة او الشاة يوماً او يومين فيجتمع فى ضرعها لبن كثير ثم يحملها الى السوق فاذا نظر المشتري الى ضرعها رآه كبيراً وظن انه لبنها كل يوم فيزيد فى ثمنها ، فاذا حلبها ونقص لبنها ووقف على التصريفة كان بالخيار ان شاء ردها وان شاء رضى بها واذا ردها ردها وصاعاً من تمر او صاعاً من برعوضاً عن اللبن ، وسميت مصراًة لجمع اللبن فى ضرعها يقال : صرى الماء فى الحوض والطعام فى السوق ، اى جمع وصرى الماء فى الظهر اذا لم يتزوج انتهى ولا اشكال بل لاختلاف فى هذا الخيار وفى اختصاصه بتصريفة الابل والبقر والشاة ، انما الخلاف فى انه اذا ردت المصراة بعد حلبها هل يرد معها صاعاً من تمر او صاعاً من لبن مثل يرد معها مثله من اللبن ؟ ذهب الشيخ الى الاول قال : لنص النبى صلى الله عليه وآله وسلم بذلك ، و ذهب الحلى الى الثانى و كانه لضعف الرواية عنده و الافهوا اجتهدا فى مقابلة النص .

هذا لوتلف اللبن ، واما لو كان باقياً فهل يجبر البائع على قبوله ؟ قواه فى

المبسوط قال : لانه عين ماله ، واذا رضى بالشاة المصراة ثم وجد بها عيباً جازلها ردها بالعيب ويجب رد لبن التصرية معها مثلاً او قيمة ، للاطلاق الخبر لانه مختص بما اذا ردها بعيب التصرية بل لان رد المصراة لا يصدق الا اذا ردها مع ما كان معها حال البيع ، ومثله الكلام فيما اذا جز صوفها ثم وجد فيها عيباً فانه اذا ردها ردها معها الصوف وعلى هذا فيجتمع في الشاة المصراة خيار التصرية و خيار العيب و خيار الحيوان ثلاثة ايام .

واما باق العبد فان تبين انه كان عند البايع آبقاً فهو عيب يجوز معه الرد والارش والا فلاء عهدة على البايع ، يدل على الاول خبر ابي همام عن الرضا عليه السلام الوارد في ان العبد يرد باحداث السنة وفيه انه قال له محمد بن علي : فالباقي قال : ليس الباقي من ذا الا ان يقيم البينة انه كان ابق عنده (١) ويدل على الثاني ما ورد في الاخبار من انه ليس في الاباق عهدة (٢) فانه محمول على الاباق الحادث عند المشتري ، واليه اشار المفيد بقوله في المقنعة : وليس في الاباق عهدة على البايع الا ان يسكون قد ابق عنده .

واما رفع الحيز ففي صحيحة داود بن فرقد قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة اشهر ، وليس بها حمل ، فقال : ان كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه (الخبر) (٣) افتى به في النهاية والوسيلة ، وسكت عنه في المقنعة والمبسوط ، ولعل تأمل الشيخين في العمل بالرواية من جهة ان تأخر عروض الحيز للجوارى في اوائل بلوغهن بستة اشهر بل ازيد من ذلك امر شايع فيهن فلا يعد ذلك عيباً لهن عرفاً ولا عادة.

واما الدردي في الزيت ففي خبر ميسر بن عبد العزيز بسند فيه محمد بن ابي عمير عن ابي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل اشترى ذق زيت فوجد فيه درديا ، قال

(١) الوسائل كتاب التجارة - الباب ٢ - من ابواب احكام العيوب الرواية ٢ -

(٢) راجع الوسائل كتاب التجارة - الباب ١٠ من ابواب احكام العيوب -

(٣) الوسائل كتاب التجارة - الباب ٣ من ابواب احكام العيوب - الرواية ١ -

فقال : ان كان يعلم ان ذلك يكون في الزيت لم يردده ، وان لم يكن يعلم ان ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه (الخبر) (١) وبه افتى في النهاية والسراير ، وسكت عنه في المقنعة والمبسوط والوسيلة ، والظاهر ان وجه السكوت مخالفته للقواعد الاولية لانه ان كان الدردي قليلا يتعارف وجود مثله في الزيت فلا خيار ولارد علم به او جهل ، وان كان كثيراً مخالفاً للمعتاد فان لم يعلم به لم يتعين عليه الرد بل تخيير بينه وبين اخذه بحصته من الثمن ، وان علم به بطل الشراء للجهل بوزن الزيت حين الشراء (فما في الشرايع) من ان الثقل ان كان كثيراً وعلم به حال الشراء فلارد ولاارش (محل نظر) لانه لافرق بين وجود الثقل الكثير في الزيت وبين وجود صخرة فيه مع الجهل بوزن الدردي والصخرة والاشبهة في بطلان البيع في الثاني فكذا الاول .

ويتلخص مما ذكر انه لو ثبت في مسألة الزيت خيار فهو خيار تبعض الصفقة دون العيب وان كان التبعض عيباً آخر ، وقياس الدردي في الزيت بوجود الغش في الذهب قياس مع الفارق لان اختلاط الغش بالذهب مانع عن التمييز بينهما فيصير الذهب معيوباً بخلاف الدردي فانه لا يختلط بالزيت بل يرسب في قعر الاناء متميزاً عنه ومع التمييز فلامعنى لان يكون وجوده سبباً لايجاد نقص في الزيت .

واما تبين الشيوبة ففيه روايتان متعارضتان ، روى يونس في رجل اشترى جارية على انها عذراء فلم يجدها عذراء ، قال : يرد عليه فضل القيمة اذا علم انه صادق (٢) وروى سماعة قال : سئلته عن رجل باع جارية على انها بكر فلم يجدها كذلك ، قال : لا ترد عليه ولا يوجب عليه شيء ، انه يكون يذهب في حال مرض او امر يصيبها (الخبر) (٣) اتفق الخبر ان على ان المشتري اشترى الجارية وشرط ان تكون بكرًا فخرجت ثيباً وتخلف الشرط موجب للخيار ، واستحقاق الرد مع اتفاق الخبرين على

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٧ - من ابواب احكام العيوب - الرواية ١ -

(٢) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٦ - من ابواب احكام العيوب - الرواية ١ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٢ -

نفيه ولعله لانه تصرف فيها بالوطى وهو مانع عن الرد وموجب لاستحقاق الارش ،
واليه مال في المبسوط قال : وان شرط ان تكون بكرأ فخرأ جت ثيبأ روى اصحابنا
انه ليس له الخيار وله الارش (انتهى) .

في ان الحمل في الجارية عيب ام لا

واما الحمل ففي كونه عيباً خلاف بين القدماء وليعلم اولاً انه اذا اشترى جارية
فدخل بها ثم ظهر فيها على عيب فاتفق النص والفتوى على انه لا يستحق ردها وانما
يكون له ارش العيب روى زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال على بن الحسين عليه السلام :
لا يرد التي ليست بحبلى اذا وطئها ، كان يضع من ثمنها بقدر عيبها (١) وروى عبد
الرحمن بن ابي عبد الله عليه السلام قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول : ايمارجل اشترى جارية فوقع
عليها فوجد بها عيباً لم يردّها ، ورد البايع عليها قيمة العيب (٢) روى ذلك منصور بن
حازم وحماد بن عيسى وطلحة بن زيد ومحمد بن ميسر ورفاعة النخاس عنه عليه السلام (٣)
ورواه محمد بن مسلم عن احدهما (ع) (٤) .

و ورد اخبار كثيرة في انه اذا اشترى جارية فوطئها ثم تبين انها حامل انه
يردها ويرد معها نصف عشر قيمتها او عشر قيمتها ان كانت بكرأ او نصف عشر قيمتها
ان كانت ثيبأ وهي ايضاً كثيرة رواها المشايخ الثلاثة (منها) خبر ابن سنان (٥) و
عبد الملك بن عمرو (٦) وعبد الرحمن بن ابي عبد الله (٧) وفضيل مولى محمد بن
راشد (٨) وسعيد بن يسار (٩) كل واحد منهم عن ابي عبد الله عليه السلام ، وخبر محمد بن

(١) الوسائل كتاب التجارة - الباب ٤ - من ابواب احكام العيوب الرواية ٥ -

(٢) راجع المصدر - المذكور آنفاً - الرواية ٦ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٣ - ٧ - ٢ - ٨ -

(٤) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٤ -

(٥) راجع الوسائل كتاب التجارة الباب ٥ - من ابواب العيوب - الرواية ١ -

(٦) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٧ - ٣ -

(٧) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٥ -

(٨) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٨ -

(٩) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ٩ -

مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في الرجل يشتري الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى ، قال : يردها ويكسوها (١) فاختلف القدماء في ان ردّ الحبلى مع التصرف فيها بالوطى هل هو لان الحمل عيب في الجوارى لكونها بسببه في معرض التلف اولان الحمل كان من المولى فيبيعها باطل لانها بسبب الحمل صارت من امهات الاولاد ؛ ذهب المفيد الى الاول قال في المقنعة : وان وجد بها عيباً بعدان وطئها لم يكن لردها وكان له ارش العيب خاصة الا ان يكون عيبها من حبل او مع ظهور حبل فله ردها ، وطئها او لم يطئها ويردّ معها اذا وطئها نصف عشر قيمتها « و قريب منه ما في الانتصار والمراسم والنهائية والغنية والسراير الا ان الاكثر قالوا : له ردها » وقال في النهاية : يلزمه ردها » و قريب منه ما في المراسم لقوله في سيردها لان الجملة الخبرية تفيد الوجوب و ذهب الشيخ الى الثاني ، ويؤيده وجوه : احدها - ما تضمنه الاخبار المذكورة من قولهم : انه يردّ الحبلى ويردّ معها كذا وكذا ، والجملة الخبرية تفيد الوجوب ووجوب الرد قرينة على بطلان البيع و لا وجه لبطلانه الاّ تبين كونها من امهات الاولاد - وثانيها - لو كان بيع الحبلى صحيحاً ملكها المشتري بالشراء لم يكن وجه لتعريمه بعد الرد بعشر قيمتها او بنصف ذلك لاجل الوطى ، لان ملك العين يستتبع ملك المنافع و قد ورد عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : الخراج بالضممان « - و ثالثها - انه لو كان الحمل عيباً و كان ردّ الحبلى لاجل هذا العيب لم يجز ردها بعد الوطى لان صدق الرد لغة و عرفاً مشروط بان يكون المردود في حال الرد ثابتاً على الصفات التي كان عليها حينما اخذه من البايع بمعنى ان يسكون قائماً بعينه و الحبلى الموطوءة ليست كذلك لانها قبل الوطى كانت حلالا للمشتري ولا يمه وابنه باذنه و بعد الوطى صارت حراماً عليها .

ان قلت : حمل اطلاق الاخبار على خصوص ما اذا كان الحمل من المولى بعيد و تقييد من دون قرينة قلت : القرينة شهادة الحال لان الجارية كانت عند سيدها وفي يده و قد انتقلت منه الى المشتري حاملا فالحال تشهد بان الحمل منه ، كما ان

الفراش يشهد بان الولد للزوج ، بل ظاهر كلمات الاصحاب انه يكفي في الحاق ولد المملوكة بسيدها ملك السيد لها وامكان دخوله بها كما انه يكفي في الحاق الولد بالفراش حصول العقد وامكان الوطى هذا .

وقال في المبسوط : اذا وجد العبد مخنثاً او سارقاً او آبقاً كان له الخيار اجماعاً (انتهى) وتبعه صاحب الوسيلة في اثبات الخيار بكل من الثلاثة ، اما الاباق فقد مر الكلام فيه ، واما السرقة والتخنث فاطلاق العيب عليهما لعلهم ينبي على ما ذكره بعض اهل اللغة من تفسير العيب بالوصم و تفسير الوصم بالعار ، فان المملوك الموصوف باحدى الصفتين معيوب بمعنى انه عار على مولاه لكنه مطرد في الزنا ايضاً ، مع انه صرح في المبسوط بانه اذا اشترى جارية او غلاماً فوجدتهما زانين لم يثبت له الخيار لانه لا دليل عليه (انتهى) ولو كان عيب السارق والمخنث كونهما في معرض التلف او النقص باجراء الحد فالزاني والزانية ايضاً كذلك ، ثم قال : فاذا وجدتهما ابخرين فمثل ذلك (انتهى) البخر بالتحريك الثنن في الفم وغيره ، يعنى قيل : انه عيب يرد به المملوك ، ولادليل عليه ، واما القرع وهو ذهاب شعر الرأس سمي به للمشابهة بينه وبين حمل اليقطين فان كان عيباً في المملوكة عرفاً فليس في المملوك كذلك ، ومثله لو تبين كونه اطلس لا ينبت له لحية ، والله العالم .

فصل - في بقية الخيارات المنصوص عليها بالخصوص .

بحث حول خيار تأخير الثمن عن ثلاثة ايام

منها خيار تأخير الثمن عن ثلاثة ايام قال في المقنعة : ومن اتباع شيئاً معروفاً بثمن مسمى ولم يقبضه ولا قبض ثمنه وفارق البايع بعد العقد لينقده الثمن فهو احق به ما بينه وبين ثلثة ايام فان مضت ثلثة ايام ولم يحضر الثمن كان البايع بالخيار ان شاء فسخ البيع و باع من سواه و ان شاء طالبه بالثمن على التعجيل له والوفاء ، وليس للمبتاع على البايع في ذلك خيار ، ولو هلك المبيع في مدة هذه الثلاثة الايام كان من مال المبتاع دون البايع لثبوت العقد بينهما عن تراض ، وان هلك بعد الثلاثة ايام كان

من مال البائع لانه احق به واملك على ماقد مناه (انتهى) وقريب منه عبارة الانتصار والمراسم والمهياة والمبسوط والخلاف والوسيلة والجواهر والغنية والسرائر، والاختيار به مستفيضة .

روى المشايخ الثلاثة باسانيدهم عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : قلت : الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده ، فيقول : حتى آتيك بثمانه ، قال : ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام والا فلا بيع له (١) .

وعن علي بن يقطين انه سئل ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع المبيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن ، قال : فان الاجل بينهما ثلاثة ايام ، فان قبض ببعده و الا فلا بيع بينهما (٢) .

وفي خبر اسحق بن عمار عن عبد صالح (ع) قال : من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة ايام ولم يجيء ففلا بيع له (٣) .

وخبر عبد الرحمن بن الحجاج قال : اشتريت محملاً فاعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ، ثم احتسبت اياماً ، ثم جئت الى بايع الحمل لأخذه ، فقال : قد بعته ، فضحك ثم قلت : لا والله لا ادعك واقاضيك ، فقال لى : اترضى باي بكر بن عياش ؟ قلت : نعم ، فاتيته فقصصنا عليه قصتنا ، فقال ابو بكر : بقول من تريدان اقضى بينكما ؟ بقول صاحبك او غيره ؟ قال : قلت : بقول صاحبي قال : سمعته يقول : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلثة ايام والا فلا بيع له (الخبر) (٤) .

ويشترط في هذا البيع ان يكون المبيع عيناً مرئية كما في الوسيلة ، اوشياً حاضراً كما في المراسم ، اوشياً معروفاً كما في المقنعة ، اوشياً معيناً اوشياً بعينه كما في كلام غيرهم ، والمراد من الجميع واحد وهو ان يكون المبيع جزئياً خارجياً ،

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٩ - من ابواب الخيار - الرواية ١ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ٣ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ٤ -

(٤) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ٢ -

قال في الدروس : وقيده في المبسوط بشراء معين فعلى هذا لو اشترى في الذمة لم يطرد الحكم سواء كان سلماً أو غيره (انتهى) قلت : هذا القيد لا يختص بالمبسوط بل موجود في كلام أكثر من ظفرنا على كلامه ، قوله : لو اشترى في الذمة « يعني لو اشترى شيئاً في ذمة البايع أي كلياً لم يطرد الحكم ، اقول : بل يثبت البطلان لأن شرط السلف قبض الثمن في مجلس العقد .

ويشترط أيضاً أن يكون الثمن موصوفاً وأن لا يحصل التقابض بين الثمن والمثمن وذكر الحلبي شرطاً آخر قال وإذا باع الإنسان شيئاً ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن ومضى المشتري ولم يشترط خياراً لهما ولا لاحدهما ولا ضرباً بالثمن اجلاً ولا قبض احدهما شيئاً من العوضين لا الثمن ولا المثلث ففى هذه الصورة يكون العقد موقوفاً عند صاحبنا الى ثلاثة ايام (انتهى) قوله : ولم يشترط خياراً لهما ولا لاحدهما « هذا شرط لم اجده في كلام غيره ولا وجدت دليلاً عليه لكن التأمل في كلام الحلبي صدراً وذيلاً يدل على ان ذكر هذا القيد لغرض آخر .

توضيح المقام : انه وقع الخلاف بين الشيخين في ما اذا تلف المبيع في الثلاثة في ان تلفه هل هو من مال البايع او من مال المشتري ؟ فذهب في النهاية الى انه من مال البايع لان : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه (١) وقال المفيد : انه من مال المشتري ، قال : لثبوت العقد بينهما عن تراض ، يعني ان المبيع انتقل الى المشتري بالعقد وقد استقر عليه ملكه في الثلاثة لان العقد بينهما ثابت لا خيار له ولا للبائع فلا بد من ان يكون التلف من ماله لانه المالك على التحقيق ، واستدلال المفيد بان العقد في الثلاثة لازم من الطرفين لا يستقيم الا اذا لم يكن لهما ولا لاحدهما خيار في الثلاثة بسبب الشرط ، فمن ثم زاد الحلبي هذا القيد ، لا لتوقف خيار التأخير عليه بل لتصوير المسئلة بصورة يجرى فيها دليل الطرفين عند تلف المبيع في الثلاثة .

قوله : ولا قبض احدهما شيئاً من العوضين « في اعتبار هذا القيد نظر ، لان ظاهر

كلام الاكثر ان قبض بعض العوضين لا اثر له وان الخيار يثبت اذا لم يحصل التقابض بين العوضين باجمعهما ، ويؤيده خبر ابن الحجاج لانه قال : اعطيت بعض ثمنه ، ومع ذلك تسلم الخصم لما اخبره القاضى بقوله : سمعته يقول : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلثة ايام والا فلا بيع له ، ففهم من الخبر ان قبض بعض الثمن لا يمنع من ثبوت الخيار .

قوله فى خبر على بن يقطين : عن الرجل يبيع البيع المراد من البيع هنا المبيع استعمال المصدر او اسم المصدر بمعنى المفعول وهو المراد من البيع فى قوله فى الجواب : فان قبض بيعه «يعنى ان قبض مبيعه ، فيكون كناية عن تقابض العوضين لان المشتري لا يقبض المبيع عادة الا بعد اقباض الثمن فقوله : بيعه» بسكون الياء مفعول الفعل ، وقرئ به بعضهم بكسر الياء المشددة على زنة سيد فلا بد من ان يجعله فاعلا ويشكل بان البيع بهذه الصورة مشترك فى اللغة بين البايع والمشتري ومنه قولهم : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» فلا يعلم ان المراد قبض البايع للثمن او قبض المشتري للمبيع ، وايضاً المناسب تعريف البيع باللام كما فى الخبر لا تعريفه بالاضافة .

ان قلت : قد ورد فى الاخبار ان جاء فى الثلاثة والا فلا بيع له او لا بيع بينهما ونفى البيع تنزيل لوجوده منزلة العدم ومقتضاه البطلان لاثبوت الخيار .

قلت : نفى الشيء انما يكون تنزيلاً له منزلة العدم اذا تعلق النفى به على سبيل الاطلاق مثل لصلوة الابطهور «و«لاطلاق فى اغلاق» و«لا بيع الا فى ملك» والمنفى فى الاخبار ليس كذلك لانهم قالوا : لا بيع له «اي للمشتري ، والبيع القائم بالبائع والمشتري لاعمى لثنيه بالنسبة الى احدهما دون الآخر الا ان يراد منه نفى حكم امكن ثنيه عن احدهما ، وليس هو الاستحقاق كل منهما لان الالتزام الآخر بالوفاء لان لازم البيع اللازم من الطرفين ثبوت هذا الاستحقاق لكل منهما فثنيه بالنسبة الى المشتري خاصة فى معنى عدم استحقاقه لالتزام البايع على الوفاء ومرجه الى ثبوت الخيار للبائع .

ان قلت : قال فى المبسوط : فان جاء الثالث فاتاه بالثمن كان البيع له وان لم يجيء فى هذه المدة بطل البيع ، و روى اصحابنا انه اذا اشترى شيئاً بعينه بثمن

معلوم وقال للبائع احبيك بالثمن ومضى فان جاء في هذه الثلاث كان البيع له وان لم يجيء في هذه بطل البيع (انتهى) وهو صريح في البطلان .

قلت : في هذه العبارة مسألتان: (احديهما) البيع بشرط اتيان الثمن في الثلاث (والاخرى) البيع مجرداً عن هذا الشرط ، وقد حكم فيهما بانه ان لم يجيء بالثمن في الثلث بطل البيع مع ان البيع في المسئلة الاولى صحيح بالاجماع لان التخلف عن الشرط يوجب الخيار لا البطلان فلا بد من التأويل في لفظ البطلان بان يقال هو هيهنا بمعنى التعطل من قولهم : بطل الاجير « اى تعطل عن العمل، فالمراد من بطلان البيع تعطل اثره اعنى اللزوم فيستقيم الكلام في المسألتين ويكون فتواه في الثانية كفتوى الاكثر بثبوت الخيار .

واما وجه العدول عن التعبير بالخيار الى التعبير بالبطلان فهو ان لفظ الخيار مشعر بانه حق من الحقوق كخيار المجلس و الحيوان يجوز شرط عدم ثبوته كما يجوز اسقاطه بعد الثلاثة واخبار الباب عند الشيخ قاصرة عن افادة هذا المعنى لان المذكور فيها : ان لم تجيء في الثلاثة فلا بيع له « او «لا بيع بينهما» وغاية ما يستفاد من هذا التعبير ان اثر التأخير هو ان ينقلب العقد بسببه فيصير جائزاً بعد ان كان لازماً، وجواز العقد وان كان مستلزماً لتسلط المتعاقدين او احدهما على فسخه الا ان كل تسلط على الفسخ ليس قابلاً للاسقاط والالشرط عدم ثبوته بل قد يكون حكماً من احكام العقد كالوديعة والعارية والوكالة ولذلك لم يعبر بالخيار كالاكثر بل عبر بالتعطل احترازاً عما ذكرنا .

حول حكم تلف المبيع عند البايع خلال ثلاثة ايام

بقي الكلام في حكم تلف المبيع عند البايع وفي قبضه وله صورتان: الاولى- ان يكون التلف بعد الثلاثة ولا اشكال ولا خلاف في انه من مال البايع بل فى الخلاف دعوى الاجماع عليه ، و فى الانتصار انه من متفردات الامامية - الثانية - ان يكون التلف فى الثلاثة وهو محل الخلاف بين الاصحاب فقال المفيد و الديلمى

و ابن زهرة : انه من مال المشتري «واختاره في الخلاف، وقال في النهاية والوسيلة والسرائر: انه من مال البايع .

