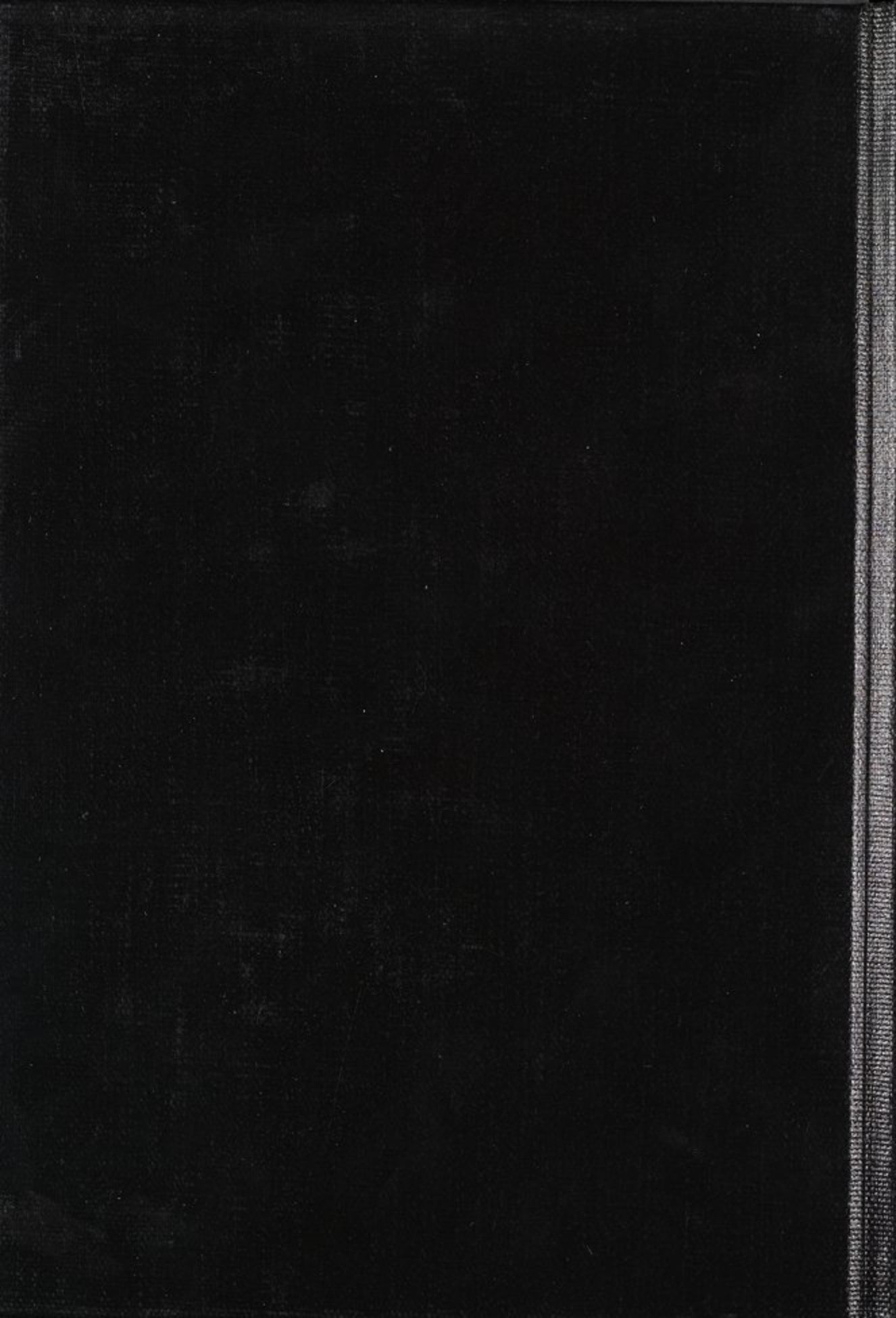
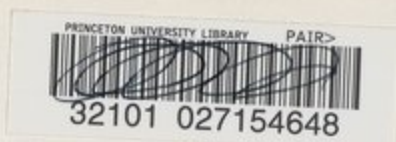






227/
3553
831
1958
v.23

2271.3553.831.1958

v.23

al-Najafī

Jawāhir al-kalām

DATE	ISSUED TO
AUG 19 '74	BINDERY

DATE ISSUED	DATE DUE	DATE ISSUED	DATE DUE

DUE JUN 15, 1995

Princeton University Library



32101 047145402

جواهر الكلام

« في شرح شرائع الإسلام »

تأليف

شيخ الفقهاء وأبام الحقيقين الشيخ حسين بن النجفي
الموتى ١٢٤٤

الجزء الثالث والعشرون

قوبل بالنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الاصل المخطوطة

المصححة بقلم المصنف طاب ثراه حققه وعلق

عليه وأشرف على طبعه و

قام بنشره

الشيخ علي الاخوندي

صاحب

دار الكتب الإسلامية - نجف

جواهر الكلام

(في شرح شرايع الإسلام)