احتج المفيد بقوله : لثبوت العقد بينهما عن تراض ، يعنى ان المبيع قد انتقل الى المشتري بالعقد وملكه له في الثلاثة ملك لازم لا خيار في هذه المدة لاحد، لاله وللبايع ، فالقاعدة تقتضى ان يكون التلف من المشتري (ورد عليه آخرون بما دل على ان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه « كخبر عقبة بن خالد في رجل اشترى متاعاً من رجل واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، قال: آتيك غدا انشاء الله ، فسرق المتاع، من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المال ويخرجه من بيته ، فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه حقه (الخبر) (١) و الثانى اقوى لان الخبر لما دل على ان ضمان غير المقبوض على البايع كان كالدلالة على ان المبيع غير المقبوض بمنزلة مال يتعلق به بيع .

بحث حول خيار تأخير الثمن عن يوم واحد

فى شراء ما يفسد ليومه

ومنها خيار تأخير الثمن عن يوم واحد فى شراء ما يفسد ليومه ، اثبتته فى الفقيه والنهية والوسيلة والغنية والسرائر، وسكت عنه فى المقنعة والانتصار والمراسم والجواهر والخلاف والمبسوط .

قال فى الفقيه : روى جميل عن زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام قال : ان حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البايع (٢) ومن اشترى جارية وقال للبائع : اجيئك بالثمن فان جاء فيما بينه وبين شهر والافلا بيع له (٣) والعهد فى

(١) الوسائل كتاب التجارة - الباب ١٠ - من ابواب الخيار الرواية ١ -

(٢) الى هنا اوردته فى الوسائل كتاب التجارة الباب ٥ - من ابواب الخيار الرواية ٥ -

(٣) ومن قوله : من اشترى جارية الى هنا اوردته فى الوسائل كتاب التجارة - الباب ٩

من ابواب الخيار - الرواية ٦ -

يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى الليل (انتهى) (١) .
 قوله : والعهدۃ فيما يفسد (الخ) هل هومن كلام الصدوق كما جزم به بعض
 المتأخرين ، او تتمۃ لرواية زرارة كما جزم به فى الوسائل ؟ وجهان :
 وروى فى الوسائل (٢) عن الكلينى باسناده عن يعقوب بن يزيد ، عن محمد
 ابن ابى حمزة او غيره ، عن ذكره عن ابى عبد الله عليه السلام وابى الحسن عليهما السلام فى الرجل
 يشتري الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتية بالثمن ، قال : ان جاء فيما بينه
 وبين الليل بالثمن والا فلا يبيع له »

قوله : يفسد من يومه « الضمير المضاف اليه راجع الى الشراء المدلول عليه
 بقوله : يشتري » والمعنى يشتري شيئاً موصوفاً بأنه اذا ترك ولم يستعمل لاسرع اليه
 الفساد فى يوم الشراء ، ليس المراد من اليوم بياض النهار ، بل مقدار من الزمان
 تساوى اثنتى عشرة ساعة فى بياض النهار كان اوفى سواد الليل فاجيب بأنه يصبر الى
 الليل فان جاء بالثمن والآ فلا يبيع له .

وحينئذ فيشكل بان الصبر عليه الى الليل مع فساد المبيع بمضى تلك المدة
 عليه مستلزم لحدوث الخيار للمبايع بعد عروض الفساد للمبيع وهو نقض للغرض ، و
 لذلك اتفق العاملون بالخبر على التأويل فى قول السائل : يفسد من يومه « فجعله فى
 النهاية والغنية والسرائر كناية عما لا يصح عليه البقاء كالخضر وغيرها .

ثم ان تفسير هؤلاء بما لا يصح عليه البقاء والتمثيل بجنس النبات من الخضر
 والفواكه قرينة تقوى الظن بان ما فى الفقيه كانت تتمۃ عندهم من رواية زرارة وان
 ما جزم به فى الوسائل فى محله ، ومن هنا يظهر الوجه فى اشكال المسئلة لان ما فى
 الفقيه لم يعلم انه رواية او دراية .

واما المرسلۃ فمع ضعف السند واعراض جماعة من القدماء عنها كالمفيد

(١) ومن قوله : والعهدۃ فيما يفسد ، الى هنا اورده فى الوسائل - كتاب التجارة - الباب

١١ - من ابواب الخيار - الرواية ٢ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١ -

والمرتضى والقاضى والديلمى والشيخ فى المبسوط ضعيف الدلالة أيضاً ، فان اللبن واللحم يفسدان بمضى يوم عليهما مع انهم لا يقولون بعموم الحكم لهما لاختصاص كلماتهم بالخضر والفواكه والبقول ، فالاجود تخصيص الحكم بما يفسد يوم الشراء مع الالتزام بثبوت الخيار للبايع قبل بروز التغير فيه لانه المتيقن من النص لو ثبت.

بحث حول خيار الرؤية

ومنها خيارسمى فى النص والفتوى بخيار الرؤية ويثبت فى صور: (احديها) ان يكون للبايع متاع رآه المشتري قبل البيع ولم يره فى الحال فيبتاعه اعتماداً على الرؤية السابقة فان وجده موافقاً لمضى البيع والا كان له الخيار (الثانية) ان يبيعه متاعاً غائباً غير مشاهد له غير انه يصفه جنساً ووصفاً فيبتاعه فاذا حضر ان وجده على ما وصفه والا كان له الخيار (الثالثة) ان يكون المتاع حاضراً فى عدل او جراب مشدود معه كتاب يصفه فيه بالجنس و الوصف فيشتره فان وجده موافقاً لما فى الكتاب والا كان له الخيار .

فاتفق النص والفتوى على لزوم البيع فى الصور الثلاث مع تبين الموافقة، وانما الخلاف بينهم مع تبين المخالفة ففيه ثلاثة اقوال :

احدها - ان البيع صحيح فى الصور الثلاث الا ان المشتري بالخيار بين الفسخ والامضاء وهو مذهب الشيخ فى النهاية والخلاف والمبسوط ، وتبعه الطوسى والقاضى وابن زهرة والحلى قال فى النهاية: واذا اشترى الانسان ضياعاً او عقاراً بحدودها ووصفها من غير ان يعاينها كان البيع ماضياً الا ان له شرط خيار الرؤية فاذا رآها فان وجدها كما وصفت له كان البيع ماضياً فان لم يجدها على ما ذكرت اولم يجد شيئاً منها كذلك كان له ردها على البايع واسترجاع الثمن منه (انتهى) وهذه العبارة كما ترى صريحة فى الصحة مع الخيار (فما نقل) عن الشيخ من انه قال فى هذا الكتاب : ان لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً (فهو سهو من ناقله) وقريب منه عبارة الخلاف والمبسوط والوسيلة والجواهر والغنية والسرائر .

وثانيها - ان البيع باطل في الصورة الثانية والثالثة وهو قول الصدوق في الفقيه قال : باب وجوب رد البيع بخيار الرؤية» ووافق في المقنعة ، قال : و لا بأس ببيع الموجود في الوقت بالصفة وان لم يشاهده المبتاع في الحال ، فان قبضه ووجده على الصفة التي ابتاعه عليها كان البيع ماضياً ؛ و ان كان بخلاف الصفة كان مردوداً « وقال ايضاً : لا يجوز بيع المتاع في اعدال محزومة وجرب مشدودة الا ان يكون له بارنامج يوقف منه على صفة المتاع في الوانواقداره وجودته فان كان ذلك كذلك وقع البيع عليه ، فمتى خرج المتاع موافقاً للصفات كان البيع ماضياً و ان خرج مخالفاً كان باطلا (انتهى) قوله في الثالثة: كان باطلا» صريح في البطلان، وقوله في الثانية: كان مردوداً ظاهر فيه ، والتأويل فيه من دون قرينة مردود .

وثالثها - التفصيل بين الصورتين ، ففي الثانية البيع صحيح وله الخيار ، وفي الثالثة باطل ، ذهب اليه في المراسم ، قال في الابتاع بالوصف : انه ان لم يجده على الصفة كان لردده» وقال في الاعدال المحزومة والجرب المشدودة: كان البيع مراعى ان يكون على الوصف والباطل»

والاصل في الباب عدة اخبار كخبر جميل عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها ، فلما ان نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله ، فقال ابو عبد الله عليه السلام : انه لو قلب منها ونظر الى تسع وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية (١).

وروى في الفقيه مرسلا قال ودخل امير المؤمنين عليه السلام سوق التمارين فاذا امرئة تبكي وهي تخاصم رجلا فقال لها مالك ؟ فقالت : يا امير المؤمنين اشترت من هذا تمراً بدرهم فخرج اسفله ردياً وليس مثل هذا الذي رأيت فقال له: رد عليها ؛ فابى حتى قال له ثلث مرات فابى فعلاه بالدرة حتى رد عليها ، وكان عليه السلام يكره ان يجلل التمر (٢) .

(١) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٥ من ابواب الخيار - الرواية ١ -

(٢) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٧ - من ابواب احكام العيوب - الرواية ٢ -

ومثله خبر رواه الشيخ في الخلاف مرسلًا قال: مسألة - بيع خيار الرؤية صحيح وصورته ان يقول : بعثك هذا الثوب الذي في كمي اوفى الصندوق فيذ كر جنسه ووصفه (الى ان قال) : دليلنا قوله تعالى : واحل الله البيع وحرم الربا ، فباح ما يتناوله اسم البيع وهذا بيع وايضاً روى عنهم عليهم السلام انهم سئلوا عن بيع الجراب الهروي فقالوا : لا بأس به اذا كان لها بار نامج فان وجدها كما ذكرت والاردّها ، وروى عن النبي (ص) انه قال : من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه (انتهى) .

قوله : روى عنهم (اه) هذه رواية مرسلّة ظفرت عليها في هذا الكتاب ولم اجدها فيما حضرني من كتب الاخبار ولا في كتب الاستدلال «نعم» استدل في التذكرة في خيار الرؤية بالنبوي من طريق الجمهور قال : ومن طريق الخاصة انهم عليهم السلام سئلوا عن بيع الجراب الهروي فقالوا : لا بأس به اذا كان لها بار نامج ؛ فان وجدها كما ذكرت والاردّها (انتهى) لكنه كما ترى عين عبارة الخلاف بادني تفاوت ، ومع الارسال فقد عمل بها جماعة من القدماء وفيهم من لا يعمل باخبار الآحاد وقدمر عبارة المقنعة والمراسم والخلاف ، وقريب منها ما في الوسيلة والسرائر ؛ وذكر الجرب والاعدال والبار نامج والكتاب في هذه الكتب قرينة على ان المستند في هذا الباب خبر ذكر فيه هذه الاسامي وليس هو الامرسلّة الخلاف

الاعدال: جمع العدل بكسر العين المهملة نصف الحمل، والمجزومة بالحاء المهملة والزاء المعجمة من الحزم بمعنى الضبط والشد فهو والمشدودة متراد فان، والجراب بكسر الجيم وعاء من جلد جمعه الجرب بضمه فسكون او بضمين، والبار نامج معرب فارسيته «بار نامد» مكتوب يرسل مع الامتعة يذ كر فيه اجناسها ووصافها فلا يختص مورد هذا الخيار ببيع الاعيان الشخصية الغائبة كما قيل ، بل يجري في بيع ما في الجراب او العدل الحاضر ايضاً كما نص عليه في الخبر والفتاوى و اما قوله في الخبر ببيع الجراب الهروي « فالمراد ببيع الثياب الهروية في الجراب . فلا بد من ان تكون الجراب مشدودة و الا لما افتقر الى البار نامج و لذلك قيده القدماء بالمشدود و الحقوا به العدل المجزوم ايضاً لاشتراكهما في العلة .

ثم ان الظاهر ان منشأ الخلاف بين الشيخين اختلاف النظر في معنى قوله ^{عَلَيْهِ السَّلَامُ} في المرسلة : والاردّها» لانه جملة خبرية تفيد الوجوب ووجوب الرد مستلزم للبطلان ، وبقرينة المرسلة يؤل في خبر جميل بحمل قوله فيه : كان له فيها خيار الرؤية « على معنى ان له الخيار بين ترك المبيع وبين اخذه باستيناف العقد عليه (ويمكن الجواب عنه) بان ظهور الخيار في خبر جميل في معناه المشهور اقوى من ظهور المرسلة في البطلان لان الامر بالرد وارد في مورد توهم الحظر بتوهم لزوم البيع فلا يفيد ازيد من الرخصة ، و اما الديلمي فالظاهر انه اخذ بظاهر كل من الخبرين في مورد فحكم بالخيار في البيع بالوصف اعتماداً على خبر جميل. وحكم بالبطلان في بيع ما في الجراب اخذاً بظاهر المرسلة (قيل) : وجه البطلان عند المفيد هو التغاير بين المعقود عليه و القصد (وهو مردود) بان هذا التغاير موجود في بيع العبد اذا تبين انه مجذوم او مبروص مع انه صحيح اجمالاً ، و ان ثبت فيه الخيار فالصحيح في وجهه ما ذكرناه من اختلاف النظر في معنى المرسلة .

و لو باعد عيناً حاضرة على ان يسلمها بوصف غير موجود فيها في الحال كما اذا اشترى منه كرابساً على ان يخيطه قميصاً طوله كذا و عرضه كذا فدفع القميص على خلاف ما شرطه من الطول او العرض ففي ثبوت خيار الرؤية فيه وجهان : ظاهر المبسوط البطلان ، قال : واذا ابتاع ثوباً على حفنة نساج وقد نسج بعضه على ان ينسج الباقي و يدفعه اليه كان باطلا لان ما شاهده من الثوب البيع فيه لازم من غير خيار الرؤية و ما لم يشاهده يقف على خيار الرؤية فيجتمع في شيء واحد خيار الرؤية وانتفائها و هذا متناقض (انتهى) قوله : حفنة نساج « الحفة بالحاء المهملة و الفاء المشددة مفتوحتين هو المنوال وهو خشبة يلف عليها الحائك ما ينسجه فاستدل على البطلان بان البيع في المنسوج منه لازم وفي غير المنسوج اذا دفعه اليه منسوجاً يمكن ان يثبت فيه خيار الرؤية فيلزم ان يكون عقد واحد لازماً من جهة ومتميز لآ من جهة اخرى و هو باطل للتناقض بين اللزوم و التميز ، و مثل هذا المحذور لازم في المثال ايضا لان الكرابس مشاهد لا خيار فيه فاذا خاطه على خلاف ما شرط

ثبت فيه خيار تخلف الشرط فهذا البيع لازم من جهة و متزائل من جهة اخرى و هو باطل هذا .

واستدل بعضهم على البطلان في المثال الذي ذكره في المبسوط بان بعضه عين حاضرة و بعضه في الذمة مجهول و كأنه لم يحضره عبارة المبسوط المصرحة بان علة البطلان امر آخر .

ثم ان قوله في الخبر: لا بأس به اذا كان لها بار نامج ، يدل على ان ذكر ما تداول ذكره في البار نامجات كاف في صحة البيع ، والمتعارف فيها ذكر الجنس مع القدر و اللون و الجودة فلا حاجة الى ذكر ازيد من ذلك في بيع الغائبة او الحاضرة الغير المرئية .

ظاهر النص والفتوى ثبوت الخيار عند رؤية المتاع على خلاف ما وصف وهو قرينة على ان علة الخيار هو الجهل . فيتفرع عليه انه اذا تبين كونه دون الوصف كان الخيار للمشتري اوفوق الوصف كان الخيار للبايع ، نص عليه في الوسيلة ومقتضاه كون الخيار على الفور لان الجهل يزول بالرؤية وزوال العلة مستلزم لزوال المعلول ، نص عليه في الغنية والوسيلة ، وهل يشبث فيه الارش ؟ ظاهر النص والفتوى عدمه وتفرد الحلبي باثباته قال : و ان وجده على خلاف الصفة كان له رده و فسخ العقد او اخذه واخذ الارش لا يجبر على احد الامرين (انتهى) ولم نجد له موافقاً و لا دليلاً عليه من الاخبار الا اذا كان فقد الوصف في المتاع عيباً له عند العرف ، لكنه خلط بين خيار العيب وخيار الرؤية والله العالم .

بحث حول ما يصح من الشروط في البيع وما لا يصح

فصل في الشروط - قال في القاموس ولسان العرب وتاج العروس الشرط الزام الشيء والتزاه في البيع ونحوه ، يعني ان هذا احد معان الشرط ، لا ان المعنى منحصر فيه ، بل له معان اخر منها العهد كما نص عليه اللغوي الفاضل محمد يحيى القزويني في ترجمة القاموس ، واطلاقه بهذا المعنى على البيع والنذر والحاف والوعد حقيقة

لان كل واحد من هذه عهدا وتعهد ، وكذا اطلاقه على حكم الله تعالى في قول النبي ﷺ :
 قضاء الله احق وشرطه اوثق « وفي قول امير المؤمنين عليه السلام : شرط الله قبل شرطكم »
 لان احكام الله جل شأنه معاهدات بينه سبحانه وبين عباده المكلفين ، واما الشرط
 في دعاء التوبة من الصحيفة السجادية : شرطي ان لا اعود في مكروهك (فواضح)
 انه بمعنى العهد « نعم » اطلاقه على الخيار في قوله : ما الشرط في الحيوان ؟ قال :
 ثلاثة ايام « مجاز بعلاقة السببية لانه قد يكون سبباً للخيار كما اذا تخلف عنه المشروط
 عليه او بعلاقة المشابهة لتوقف لزوم البيع على الوفاء به كتوقف لزومه على انقضاء
 مدة الخيار .

واما ما يصح من الشروط في البيع وما لا يصح منها فقيه اقوال :

احدها - ان كل شرط لم يخالف الكتاب ولا السنة و كان مقدوراً للمباد فهو
 صحيح وماعدا ذلك فهو باطل وهو قول الشيخين في المقنعة والنهاية والخلاف ، ومثله
 في المراسم والسرائر .

وثانيها ما اختاره في المبسوط قال : الشرط على اربعة اضرب شرط يوافق مقتضى
 العقد فهو تأكيد للعقد ، وشرط يتعلق به مصلحة العقد مثل الاجل والخيار والرهن
 والضمين والشهادة فهذا جائز ، وشرط لا يتعلق به مصلحة العقد لكنه بنى على التغليب
 والسراية مثل شرط العتق فهذا جائز والعقد جائز اجماعاً ، وشرط لا يتعلق به مصلحة العقد
 ولم يبن على التغليب والسراية فهذا شرط باطل الا انه لا يبطل العقد لانه لا دليل عليه
 (انتهى) قوله : فهذا شرط باطل « يعني ان الشرط اذا لم يتعلق به مصلحة العقد ولم
 يكن مبنياً على التغليب والسراية فهو شرط باطل وان لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد
 ولا مخالفاً للكتاب ، او السنة ، وهذا كشرط خياطة ثوب او صبغه في بيع داره .

وثالثها مثل ما في المبسوط الا في مثل خياطة ثوب في بيع داره فانه صحيح ايضاً
 وهو لصاحب الغنية .

فيتحصل من هذه الاقوال امور احدها - اتفاق هؤلاء على صحة الشرط ولزوم العمل
 به اذا كان مقدوراً للمباد ولم يخالف مقتضى العقد ولم يكن منافياً للكتاب او السنة و كان

فيه مصلحة للعقد كالخيار والضمان والشهادة - وثانيها - اتفاقهم ايضاً على فساده اذا كان مخالفاً لمقتضى العقد او منافياً للكتاب او السنة او كان غير مقدر - وثالثها - ان محل الخلاف بينهم امران : شرط العتق فاجازه الاكثر وقال في الغنية : ان فيه خلافاً «والآخر شرط لا يرتبط بمصلحة العقد كشرط خياطة ثوب في بيع حيوان فجوزه الاكثر وابطله في المبسوط .

فالكلام يقع في ثلاثة مواضع :

اما الموضوع الاول فلا اشكال ولا خلاف في صحة الشرط اذا كان جامعاً للشروط الاربعة المذكورة لان عموم قولهم : المؤمنون عند شروطهم سليم في مثله عن المعارض ، مع ان ظاهر الاصحاب انه مجمع عليه بينهم .

في الشروط المخالفة لمقتضى العقد

وما يدل على بطلانها

واما الموضوع الثاني فالمراد من الشرط المخالف لمقتضى العقد ما كان مخالفاً لحكم شرعي ثبت للعقد الذي وقع الشرط في ضمنه ، ومن الشرط المخالف للكتاب والسنة ما كان مخالفاً لحكم شرعي يتعين العمل به حسب ما اقتضاه الدليل وان لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد . فالنسبة بينهما عموم مطلق لان كل مخالف لمقتضى العقد مخالف للكتاب والسنة ولا عكس ، فوجه افراد الاول بالذکر انه مع بطلانه في نفسه مبطل للعقد ايضاً للتمانع بينهما بخلاف الثاني اذا لم يكن مخالفاً للعقد .

ويدل على بطلان الشرط المخالف للكتاب او السنة اخبار كثيرة ففي الخبر عن ابي عبد الله : من اشترط شرطاً سوى كتاب الله عز وجل فلا يجوز ذلك له ولا عليه (١) وفي الخبر المروى في قضية بريرة ان النبي ﷺ قال : ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل ، قضاء الله الحق وشروطه اوثق والولاء لمن اعتق (٢) وعن امير المؤمنين عليه السلام من شرط الامرئته شرطاً فليف

(١) الوسائل - كتاب الطلاق الباب ١٨ - من ابواب مقدماته وشروطه - الرواية ١ -

(٢) راجع المستدرک كتاب التجارة - الباب ٥ - والوسائل - الباب ٦ - من ابواب الخيار

به فان المسلمين عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً وعن ابى جعفر عليه السلام في من تزوج امرئة واشترطت عليه ان يبدها الجماع والطلاق قال: خالفت السنة وليست حقاً ليست اهلالة فقضى ان عليه الصداق ويده الجماع والطلاق (١).

واما خبر محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام في امرئة تزوجها وشرط عليها وعلى اهلها ان تزوج عليها او هجرها او اتى عليها سرية فهي طالق، فقال: شرط الله قبل شرطكم (الى آخره) (٢) فاجنبى عن المرام، لان قوله: شرط عليها ان كان كذا فهي طالق، حلف بالطلاق على ترك التزويج والتسرى عليها ونظيره ما سمي بايمان البيعة يعنى الايمان التى تداولت فى زمن الحجاج عند اخذ البيعة للخلفاء كانوا يأخذون الناس بالحلف على البيعة للخليفة بالطلاق والعقاقير والصدقة فيقول: احدهم نساءى طوالق وعبيدى احرار واموالى صدقة لونها كبت البيعة وخالفت الخليفة فمعنى الجواب ان ذلك حلف غير مشروع لا يحرم به شىء من ذلك وان فعل ذلك لم يقع به طلاق ولاعتق ولا صدقة.

واما خبر منصور بن يونس قلت لابي الحسن عليه السلام ان شريكاً لى كان تحت امرأة فطلقها فبان منه فاراد مراجعتها فقالت له المرئة: لا والله لا اتزوجك ابداً حتى تجعل الله لى عليك ان لا تطلقنى ولا تتزوج على قال: وقد فعل، قلت نعم جعلنى الله فداك قال بئس ما صنع ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل والنهار، ثم قال: اما الآن فقل له فليتم للمرئة شرطها (الخبر) (٣) فالمراد من الشرط هو النذر لانها قالت للرجل: لا اتزوجك حتى تجعل الله لى عليك» يعنى حتى تلزم على نفسك بالنذر ترك الطلاق وترك التزويج على .

(١) - الوسائل - كتاب النكاح - الباب ٢٩ - من ابواب المهور - الرواية ١

(٢) - الوسائل - كتاب النكاح - الباب ٢٠ - من ابواب المهور - الرواية ٤ -

(٣) - راجع الفروع من الكافي - ج ٢ ص ٢٨ - والوسائل الطبعة الحديثة - كتاب النكاح

الباب ٢٠ - من ابواب المهور - الرواية ٤ -

واما الخبر - رجل قال لامرأته : امرك بيدك فقال (ص) : انى يكون هذا ، وقد قال الله تعالى : الرجال قوامون على النساء (١) فليس فيه لفظ الشرط حتى يرتبط بمحل الكلام ، وقوله : امرك بيدك « يعنى طلاقك بيدك فرد عليه بانه لا يكون ذلك لان الرجال قوامون على النساء وايضاً الطلاق بيدمن اخذ بالساق هذا . وقد مثلوا للشرط الموافق للعقد الذى يكون مؤكداً له بشرط خيار المجلس فى البيع وشرط درك البيع على البايع وشرط نقد البلد اذا كان منحصراً فى واحد ، و للشرط المخالف لمقتضى العقد شرط ان لا يقبض المبيع او لا ينتفع به او لا يكون خسارته على المشتري اذا باعهم منه واقبضه او ان لا يبيع الجارية او لا يطأها او لا يعتقها .

نقل الأمثلة التي ذكرها الشيخ فى المبسوط

للشرط المخالف لمقتضى العقد فى غير البيع

واورد فى المبسوط للشرط المخالف لمقتضى العقد فى غير البيع امثلة كثيرة لابس بمقل بعضها للمتدرب فى الباب . قال فى كتاب الاجارة : لا يجوز ان يشترط على المكترى يعنى مكترى الحمام الاتفاق على الحمام فى اصلاح ما يتشعث فيه لان ذلك يجب على صاحب الحمام واذا شرط عليه كان العقد باطلا لانه شرط عليه نفقة مجهولة (انتهى) يعنى ان عقد الاجارة يقتضى ان يكون نفقة العين على الموجر فاذا شرطها على المستأجر بطل وابطل لانها نفقة مجهولة لا يعلم قدرها فيلزم الغرر فى العقد و قال ايضا لا يجوز ان يشترط على المكترى يعنى مكترى الحمام سلعا قائما وهو عادة الناس ببغداد يشترطون على المكترى سلعا ياخذونه يكون فى يدا المكترى بحاله على وجه الرهن ويرده على المكترى اذا انقضت اجارته فان شرط ذلك كان العقد باطلا (انتهى) قوله فى يدا المكترى الظاهر انه تصحيف ، والصحيح فى يدا المكترى او الكرى .

ثم انه ليس المراد اخذ الرهن لمال الاجارة اذا كان ديناً فانه شرط لمصلحة

العقد للمتعاقدين وهو صحيح بلاشكال ، بل المراد اخذ الرهن لما يمكن ان يغرمه المستأجر باتلاف شيء من اثاث الحمام في مدة اجارته (وجه الفساد) ان الرهن وثيقة للمدين ولادين هيهنا بالفعل و اما ان حدوثة لا يسوغ اخذ الرهن عليه فشرط هذا الرهن فاسد لانه خلاف مقتضى عقد الرهن ، ولا فرق في فساد ما يخالف مقتضى العقد بين ما يخالف مقتضى عقد الاجارة بنفسه كشرط نفقة الحمام او يخالف مقتضى عقد الرهن المشروط في ضمنها .

وقال في كتاب المساقات : اذا ساقاه بالنصف على ان يعمل رب المال معه فالمساقاة باطله لان المساقاة موضوعة على ان من صاحب المال والمال ومن العامل العمل كالقراض ، فاذا شرط على رب المال العمل وجب ان يبطل كالقراض .

وقال في كتاب الرهن : اذا رهن عند غيره شيئاً بدين الى شهر على انه ان لم يقبض الى محله كان مبيعاً فيه بالدين الذي عليه لم يصح الرهن ولا البيع اجماعاً ؛ لان الرهن موقت والبيع متعلق بزمان مستقبل فان هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضموناً عليه لان صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف فاسده وبعد الاجل فهو مضمون عليه لانه في يده ببيع فاسد والبيع الصحيح والفاسد مضمون عليه (انتهى) يعنى ان الرهن يدوم بدوام الدين فشرط التوقيت فيه باطل ، وايضاً البيع تمليك منجز فايقاعه معلقاً على الشرط باطل .

وقال ايضاً : اذا باع غيره شيئاً على ان يكون المبيع رهناً في يد البائع لم يصح البيع لان شرط ان يكون رهناً لا يصح لانه شرط ان يرهن ما لا يملك فان المبيع لا يملكه المشتري قبل تمام العقد واذا بطل الرهن بطل البيع لان البيع يقتضى ايفاء الثمن من غير ثمن المبيع و الرهن يقتضى ايفاء الثمن من ثمن المبيع وذلك تناقض ؛ و ايضاً فان الرهن يقتضى ان يكون امانة في يد البائع والبيع يقتضى ان يكون مضموناً عليه وذلك تناقض (انتهى) .

حال تعارض الأدلة في الشروط المخالفة للكتاب والسنة

او المخالفة لمقتضى العقد وذكر موارد هـ او علاجها

ثم اذا حصل التعارض بين الأدلة وجب العمل بما يقتضيه القواعد المقررة في هذا الباب من الجمع بين المتعارضين بحسب الدلالة او الرجوع الى المرجحات او طرح المتعارضين والرجوع الى الاصول الاولية ، فمن قبيل الاول دليل لزوم البيع مع دليل الخيار ودليل لزوم الشرط ؛ فان قوله تعالى : « او فوا بالعقود » يدل على لزوم البيع لكن يجب الخروج عن مقتضاه بقوله صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » لحكومته على الاول ، ثم اذا شرط في البيع عدم ثبوت الخيار وجب الخروج عن دليل الخيار بقولهم : « المؤمنون عند شروطهم » لانه اذا سقط خيار احدهما بتفويض الاختيار الى صاحبه كما دل عليه قولهم في بعض الاخبار : « ما لم يفترقا » او يقول احدهما لصاحبه اختر فسقطه بسبب شرط عدم الثبوت اولى ، فلا يقال شرط سقوط الخيار مخالف للسنة اعنى قولهم : « البيعان بالخيار » لان دليل الشرط متأخر في الرتبة عن دليل الخيار كما ان دليل الخيار متأخر في الرتبة عن دليل اللزوم والمتأخر حاكم على سابقه ومفسر له .

ومنه ايضا جواز شرط الضمان في العارية والمنع عنه في الوديعة والاجارة ، فانه يقال : العين في الثلاثة امانة اودعها المالك في يدا الغير و قولهم : (ع) : ليس على المستودع ضمان (١) يدل على نفى الضمان في الجميع فكيف صح التفصيل (فيجيب عنه) بان العموم معارض في العارية بقولهم (ع) لم يضمنه الا ان يكون شرط عليه (٢) وبقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان بن امية في استعارة الدرع منه : امانة مضمونة مؤداة (٣) والنسبة بينهما عموم مطلق فوجب التخصيص ولم يثبت مثله في الآخرين فوجب العمل فيهما بالعموم .

(١) راجع الوسائل -- كتاب الوديعة الباب ٤ --

(٢) راجع الوسائل كتاب العارية -- الباب ١ - الرواية ١ --

(٣) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ٤ - ٥ --

ومن قبيل ساير الصور عدة مواضع :

منها جواز اشتراط رق الولد في تزويج الامة بحر^١ فانه شرط مخالف للسنة هو قولهم : لا يسترق ولد حر^٢ « وقولهم : الولد يتبع الحر من الوالدين ابا كان او امأ (فيجاب عنه) بان هذه الاخبار معارضة باخبار كثيرة وردت في تدبير الامة وتحليلها و تزويجها دلت على ان الولد مملوك لمولى الامة فلا بد من طرح هذه الاخبار او حملها على التقية ، او على ما اذا كان تزويجها بعد لغير المولى ، او على صورة اشتراط الرق ، لاسبيل الى الاولين لانها اخبار مشهورة رواه كثير من اصحاب الامة وكذلك الثالث لان بعضها كالصريح في كون الزوج حر أفتعين الرابع (ويؤيده) ما في بعضهما من الدلالة على توقف الحرية على الاشتراط لانها مع ابتنائها على التغليب والسراية اذا توقف حصولها على الشرط فالرقية اولى بذلك .

ومنها شرط اقامة الزوجة في بلدها حيث دل على جوازه خبر البقباق (١) في الرجل يتزوج المرثة ويشترط ان لا يخرجها من بلدها قال يفي لها بذلك ، او قال : يلزمه ذلك « وبمعناه اخبار اخر ، ويعارضها انه شرط مخالف للكتاب والسنة الدالين على وجوب اطاعة الزوج لان شرط عدم اخراج الزوجة عن بلدها في معنى شرط كون الجماع بيدها وقد دلت على بطلانه الاخبار وفي بعضها : خالفت السنة ووليت حقها ليست باهله (٢) ويدل على بطلانه ايضاً ظاهر الكتاب قوله تعالى : الرجال قوامون على النساء (٣) ونساءكم حرث لكم فأتوا حرثكم اني شئتم (٤) ومثله شرط عدم النفقة لانه تعالى قال : وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف (٥) ففي امثال ذلك من الشروط مما يتعارض فيه الادلة بالتباين يرجع الى المرجحات الخارجية كموافقة الكتاب والشهرة

(١) الوسائل كتاب النكاح - الباب ٤٠ من ابواب المهور الرواية ١ -

(٢) راجع الوسائل - كتاب النكاح الباب ٢٩ - من ابواب المهور - الرواية ١ -

(٣) سورة النساء : الاية ٣٨ .

(٤) سورة البقرة : الاية ٢٢٣ .

(٥) سورة البقرة : الاية ٢٣٣ .

فيحكم بفساد الشرط كما في المقام او بصحته .

ومنهما شرط ان لا يبايع ولا يوهب حيث دل على جوازه مرسله جميل بن دراج عن احدهما عليه السلام في الرجل يشتري الجارية ويشترط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا يورث قال : يفي بذلك اذا شرط لهم الا الميراث (١) ويعارضه انه مخالف لمقتضى العقد ولقوله: الناس مسلطون على اموالهم مع انه خبر مرسل لا ينهض لتخصيص القواعد الاولية، مع ان التفصيل بين البيع والهبة وبين الميراث مخالفة للقواعد من وجه آخر :

ان قلت شرط العتق ايضاً كذلك فكيف جوزه كثير مع اشتراكه مع البيع في المخالفة لمقتضى القاعدة قلت: يدل على جواز هذا الشرط صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام في الرجل يعتق غلامه او جاريته عن دبر منه ثم يحتاج الى ثمنه ايبيعه؟ قال : لا الا ان يشترط على الذي يبيعه اياه ان يعتقه عند موته (٢) وهو خبر صحيح مؤيد بابتناء العتق على التغليب و السراية فجاز ايراد التخصيص به على القاعدة الاولية بخلاف اشتراط عدم البيع .

ومنهما اشتراط عدم التوريث في نكاح المتعة حيث قال بعضهم: يتوارثان الا اذا اشترطا عدم التوارث لقول ابي جعفر عليه السلام في خبر محمد بن مسلم: انهما يتوارثان اذا لم يشترطا (٣) وقال بعضهم: لا يتوارثان الا اذا شرطوا التوارث لخبر البن نطى عن الرضا عليه السلام قال: تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ان اشترطت كان وان لم تشترط لم يكن (٤) وقال آخرون: لا توارث بينهما اشترط التوارث او لم يشترط لقوله في خبر سعيد بن يسار: ليس بينهما ميراث اشترط او لم يشترط (٥) والاخبار متعارضة متكافئة ومع تساقطها يرجع الى اصاله البرائة دون ظاهر الكتاب لانه يدل على

(١) الوسائل- كتاب التجارة الباب ١٥ - من ابواب بيع الحيوان الرواية ٢-

(٢) الوسائل- كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء - الباب ١ من ابواب التدبير الرواية ١

(٣) الوسائل - كتاب - النكاح - الباب ٣٢ - من ابواب المتعة - الرواية ٢-

(٤) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ١ -

(٥) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ٧-

ميراث الزوج والزوجة والظاهر منهما من كان زوجاً او زوجة على الاطلاق فلا يشمل من كان كذلك في وقت دون وقت ، فقد ثبت بما ذكرناه ان ترجيح صحة الشرط او بطلانه مع تعارض الادلة منوط بما يؤدي اليه النظر حسب ما يقتضيه القواعد المقررة واما التفصيل في الشرط المخالف لمقتضى العقد بين المخالف لمهيمته والمخالف لاطلاقه وانه يفسد على الاول دون الثاني وانه مع الاشتباه فالمرجع نظر الفقيد (فلا دليل عليه).

كلام حول اختلاف الا نظار في شرط العتق

وما لا يرجع الى مصلحة العقد

واما الموضوع الثالث فقد سبق ان محل الخلاف بينهم امران : (احدهما) شرط العتق وقد سبق الكلام فيه (والاخر) شرط لا يرجع الى مصلحة العقد وان لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد ولا مخالفاً لحكم شرعي ، والظاهر ان وجه الخلاف فيه اختلاف النظر في معنى قول اللغويين : الشرط الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه» لان قولهم : في البيع محتمل لوجهين : احدهما - ان المعنى في عقد البيع فيعم كل شرط وقع فيه وان لم يكن مرتبطاً بالعقد كشرط خياطة ثوب في بيع داره - وثانيهما - ان المعنى في امر البيع وشأنه فيختص بما يرجع الى مصلحة من مصالحه كشرط الخيار وشرط ضمان درك المبيع وشرط الرهن للثمن اذا كان ديناً وشرط الاشهاد على القبض والاقباض وشرط الاجل لتسليم المبيع او الثمن وامثال ذلك

والوجه ان يقال : اما شرط ما يتعلق به مصلحة العقد كالا مثلة المذكورة واشباهها فلا اشكال في صحته ووجوب الوفاء به لانه مع الموافقة لمعنى الشرط لغة مؤيد بظاهر الكتاب وهو قوله تعالى في سورة الممتحنة (١) اذا جاءك المؤمنات يبائعينك على ان لا يشركن بالله شيئاً ولا يسرقن ولا يزنين ولا يقتلن اولادهن ولا يأتين بهتان يفترينه بين ايديهن وارجلهن ولا يعصينك في معروف فبايعهن (الاية) وذلك لان قوله اذا جاءك المؤمنات يبائعينك محتمل لمعنيين احدهما ان المعنى اذا جاءك المؤمنات ليبياعنك

على هذه الامور الستة وهي التوحيد وترك السرقة والزنا وقتل الاولاد والمبهتان ومعصية الرسول فبايعهن لكنه غير ملايم لما ذكره اصحاب السير والتاريخ قالوا من جملة هذه المؤمنات هند زوجة ابي سفيان فلما قرء النبي ﷺ «ولايزنين» قالت اوتزني الحرة فتبسم ﷺ ولما قرء «ولا يقتلن اولادهن» قالت اما الولد فقد ربينا صغارا وقتلتهن كبارا ولما قرء «ولا يعصينك في معروف» قالت ام حكيم زوجة عكرمة بن ابي جهل ما ذلك المعروف الذي امرنا الله ان لانعصيك فيه فقال ﷺ لا تلطمن خدا ولا تخمشن وجها الى آخر الخبر .

و ثانيهما ان المعنى اذا جائك المؤمنات يبايعنك يعني يبايعنك على الاسلام فبايعهن و اشترط عليهن هذه الشروط ففيها تقديم وتأخير والاصل اذا جائك المؤمنات يبايعنك على الاسلام فبايعهن على ان لا يشر كن بالله شيئا ولا يسرقن الى آخر الامور الستة وعلى هذا ففيها دلالة ظاهرة على ان الشرط الذي يجب الوفاء به هو الالتزام او الالتزام بشيء من مصالح العقد الذي وقع بين المتعاقدين كشرط الضمان في البيع و كاشتراط الامور الستة في عقد البيعة على الاسلام وبه يندفع اشكال يمكن ايراده في قوله ﷺ ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله بان يقال اى شرط ذكر في كتاب الله حتى يكون شرط الولاء لبايع بريرة مخالفا له فيجاب عنه بانه شرط الامور الستة في البيعة على الاسلام فان الامور المذكورة كلها ترجع الى مصلحة عقد المبايعة بخلاف شرط الولاء لبايع العبد او الامة فانه لا يرجع الى مصلحة في عقد البيع فيكون شرطا مخالفا للشرط الذي دل الكتاب على شرعيته و اما شرط عتق العبد في بيعه فيدل على صحته الخبر المتقدم مضافا الى دعوى الشيخ الاجماع عليه واما ما عدا ذلك من الشروط فلا دليل على اعتباره بالخصوص مع اجمال قول اللغوي في معنى الشرط فلا ينفع التمسك بعموم قولهم المؤمنون عند شروطهم هذا وهيئنا امور اخر اعتبروها في الشرط منها ذكره في متن العقد و هو على الاحتمال الاول في معنى قول اللغوي متجه واما على الوجه الثاني فقولهم عند شروطهم يدل على وجوب الوفاء بالشرط وان ذكر مجردا عن العقد ولا يقولون به .

ومنها ان لا يكون الشرط مجهولاً وفيه ان بطلان هذا الشرط انما هو لمخالفة السنة ومنها ان لا يكون مستلزماً لمحال قال في كرة لو باعه بشرط ان يبيعه لم يصح سواء اتحد الثمن قدراً ووصفاً وعيناً اولاً والا جاء الدور لان بيعه له متوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور اما لو شرط ان يبيعه على غيره فانه يصح عندنا حيث لا منافاة فيه للمكتاب والسنة الى آخر العبارة اقول لو باعه بشرط ان يبيعه فلا شك في بطلان هذا الشرط ، و به صرح في باب المراجعة من المبسوط الا انه ليس من جهة لزوم الدور لانه غير لازم كما سيجيء ، بل من جهة ان المشتري لا يملك المبيع الا بعد تمام العقد فالزامه في ضمن العقد بان يبيعه الزام له يبيع ما لا يملكه في الحال ، و على هذا فلا فرق في بطلان شرط البيع بين شرط بيعه من البايع او من غير ولا بين شرط بيعه و شرط نقله بسبب آخر كالهبة لان المحذور مطرد في الجميع .

واما عدم لزوم الدور فالقائل به قال في تقريره : ان يبيع المشتري له متوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه (فيجاب عنه) بعد قطع النظر عن بطلان شرط البيع من الوجه الذي ذكرناه باننا ان اراد بقوله : المتوقف على بيعه ان ملكية المشتري متوقفة على بيع البايع فالتوقف مسلم والدور غير لازم ، لان الدور توقف وجود الشيء على نفسه ومن المعلوم انه اذا كان يبيع المشتري متوقفاً على ملكه وملكه متوقفة على بيع البايع له لم يلزم منه هذا المحذور ، وان اراد ان ملكية المشتري متوقفة على بيعه له من البايع فالتوقف ممنوع لان الملكية حاصلة له بشرائه من البايع سواء امسكه بعد ذلك لنفسه او باعه من البايع «نعم» لو صح هذا الشرط فخالفه و لم يبيعه منه كان البايع بالخيار وصار ملك المشتري متمزلاً لا بسبب خيار البايع فالذي يتوقف على بيعه من البايع استقرار ملك المشتري على المبيع لاصل ملكه له .

وقول بعضهم : ان هذا الشرط باطل لعدم حصول قصد البيع من البايع (محل نظر) توضيح ذلك انها حيلة يتشبثون بها في بيع المراجعة ، صورته ان يشتري ثوباً بخمسين ثم يبيعه من زيد بمائة ويشترط عليه ان يبيعه منه بمائة فاذا اشتراه من زيد

واراد ان يبيعه مرابحة اخبر بالشراء الثاني دون الاول ليكون صادقاً في اخباره برأس المال وانه مائة ، فلولم يكن قاصداً لبيعه من زيد وشرائه منه لكان كاذباً في اخباره فليس فساد هذا الشرط لانتهاء قصد البيع بل لماذا ذكرناه من انه الزام ببيع ما لا يملكه في الحال .

ومنها ان يكون المشروط عملاً سائغاً ، فلو شرط عملاً محرماً كأن يعمل الخشب صنماً او صليماً بطل (ويندفع) بان بطلان هذا الشرط انما هو لمخالفة الكتاب والسنة فعده سبباً آخر للبطلان غير مستقيم .
وهيها امور يجب التنبيه عليها .

حول الشروط التي يجب الوفاء بها

الاول هل يجب الوفاء بالشرط الصحيح ؟ ظاهر الاكثر وصریح بعضهم ذلك لظاهر الخبر بالتقريب المذكور ، ويؤيده ظاهر الآية الشريفة ، لان المراد منها هو الوفاء بالعقود بمالها من القيود والشرط قيد بلا اشكال خلافاً لمن قال لا يجب الوفاء بالشرط وانما فائدته جعل العقد عرضة للزوال (وهو مندفع) بانه صرف للدلالة عن ظاهرها من غير دليل :

الثاني قال بعضهم : الشرط على ثلاثة اقسام : قسم يتعلق بعقبة من صفات المبيع كشرط كون العبد كاتباً والجاريه حاملاً . وقسم يتعلق بفعل من افعال المتعاقدين كشرط عتق العبد او خياطة الثوب او صبغه ، وقسم يتعلق بما هو من قبيل الغاية كشرط ملكية شيء او انعقاد عبد (ثم قال) اما القسم الاول فلامعنى لوجوب الوفاء به لان الشرط اما حاصل او غير حاصل ولا كلام على الاول ، والثاني لا اثر له الاثبات الخيار ، واما القسم الثالث فان اريد بالشرط الالزام على تحصيل سبب الملك او العتق رجع الى الثاني وهو شرط الفعل ؛ وان اريد به حصول الغاية بنفس الشرط فالغايات ثلاثة اقسام : قسم دل الدليل على انها لا تحصل الا بسببها كالزوجة والطلاق والانعقاد والعبودية ، وقسم دل الدليل على كفاية الشرط في حصوله كالمو كالتواصية وكون مال العبد وحمل الجارية

وثمر الشجر ملكاً للمشتري ، وقسم لادليل فيه على احد الامرين كشرط ملكية شيء او حرية عبد او كون مال مخصوص صدقة ، مثال ذلك : بعتك هذا العبد بألف على ان تكون جاريتك لى بمأة او على ان يكون عبدك الفلاني حرا او دابتك صدقة ، ثم رجح في القسم الثالث حصول الغاية بالشرط محتجاً عليه بانه قد ثبت ذلك في بيع العبد وشرط ماله وبيع الجارية وشرط حملها وبيع الشجر وشرط ثمره فلا مانع من حصول كل غاية بالشرط اذالم يدل دليل على خلافه .