Jawāhir al-kalām

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد بن الحسن النجفي
المرقي ع

الجزء الثالث والعشرون

قوبل بنسخة مصححة التي

قوبلت بنسخة الاصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه
حققه وعلق عليه وأشرف على طبعه و

قام بنشره

الشيخ علي الاخواندي

صاحب

دار الكتب الإسلامية - نجف

مطبعة المهر استوار بقم

الطبعة السادسة

هو الله تعالى شأنه العزيز

2271
3553
8319

~~223~~

(RECAP)

هذا جواهر كهف المسلمين ومن إذا تصعب أمر عنده هانا
محمد الحسن السامي المقام ومن طابت سريرته سرّاً و اعلانا
محبي شريعة طه والذي شهدت بفضلته كل . أهل العلم اذعاناً
ومرجع الخلق من عرب ومن عجم خبراً جزاء إله العرش رضواناً
و كعبة للهدى غراء تقصد ها كل الانام رجلاً و ركباناً

2271
3553
831
1958

v.23

كتبها أقل الاقلين وأذل الاذلين

داود بن أبي الحسن بن أبي طالب

الرضوى الهمداني

سنة ١٢٥٦هـ

وجدنا هذه الابيات مكتوبة وراء صفحته الاولى

من نسخة الاصل فأردنا إثباتها تذكراً

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطيبين الغر الميامين

الفصل الثالث

مما بنى عليه كتاب التجارة ﴿ في الخيار ﴾ الذي هو بمعنى الخيرة
أى المشيئة فى ترجيح أحد الطرفين ، إلا أن المراد به هنا ملك اقرار
العقد وازالته بعد وقوعه مدة معلومة ، ولا ريب فى ثبوته فى الجملة ،
بل هو كالضروري ، وإن كان الأصل فى البيع اللزوم ، أى بناؤه عليه لاعلى الجواز
وإن ثبت فى بعض أفرادهِ وفى جامع المقاصد أو أن الأرجح فيه
ذلك ، نظراً إلى أن أكثر أفرادهِ عليه ، ومراده أن الأصل حينئذ بمعنى
الراجح ، كما أن مرجع الأول إلى ما يناسب المعنى اللغوي ويمكن
كونه بمعنى القاعدة ، أما الاستصحاب فبعيد إلا بتكلف نعم هو دليله
مضافاً إلى الآية (١) فى وجه وظاهر النصوص (٢) : ﴿ والنظر فى أقسامهِ
و أحكامهِ ، أما أقسامهِ ﴾ فقد ذكر المصنف هنا منها ﴿ خمسة ﴾ و آخر
سبعة ، وثالث ، ثمانية ، ورابع ؛ أربعة عشر . وليس ذلك خلافاً وإنما
هو مجرد جمع واستقصاء . ﴿ الأول خيار المجلس ﴾ أى عدم التفرق
حقيقة عرفية أو تجوزاً فى بعض أفراد الحقيقة ، لعدم اعتبار محل الجلوس
فى هذا الخيار ، بل ولا مكان العقد فى شئ من النصوص و الفتاوى ،

﴿ف﴾ حينئذ ﴿إ﴾ إذا حصل الإيجاب و القبول إنعقد البيع و ﴿ك﴾ كان ﴿ل﴾ لكل من المتبايعين خيار الفسخ ما دام في المجلس ﴿ل﴾ أي لم ينفردا ، إجماعاً منا بقسميه ، ونصوصاً مستفيضة أو متواترة . منها - قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن مسلم وصحيح زرارة (١) عن رسول الله صلى الله عليه وآله « البيعان بالخيار حتى يفترقا » وقوله عليه السلام في صحيح الفضيل (٢) لما قال له ما الشرط في غير الحيوان : « البيعان بالخيار مالم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما » وفي صحيح الحلبي (٣) « أيما رجل إشتري بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا فإذا افترقا وجب البيع » وفي صحيح عمر بن يزيد (٤) « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إذا التاجران صدقا بورك لهما و إذا كذبا وخانا لم يبارك لهما وهما بالخيار مالم يفترقا فان اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتاركا » إلى غير ذلك من النصوص التي لا بأس بدعوى تواترها .