اقول: شرط انعقاد العبد عين شرط حرية فالقول بعدم حصول الاول الاسببه وحصول الثاني بالشرط تناقض صريح فلا بد من ان يكون ذكر الاول سهواً من قلم الناسخ او غيره ، واما عدد القسم الاول من اقسام الشرط فغير مستقيم لانه اذا باع عبداً على ان يكون كاتباً او امة على انها حامل فليس ذلك شرطاً للكتابة او الحمل بل هو اخبار عن وجود وصف الكتابة في العبد ووجود الحمل في الامة ولاجل ذلك قد يكون صادقاً فيه وقد يكون كاذباً لانه متعلق بالماضى بخلاف الشرط على اصطلاح القوم فانه متعلق بالمستقبل لا يتصف بالصدق و الكذب بل بالوفاء و الخلف و بالجملة فبيع العبد على انه كاتب كبيع صبرة على انه مائة قفيز وبيع عين غائبة على انها موصوفة بكذا و كذا .

واما اذا باع وشرط على المشتري ان يكون وكيلا له او وصياً فليس من باب حصول الغاية بالشرط بل لان شرط الو كالة تو كيل بالملازمة وشرط الوصاية ايضاً كذلك والدلالة الالتزامية كافية في هذا الباب ، كما ان قبول الو كالة و الوديعة لايلزم ان يكون بالقول بل يكفي فيه الفعل ، فاذا وكله في بيع داره فباعها كان بيعها قبولاً للو كالة و كذا اذا اودعه شيئاً فاخذه ووضعه في الحرز كان ذلك قبولاً للوديعة .
واما ما زعمه من صيرورة مال العبد او ثمر الشجر او حمل الجارية ملكاً للمشتري بسبب الشرط فليس كذلك وان ورد التعبير به في بعض الاخبار كما في خبر محمد بن مسلم عن احدهما قال : سئلته عن رجل باع مملوكاً فوجد له مالا ، فقال : المال للبايع

انما باع نفسه الا ان يكون شرط عليه ان ما كان له من مال او متاع فهو له (الخبر) (١) فزعم جماعة حصول الملك في مال العبد بالشرط بان يقول مثلاً: بعتك هذا العبد وشرطت لك ماله ، ثم الحقوا بمورد الخبر ثمر الشجر وحمل الجارية لان التبعية حاصلت لهما كمال العبد ، لكنه ليس هذا معنى الخبر ، بل المراد من شرط المال جمع البايع في عقد البيع بين العبد وماله بان يقول : بعتك هذا العبد وماله والشجرة وثمرها و الجارية وحملها « وقد نبه على ذلك في خبر زرارة قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يشتري المملوك وماله ، قال : لا بأس (الخبر) (٢) فعدل الراوي عن التجوز بلفظ الشرط وعبر عن المقصود بما هو الحقيقة في نفس الامر وقال : يشتري المملوك وماله) يعني يجمع بينهما في البيع ولم يقل يشتري المملوك : ويشترط له ماله وانما عبر عنه في الخبر الاول بلفظ الشرط تنبيهاً على انه اذا جعل مال العبد في البيع تبعاً للعبد اغتفر فيه ما لا يغتفر في المتبوع فلا يضر الجهل بمقدار المال ولا يلزم منه الغرر لان عدم حصول الغرر في المتبوع يكفي في صحة العقد .

هذا مضافاً الى ان تملك شيء بلفظ الشرط باطل من وجه آخر ومبطل للعقد لانهما بيعتان في بيعة واحدة وقد ورد النهي عنه في الاخبار ، قال في فصل بيع الغرر من المبسوط : ونهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة وقيل انه يحتمل امرين : (احدهما) ان يكون المراد اذا قال : بعتك هذا الشيء بالف درهم او بالفين نسية بايهما شئت فخذ (والآخر) ان يقول : بعتك هذا العبد بالف على ان تباعني دارك هذه بالف ، فهذا لا يصح لانه لا يلزمه بيع داره ولا يجوز ان يثبت في ذمته لان السلف في الدار لا يصح (انتهى) .

قوله بالف درهم او بالفين نسية « فيه سقط ظاهراً ، والصحيح : بالف درهم نقداً ، وبالفين نسية ، قوله : على ان تباعني دارك هذه بالف » ليس المراد شرط مباشرة بيع الدار بعد هذا العقد لان جعل فعل البيع في ذمة احد كجعل خياطة الثوب وصبغه في ذمته جائز

(١) الوسائل - كتاب التجارة الباب ٧ - من ابواب بيع الحيوان الرواية ١ -

(٢) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٨ - من ابواب بيع الحيوان - الرواية ١ -

لا يمنع منه مانع وليس ذلك اسلافاً في بيع الدار ولا بيعتين في بيعة، بل المراد: بعثك عبدى هذا بالف على ان يكون دارك هذه لى بالف» لان هذا هو الاسلاف فى الدار بمعنى ان يكون للبايع فى ذمة المشتري داره المعينة الخار جية وهو الفرض الذى يصح تفسير الخبر به لانه حصل فى بيعة واحدة اى عقد واحد بيعتان بيع العبد بالف وبيع الدار بالف من دون ان يجمع بينهما فى العقد لانه اذا قال : بعثك هذا العبد بالف واشتريت دارك منك بالف، وقلنا بجواز تقديم القبول فى البيع على الايجاب صح البيعان لانهما عقدان، وجوزوا ان يقول القائل : بعثك دارى وآجرتك ضيعتى بالف، فيقسم الالف على الدار ومنفعة الضيعة بنسبة القيمتين لتعدد العقد، وهذا بخلاف شرط ملك الدار فى بيع العبد لان العقد واحد ومع ذلك انشأ به ملك شيئين احدهما بالبيع والاخر بالشرط . ثم ان الشيخ وان ذكر فى هذا الفصل ان المحتمل فى معنى الخبر وجهان، لكنه فى موضع آخر من هذا الكتاب جزم بان معنى الخبر هو الوجه الثانى قال فى اواخر فصل الربوا : اذا اشترى من غيره ثوباً بعشرين درهماً وجاء بعشرين صحاحاً وزنها عشرون درهماً ونصف وقبض بنصف درهم فضة جاز، وان كان ذلك شرطاً فى اصل بيع الثوب لم يصح البيع لانه شرط عليه بيع نصف درهم منه وهذان بيعتان فى بيعة وذلك لا يجوز (انتهى).

قوله : وان كان ذلك شرطاً فى اصل بيع الثوب « يعنى ان يقول : بعثك هذا الثوب بعشرين على ان يكون لى عليك بدلها عشرون صحاحاً وزنها عشرون درهماً ونصف، قوله : لانه شرط عليه بيع نصف درهم» يعنى شرط عليه ملكية نصف درهم؛ لاشترط فعل البيع بعد هذا العقد وعلى هذا فاذا ذكر شىء من تلك الامثلة بصورة الشرط وقال : بعثك هذا العبد وهذا الشجر وهذه الجارية على ان يكون لك ماله او ثمره او حماها، فسد الشرط وفسد، لالان حصول الملك يتوقف على اسباب ليس منها الشرط؛ بل لان كلامنا ذلك بيعتان فى بيعة فيبطل فيه البيع والشرط جميعاً للخبر وايضاً الالتزام بملكية هذه الاشياء بالشرط فى معنى جعل المال و الثمر والحمل ملكاً للمشتري فى ذمة البايع لان الشرط هو التعهد وجعل شىء فى عهدة احد وفى ذمته وهو اسلاف فى

الاعيان الموجودة وهو باطل .

واما صيرورة شاة اضحية بالنذر فلا بعد فيه لاخبار دلت على انه اذا اشترى شاة بنية الاضحية فتلفت اجزئت عنه (١) واذا خرج الشاة عن ملك مالكمها بنية انها اضحية فنذر كونها اضحية اولى بذلك .

واما نذر الصدقة فقال في السرائر: روى انه من جعل جاريته او عبده او دابته هدياً لبيت الله او لمشهد من مشاهد الائمة فليبع العبد او الجارية او الدابة ويصرف ثمنها في مصالح البيت او المشهد اوفى معونة الحاج او الزائر ين الذين خرجوا الى السفر وتناولهم اسم الحاج والزائر ين ولا يجوز ان يعطى شيئاً من ذلك لاحد منهم قبل خروجهم الى السفر (انتهى) الا انه لو ثبت ذلك في نذر الاضحية او نذر البيت او المشهد وامثالهما من المشاعر لم يجز التعدي الى غيرها لان الحكم خلاف الاصل يقتصر في الخروج عنه على مورد الدليل ، ويؤيد ذلك انهم قالوا : لو خالف النذر حنث وعليه الكفارة» وظاهر العبارة يدل على انه لا يترتب على مخالفة النذر شيء سوى الكفارة واثم الحنث ، مع انه لو كان نذر مال لاحد سبباً للملك لترتب على المخالفة آثار اخرى كالغصب وغيره .

في ان الامتناع عن العمل بالشرط

لايوجب جواز اجباره على العمل

الثالث- الامتناع عن العمل بالشرط لا يوجب جواز اجباره على العمل اذ لا دليل عليه ، فان وجوب الوفاء بالعقد او الشرط لا يفيد امر اذناً على التكليف والتكليف بالوفاء غير مستلزم لجواز الاجبار كما هو الحال في مطلق التكليف ، وقياس الشرط على العوضين قياس مع الفارق لان المعاوضة تقتضى ملك العوضين للمتباعين فالممتنع من التسليم منهما غاصب يجب على الحاكم رفع يده بخلاف الشرط فانه لا يفيد الملك وانما يفيد التعهد وغايته الوجوب كالنذر واليمين ، وقولهم: للشرط قسط من الثمن»

(١) راجع الوسائل- كتاب الحج - الباب ٣٠ من ابواب الذبح .

ليس معناه وقوع المعاوضة بينه وبين جزء من الثمن، بل المعنى انه مؤثر في زيادة الثمن اذا كان الشرط على البايع وفي نقصه اذا كان الشرط على المشتري .
قال في المبسوط : اذا اشترى عبدا بشرط ان يعتمقه كان البيع والشرط صحيحين لقوله (ع) : المؤمنون عند شروطهم ، فاذا ثبت ذلك فالمشتري ان اعتق العبد فقد وفى بالشرط وان لم يعتقه قيل فيه شيان: احدهما يجبر عليه لان عتقه قد استحق بالشرط، والثاني لا يجبر عليه لكن يجعل البايع بالخيار والثاني اقوى (ثم قال) : و اذا باع شيئاً بـثمن مؤجل و شرط ان يرهن عبداً بعينه فامتنع المشتري من تسليم الرهن فان البايع ثبت له الخيار ان شاء فسخ البيع و ان شاء اجازته من غير رهن (انتهى) .
ان قلت : ما الفرق بين شرط العتق و شرط الرهن حيث جوز الاجبار على الاول اولا وان قوى خلافه اخيراً ولم يجوزه في الثاني رأساً بل جزم بان اثر الشرط فيه ليس الا الخيار ، مع ان الشرط لو كان سبباً لاستحقاق العتق فشرط الرهن ايضاً كذلك **قلت** : الفرق بينهما اشعار الخبر المتقدم لمحمد بن مسلم بجواز الاجبار فيه ، لانه منع من بيع المدبر الا ان يشترط على الذى يبيعه اياه ان يعتقه عند موته ، لان الاستفادة منه ان فائدة هذا الشرط حصول العتق للمدبر على كل حال ولا يحصل هذه الفائدة الاعلى تقدير جواز اجبار الممتنع والاف مجرد وجوب الوفاء بالشرط لا يستلزم الوفاء به (لكنه اشعار ضعيف) لامكان ان يكون حصول الخيار لو ارث البايع فيرد العبد الى ملك مورثه وينعتق بمقتضى التدبير بناء على عدم بطلانه ببيع المدبر بهذا الشرط .

لوتعذر عن العمل بالشرط هل يثبت الارش ام لا ؟

الرابع - لوتعذر العمل بالشرط ففي ثبوت الارش وجهان : اقويهما عدم، قال في المبسوط في بيع العبد بشرط العتق : اذا مات العبد قبل ان يعتقه قيل فيه شيان: احدهما ، ان يكون البايع بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازته لانه قد تعذر الوفاء بشرطه وهو الاقوى ، والثاني يرجع البايع على المشتري بما يقتضيه شرط

العتق من نقصان الثمن لانه اذا باعه بشرط العتق فلا بد من ان يكون قد نقص من ثمنه (انتهى) ظاهر العبارة ان القائل بالقول الثاني لا يقول بالتخيير بين الفسخ والارش بل يوجب الارش تعيناً ويرده انه لا دليل عليه لاتعييناً ولا تخييراً بينه وبين غيره ، وقياسه على العيب قياس مع الفارق فلا يثبت الا الخيار ، وكذا لو كان الشرط عملاً كخياطة ثوب فتلف ، واحتمال ثبوت الاجرة ضعيف كاحتمال ثبوت الارش في شرط العتق ، ولو اشترى عبداً بشرط العتق لم يجز له التصرف فيه بما يمنع من خيار البائع كالبيع والرهن والوقف .

الخامس الشرط قسم من العهد كالنذر لاثاره الاوجوب العمل فهو حكم من الاحكام لا يقبل السقوط بالاسقاط وليس حقاً كالخيار ، كيف؟ ولو كان حقاً لجاز الاجبار عليه وهو ممنوع كما سبق .

فيما اذا باع صبرة أو أرضاً واخبر بوزنها

او بمساحتها ثم تبين خلافه

السادس لو باع صبرة على انها كذا وكذا صاعاً او ارضاً على انه كذا وكذا ذراعاً فقد سبق ان ذلك ليس من باب الشرط بل هو اخبار بوزن الصبرة او بمساحة الارض ، فاذا تبين الكذب : فاما ان يكون ذلك بتبين النقصان او بتبين الزيادة و على التقديرين يختلف حكم المثلى والقيمي ؛ قالوا: المثلى ما لا يختلف قيمة اجزائه والقيمي بخلاف ذلك ، وقد تقدم ان الضمير في اجزائه راجع الى المبيع يعنى ان المبيع المثلى ما لا يختلف قيمة اجزائه كالحنطة اذا باع صاعين منها فان قيمة احد الصاعين تساوى قيمة الصاع الاخر بخلاف القيمي كالرطب لانه يختلط احد الصاعين من اليانع وغير اليانع والصحيح والفاسد ولا يكون الصاع الآخر كذلك او يكون اليانع والصحيح فيه اقل او اكثر من الاخر فيختلف القيمتان لامحالة ، ففي المثلى كالحنطة اذا باع صبرة منها على انها مائة كرابف فاصاب خمسين تخير المشتري بين الفسخ لبعض الصفقة عليه وبين الامضاء بحصته من الثمن وهو خمسمائة ، واذا

اصاب مأتين اخذ المائة بالثمن وترك الزائد لعدم تعلق البيع به وليس لاحدهما خيار. وهذا اختيار الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر لا خلاف بينهما في المثلى واما الخلاف بينهما في القيمي كالارض اذا باعها على انها الف ذراع فتبين النقصان او الزيادة ، فقال الشيخ انه مع تبين النقصان يتخير المشتري بين الفسخ وامضائه بجميع الثمن لانه لا يعلم ان الناقص لو وجد كم يكون قيمته ومع تبين الزيادة يتخير البايع بين الفسخ وامضائه بجميع الثمن .

قال في المبسوط: اذا قال بعثك هذه الارض على انها مائة ذراع فكانت تسعين فالمشتري بالخيار، ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه بجميع الثمن لان العقد وقع عليه؛ وان كانت الارض اكثر من مائة ذراع قيل فيه وجهان: احدهما، يكون البايع مخيراً بين الفسخ وبين الاجازة بجميع الثمن وهو الاظهر، والثاني ان البيع باطل (انتهى) ولعل وجه البطلان عدم امكان التمييز بين المبيع وغيره الا ان ذلك لا يوجب بطلان العقد اذ يمكن دفع المحذور اما بالفسخ او بامضاء البيع بجميع الثمن .

وخالفه الحلي في الصورتين فقال في صورة تبين النقص: انه يمسكه المشتري ويسقط من الثمن على قدر القيمة بالحصة عن الثمن لئلا يجتمع الثمن والمثمن، و قال في صورة تبين الزيادة ان المشتري بالخيار لان له غرضاً ان لا يكون له في ذلك شريك فان شاء رد واسترجع الثمن اجمع وان شاء امسك المبيع وكان شريكاً للبايع، وليس للبايع في فسخ البيع خيار على حال لعموم قوله تعالى: او فوا بالعقود» (ثم قال): ولي في هذه المسئلة الاخيرة نظر وتأمل (انتهى).

اورد ذلك في باب بيع المياه والمرعى من السرائر، قوله في صورة تبين النقص: يمسكه المشتري ويسقط من الثمن « يعني يقوم الموجود بحاله من النقصان ثم يقوم على تقدير الكمال وينظر الى النسبة بين القيمتين ويسقط من الثمن بهذه النسبة كما يسقط الثمن بهذه الطريقة على الخل والخمر (لكنه مندفع) بان الخمر عين موجودة يمكن لاهل الخبرة تقويمها بخلاف الناقص من الارض فانه معدوم، وتقديره موجودا غير نافع لتردد المقدرين اذرع قيمة كل ذرع منها درهم فمادون او دينار فما فوق؛

وترجيح البعض على البعض ترجيح بغير مرجح .

ان قلت : لعل الحلي يستدل على مذهبه بخبر عمر بن حنظلة عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل باع ارضاً على انها عشرة اجربة، فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن و وقع صفقة البيع وافترقا ، فلما مسح الارض اذاهى خمسة اجربة قال : ان شاء استرجع فضل ماله واخذ الارض وان شاء ردّ البيع واخذ ماله كله (١).

قلت هذا الاستدلال محل نظر لان الخبر من حيث السند ضعيف ومدلوله مخالف للقواعد الاولية فلا يمكن الخروج عنها اعتماداً عليه .

قوله في صورة تبين الزيادة : ان شاء ردّ المبيع و استرجع الثمن وان شاء امسك القدر المبيع وصار شريكاً للبائع « قلت : قول البائع : بعتك هذه الارض على انها مائة ذراع بألف » ليس معناه بعتك مائة ذراع منها حتى يكون الزائد على المائة خارجاً عن المبيع باقياً على ملك البائع حتى يصير الارض مشتركة بينهما ، بل معناه بعتك مجموع هذه الارض من حيث المجموع بألف ، واما قوله : على انها مائة « فهو اخبار عن مساحة الارض لا قيد من قيوده ، فظاهر اللفظ يقتضى الحكم فى الصورتين بان المبيع هو هذه الارض بعينها لا بعضها اذا كانت زائدة على المائة ولا هى وشيء آخر معها اذا كانت ناقصة فالثمن هو الألف وان كانت الارض خمسين و عوض الألف هو الارض وان كانت مائتين فالعوض لتقسيم الثمن على تقدير النقص ولا اخراج بعض الارض على تقدير الزيادة « نعم » يثبت الخيار فى الاول للمشتري لتدليس البائع عليه وكذبه فى اخباره وفى الثانى للبائع لجهله بمساحة الارض او غلظه فى الحساب ، وقد سبق ذكر هذه المسئلة فى اوائل الكتاب لكننا رأينا تكرارها هنا لتتميم الفائدة وزيادة التوضيح .

في أن الشرط الفاسد هل يفسد به العقد أو لا ؟

السابع الشرط ان كان فساده لاجل مخالفته لمقتضى العقد كان مع فسادده بطلاً

للعقد أيضاً للتمانع بينهما ، مثلاً اذا شرط ان لا يقبض المبيع فكأنه باع ما يجب قبضه وما يجب امساكه وهو تناقض ، وان كان فساده لوجه آخر فهل يفسد به العقد اولاً يفسد ؟ قولان :

قال في المبسوط : لا يبطل العقد لانه لا دليل عليه (قال :) وقال قوم اذا كان فاسداً فسد البيع لجهالة الثمن في المبيع لانه لا يخلو ومن ان يكون الشرط يقتضى الزيادة في الثمن او النقصان منه فان كان يقتضى الزيادة في الثمن فاذا سقط الشرط يجب ان يسقط ذلك القدر من الثمن وذلك مجهول ، وان كان يقتضى النقصان فاذا سقط وجب ان يضاف ذلك القدر الى الثمن فيصير الثمن مجهولاً لان نقصان جزء مجهول من معلوم يجعل الجميع مجهولاً (انتهى).

وهذا الاستدلال كما ترى مبنى على امرين : احدهما - كون الثمن مقسماً على المبيع والشرط بان يكون للشرط قسط منه ، وقد سبق ان الحق خلافه لان المعاوضة قد وقعت بين الثمن ونفس المبيع والشرط خارج عنهما ، وتأثيره في زيادة الثمن ونقصه غير مستلزم لدخوله في المعاوضة والثاني المنع من تبعض الصفقة وهو مذهب المخالفين قالوا اذا جمع في البيع بين خل وخمر او عبد وحر او بين ما يملكه البائع وما لا يملكه بطل البيع في الجميع لان ثمن ما يصح بيعه مجهول ، وهذا بعينه هو الدليل على سراية الفساد من الشرط الى العقد بالوجه الذي قرره الشيخ وتبعض الصفقة عند الاصحاب جائز بالاخلاف ، واجابوا عما استدل به المخالف بان العلم بثمن الجميع حال البيع يكفي في صحة العقد وخروجه عن الغرر وان جهل قسط كل منهما من الثمن في تلك الحال .

الثامن ترك الوفاء بالشرط يوجب الخيار اما لكونه عيباً اى نقصاً في حظمن له الشرط وان كان حدوثه بعد العقد والقبض لانه حدث بفعل من عليه الشرط واتلاف وقع منه على المشروط له فيضمنه على كل تقدير ، اولدلالة اخبار خيار الرؤية عليه لانها دلت على ثبوت الخيار لمن رأى المبيع على خلاف ما وصف له سواء كان الوصف باللفظ او بالكتابة او بالارائة ، وذلك لان الوصف في معنى الشرط واذا كان تخلف الوصف

سبياً للخيار فتخلف الشرط ايضاً كذلك .

في ان الخيار حق من الحقوق

وصالح للانتقال الى الوارث

فصل في احكام الخيار وفيه مسائل :

المسئلة الاولى الخياران كان للبايع فمعناه انه مالك لان يملك المبيع فهو سنخ من الملك ، وان كان للمشتري فمعناه انه قادر على ازالة ملك المبيع عن نفسه فهو ايضاً نوع من السلطنة والاقتدار ، وايضاً اطلق عليه في الاخبار اسم الخيار ومعناه الاختيار ضد الاجبار وحاصله تفويض امر البيع رداً وامساكاً الى صاحب العقد وايضاً دل الدليل على انه قابل للسقوط بالمسقطات ، فيثبت من جميع ذلك انه ليس حكماً من الاحكام بل حق من الحقوق كحق الشفعة والقصاص صالح للانتقال الى الوارث لدلالة اخبار الارث على ان ابن البنت يقوم مقام البنت ، وان بنت الابن تقوم مقام الابن ، وان كل وارث يقوم مقام مورثه (١) وعموم المنزلة يدل على ان كل ما كان للمورث من مال او حق فهو لوارثه ، وليس المستند في ذلك منحصراً في النبوي العامي ؛ كل ما تركه الميت من حق فلو ارثه حتى يطعن فيه بضعف السند او الدلالة ، واما عدم قابلية بعض الحقوق للانتقال فانما هو لدلالة دليله على الاختصاص ومثل هذه الدلالة في الخيار مفقودة فوجب الاخذ فيه بعموم المنزلة مثلما حق الجلوس في المسجد او السوق لانتقل الى الوارث لانه حق ثبت للسابق الى المكان من حيث كونه سابقاً ، فالوارث ان كان سابقاً اليه فكالمورث لالكونه وارثاً بل لكونه سابقاً والا فلاحق له لعدم سبقه ولسبق غيره عليه ، وايضاً حق التولية والنظارة والقيمة حقوق ثبتت لمن جعل اميناً على مال او يتيم والاستيمان قد ثبتت لزيد مثلاً لوارثه فلا ينتقل هذا الحق اليه .

(١) راجع الوسائل - كتاب الميراث - الباب ٧ من ابواب ميراث الابوين والاولاد -

في عدم جواز تبويض الخيار للوارث

المسئلة الثانية الخيار حق ثبت للمورث استحق به فسخ البيع في مجموع المبيع او امضائه في مجموعه بحيث لم يكن له التبويض في الرد والامساك، فاذا مات ودل الدليل على ان الوارث يقوم مقامه اقتضى ذلك ان يكون الوارث ممنوعاً عن التبويض كمورثه ، فيلزم من ذلك ان الوارث اذا كان متعدداً لم يجز لهم الافتراق في الرد والامساك ولم يكن لرد البعض او امساكه اثر بل لا بد من اجتماعهم على امر واحد . (ودعوى) استحقاق كل منهم الرد والامساك في مجموع المبيع او في نصيبه خاصة (مدفوعة) اما الاولى - فلان ما ثبت للمورث حق واحد ولادليل على عروض الكثرة له بعد الوحدة بل ظاهر قولهم: الوارث يقوم مقام مورثه بقاء الوحدة للحق مع كثرة الورثة (على) ان تصرف بعضهم في حق الآخرين رفعاً ووضعاً بدون اذنهم حكم على خلاف القاعدة وامرينكره السمع والعقل واما الثانية - فلان الوارث تابع في الاستحقاق لمورثه وهو قد كان ممنوعاً عن التبويض في حال حيوته فالوارث ايضاً كذلك لانه بمنزلته .

ان قلت اذا كان داربين شريكين وباع احدهما نصيبه ومات الآخر قبل علمه بالبيع وورثه ابنان وصارا بالارث من شركاء الدار لكل منهما ربع كان لكل منهما شفعة مع ان الحق واحد فلم لا يجوز ان يكون الخيار مثل ذلك قلت : الفرق بين الشفعة والخيار ان قولهم (ع) : لاشفعة الا لشريك غير مقاسم (١) يدل بالمفهوم على ثبوت الشفعة لكل منهما لان كلاً منهما صار شريكاً غير مقاسم بعدمورثته فيدل الخبر على ثبوت الشفعة لهما، ومثل هذا الدليل مفقود في الخيار بل وحدة الخيار للمورث وقيام الوارث مقامه يقتضى وحدة الموروث ايضاً .

(١) راجع من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٥ - الطبعة الحديثة - باب الشفعة (٢٦)

فيما اذا اجتمع الورثة على فسخ البيع

الذي وقع على ما يجرى فيه حكم الحبوة

المسئلة الثالثة اذا باع زيد سيفه او مصحفه او خاتمه او شيئاً من ثياب بدنه وشرط الخيار لنفسه ومات في اثناء المدة انتقل الخيار الى جميع الورثة كما مر فاذا اجتمعوا على الفسخ انتقل المبيع اليهم ، وفي جريان حكم الحبوة عليها وجهان : من دلالة الاخبار على ان للولد الاكبر مما تر كه الميت كذا وكذا (١) وهذه الاشياء خارجة عن التركة لانها ملك المشتري حال موت المورث ومن ان المورث كان مالكا لان يملكها فهي بهذا الاعتبار ايضاً من التركة فاذا انتقلت الى الورثة انتقلت منهم الى الولد الاكبر قهراً لانه مقتضى الجمع بين ظاهر القرآن الدال على اشتراكها بين الورثة بالحصص وبين قولهم في الاخبار للولد الاكبر كذا وكذا لان الجمع بين كون السيف مشتركا بين الاولاد وكونه مختصاً بالولد الاكبر لا يحصل الا بالحمل على كونه منتقلاً من المورث الى الاولاد ثم منهم الى الولد الاكبر اما بالقيمة كما هو مذهب السيد المرتضى (قده) او محاباة كما هو مذهب المشهور ولذلك قالوا : يحبى الولد الاكبر او يعطى كذا وكذا فان الجبأ هو العطاء وهو مستلزم لان يكون هنا فاعل للعطاء و ليس هو الميت قطعاً فلا بد من ان يكون المعطى سائر الورثة وليس الانتقال منهم اليه اختيارياً بل قهري يلزمه الملك ولو آناً كعتق من ينعتق على مالكه قهراً من العمودين (وعلى هذا) فالولد الاكبر يتلقى ملك الحبوة من الورثة لامن الميت فلا مانع من انتقال الخيار الى الجميع ويكون اثر الفسخ منهم انتقال الحبوة الى الولد الاكبر .

ولو باع بشرط الخيار عرصه (وهي الارض لابناء فيها) فمات في مدة الخيار وانتقل الى الورثة انتقلت الارض اليهم بالفسخ الا اذا كان فيهم زوجة غير ذات الولد فانه لا شركة لها في الخيار لانه من آثار الملك وتوابعه ، واذا كانت الزوجة ممن لا يملك العرصه

لم تملك الخيار فيها لانها اذا لم تملكها لم يعقل ان تكون مالكة لان تملكها لان معنى الخيار ليس ملك الفسخ وحل العقد فقط حتى يصح شركة الزوجة فيه بل معناه انه مالك لان يملكه فالايصح شركتها فيه ، واما خيار الاجنبي فهو ضرب من التوكيل بدليل انه اذا فسخ رجعت العوضان الى المالكين ولذلك لا يصح شرط الخيار له الا من المالك، ولو اشترى عرصة بنقده او متاع وشرط الخيار لنفسه ثم مات فلا شركة فيه للزوجة لان غير ذات الولد لا ترث من العرصة الا انه لو فسخ الورثة واخذوا الثمن شاركتهم فيه لانهم يتلقون ملك الثمن من المورث ويأخذونه بحق الاستخلاف والزوجة ايضاً من خلفائه ، ونظيره حق القصاص والدية لان الزوجة لا تستحق القصاص الا ان الورثة اذا اخذوا الدية شاركتهم فيها .

فيما لو باع وشرط الخيار لنفسه بعد رد الثمن

المسئلة الرابعة لو باع وشرط الخيار لنفسه بعد رد الثمن فمعناه رد قدر الثمن دون عينه لان من يبيع بشرط الخيار انما يبيع لجلب الاثمان وصرها في حوائجها لان يقبض الثمن ويحبسه الى آخر المدة ليرد عينه ويفسخ البيع ، اذا لا يتصور فائدة لهذا العمل ولا يتعلق به غرض لعاقل ، فاذا كان الشرط رد قدر الثمن و اراد الفسخ جازله رد عينه ان كان موجوداً و رد مثله ان كان تالفاً ، واذا انتقل الخيار الى الوارث كان حكمه من هذه الجهة حكم المورث فلا يلزمه رد عين الثمن وان كان موجوداً ولا دفع المثل من تركة الميت لان الثمن كان ملك المشتري انتقل منه اليه عوضاً عما باعه منه ، وليس ديناً عليه حتى يتعلق بتركته بل اما عرضه التلف في حيوته او انتقل الى الوارث كسائر التركة (وعلى كل تقدير) فالوارث مخير بين امضاء العقد وفسخه بعد رد قدر الثمن من ملكه سواء كان المردود من كسبه او مما ورثه من الميت او من غير ذلك لان الفسخ يقتضى التراد فيدخل المبيع في ملك من خرج الثمن من ملكه .
واما ما قيل من ان الوارث لاحق له الا الفسخ وحل العقد فيدخل المبيع

في ملك الميت يقضى منه ديونه والتمن ان كان معيناً خرج من ملكه وان كان كلياً اشتغل ذمته ببدله فهو مردود بان الانسان بعد الموت لا يملك شيئاً ولا ذمة له حتى تشتغل بدين بل يحل ديونه المؤجلة وتتعلق بتركته والمبيع لم يكن مما تر كنه لانه في تلك الحال كان ملكاً للمشتري وبعد الفسخ انتقل منه الى الوارث ، فلو كان للمورث دين مستوعب لم يكن وجه لتعلقه به (وقياسه) على الدية التي يقضى منها ديون المقتول (باطل) لان قضاء الدين من الدية ثابت بالنص الخاص ومثله في المقام مفقود .

ان قلت : المبيع وان كان ملكاً للمشتري لكن البايع ذا الخيار كان مالكا لان يملكه وهذه المرتبة من الملك كافية في تعلق الدين بالمبيع قلت البايع وان كان مالكا لان يملكه لكنه لم يملكه حتى مات فلم يتر كنه فعلا وانما تر كنه قوة وظاهر القرآن يدل على تعلق الدين بالقسم الاول من التركة دون الثاني .

المسئلة الخامسة شرط الخيار للاجنبي معناه نصب الاجنبي للنظر في مصلحته واختيار ما يراه صلاحاً له من الفسخ والامضاء فهو نوع من التوكيل والاستيمان ولذلك يبطل تصرفه اذا كان على خلاف مصلحة الشارط كالوكيل و على هذا فيبطل خياره بموته كوكالة الوكيل (وتوهم) انتقاله من الاجنبي الى وارثه (ضعيف) واضعف منه انتقاله الى الشارط قال في المبسوط : اذا باع شيئاً وشرط الخيار لاجنبي صح ذلك ثم ينظر فان شرط له وحده لم يكن له الخيار وان شرط له و لنفسه كان لهما و ان اطلق كان لمن جعله له (انتهى) قوله : كان لمن جعله له « يعني كان للاجنبي فقط ، و ما بعد ما بينه و بين قول من قال بان خيار الاجنبي ينتقل بموته الى الجاعل ، فان الجاعل مع الاطلاق اذا كان محروماً عن الخيار في حيوة الاجنبي لم يحصل له الخيار بعد موته .

في حكم تصرفات المشتري في المبيع فيما اذا جعل

الخيار للبائع والمشتري او للبائع خاصة

المسئلة السادسة الخيار اما يختص بالمشتري او يختص بالبائع او يكون لهما ،

فان اختص بالمشتري جاز له انواع التصرف في المبيع من الناقل وغيره لانه مالك بالفعل و الناس مسلطون على اموالهم «نعم» يسقط بذلك خياره و يلزمه البيع ، واما اذا اختص بالبايع او اشتركا فيه فتصرف المشتري قسمان قسم لا يعارض خيار البايع كركوب الدابة واستخدام العبد وسكنى الدار وقسم يعارضه كمبيع العبد ووقفه وعتقه .

اما القسم الاول - فجائز بلا اشكال لقوله **عَلَيْهِ** : الخراج بالضمان (١) و قولهم (ع) في اخبار البيع بشرط الخيار حينما سئلوا عن غلة الدار : الدار ماله وله غلتها لانها لواحتقرت لكانت من ماله (٢) .

واما القسم الثانى - فانه غير جائز بمعنى انه لو باعه المشتري او اعتقه او وقفه و فسخ البايع رجع المبيع اليه و بطل تصرف المشتري لما مر من ان خيار البايع معناه التسلط على الزام البيع على نفسه وعلى اعادة ملك المبيع الى نفسه ، و خيار المشتري معناه التسلط على الزام البيع على نفسه وعلى ازالة ملك المبيع عن نفسه فالمشتري مالك بالفعل وقادر على ازالة ملكه عن نفسه والبايع غير مالك بالفعل وقادر على اعادة ملكه ، و قدرة البايع على اعادة الملك الى نفسه عين القدرة على ازالة ملك المشتري عنه ، و اذا كان البايع قادراً على ازالة ملك المشتري ولم يكن المشتري قادراً على ازالة ملك البايع لزمه القول بكون المشتري ممنوعاً عن التصرفات المنافية لخيار البايع ، اذ لو جازله هذه التصرفات و نفذت منه لكان قادراً على ازالة ملك البايع وهو خلاف الفرض .

واما التمسك للجواز بعموم قولهم : الناس مسلطون على اموالهم (٣) فمردود

(١) فى ج ٥ سنن البيهقى ص ٣٢١ عن عائشة قالت: قال رسول الله (ص): الخراج بالضمان وفى جملة اخرى من الروايات: انه قضى رسول الله (ص) ان الخراج بالضمان ، وفى ص ٣٢٢ عن عائشة عن رسول الله (ص) النلة بالضمان .

(٢) راجع الوسائل كتاب التجارة الباب ٨ - من ابواب الخيار .

(٣) راجع البحار للعلامة المجلسى ج ١ ص ١٥٤ .

باختصاص الخبر بمال لاسلطان عليه من غير صاحبه فلا يشمل المقام لان المشتري وان كان مالكا بالفعل الا ان سلطنة البايع على اعادة المال الى ملكه ايضا ثابتة بسبب الخيار فلا يستحق المشتري سلب هذه السلطنة عنه بالبيع او الوقف ، وقد مر التنبيه على ذلك في موضع آخر .

وقد اضطرب كلام بعضهم في هذا المقام فجازوا للمشتري التصرفات الناقلة من البيع وغيره تمسكاً بالعموم المذكور وقال : اذا فسخ البايع رجوع على المشتري بالبدل كصورة تلف المبيع ، ثم استشكل في جواز وطى الامة واجارة الضيعة وعلل المنع في الاول بان وطى الامة واستيلاها معرض لفوات حق ذى الخيار من العين وفي الثانى بانه تصرف يمتنع البايع عن التسلط على اخذ العين لو فسخ .

وهو محل النظر اما اولاً - فلان فوات حق ذى الخيار من العين لومنع عن الاستيلاء فبان يكون مانعاً عن العتق اولى و ايضاً لولم يجز للمشتري اجارة العين لانها تمتنع البايع عن اخذها لو فسخ فيبيعها اولى بعدم الجواز - واما ثانياً - فبان خيار البايع معناه كما مر استحقاقه لرد المبيع الى ملكه ، فلو كان المشتري مستحقاً لمبيعه وعتقه لثناقض الحقان وهو باطل فالحق منع المشتري من التصرف المنافى لخيار البايع ، واما قولهم : الناس مسلطون على اموالهم « فمختص بما لاسلطان عليه لغير المالك فيخرج المقام بدليل خيار البايع .

واما التصرف الغير المنافى له كوطى الامة واجارة الضيعة وامثال ذلك فظاهر النص والفتوى جوازه يدل عليه قولهم : الخراج بالضمان « وكذلك الاخبار الواردة في البيع بخيار الشرط للبايع ، ولذلك قال في المبسوط : ومتى وطى المشتري في مدة خيار البايع لزمه البيع ولم يجب عليه شيء ويلحق به الولد مالم يفسخ البايع ؛ فان فسخه كان الولد لاحقاً بابيه ويلزمه للبايع قيمته ، وان لم يكن هناك ولد لزمه عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها (انتهى) ووافق في السرائر في جميع ذلك الا في تغريم المشتري قيمة الولد وعشر قيمة الامة او نصف عشر قيمتها ، هذا كله حكم التصرفات المقارنة للخيار .

واما التصرفات المتقدمة على حدوث الخيار فلا دليل على بطلانها لعدم اطراد دليل المنع فيها ، وذلك لان المنع انما كان لخيار البايع و كون التصرف مانعاً عن تأثيره والمفروض هنا عدم حدوث الخيار فلماوجب لتعطيل سلطنة المشتري واهمال اثرها وعلى هذا فلو باعه المشتري في الثلاثة قبل قبضه وفسخ البايع بعد الثلاثة لخيار التأخير لم يكن للبايع سلطنة على رد المبيع وانما له المطالبة بالبدل من المثل او القيمة .

وفصل بعضهم بين الخيار المتوقف على حضور الزمان كما اذا شرطه في زمان متأخر عن العقد ، و بين المتوقف على شيء آخر كالتأخير والرؤية وظهور الغبن فمنع من التصرف في القسم الاول قال : لان الحق معلوم وان لم يحضر زمانه ، وجوزه في الثاني !

ويرده - ان الحق لو كان مانعاً فانما يمنع في حال وجوده ، اذ لو لم يوجد لم يعقل ان يكون مانعاً ، لان تقدم الاثر على وجود المؤثر غير معقول ، واذالم يؤثر في حال عدمه فلا فرق بين ان يكون وجوده في المستقبل معلوماً في الحال او مجهولاً لان المفروض ان المنع اثر وجود الحق لا اثر العلم بوجوده .

في ان الخيار مانع عن لزوم العقد لا عن انتقال الملك

المسئلة السابعة المشهور بين الاصحاب بل لم اجد فيه خلافاً بينهم ان الملك ينتقل الى المشتري بالعقد سواء كان لازماً لاخيار فيه او كان فيه خيار له او للبايع اولهما ، غير انه اذا كان فيه خيار لم يلزم العقد الا بانقطاعه اما بانقضاء مدته او بسقوطه بشيء من المسقطات .

قال في المبسوط : البيع ان كان مطلقاً من غير شرط فانه يثبت بنفس العقد و يلزم بالانفراق بالابدان ، وان كان مقيداً مشروطاً لزم بانقضاء الشرط . وقال في الخلاف : العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول فان كان مطلقاً فانه يلزم بالافتراق بالابدان وان كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط فان كان لهما وللبايع

فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم ، وان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البايع عن الملك بنفس العقد لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار فاذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول ، وللشافعي فيه ثلاثة اقوال : احدها ينتقل بنفس العقد ، والثاني ينتقل بشرطين : العقد وقطع الخيار ، والثالث مراعى فان تم البيع تبييناً ان ملكه انتقل بنفس العقد وان فسخ تبييناً ان ملكه مازال سواء كان الخيار لهما او للبائع وحده او للمشتري ، و خيار الشرط فيه وخيار المجلس سواء ، فاما ابو حنيفة : فلا يثبت عنده خيار المجلس ويثبت خيار الثلث بالشرط فان كان البيع مطلقاً انتقل بنفس العقد وان كان بخيار الشرط ، فان كان الخيار لهما او للبائع لم ينتقل الملك عن البايع فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بعقد متقدم ، وان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البايع بالعقد لكنه لم ينتقل الى المشتري فلا يكون له مالك حتى ينقضى الخيار فاذا انقضى ملكه المشتري الآن ، دليلنا على لزومه بعد انقضاء الشرط والافتراق الاجماع لانه لا خلاف فيه بين العلماء ، و اما الدليل على ان العقد يحصل بالايجاب والقبول قوله **بالتسليم** : البيعان بالخيار ما لم يفترقا « فاثبتهما بيعين مع ثبوت الخيار لهما ، وايضاً خيار المجلس وخيار الشرط انما هو بفسخ العقد فلو كان العقد لم يثبت لم يكن لفسخه معنى (انتهى عبارة الخلاف بعينها). وقد تكرر في الكتب نسبة الخلاف الى الشيخ وانه قائل بان الملك لا ينتقل الى المشتري الا بعد انقضاء الخيار و انتقاعه (لكنه غير ثابت) بل عبارة المبسوط وصدر عبارة الخلاف كالصريح في موافقة المشهور ولعل النسبة نشأت من قوله فى الخلاف : فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم « لكن التحقيق انه فى هذا الكتاب موافق للمشهور ايضاً كما مبسوط وان ما يوهمه العبارة فى الموضوعين مؤول يدل على موافقته للمشهور قوله فى صدر العبارة العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول» فان المراد من العقد اثره و هو الملك و المعنى : الملك يحصل و يثبت بنفس الايجاب و القبول فان كان مطلقاً لزم بفرقة الابدان وان كان مشروطاً لزم بانقضاء الشرط لانه صريح فى ان المعلق على انقضاء الشرط هو لزوم الملك لا اصله

هذا عين مذهب المشهور ، وعلى هذا فقوله : اذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الاول» يعنى به الملك المستقر اللازم ، وكذا قوله : وان كان الخيار للمشتري زال ملك البايع لكنه لم ينتقل الى المشتري « يعنى به الانتقال اللازم المستقر بقرينة التصريح بهذا القيد فى صدر العبارة .

ثم ان قوله : لم ينتقل الى المشتري « تفسير للخبر الذى رواه عبدالله بن سنان فى الصحيح وفيه : عن الرجل يشتري العبد بشرط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البايع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري ، شرط له البايع او لم يشترط (الخبر) (١) واشارة الى ان المراد من الصيرورة فى الخبر صيرورته لازماً عليه لا يقدر على ازالته عن نفسه بالنسخ ، فقول الشيخ : ملك المشتري بالعقد الاول» ليس النظر فيه الى ان انقضاء الخيار كاشف او ناقل بل محط نظره رد الشافعى فى قوله : بتوقف الملك على انقضاء الخيار وانه لا يجوز للمشتري التصرف فى المبيع قبل انقضائه .

نعم يستفاد من كلامه فى الكتابين ان الملك فى البيع الذى فيه خيار له مرتبتان : احديهما ملك الرقبة وهى الحاصلة للمشتري بالعقد ، ومن احكامه جواز التصرف فى المبيع بالسكنى واللبس والاستخدام والر كوب والوطى وامثال ذلك (والاخرى) مرتبة بقيت للبائع بسبب شرط الخيار بعد انتقال الرقبة الى المشتري وهو كونه مال كالأ لان يملك المبيع بان يفسخ العقد ويرده الى ملكه ويترتب عليه ايضاً احكام (منها) حجر المشتري عن التصرفات الناقلة فى المبيع كالبيع والعتق والوقف وعن تصرف يؤول الى النقل كالرهن (ومنها) انه اذا باع نصاباً من الغنم او عبداً بشرط الخيار وحال الحول على النصاب او طلع هلال شوال على العبد فى مدة الخيار كان زكوة المال وفطرة العبد على البايع لان المدار فى تعلق الزكوة هو التمكّن من المال وهو حاصل للبائع دون المشتري وكذلك فطرة المملوك (ومنها) انه اذا باع شقياً من الدار بشرط الخيار لم يكن للشفيع الاخذ بالشفعة فى مدة الخيار لان الشفعة انما تستحق اذا انقطع سلطنة

البايع على الشقص والسلطنة هيئنا باقية له الى غير ذلك .

فيما اذا تلف المبيع بعد القبض وقبل انقضاء الخيار

المسئلة الثامنة لاشكال في ان المبيع اذا تلف قبل قبضه كان من مال بايعه سواء كان التلف في مدة الخيار او بعد انقضائها، ولا اشكال ايضاً في انه اذا تلف بعد القبض وانقضاء الخيار كان من مال المشتري ، انما الاشكال والخلاف فيما اذا تلف بعد القبض وقبل انقضاء الخيار ففيه قولان :

الحدود انه يتلف من مال من لا خيار له سواء كان هو البايع او المبتاع ، وهو ظاهر الاكثر منهم الشيخان في المقنعة والنهاية، ووافقهما في المراسم والوسيلة والسرائر والشرايع ، صرّ حوايه في باب خيار الحيوان والشرط .

قال في باب حقيقة البيع من السرائر: فمتى كان الخيار للمشتري وهلك الحيوان في مدة الخيار قبل التصرف فيه والحدث المؤذن بالرضا فانه يهلك من مال بايعه دون مشتريه ، ومتى كان الخيار في المدة لبايعه ولا خيار لمشتريه فانه يهلك من مال مشتريه دون بايعه لانه يهلك من مال من استقر عليه ولزم من جهته (انتهى) .

وعلى هذا القول فان كان الخيار للمبايع دون المشتري يلزم البيع بالتلف ويسقط خيار البايع ويهلك المبيع من مال المشتري ، وان كان الخيار للمشتري دون البايع يبطل البيع بالتلف ويرد الثمن الى المشتري ويعزم قيمة المبيع للمبايع .

وثانيهما انه لا يسقط الخيار في الصورة الاولى ولا يبطل البيع في الصورة الثانية بل اما ان يفسخ ذو الخيار او يجيز فان فسخ رد الثمن الى المشتري وثبت القيمة عليه للمبايع ، وان اجاز لزم الثمن ولم يلزم القيمة لبقاء العقد .

وهذا اختيار الشيخ في المبسوط قال : اذا كان المبيع شيئاً بعينه فهلك بعد العقد لم يدخل من احدا منين : اما ان يكون قبل القبض او بعده ، فان كان قبل القبض يبطل البيع سواء كان التلف في مدة الخيار او بعد انقضاء الخيار فاذا تلف هلك على ملك البايع وبطل الثمن فان كان الثمن مقبوضاً رده وان كان غير مقبوض سقط عن المشتري ،

وان كان الهلاك بعد القبض لم يبطل البيع سواء كان في يد المشتري او في يد البايع مثل ان قبضه المشتري ثم رده الى البايع وديعة او عارية، الباب واحد ، فاذا ثبت انه لا يفسخ نظرت فان كان الهلاك بعد انقضاء الخيار فلا كلام وان كان في مدة الخيار لم ينقطع الخيار، ثم لا يخلو من احد امرين اما ان يجيزا البيع او يفسخا، فان فسخاه او احدهما سقط الثمن و وجبت القيمة على المشتري، وان اختارا امضاء العقد او سكتا حتى مضت مدة الخيار فانه يلزم الثمن ولا يلزم القيمة لانه مسمى فلا يسقط مع بقاء العقد (انتهى) .

قوله : اذا كان المبيع شيئاً بعينه، احتراز عما اذا باع كلياً ثم اقبض فردامنه ثم تلف الفرد المقبوض في مدة الخيار فان تلفه لا يوجب بطلان العقد بل يوجب بطلان القبض كما سيحییء التنبيه عليه انشاء الله، قوله : لم يبطل البيع ، يعنى كما يقتضيه القول الاول ، فيما اذا كان الخيار للمشتري دون البايع ، قوله : لم ينقطع الخيار، كما يقتضيه القول الاول ايضاً ، فيما اذا كان الخيار للبايع دون المشتري .
وقال في الخلاف : اذا هلك المبيع في مدة الخيار بعد القبض لم ينقطع الخيار وبد قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : ينقطع ، دليلنا ان انقطاع الخيار يحتاج الى دليل والاصل ثبوته (انتهى) .

وقال القاضي في الجواهر : اذا هلك المبيع في مدة الخيار بعد القبض هل ينقطع الخيار ام لا ؟ الجواب : لا ينقطع الخيار لان الاصل ثبوته والقول بانقطاعه يفتر الى دليل ولادليل في الشرع عليه .

وقال في التذكرة : لو تلف المبيع بأفة سماوية في زمن الخيار فان كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً ، وان كان بعده لم يبطل خيار المشتري ولا البايع (انتهى) .
اطلاق بقاء الخيار في الكتب الثلاثة مستلزم لبقاء العقد في صورتين ، فما في الخلاف والجواهر والتذكرة يرجع الى ما في المبسوط .

وقال في الدروس : لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع والخيار و بعده لا يبطل الخيار، وان كان التلف من البايع كما اذا اختص المشتري بالخيار فلو

فسخ البايع رجوع بالبدل في صورة عدم ضمانه ولو فسخ المشتري رجوع بالثمن وغرم
البدل في صورة ضمانه (انتهى) وهو وان اراد الموافقة لمافي المبسوط الا ان قوله: وان
كان التلف من البايع غير ملايم لذلك لان كون التلف من البايع مستلزم لبطلان البيع
واذا بطل فلا بيع ولا خيار .

ثم ان الحلبي وان وافق الاكثر في اول الباب المذكور لكنه في آخر الباب
افتي بعين العبارة التي نقلناها عن المبسوط فان كان عدولا عن المذهب الاول فلا
كلام الا انه خلاف سياق كلامه ، وان زعم عدم المنافاة بين القولين فغير واضح ،
لان الشيخ في المبسوط صرح ببقاء الخيار وهو مستلزم لبقاء العقد . وقد وافقه في عبارته
الثانية لكنه قال في عبارته الاولى : اذا كان الخيار للمشتري دون البايع هلك من مال
البايع ، مع انه لا يهلك المبيع من مال البايع الا اذا بطل العقد ، وايضاً قال في عبارته
الاولى : ان الخيار اذا كان للبايع دون المشتري هلك من مال المشتري ، مع انه لا يهلك
من ماله على كل حال الا اذا سقط خيار البايع ولزم البيع على المشتري .

حجة القول الاول عدة من الاخبار منها خبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال :

سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى امة بشرط من رجل يوماً او يومين ، فماتت عنده
وقد قطع الثمن ، على من يكون الضمان ؟ قال : ليس على الذي اشترى ضمان حتى
يمضى شرطه (١) وفي خبر ابن سنان يعني عبد الله قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن
الرجل يشترى الدابة او العبد ويشترط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة او يحدث
فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ قال : على البايع حتى ينتقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير
المبيع للمشتري (٢) ومرسلة على بن رباط عن ابي عبد الله عليه السلام قال : ان حدث بالحيوان
قبل ثلاثة ايام فهو من مال البايع (٣) وعن جعفر بن محمد عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله
في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة ايام فمات العبد في الشرط ، قال : يستحلف بالله ما

(١) الوسائل - كتاب التجارة الباب ٥ - من ابواب الخيار - الرواية ١ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٢ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٥ -

رضيه وهو برىء من الضمان (١) وفي حديث عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام و ان كان بينهما شرط اياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان يمضي الشرط فهو من مال البايع (٢)

وقد ورد في اخبار البيع بشرط الخيار للبايع : ان غلة المبيع للمشتري لانه لو احترق لكان من ماله (٣) وذلك لان من لا خيار له في مورد الطائفة الاولى هو البايع وفي مورد الطائفة الثانية هو المشتري وقد دلت الاولى على ان التلف من مال البايع و معناه بطلان البيع ودلت الثانية على ان التلف من المشتري و معناه لزوم البيع على البايع وسقوط خياره .

والجواب اما عن الطائفة الاولى فبان قولهم : يهلك من مال البايع « ليس معناه انه ينسخ العقد في الحال حتى يكون التلف من ماله ، بل المعنى يهلك من ماله اذا فسخ المشتري ، ردأعلى من قال بان تلف المبيع مسقط لخيار المشتري فيلزم البيع عليه ويكون التلف من ماله كما هو المتقول عن ابي حنيفة ، وانما حملناه على ذلك لوجوه : احدها - ان قولهم : الضمان على البايع حتى ينتضي الشرط « يدل على تعيئة ضمان البايع بانقضاء مدة الخيار وقولهم : ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه « يدل على ان سقوط الضمان عن المشتري معيياً ايضاً بانقضاء مدة خياره ؛ ففي العبارتين دلالة ظاهرة على ان خيار المشتري الى الثلاثة باق مع تلف المبيع وبقاء الخيار مستلزم لبقاء العقد ومع بقاء العقد لا يعقل ان يكون تلف المبيع من مال البايع فلا بد من حملته على معنى ان التلف من ماله اذا فسخ المشتري .

وثانيها - ان قولهم . الضمان على البايع حتى ينتضي الشرط « يدل على ان ضمان المبيع في مدة الخيار على البايع ؛ وقولهم : الخراج بالضمان « يدل على ان ضمانه على المشتري لانه مالك لنمائه وملك النماء من لوازم الضمان فيلزم ان يكون ضمان

(١) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٤ -

(٢) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ٨ من ابواب الخيار الرواية ٢ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١ -

المبيع في مدة الخيار على كل من البايع و المشتري ، واجتماع ضمانين لمال واحد باطل فلا بد من التأويل فيهما بان يقال : المشتري ضامن بالفعل اذا لم يفسخ والبايع ضامن لو فسخ المشتري ، فضمان المشتري منجز غيران استقراره معلق على عدم فسخه ؛ وضمان البايع مستقر غيران حصوله معلق على فسخ المشتري ، و قولهم : ليس على الذي اشترى ضمان حتى ينقضى شرطه « معناه : لا يستقر عليه الضمان لانه ليس عليه ضمان رأساً .

وثالثها . ان الاخبار المذكورة تدل على ثبوت الضمان على البايع في موت الحيوان في الثلاثة وفي عروض العيب له فيها ايضاً ، فان حمل على الضمان المعلق على فسخ المشتري صح فيهما وان حمل على ضمانه منجزا كان معناه : ان الحيوان اذا تعيب في الثلاثة كان للمشتري امساكه ومطالبة الارش من البايع ، وهو باطل بالاجماع ، لانه يستحق الرد بهذا العيب ولا يستحق الارش .

واما عن الطائفة الثمانية فبان قولهم فيها : لو احترقت لك انت من ماله « ليس معناه انه اذا تلف المبيع سقط خيار البايع ولزم البيع وكان التلف من مال المشتري ، بل معناه : يهلك من مال المشتري اذا لم يفسخ البايع ، لانه اذا لم يسقط خيار المشتري بتلف المبيع في مدة الخيار كما دل عليه الطائفة الاولى ، فخيار البايع مع كونه اقوى اولي بان لا يسقط بسببه ، وقولهم : لو احترقت لك انت من ماله « دفع لما توهمه الراوي من ان المشتري لم يملك الدار فكيف يكون غلتها له فاجيب بانه ملكها بالعقد و لذلك لو احترقت بعد المدة ولم يفسخ البايع لك انت من مال المشتري مع انه لا سبب لملكه الا بالعقد هذا .

ويتفرع على القول الاول اختصاص ذلك بما اذا اختص الخيار باحد المتبايعين كخيار الحيوان والبيع بشرط الخيار للبايع ، وامامع الاشتراك كخيار المجلس فهو خارج عن مورد الاخبار المذكورة والقاعدة الاولى تقتضي بقاء الخيار لهما لان قولهم : البيعان بالخيار مال يفترقا « يقتضى بالاطلاق بقاء الخيار لهما قبل الافتراق مع تلف المبيع ، وبدونه فان تلف بعد قبض المشتري واجازاه كان التلف من المشتري ، وان

فسخه او احدهما انفسخ العقد ورجع المشتري بالثمن وغرم القيمة للبائع .
ويتفرع عليه ايضاً اختصاص ذلك بخيار يكون له مدة محدودة بجعل الشارع
او بجعل المتعاقدين واما مالامدة له فهو قسمان قسم يكون الخيار فيه على الفور وهو
كل خيار يستند ثبوته الى جهل احدا المتعاقدين كخيار العيب والغبن والتدليس وخيار
الرؤية وامثال ذلك وهذا ايضاً خارج عن مورد الاخبار المذكورة ومقتضى القاعدة
فيه سقوط الخيار بالتلف لان مرجع هذا القسم من الخيار انما هو الى العيب وبقاء الخيار
فيه مشروط بإمكان الرد واذا تعذر الرد بسبب التلف سقط الخيار وثبت الارش .
ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول بعضهم : لا يسقط الخيار بتلف العين « فان
اطلاق الخيار والتلف غير متجه ، بل الوجه قول الشيخ في الخلاف حيث قال : اذا
هلك المبيع في مدة الخيار بعد القبض لم يسقط الخيار » حيث خص الحكم بخيار له
مدة ليخرج مالامدة له كخيار العيب والغبن فانه يوجب سقوط الخيار وثبوت الارش ،
وايضاً خص التلف بما بعد القبض ليخرج التلف قبل القبض فانه مبطل للمبيع وقسم
آخريكون الخيار فيه على التراخي وهو ايضاً خارج عن مورد الاخبار المذكورة لان
قولهم فيها : حتى ينقضى الشرط ، او حتى يمضى شرطه « مختص بخيار له امد معين
اذا انتهى اليه انقضى الخيار ، والمتراخي من الخيار ليس كذلك ، واما على قول
من قال بان تلف المبيع بعد القبض لا يوجب بطلان المبيع ولا سقوط الخيار كما هو
مقتضى عبارة المبسوط فان فسخ ذو الخيار سواء كان هو البائع او المشتري يرد
الثمن الى المشتري ويغرم القيمة للبائع وان اجازيلزم الثمن ويسقط القيمة لمقتضى
العقد كما مر .

إذا اراد ذو الخيار فسخ العقد بماذا يحصل فسخه؟

المسئلة التاسعة اذا اراد ذو الخيار فسخ العقد فهل يحصل بقوله : فسخت العقد،
او برد المبيع الى البائع ان كان الفسخ من المشتري وباسترداد المبيع من المشتري
او رد الثمن اليه ان كان الفسخ من البائع او يفصل ؟ وجوه : والتحقيق ان المبيع

ان كان تالفاً اوفى يد البايع و كان الفسخ من المشتري لم يحصل ذلك الا بالقول ، وان كان في قبض المشتري و كان هو الفاسخ لم يحصل ذلك الا برده الى البايع وان كان الفسخ من البايع لم يحصل له ذلك الا باسترداده من المشتري ، واما ان كان في قبض البايع و كان هو الفاسخ حصل الفسخ بالقول و بترك تسليمه الى المشتري ، اما توقعه على القول في صورة التلف او كونه في يد البايع فالوجه فيه ظاهر .

واما توقف حصوله على الرد الى البايع مع فسخ المشتري فلانه الظاهر من النص والفتوى لانه قال في خبر جميل : ان كان الثوب قائماً بعينه رده (١) وقالوا في شراء الجارية اذا وطئها المشتري ثم وجد بها عيباً انه ليس له رد هابل يرد عليه بقدر ما نقص من العيب (٢) وقالوا في شراء الجارية ايضاً اذا وطئها المشتري ثم تبين كونها حبلية انه : يردها على الذي ابتاعها منه و يرد عليه نصف عشر قيمتها (٣) لان الرد في هذه الاخبار الكثيرة الواردة في الابواب المختلفة ظاهر في رد عين المبيع و ظاهرها انحصار طريق الفسخ فيه لا يحصل بغيره قولاً كان او غيره بل لوقال : فسخت البيع ، ولم يرد الثوب او الجارية لم يفسخ العقد لتعارض القول والفعل ، ودلالة الفعل على بقاء العقد هي هنا اقوى ، وجعل الرد كناية عن الفسخ بالقول تأويل لا يساعد عليه دليل . وقال في المبسوط : خيار الغبن على الفور مع الامكان فان امكنه فلم يرده بطل خياره ، وقال في الغنية : ان من مسقطات خيار العيب تأخير الرد مع العام بالعيب لانه على الفور بلا خلاف .

واما توقف حصوله على استرداد المبيع من المشتري اذا كان الفسخ من البايع

(١) واليك متن الخبر، عن جميل عن بعض اصحابنا ، عن احدهما عليهما السلام في الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيباً ، فقال : ان كان الشئ قائماً بعينه رده على صاحبه و اخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ يرجع بنقصان العيب، راجع الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٦ من ابواب الخيار الرواية ٣ -

(٢) راجع الوسائل - كتاب التجارة الباب ٤ - من ابواب احكام العيوب .

(٣) راجع الوسائل - كتاب التجارة الباب ٥ - من ابواب احكام العيوب

فالوجه فيه ايضاً دلالة الاخبار على ذلك ففي خبر اسحق بن عمار من اخبار البيع بشرط الخيار : لا بأس بهذا ان جاء بثمانها ردها عليه (١) و في خبر ابي الجارود : و ان جاء بالمال فرد عليه (٢) و ايضاً ورد في فسخ العقود الجائزة من الهبة والوصية والتدبير التعبير عن فسخها برد ما خرج عن ملكه او بنوعه او بالعود والرجوع فيه (٣) والرد والنزع مختصان بما اذا كان المنقول في يد المنقول اليه ، والعود والرجوع يعان ما اذا كان المنقول في قبض الناقل والمنقول اليه هذا .

وقال بعضهم : لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة بلا خلاف على الظاهر لانها كانت مضمونة قبل الفسخ اذ لم يسلمها ناقلها الا في مقابل العوض والاصل بقاءه ، و قال فيما اذا كان العين في يد المفسوخ عليه : ان يده عليه هل هي يد ضمان او امانة ؟ فيه اشكال (انتهى ملخصاً) .

اقول : ما ذكره من التضمن استناداً الى قاعدة اليد او استصحاب الضمان الثابت قبل الفسخ مبني على انحلال العقد باللفظ مع امكان الرد وهو غير متجه بل الوجه ما ذكرناه من انه اذا لم يحصل الرد من ذي الخيار ولاحصل الاسترداد منه فالمبيع ملك المشتري وضمانه عليه وتلقه من ماله الا على القول بان تلف المبيع في مدة الخيار ممن لا خيار له وقد عرفت الاشكال فيه .

فيما اذا تلف المبيع في مدة الخيار

المسئلة العاشرة ان قلنا بان تلف المبيع في مدة الخيار ممن لا خيار له كما هو المذهب المشهور فلا فرق في ذلك بين ما اذا كان المبيع شيئاً معيناً او كلياً حصل القبض في فرد من افراده لاطلاق الاخبار الواردة في بيع الحيوان وغيره ،

(١) راجع الوسائل - كتاب التجارة الباب ٨ - من ابواب الخيار - الرواية ١

(٢) راجع الوسائل كتاب التجارة الباب ٧ من ابواب الخيار - الرواية ٢ - والباب ٨ -

الرواية ٣ - -

(٣) راجع الوسائل كتاب الهبات - الباب ٩ - ١٠ -

وعلى التقديرين فان كان الخيار للبايع كان التلف من المشتري وان كان للمشتري كان التلف من البايع ، وانما الفرق بينهما من وجه آخر وهو ان المبيع ان كان معيناً وكان الخيار للمشتري فتلفه من البايع مستلزم لفسخ العقد لانه لا يكون تلف عين المال الذى وقع عليه العقد من مال البايع الا اذا صار مردوداً الى ملكه ولا يكون ذلك الا بانفساخ العقد وهذا بخلاف ما اذا كان المبيع كلياً وحصل القبض فى فرد منه لان تلف الفرد من مال البايع غير مستلزم لانفساخ العقد وانما يستلزم انفساخ القبض الحاصل فى ذلك الفرد وعود الكلى الى ذمة البايع .

قال فى باب السلم من المبسوط : اذا اخذ المسلم السلم ثم وجد به عيباً كان له رده بالعيب والمطالبة بما فى ذمته و كان له امساكه والرضا بعيبه فان حدث عنده فيه عيب بطل الرد و كان له الارش ومتى رضى به فقد تعين بقبضه ، وان رده فقد انفسخ القبض الذى تعين به وعاد السلم الى ذمته كما كان ولزمه دفعه على صفته من غير عيب (انتهى) .

واما اذا كان الخيار للبايع فتلفه من المشتري مستلزم للزوم البيع فى المعين وللزوم القبض فى الكلى ، فالقائلون بهذا القول قد عرفوا اصل القاعدة من الاخبار وعرفوا الفرق بين بيع المعين والكلى من جهة الملازمة العقلية بالتقريب الذى قدمناه والا فالاجابار ساكتة عن ذكر الفرق ، والله العالم باحكامه .

بحث حول القبض وحقيقته

فصل فى القبض وحقيقته ، وقال فى المبسوط : و كيفية القبض تنظر فى المبيع ، ان كان مما لا يتقل ولا يتحول فالقبض فيه التخلية وذلك مثل العقار والارضين ، وان كان مما يتقل ويتحول فان كان مثل الدراهم والدنانير والجوهر وما يتناول باليد فالقبض فيه هو التناول ، وان كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمة فان القبض فى البهيمية ان يمشى بها الى مكان آخر وفى العبد ان يقيمه الى مكان آخر ، وان كان اشتراء جزافاً

كان القبض فيه ان ينقله من مكانه ، وان كان اشتراه مكالمة فالقبض فيه ان يكيه (انتهى) .

وقال في الوسيلة : والقبض تختلف باختلاف المبيع فقبض ما يمكن تناوله باليد، التناول ، وقبض الحيوان الاستياق الى مكان آخر، وقبض الممالك اقامتها الى موضع آخر، وقبض المكيل الكيل والموزون الوزن والمعدود العدد و ما بيع جزافاً فالنقل ، وقبض الارضين والعقارات التخلية بينها وبين المبتاع (انتهى) .

وقال في الغنية : والقبض فيما لا يمكن نقله كالارضين التخلية و رفع الحظر وكذا حكم ما يمكن فيه ذلك مما يتصل به من شجر وثمره المتصل به والبناء فيما عدا ذلك التحويل والنقل (انتهى) قوله : فيما يمكن فيه ذلك «فيه تصحيف والصحيح : فيما لا يمكن فيه ذلك ، قوله : فيما عدا ذلك» فيه تصحيف والصحيح : وفيما عدا ذلك .

وقال في السرائر : والقبض في التمر الموضوع على الارض النقل وفي الرطب التخلية (انتهى) ذكر ذلك في او اخر باب بيع الثمار .

ثم ان هؤلاء كما ترى لم يذكروا للقبض معنى عاماً شاملاً لجميع مصاديقه كالاستيلاء والسلطنة والوقوع تحت اليد وغير ذلك من العبادات التي فسر بها في كلمات غيرهم لانه عند القدماء ليس له معنى جامع بل يختلف باختلاف المبيع كما صرح به في الوسيلة وهو الظاهر من المبسوط والغنية ايضاً وحينئذ فنقول : القبض في اللغة و ان كان هو التناول باليد ومنه المقبض لما يقبض عليه من السيف لكنه ينقسم باختلاف المبيع الى اقسام :

احدها - القبض اللغوى وهو يعتبر في كل مبيع يتناول باليد كالدرهم والدنانير والجواهر وامثالها اذ لا دليل في هذا القسم من المبيع على اعتبار امر زائد على ذلك .
وثانيها - القبض العرفي وهو التخلية بين المبيع والمشتري بان يتركه البايع له بحيث لا يزا حمه فيه احد ولا يمنع منه مانع ، وهذا معتبر فيما لا يمكن نقله من مكانه من الارضين والعقار والاشجار والثمار المتصلة بها والابنية لان هذه هي الطريقة المتعارفة في قبض هذه الاشياء لا طريق له غيرها عقلاً وعادة .

وثالثها - القبض الشرعى والمراد منه ما ليس قبضاً حقيقة لا اعتقولا عرفاً بل دل عليه الدليل من طريق الشرع وهو قسمان : (احدهما) لاختلاف في مظهره وهو نقل المبيع من مكانه الى مكان آخر وهو معتبر في غير الموضوعين الاولين و في غير المكيل و الموزون بلا خلاف ولا اشكال (وثانيهما) الكيل والوزن والعدد ، وفيه خلاف ذهب الشيخ الى اعتبار الكيل في قبض المكيل ، وان قبضه لا يحصل بالنقل وغيره ، وتبعه في الوسيلة وانكره في الغنية لانه اطلق القول باعتبار النقل على وجه يشمل المكيل واشباهه ؛ ووافق في السرائر حيث قال : والقبض في التمر الموضوع على الارض النقل وفي الرطب التخلية « فاعتبر النقل في التمر الموضوع على الارض مع كونه مكيلا او موزوناً ولم يعتبر الكيل في قبضه .

فاما الحجة على اعتبار النقل فهو خبر عقبه بن خالد عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل فاجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، و قال : آتيك غدا انشاء الله ، فسرق المتاع من مال من يكون ؟ قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله (الخبر) (١)

وذلك لان البيت المضاف الى الضمير قد تكرر ذكره في الجواب في ثلاثة مواضع والمراد منه في الموضوع الاول بيت صاحب المتاع و منزله وفي الموضوعين الآخرين منزل المتاع ومكانه ، اذ لو اريد منه في الثاني منزل صاحب المتاع ايضاً لكان عليه ان يقول : حتى يقبضه ويخرجه منه « فترك الاضمار والعدول منه الى الاظهار بتكرار المتاع وتكرار البيت المضاف الى الضمير قرينة ظاهرة على ان المراد منه في الموضوع الثاني والثالث غير ما اريد منه في الموضوع الاول ، وان في لفظ « بيته » جناساً تاماً على اصطلاح اهل البيان ، لان اللفظ في الموضوع الثلاثة واحد و المعنى مختلف ، اريد منه في الاول منزل صاحب المتاع وفي الثاني والثالث منزل المتاع و مكانه ، فيدل بالدلالة الظاهرة على ان المبيع اذا كان متاعاً لم يحصل قبضه الا بان يخرجه

البايع من مكانه الذى كان فيه حال البيع وينقله الى مكان آخر فاذا نقله انتقل الضمان من البايع الى المشتري .

و المتاع فى اللغة السلعة وكل ما يتجر ويكتسب به من الحيوان والقماش والحبوب والادهان وغير ذلك فيدخل فيه البهيمة والمملوك وما يشتري جزافا وان اختلف معنى النقل فيها ، فان نقل البهيمة معناه سوقها الى موضع آخر غير موقعها ، ونقل المملوك ان يقيمه البايع فى مقام آخر غير مقامه الاول ، ونقل الجزاف معناه حمله الى محل آخر .

وبهذا التقريب يتضح اطلاق الخبر للمكيل والموزون والمعدود في قبضها النقل ايضاً ، وعليه اعتمد ابو المكارم والحلى ، لكن الشيخ قيد الاطلاق بصحيح معاوية بن وهب سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه ، فقال : ما لم يكن كيل او وزن فلا تتبعه حتى تكيله او تزنه الا ان توليته (الخبر) (١) وذلك لان السائل سئل عن انه هل يجوز بيع المبيع قبل قبضه ؟ فاجابه بانه لا يجوز بيع المكيل قبل كيله ، فلا بد من ان يكون معنى الجواب ان قبض المكيل يحصل بكيله فاذا باعه قبل الكيل فقد باعه قبل قبضه فلا يجوز ، و بهذا التفسير يحصل الارتباط بينه وبين السؤال والالم يحصل الربط بينهما لانه يمكن ان يجوز بيع المبيع قبل قبضه ومع ذلك يحرم بيع المكيل قبل كيله .

وبهذا التقريب يدل هذا الخبر على امرين : احدهما - ان قبض المكيل يحصل بكيله ولا يحتاج الى نقله من مكانه - وثانيهما - ان بيع المبيع قبل قبضه غير جائز ، و هو فى دلالة الثانية وان كان معارضاً بمادل على جوازه مطلقاً او على التفصيل بين الطعام فلا يجوز وغير الطعام فيجوز ولذلك اختلف فيه الاقوال لكنه فى دلالتها الاولى سليم عن المعارض .

نعم دل خبر عقبة على ان القبض فى مطلق المتاع لا يحصل الا بالنقل ودل هذا الخبر على حصول القبض فى المكيل والموزون بالكيل او الوزن لكن النسبة بينهما

عموم مطلق فوجب الجمع بينهما بحمل المطلق على المقيدها .

وهنا امور يجب التنبيه عليها .

احدها ان القبض الراجع لضمان البايع هو فعله ووظيفته فهو يترك الدار المبيعة للمشتري ويخلّي بينها وبينه وهو يناول الدنانيرو الدراهم للمشتري ، وهو يكيل الطعام او يزنه كما دل عليه خبر معاوية وهو يتولى نقل المتاع من محله كما صرح به في خبر عقبة « نعم » لابد من حضور المشتري عند التخلية والكيل والوزن والنقل وان يكون آخذاً للدنانير من البايع والا لم يصدق العنوان .

وثانيها ان قوله في خبر معاوية: ما لم يكن كيل او وزن فلا تبعه حتى تكيّله « يدل بالمفهوم على انه اذا كان قبل البيع كيل او وزن لم يجب تكرار الكيل لاجل القبض كما توهمه بعض ؛ وحينئذ فيجب حصول القبض فيه بالنقل عمال بعموم خبر عقبة ، فقول الشيخ : وان اشتراه مكائلة « معناه ان اشترى ما يعتبر فيه الكيل ولم يكله كان قبضه ان يكيّله .

وثالثها ان خبر عقبة يدل بالاطلاق على ان نقل المتاع المبيع من مكانه قبض يسقط به ضمان البايع سواء كان مكانه ملكاً للبائع او عارية عنده او غصبا وجب عليه تفريغه لمالكه ، فيحصل بنقله امران : قبض المبيع ورد المصوب الى مالكه فارغاً ، وانه ان لم يحصل النقل من البايع مباشرة او تسببياً لم يرتفع الضمان عنه وان رضى المشتري ببقائه عنده ، لان المشتري ترك المتاع عنده وقال له: آتيك غداً انشاء الله ومع ذلك اثبت الضمان على البايع حتى يخرج من مكانه .

ورابعها ان قولهم كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ليس خبر اسندا ولا رواية مرسله بل قاعدة كلية استنبطوها من الاخبار والاصل فيها خبر عقبة بن خالد فمعناها ان كل مبيع تلف قبل حصول القبض من البايع بالمعنى الذى ذكرناه فهو من مال بايعه وعلى هذا فقولهم من مال بايعه وكذا قوله **عَلَيْهِ** فى المبيع الذى سرق قبل القبض انه من مال صاحب المتاع كلاهما تنزيل من الشارع كساير التنزيلات الواردة عنه فى ابواب الفقه مثل قوله : الفقاع خمر ، والطواف بالبيت صلوة ، وعمد الصبي خطأ»

وهو عبارة عن تسمية احد الضدين باسم الاخر تنبيهاً على انهما متشابهان كان في الحكم، فسمى الفقاع خمراً يعنى انه مشارك لها في احكامها من الحرمة والنجاسة وثبوت الحد بشربه ، والمراد منه في المقام ايضاً تنزيل تلف المبيع الغير المقبوض منزلة تلف غير المبيع من سائر امواله فقوله : من مال بايعه « معناه انه في الحكم كسائر امواله التي لم يتعلق بها بيع فيكون خسارته عليه لا يضمنه غيره واذ كان له نماء وثمره كان ذلك له لا لغيره .

قال في المبسوط في فصل الخراج بالضمان : معناه ان الخراج لمن يكون التلف من ماله ، ولما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لان الضمان انتقل اليه بالقبض كان الخراج له فاما النجاج والثمره فانهما ايضاً للمشتري ، وان حصل من المبيع نماء قبل القبض كان ذلك للبائع اذا اراد الرد بالعيب لظاهر الخبر (انتهى)
فصرح بان نماء المبيع قبل القبض للبائع اذا اراد المشتري الرد بالعيب فكذلك الحال اذا حصل الرد بسبب آخر ، واذ ادل الخبر ان على ان المبيع التالف قبل قبض البائع حكمه حكم غير المبيع من سائر امواله كفانا ذلك ولم يلزمنا تسمية ذلك فسحاً حقيقياً للبائع او غير حقيقى ، ولا الالتزام بان قد انتقل المبيع قبل التلف الى البائع بجزء لا يتجزء من الزمان حتى يتم فرع عليه ان النماء الحادث منه قبل التلف للمشتري ، اذ الدليل على شيء من ذلك ، بل ظاهر الخبرين ما ذكرناه والفرع المتفرع عليه ما تقدم ، واما النماء الذى صرح فى ط بانه للمشتري فهو النماء الحاصل منه بعد القبض ، واما قبل القبض فكلامه المتقدم صريح فى انه للبائع .

و خامسها ان القبض عند القدمات يطلق على وجهين :

احدهما ان يراد منه قبض البائع اى تسليمه المبيع الى المشتري وهو الذى قلنا فيما سبق انه يختلف باختلاف المبيع يحصل فى الارضين و الابنية بالتخلية وفى المكيل بالكيل وفى غير ذلك بالنقل ، وهو الذى يتوقف انفساخ البيع على تلف المبيع قبل حصوله ولا يستقر ملك المشتري على المبيع الا بحصول ذلك من البائع لان قولهم : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه « معناه : كل مبيع تلف قبل ان يقبضه البائع

ويسلمه الى المشتري فهو من مال بايعه، يدل عليه صريح قوله في خبر عقبه: انه يتلف من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته» فقبض البايع بمعنى تقييضه، قال في القادوس: وقبضه تقييضاً اعطاه في قبضه .

وثانيها - ان يراد منه قبض المشتري اى اخذه للمبيع وهو الذى اراده الشيخ فى المبسوط حيث قال: القبض الصحيح ضربان (احدهما) ان يسلم المبيع باختياره فيصح القبض (والثانى) ان يكون الثمن مؤجلاً او حالاً الا ان المشتري اوفاه فاذا قبضه المشتري بغير اختيار البايع صح القبض ، فاما اذا كان الثمن حالاً ولم يوفه الثمن ثم قبض المبيع بغير اختيار البايع لم يصح القبض وكان للبايع مطالبته برد المبيع الى يده لان له حق الحبس والتوثق به الى ان يستوفى الثمن (انتهى) قوله: فيصح القبض، يعنى قبض المشتري ، قوله: لم يصح القبض، يعنى قبض المشتري له ، وعلى هذا فمعنى صحة قبض البايع كونه مسقطاً للضمان عنه ، ومعنى بطلانه عدم كونه مسقطاً، ومعنى صحة قبض المشتري كونه مستحقاً لاخذ المبيع رضى البايع او كره ، ومعنى بطلانه عدم استحقاقه لذلك

وقد اختلف المعنيان على غير واحد ففسروا القبض المسقط للضمان ان البايع باستيلاء المشتري على المبيع ، مع ان صريح خبر عقبه هو ان المسقط للضمان انما هو قبض البايع دون المشتري، واما استيلاء المشتري على المبيع فان كان بسبب قبض البايع اياه فلا كلام وان كان بدون له لم يسقط الضمان عن البايع بل ربما اوجب ذلك ضمان المشتري للمبيع اذا اخذه قبل توفية الثمن بدون رضا البايع لانه اخذه ظلماً ، حتى انه اذا تلف فى يده جاز للبايع ان يطالبه باعلى القيم لانه حكم الغصب ويؤيد ذلك قوله فى خبر عقبه: فاذا اخرج من بيته فالمتاع ضامن لحقه» يعنى ان الضمان لا ينتقل عن البايع الا اذا اخرج من مكانه فاذا اخرج من مكانه سقط الضمان عنه وانتقل الى المشتري هذا .

وربما يقال : ظاهر كثير من الاصحاب انه لا يعتبر فى القبض المسقط للضمان البايع كونه صحيحاً جاهلاً بما يعتبر فيه فلو وقع بغير اذن ذى اليد كفى فى رفع الضمان. اقول: القبض المسقط للضمان البايع على ما قاله القدماء ودل عليه الاخبار هو

قبض البايع وتسليمه المبيع الى المشتري اما بالتخلية او بالنقل او المناولة، وشيء من ذلك ليس مما ينقسم الى صحيح وفساد فليس التخلية قسماً صحيح وفساد بل اما يتحقق من البايع فيحصل به القبض اولا يتحقق فلا يحصل ، واما قبض المشتري فان كان باذن البايع او بعد توفية الثمن فصحيح يعنى اخذ صدر منه باستحقاق فلا يجوز للبايع استرداده والا ففساد يجوز للبايع استرداده ، وعلى التقديرين فلا يسقط به ضمان البايع بل على تقدير الفساد قد يوجب ضمان المشتري للمبيع كامراً .

وقد يقال ايضاً ولولم يتحقق الكيل والوزن بناء على اعتبارهما في قبض المكيل ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان ، وسقوط الضمان بناء على اشتراط الكيل لا يخلو عن قوة .

اقول : القائل باعتبار الكيل في قبض المكيل هو الشيخ ودليله خبر معاوية بن وهب ، والقائل ودليله كلاهما متفقان على ان المعتبر من الكيل الذى يحصل به القبض المسقط لضمان البايع انما هو كيل البايع ، واما كيل المشتري او نقله جزافاً فلا اثر له في ذلك الا ان يكون البايع قد وكله في الكيل .

ويقال ايضاً ؛ وهل يكتفى بالتخلية على القول بعدم كونه قبضاً في سقوط الضمان ؟ قولان : لا يخلو السقوط عن قوة وان لم نجعله قبضاً ، وكذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه ولم ينقله بناء على اعتبار النقل في القبض (انتهى) .

اقول : اما التخلية فلا يعقل صدورها الا من يكون له يد على المبيع وليس هو الا البايع فلا يعقل صدورها عن المشتري حتى يكون قبضاً يسقط به ضمان البايع او لا يسقط وكذلك نقل المبيع من مكانه انما يسقط به ضمان البايع اذا صدر ذلك منه لا من غيره لقوله في خبر عقبة : من مال صاحب المتاع الذى هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، واما نقل المشتري فلا اثر له في رفع الضمان الا ان يكون باذن البايع او بعد توفية الثمن على ما مر ، ومن هنا يظهر ان في هذه الفصول التى نقلناها من قائمها تشويشاً واضطراباً نشأ من الخلط بين قبض البايع وقبض المشتري .

وسادسها انهم قالوا : كل بيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه والتلف في اللغة الهلاك والفناء محو الوجود فهو عام يشمل التلف القهرى والاختيارى ، وبعبارة اخرى يشمل التلف و الاتلاف ، فان كان التلف بامر سماوى انفسخ البيع قال في المبسوط : لانه لا يمكنه الاقباض قلت : يدل على الانفساخ خبر عقبة لان انفساخ البيع بالاتلاف الاختيارى كما هو مدلول هذا الخبر مستلزم لانفساخه بالتلف القهرى ، و اما اذا اتلفه البايع فينفسخ به البيع ايضاً قال في المبسوط : لاستحالة التقييض قلت : يدل عليه خبر عقبة ايضاً بالتقريب الذى سذكه .

واما اذا اتلفه الاجنبى قال في المبسوط : كان المشتري بالخيار بين ان يفسخ البيع ويسترجع الثمن من البايع وبين ان يجيز البيع ويرجع على الاجنبى بالقيمة ويكون القبض فى القيمة قائماً مقام القبض فى المبيع لانه بدله اقول : بل الوجه فى هذه الصورة ايضاً انفساخ البيع لدلالة خبر عقبة عليه نصاً لان السارق الاجنبى عن المتبايعين اتلف المبيع عليهما بسرقة قبل القبض و قد دل على انه ذهب من مال البايع يعنى انفسخ البيع ، ثم اذا كان اتلاف الاجنبى سبباً لانفساخ البيع فاتلاف البايع اولى بذلك ولا ينافيه قولهم : من اتلف مال غيره فهو له ضامن « لاختصاص هذا الحكم بما اذا كان التالف ملكاً مستقراً لملكه وملك المشتري للمبيع قبل قبضه ملك غير مستقر .

و اما اذا اتلفه المشتري قال فى المبسوط : فانه يستقر به البيع و يكون اتلافه بمنزلة القبض له ، ولهذا نقول ان المشتري اذا اعتق قبل القبض فانه ينفذ عتقه ويكون ذلك قبضاً اقول : وايضاً لاشك فى تعلق خسارته بالمشتري لان خسارة اتلاف المال لاتعلق الا بالتلف سواء كان المتلف ماله او مال غيره ، وتعلق الخسارة بالمشتري مستلزم لسقوط الضمان عن البايع لانه لا يجتمع فى زمان واحد ضمانان لمال واحد ، وتعلق الخسارة بالمشتري وسقوطها عن البايع فى معنى لزوم البيع .

و لا يختص الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض بل تلف الثمن قبل قبضه ايضاً كذلك لقوله فى خبر عقبة : فاذا اخرج من بيته فامبتاع ضامن لحقه حتى يرد عليه

ماله يعني انه كما يكون البايع ضامناً للمبيع حتى يسلمه الى المشتري كذلك المشتري ضامن للثمن حتى يسلمه الى البايع وكما ان المبيع اذا تلف قبل القبض كان مقتضى الضمان انقساخ البيع كذلك الحال اذا تلف الثمن قبل قبضه ، وبه افتى في المبسوط قال : اذا اشترى من رجل عبدا بثوب وقبض العبد ولم يسلم الثوب فباع العبد صح بيعه لانه قبضه وانتقل اليه ضمانه ، و اذا باعه وسلمه الى المشتري ثم تلف الثوب الذى فى يد البايع انفسخ البيع ولزمه قيمة العبد لبايعه لانه لا يقدر على رده بعينه فهو بمنزلة المستهلك ؛ و ان باع العبد ولم يسلمه حتى تلف العبد و الثوب بطل البيعان (انتهى) .

بحث حول بيع ما لم يقبض

فصل فى بيع ما لم يقبض ، وهو ما دين او عين ، اما الدين كما اذا كان له فى ذمة احد حنطة مسلماً او قرضاً واراد بيعه فلا يخلو اما مؤجل لم يحضر اجله او حضر ، فان لم يحضر لم يجز بيعه من غير المديون اجماعاً وان حضر فبيعه من المديون جائز اجماعاً واما من غيره ففيه خلاف اجازه فى المبسوط .

قال فى السرائر : قال شيخنا ابو جعفر فى الجزء الرابع من المبسوط : اذا كان لرجل فى ذمة رجل حردين من غير سلم فباعه من انسان بعرض او ثوب او غيره قال قوم انه يصح لانه لما جازان يبتاع له بدين فى ذمته جازان يبتاع بدين له فى ذمة غيره لان كلا من الدينين مملوك له ، وقال آخرون لا يصح لان الدين الذى فى ذمة الغير ليس بمقدور على تسليمه فانه ربما منعه من هو عليه وربما جرده وربما افلس ومن ابتاع ما لا يقدر على تسليمه بطل بيعه كما لو ابتاع بعبد مغصوب او آبق ، قال (ره) : والاول رواية اصحابنا قالوا انه يصح لانه مضمون (انتهى) .

قوله : و الاول رواية اصحابنا قلت : هذه اشارة الى ما رواه فى التهذيب باسناده عن محمد بن الفضيل عن ابي حمزة الثمالى قال : سئل ابو جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشترى منه بعرض ثم انطلق الى الذى عليه

الدين فقال له : اعطني مال فلان عليك فاني قد اشتريته منه فكيف يكون القضاء في ذلك ؟ فقال ابو جعفر عليه السلام : يرد عليه الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشتراه به من الرجل الذي له الدين (١) وما رواه فيه ايضاً عن محمد بن الفضيل قال : قلت للرضا عليه السلام رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له : ادفع الى مال فلان عليك فقد اشتريته منه ، فقال : يدفع اليه القيمة ما دفع الى صاحب الدين ، وبرء الذي عليه المال من جميع ما بقى عليه (الخبر) (٢) وانكره الحلبي عملاً بالاصل ورداً للخبرين بان الراوي لهما واحد هو محمد بن الفضيل ولا يترك الاصول بالخبر الواحد .

هذا حكم الدين ؛ واما العين فقيه للمقدماء قولان :

احدهما اطلاق الجواز غير ان المبتاع الاول يوكل المبتاع الثاني في القبض ، اوانه قائم فيه مقامه ، ذهب اليه الشيخان في المقنعة والنهاية و ابو الصلاح في الكافي صريحاً والصدوق في الفقيه ظاهراً ، قال في المقنعة : لا بأس ببيع ما استوجبه المبتاع قبل قبضه اياه ويكون قبض المبتاع الثاني نائباً عن قبض الاول ، ويكره ذلك فيما يكال او يوزن ، وليس بمفسد للبيع ولا مانع عن مضيه « وقال في النهاية : اذا اشترى الانسان متاعاً جازان يبيعه في الحال وان لم يقبضه ويكون قبض المبتاع الثاني قبضاً عنه وقال في الكافي ويصح بيع ما استحق تسليمه قبل قبضه وينوب قبض الثاني عن الاول » وقال في الفقيه في باب البيوع : روى منصور بن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام قال اذا اشتريت متاعاً فيه كيل او وزن فلا تتبعه حتى تقبضه الا ان توليه ؛ وان لم يكن كيل ولا وزن فبعه ، يعني انه يوكل المشتري بقبضه (انتهى) (٣) ما في الفقيه قوله : يعني انه يوكل (اه) الظاهر ان هذا من كلام الصدوق فسره بقوله في الخبر : الا ان توليه « يعني ان المراد

(١) راجع الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٥ - من ابواب الدين والقرض

الرواية ٢ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ٣ -

(٣) الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٦ من ابواب احكام العقود - الرواية ١ -

من توليه تو كيله في قبض المتاع ، ويشهد لهذا التفسير خبر جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل ان يقبضه ، قال : لا بأس ، ويوكل الرجل المشتري منه بكيهه وقبضه ، قال : لا بأس (١) نعم صريح الصدوق كالخبر التوكيل في القبض وظاهر غيره حصول النيابة له قهراً بمعنى انه اذا باعه قبل القبض ثم قبضه الثاني كان قبضه بمنزلة قبض الاول

تنبه به روى الخبر المتقدم عن منصور في بعض كتب الاستدلال بدل قوله : فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه ، فلا تبعه حتى تقبضه الا تولية ، وفسره بان المراد انه لا يجوز بيعه الا برأس المال (لكنه تصحيف) والصحيح ما في الفقيه والمراد من التولية التوكيل في القبض كما فسر الصدوق لالبيع برأس المال .

وثانيهما التفصيل بين الطعام فلا يجوز بيعه قبل قبضه وغير الطعام فيجوز ، و هو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف وتبعه في الوسيلة والغنية ، بل نقل عليه الاجماع في الخلاف والمبسوط والغنية ، وسبقهم الى هذا القول الصدوق في المقنع قال : ولا يجوز ان يشتري الطعام ثم يبيعه قبل ان يكتاله ، وما لم يكن فيه كيل ولا وزن فلا بأس ان يبيعه قبل ان يقبضه ، ثم قال : وروى لا بأس ان يشتري الرجل الطعام ثم يبيعه قبل ان يقبضه ويوكل المشتري يقبضه »

وقال في الخلاف : يجوز بيع ما عدا الطعام قبل ان يقبض وبه قال مالك ثم ذكر خلاف الشافعي وغيره ثم قال : دليلنا على ما قلنا ان الطعام مجمع عليه ولادليل على ما عداه وظاهر الاية يقتضى جوازه ، وايضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم : من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه ، فخص الطعام بذلك ولو كان حكم غيره حكمه لم يسنه .

وقال في المبسوط : اذا ابتاع شيئاً واراد بيعه قبل قبضه فلا يخلو المبيع من امرين اما ان يكون طعاماً او غيره ، فان كان طعاماً لم يبيعه حتى يقبضه اجماعاً .
وقال في الغنية : وقد دخل فيها ايضاً جواز بيع المعقود عليه قبل قبضه من الثمن والمثمن معاً سواء في ذلك المنقول وغيره الا ان يكون المبيع طعاماً فان بيعه قبل قبضه

لا يجوز اجماعاً»

وقال في الوسيلة : والطعام لا يجوز ايضاً بيعه قبل القبض سواء كان مبيعاً او قرضاً وغير الطعام جاز بيعه قبل القبض على كل حال (انتهى) .

حجة القول الاول الخبران المتقدمان لمنصور وجميل ، ويؤيدهما خبر معاوية

ابن وهب سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه ، فقال : ما لم يكن كيل او وزن فلا تبعه حتى تكيله او تزنه الا ان يوليه الذي قام عليه (١)

ويمكن الجواب بان قوله : الا ان توليه ، او الا ان يوليه الذي قام عليه» و ان دل على ان المبتاع الثاني اذا تولى القبض صح البيع لكنه لا يدل على ان المراد توليه لذلك بعد الابتاع او قبله فيحصل الاجمال ويسقط الاستدلال ؛ اذ لو اريد التولية قبل الابتاع خرج المسئلة عن عنوان بيع ما لم يقبض لان قبض الوكيل بمنزلة قبض الموكل وفي خبر معاوية اشعار بان المراد هو الثاني ، لان المجيب عليه السلام تفرس من المسائل انه يحتاج الى بيعه قبل القبض ولا يتيسر له القبض ف قيل له : الا ان يوليه الذي قام عليه ، يعنى ان تعسر عليك القبض فلا يسر على الذي اراد الشراء منك فوكله في القبض ثم بعه منه ، واما خبر جميل فظاهر صدره جواز بيع الطعام قبل قبضه وان قوله : ويوكل من كلام المسائل ، بقرينة قوله بعد ذلك : قال لا بأس» فلا دلالة فيه على الاشتراط .

حجة الشيخ مارواه في التهذيب عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال : في الرجل

يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكتب له قال : لا يصلح له ذلك (٢) قال في التهذيب بعد ايراده : وعنه عن فضالة عن ابان عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله و ابي صالح عن ابي عبد الله عليه السلام مثل ذلك وقال : لا تبعه حتى تكيله (٣) وخبر محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : من احتكر طعاماً او علفاً او ابتاعه من غير حكرة فاراد ان يبيعه فلا يبيعه حتى يقبضه ويكيله (٤) وخبر مجالس ابن الشيخ باسناده عن

(١) راجع الوسائل - كتاب التجارة - الباب ١٦ - من ابواب احكام العقود - الرواية ١١ -

(٢) الوسائل كتاب التجارة - الباب ١٦ - من ابواب احكام العقود - الرواية ١٣ -

(٣) راجع المصدر المذكور آنفاً الرواية ١٤ -

(٤) راجع المصدر المذكور آنفاً - الرواية ١٧ -

حزام بن حكيم بن حزام قال : ابتعت طعاما من طعام الصدقة فابحت فيه قبل ان اقبضه فاردت بيعه ، فسئلت النبي ﷺ فقال : لا تبعه حتى تقبضه (١) ويؤيد الاخبار الاربعة خبر آخر للحلبى قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن قوم اشتروا بز أفاشتر كوا فيه جميعاً ولم يقسموه أ يصلح لاحد منهم بيع بزّه قبل ان يقبضه؟ قال : لا بأس به وقال : ان هذا ليس بمنزله الطعام ان الطعام يكال (الخبر) (٢) فانه صريح فى التفصيل بين الطعام وغيره وان الطعام لا يباع قبل القبض وغيره يباع ، مؤيد ذلك كله بما رواه المخالفون عن النبي ﷺ من انه قال : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه « مضافاً الى عموم قوله فى السلف : من اسلف فى شيء فلا يصرفه » الى غيره .

ان قلت : قدورد فى عدة اخبار ان يبعه قبل القبض مرابحة او وضعة لا يجوز ، واما تولية فيجوز فى خبر ابي بصير قال : سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل ان يكيمله قال : لا يعجبني ان يبيع كيلاً او وزناً قبل ان يكيمله او ينه الا ان يوليه كما اشتراه فلا بأس ان يوليه كما اشتراه اذا لم يربح او يضع ، وما كان من شيء عنده ليس بكيلى ولا وزن فلا بأس ان يبيعه (٣) وخبر على بن جعفر سئل اخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام ا يصلح يبعه قبل ان يقبضه ؟ قال : اذا ربح لم يصلح حتى يقبض ، وان كان يوليه فلا بأس (٤) وخبر الحلبي فى الرجل يبتاع الطعام ا يصلح يبعه قبل ان يقبضه ؟ قال : اذا ربح لم يصلح حتى يقبضه ، وان كان تولية فلا بأس (٥) ومعنى التولية ههنا هو البيع برأس المال لا يربح ولا بوضعة .

قلت : قال الشيخ فى باب السلف من المبسوط : اذا اسلف فى شيء فلا يجوز ان

(١) راجع المصدر المذكور آنفا - الرواية ٢١ -

(٢) راجع المصدر المذكور آنفا - الرواية ١٠ -

(٣) الوسائل - كتاب التجارة الباب ١٦ - من ابواب احكام العقود الرواية ١٦ -

(٤) راجع المصدر المذكور آنفا الرواية ٩ -

(٥) ما وجدت فى كتب الاخبار رواية الحلبي بهذه الصورة وما هو الموجود غيرها -

راجع المصدر المذكور آنفا - الرواية ٥ -

يشرك فيه غيره ولا ان يوليه ، فالشركة ان يقول له رجل : شاركني في النصف بنصف الثمن ، والتولية ان يقول له: ولّيتي جميعه بجميع الثمن او ولّيتي نصفه بنصف الثمن ، لان النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض ، وقال: من اسلف في شيء فلا يصر فله الى غيره ، هذا اذا كان قبل القبض ، فان قبضه صحت الشركة فيه والتولية ويوع الاعيان مثل ذلك ، وان لم يكن قبض المبيع فلا يصح فيه الشركة ولا التولية وان كان قد قبضه صحت الشركة والتولية بالاخلاف كما يجوز بيعه بالاخلاف كما قد قلنا ، وقد روى اصحابنا جواز بيعه والشركة فيه قبل القبض (انتهى)

واذا جمعنا بين قوله هنا روى اصحابنا ان بيع ما لم يقبض من الاعيان والشركة فيها جائز ، وبين قوله في فصل بيع ما لم يقبض : انه ان كان المبيع طعاماً لم يجز بيعه حتى يقبضه اجمعاً ، حصل من الكلامين ان بيع الطعام قبل القبض غير جائز اجمعاً وان ما رواه الاصحاب من جواز بيعه او الشركة فيه غير معمول به عندهم وكان هذه الاخبار عندهم من قبيل الخبر الذي قيل فيه كلما ازداد صحة ازداد ضعفاً ، والله العالم باحكامه ختم في شوال سنة سبع وثمانين وثلاثمائة والف من الهجرة بيد مصنّفه الحقير محمد علي بن عبد الحسين عفى عنهما في الدارين والحمد لله اولاً و آخراً وظاهراً و باطناً وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

الفهرست

الصفحة	العنوان
٢	مقدمة
٨	حول وجوب تحصيل النفقة بالاكتساب
١٠	في الغناء وبيان حقيقته وحكمه
١٢	بحث حول تلقي الركبان
١٥	بحث حول حرمة النجش
١٦	بحث حول الاحتكار وحرمة
٢٠	بحث حول معنى الوقف واحكامه
٢١	بحث حول الوقف المؤبد وما يقابله
٢٥	في ان القبض شرط في لزوم الوقف
٢٦	بحث حول اقسام تسبيل منافع العين الموقوفة
٢٩	حول معنى التولية في الوقف
«	حول كيفية القبض في المسجد وامثاله
٣٣	في ان الوقف على الجهة كالوقف على المعين وقف على المسلمين
٣٤	تقرير الحجية على ما ذهب اليه القدماء من انتقال الوقف مطلقا الى الموقوف عليه
٣٥	حول ما يتفرع على كون الوقف صدقة
٣٦	بحث حول اعتبار القبول في صيغة الوقف
٤٢	نقل كلام صاحب المقابس في هذا المقام
٤٣	بحث حول كلام صاحب المقابس
٤٧	في ترتيب احكام الاملاك على الوقف
٤٨	فيما يحصل به ايجاب الوقف في المسجد

الصفحة	العنوان
٤٨	حول فروع الوقف على الاولاد
٥٠	في ان الاجارة هل تبطل بموت الموجر او المستأجر اولا تبطل؟ ونقل الاقوال في المسئلة
٥٥	هل يفرق بين اجارة الوقف والطلق فيما اذا مات احد المتعاقدين ام لا؟
٥٧	بحث حول جواز بيع الوقف وعدمه
٦٦	كلام حول الاسباب المجوزة لبيع الوقف
٦٨	هل يصلح بيع الصبرة مشاهدة؟
٧٠	هل يجوز بيع المكيل وزناً او الموزون كيلاً؟
٧١	بحث حول بيع البعض بالبعض من الجنس الواحد من الاجناس الربوية .
٧٣	فيما اذا كان جنس من الاجناس الربوية في عصر النبي مكيلاً او موزوناً واختلف في غيره
٧٤	في شروط الربوا
« «	فيما اذا اخبر البايع بمقدار المبيع وذكر فروع المسئلة
٧٦	في معنى المثلي والقيمي
٧٨	بحث حول بيع الصبرة
٨٥	بحث حول غصب المشاع
٨٦	فيما اذا ظهر نقص المبيع بعد العقد وذكر صور المسئلة
٨٧	بحث حول اختبار المذوقات بالذوق قبل الشراء
٩٠	هل يصح اشتراط البيع بالبراء من العيوب
٩٢	فيما اذا اشترط البايع صحة المبيع وظهر بعد البيع خلافه وذكر صور المسئلة
٩٥	حول بيع المسك في فأره
٩٦	بحث حول البيع بالانذار
٩٨	في معنى البيع

الصفحة	العنوان
١٠٠	بحث حول بيع المعاطاة
١٠٥	في اقسام اباحة المال للغير
١٠٧	حول آراء المتأخرين في بيع المعاطاة
١١١	حول تميز البايع من المشتري في المعاطاة وتحقيق المسئلة
١١٤	في ان البيع الذي جعله الشارع موضوعاً لاحكام مخصوصة ماهو؟
١١٥	في بيع الاخرس ونحوه
١١٦	فيما اذا تلف المقبوض بالبيع الفاسد
١٢٢	فيما اذا تعذر على رد العين المغصوبة ثم قدر على ذلك وذكر صور المسئلة
١٢٥	في حكم غرامة البهيمه التي يغرمها الواطى
	اذا خرجت عين المغصوبة عن ماليتها هل يجب ردها الى مالكيها؟ وان التصرف
١٢٦	فيها مشروط باذنه؟
١٢٨	بحث حول عدم صحة بيع الصبى
١٢٩	حول كلام المحقق صاحب الشرايع ونقده
١٣٠	نقل ما قاله الشيخ في المبسوط حول بيع الصبى
١٣١	حول ما يستفاد من كلام الشيخ
١٣٣	حول اشتراط القصد فى البيع
١٣٦	حول اشتراط قصد الخصوصية والتعين فى بعض العقود والايقاعات
« «	بحث حول اشتراط الاختيار فى البيع
١٣٨	ما قاله الشيخ فى المبسوط حول معنى الاكراه
١٣٩	فى طلاق المكره
١٤٠	هل يصح عقد المكره اذا رضى به فاجاز بعده ام لا
« «	حول اتحاد الموجب والقابل فى العقد
١٤٢	بحث حول عقد الفضولى

- ١٤٦ حول نكاح الفضولي
- ١٤٧ حول الاخبار التي استدل بها على صحة عقد الفضولي
- ١٥١ كلام الشيخ في النهاية حول نكاح المماليك
- ١٥٢ في الاستدلال بآيتي الوفاء وحل البيع على صحة عقد الفضولي
- ١٥٣ فيما استدل القدماء على لزوم بيع الفضولي بالاجازة
- ١٥٤ حول الاخبار التي استدل القدماء بها على صحة نكاح الفضولي
- ١٥٦ ذكر الفروع التي تترتب على مذهب القدماء
- ١٥٨ حول معنى قوله : الخراج بالضمان
- ١٥٩ في ان المقبوض بالبيع الفضولي على القول بفساده حكمه حكم الغصب
- ١٦٣ فيما اذا باع ما يملك وما لا يملك في صفقة واحدة
- ١٦٤ فيما اذا وصى بثلاث مال معين وذكر فروع المسئلة
- ١٦٦ حول ولاية الاب والجد على المجنون والولد الصغير
- ١٦٧ حول مناصب القضاة والحكام في الاسلام
- ١٧٤ حول ولاية الفقيه على الصغير الذي مات وليه من غير وصية
- ١٧٦ فيما اذا اوصى الى احد ثم مات قبل انفاذ الوصية
- ١٧٨ في عدم صحة بيع المملوك المسلم من الكافر
- ١٨١ بحث حول بيع المصحف
- ١٨٣ فيما اذا غصب ما لا يشرى به جارية
- ١٨٥ فصل في اقسام الخيار
- في ان الخيار قسمان داخل في عقد وخارج عنه وكذلك العقود من حيث
- ١٨٦ دخول الخيار فيها وعدمه
- ١٨٨ بحث حول خيار المجلس
- ١٩٢ حول الاسباب التي يسقط بها خيار المجلس

الصفحة	العنوان
١٩٤	في ان تصرف المشتري في المبيع تصرفا يتوقف على الملك مسقط للخيار
١٩٨	في ان التصرف المسقط للخيار هل هو عملي او اعم منه
١٩٩	بحث حول تصرف البايع في المبيع
٢٠٣	حول الاحكام المترتبة على تصرفات البايع او المشتري على حسب جعل الخيار لهما او لاحدهما
٢٠٦	نقل الاخبار الواردة في خيار الحيوان
٢٠٧	في ان خيار الحيوان هل يثبت للمشتري خاصة للمبايع ايضا
٢١١	كلام حول اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس والشرط
٢١٢	في ان المراد بالخيار ثلاثة ايام ثلاثة ايام مع ليلتين بينها
٢١٣	بحث حول خيار الشرط وذكر اقسام شرط الخيار
٢١٥	حول الاخبار الواردة في باب الشرط في البيع واختلاف القدماء في تفسيرها
٢١٩	بحث حول معنى الخيار وتقسيمه الى اقسام
٢٤٧	في ان الحمل في الجارية عيب ام لا
٢٤٩	بحث حول خيار تأخير الثمن عن ثلاثة ايام
٢٥٣	حول حكم تلف المبيع عند البايع خلال ثلاثة ايام
٢٥٤	بحث حول خيار تأخير الثمن عن يوم واحد في شراء ما يفسد ليومه
٢٥٦	بحث حول خيار الرؤية
٢٦٠	بحث حول ما يصح من الشروط في البيع وما لا يصح
٢٦٢	في الشروط المخالفة لمقتضى العقد وما يدل على بطلانها
٢٦٤	نقل الامثلة التي ذكرها الشيخ في المبسوط للشرط المخالف لمقتضى العقد في غير البيع
٢٦٦	حال تعارض الادلة في الشروط المخالفة للكتاب والسنة او المخالفة لمقتضى العقد وذكر مواردها وعلاجها

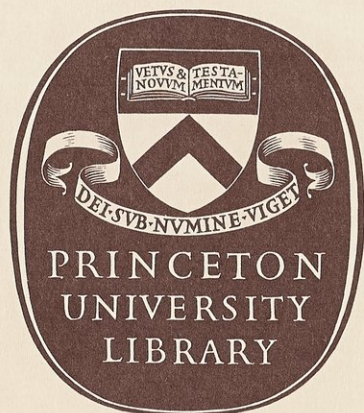
- ٢٦٩ كلاً حول اختلاف الاظهار في شرط العتق وما لا يرجع الى مصلحة العقد
- ٢٧٢ حول الشروط التي يجب الوفاء بها
- ٢٧٦ في ان الامتناع عن العمل بالشرط لا يوجب جواز اجباره على العمل
- ٢٧٧ لو تعذر عن العمل بالشرط هل يثبت الارش ام لا
- ٢٧٨ فيما اذا باع صبرة او ارضا واخبر بوزنها او بمساحتها ثم تبين خلافه
- ٢٨٠ في ان الشرط الفاسد هل يفسد به العقد اولا
- ٢٨٢ في ان الخيار حق من الحقوق وصالح للانتقال الى الوارث
- ٢٨٣ في عدم جواز تبعض الخيار للوارث
- ٢٨٤ فيما اذا اجتمع الورثة على فسخ البيع الذي وقع على ما يجري فيه حكم الحبوة
- ٢٨٥ فيما لو باع وشرط الخيار لنفسه بعد رد الثمن
- في حكم تصرفات المشتري في المبيع فيما اذا جعل الخيار للمبايع والمشتري
والمبايع خاصة
- ٢٨٦
- ٢٨٩ افي ان الخيار مانع عن لزوم العقد لاعن انتقال الملك
- ٢٩٢ فيما اذا تلف المبيع بعد القبض وقبل انقضاء الخيار
- ٢٩٧ اذا اراد ذوالخيار فسخ العقد بما ذا يحصل فسخه
- ٢٩٩ فيما اذا تلف المبيع في مدة الخيار
- ٣٠٠ بحث حول القبض وحقيقته
- ٣٠٩ بحث حول بيع ما لم يقبض

فهرست الخطا و الصواب

الصفحة السطر الخطأ		الصواب		الصفحة السطر الخطأ		الصواب	
من ابيه	٦٥	٢١	عن ابيه	١١	٣	الكاسب	المكاسب
اعتبارها	٤	٢٣	اعتبارها	٣	٦	اوجاهلا	اوساهيا
بمضمونها	٤	٤	بمضمونها	٤	٤	اوشرب	وشرب
نصفهما	٧٩	٢	نصفها	٤	٤	مالم يفعله	مالو فعله
من هذه	٨٢	٨	من هذه	١	١٠	الصلوة	المصلات
الشركين	٨٥	٢٠	الشركين	١٦	١١	ورابعها	ورابعها
آخذاً	٩١	١٢	آخذ	٢٠	٢٣	بالوقف	بالوقت
رفع	٩٣	٧	دفع	٢٠	٢٤	الموقوف	الموقوف
بالابدان	١٠١	١	بالابدال	٥	٣٠	المسبل منه	المسبل عنه
	١٠٨	١٠		١٢	٢٣	فارسيته	فارسية
			في كلامهم ولذلك (خ)	١٢	٣٥	فيملكه	فيملك
			في كلامهم مطلق يشمل القولى والفعلى ولذلك (ص)	١٩	٤	فيما بعد	فيها بعد
	١١٢	٥	يتقدم	٢	٣٦	عطية	وعطية
	١٢١	١٦	غلط	٩	٣٩	المتعة	التمتعة
	١٢٥	٢	العصوب	٢١	٤	الشيخ	شيخ
	١٢٩	٧	كالبايع	٩	٤١	الشيخ	شيخ
	١٣٣	١٨	انتفاع	٤	٤٣	الموقوف	الوقوف
	١٣٤	٨	قاصد	١	٤٥	اصل	الاصل
	١٣٥	١٩	والصغير	١٤	٤	يكتب	يكتسب
	١٣٦	٢١	القصد	٥	٥٢	من اصحابنا	في اصحابنا
	١٤٢	١٨		٩	٤	في ان	فان
			البيع والخلاف (خ)	١٣	٥٣	فتقسط	فتقسيط
			البيع من المبسوط والخلاف (ص)	٦	٥٧	فهى باطلة	باطلة
	١٤٢	٢٣	كما	١	٦١	الحلى	الحلى
	١٤٨	٢١	زوجها	١	٦٤	صار	صارت
	١٥٠	١٥	كلمات				
	١٥٦	٧	عن المبيع				

فهرست الخطأ والصواب

الصفحة السطر الخطأ	الصواب	الصفحة السطر الخطأ	الصواب
٧ ٢٤٢	جاهلا	٢ ١٥٧	المبيع
٢٤ ٢٤٣	الثيوبة	٣٠ ١٥٨	دلسته
٢١ ٢٤٥	ذق	٧ ١٦٠	مع نما
١٦ ٢٤٦	الثيوبة	٩ ١٦٦	قوله تعالى
٩ ٢٤٨	فسيردها	٢١ ١٦٧	العنين
٢٠ ٢٤٩	عليها	١٥ ١٦٨	الجزئية
١٣ ٢٥٠	انحن	٢٣ ١٧٠	لاباس
١٤ ٢٥١	فضحك	١١ ١٧١	استقبال
٣ ٢٥٢	الخصم	٩ ١٧٢	استهلها
٩ ٢٥٤	المال	٢٠ ١٧٦	المستولى
١٩ ٢٥٨	ووصافها	٤ ١٧٩	فما زال
٢ ٢٦٣	وليست	٤ ١٧٩	ودفع
٦ ٢٦٤	البيع	١٩ ١٨٣	ويشري
١١ ٢٦٥	لم يقبض	١٥ ١٨٤	ماوجه
١٠ ٢٦٦	او من غير	١٩ ١٨٩	بل كان
١٩ ٢٧٨	الساعين	١٢ ١٩١	قولهم نعم
١٤ ٢٧٩	عن الثمن	١٣ ١٩٢	صد
١١ ٢٨٥	المثمن	٢١ ٢٠٠	الاولوية
٤ ٢٩٩	او بنوعه	٢ ١٩٣	ويندفع ان
٦ ٣٠٠	والمنقول اليه	١١ ٢٠١	ذهب
١٨ ٣٠٠	وقال	١٨ ٢٠٥	بالحكم
١٤ ٣٠١	العبادات	١٧ ٢١١	فيه ذلك
٢٠ ٣٠٨	بالتلف	٨ ٢١٣	هذه الاختلافات
١١ ٣٠٩	المتلف	١١ ٢٢١	مسبوطة
١٣ ٣١٢	فلايسر	٢٤ ٢٣٦	قيمة



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
MAY-JUNE 1990
We're Quality Bound

Princeton University Library



32101 074292150