فما في خبر غياث (٥) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام « قال : قال : إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا » مطرح او محمول على اشتراط السقوط . أو على إرادة حصول الملك ، أو على الافتراق البعيد ، أو غير ذلك ، والأجود حمله على الثقة من أبي حنيفة وأتباعه في هذه الفتوى الملعونة التي أقدم فيها على خلاف رسول الله ﷺ و آله على علم منه ، ولذا عدت في مطاعنه ، وإطلاق النص والفتوى شامل لكل من المالكيين ، ومن في حكمهما والوكيلين والمختلفين بل في الرياض ثبوته للمتبايعين سواء كان العقد لهما أو لغيرهما أو على

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٢٥١

(٢) و (٣) الوسائل - الباب ١ - من أبواب الخيار الحديث ٢٥٣

(٤) و (٥) الوسائل الباب ١ - من أبواب الخيار الحديث ٢٥٦

التفريق على بعض الوجوه بالاجماع القطعي ، والمستفيض الحكاية ، وإن كان فيه نوع مناقشة ، إلا أن الوجه في ذلك واضح للصدق ، سواء قلنا بأن البيع هو الصيغة ، أو النقل ، أو الانتقال ، فالبايعان المتلبسان بالصيغة ، أو الناقلان ، أو موجداسبب الانتقال ، و الكل صادق على الكل فثبوته حينئذ للوكيلين من الشرع باعتبار الصدق المزبور والتبعية ، كما صرح به في الحقائق ، لامن نص الموكل وإذنه فيه ، بل قد يتوقف في ثبوته لهما مع حضورهما معهما ، لعدم الصدق إلا توسعاً ، ولذا يقال عند التحقيق : ما باعاً وإنما باع وكيلهما ، بل مال اليه في الحقائق اللهم الا أن يدعى ثبوت الخيار لهما باعتبار كونه حقاً متعلقاً في مالهما فيتبعه في الانتقال اليهما ، الا أن ذلك لا ينافي ثبوته للوكيلين مع ذلك ، ومال اليه في المسالك والمحكي عن التذكرة ، بل لعل مدته حينئذ افتراق الوكيلين لافتراقهما الذي لم يجعل غاية في شيء من النصوص بعد فرض كونهما غير بيعين ، وليس هذا اختلافاً بين الضمير ومرجعه ، اذ ليس ثبوت الخيار لهما من الخبر المزبور كي يرد ذلك ، بل لما قلناه وهو يقتضي فرعيته على مال الوكيلين فيتبعه حينئذ فتأمل هذا .

ولكن في المسالك بعد اعترافه أن اطلاق المتن يقتضي التعميم المزبور وأن العرف يشهد على الصدق المذكور في الوكيلين قال : « لكن الحكم في المالكين واضح ، وأما الوكيلان فان لم ينص لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ . فينتفي الحكم عنهما ، وان وكلهما فيه ، فان كان قبل العقد بنى على التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح بوجه حينئذ أم لا وسيأتي في بابه انشاء الله فان لم نجوزه لم يكن لهما ذلك أيضاً ، وان جوزناه ، أو كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار مالم يفترقا ، عملاً باطلاق الخبر ، وهل يثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا

المجلس قيل : نعم لأن الخيار لهما بالأصالة ، ولأنهما بيعان عرفاً ، إذ يصدق على البائع عرفاً أنه باع متاعه إذا كان قد وكل في بيعه وباعه الوكيل ، وكذا المشتري ، ويحتمل العدم لأنهما ليسا بايعين بمعنى موقعي الصيغة ، ولانقلين للملك إنما أوقعها و نقله الوكيلان ، ويحتمل أن لا يكون الخيار إلا لهما لأنهما المالكان حقيقة المستحقان للخيار إذ الأصل في الوكيلين أن لا يستحقان خياراً ، ولا يتناولهما الخبر ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع أو للمالكين فهل يعتبر تفرق الوكيلين أم المالكين أم الجميع كل محتمل ، ويشكل بسبب ضمير تفرقا في بعض الموارد ، ومن ثم قيل : ان المراد بهما المالكان والضمير لهما ، ودخول الوكيلين في الحكم بأمر خارج ، والوجه ثبوته لكل واحد منهما واعتبار تفرق كل في خيار نفسه لا في خيار الآخر ، والمسألة من المشكلات ، وكأنه أشار بقوله أخيراً قيل : إلى ما في جامع المقاصد في مسألة ثبوت الخيار مع اتحاد الموجب والقابل .

قال : « و الذي يجب أن يحقق في معنى الحديث أن البيعين ان أريد بهما العاقدان لأنفسهما لم يعم الوكيلين ولا الموكلين ، و إن أريد بهما مالك المبيع ومالك الثمن لم يطابق أول الحديث إلا إذا كان المالكان هما العاقدان لأن قوله مالم يفترقا لا يصدق في المالكين إذا كان العاقد غيرهما ، لانه يصير معناه حينئذ البيعان بالخيار مالم يفترق المتعاقدان . و هو غير ظاهر ، إلا أن يدعى وجود القرينة الدالة على مرجع هذا الضمير وهي ذكر الافتراق المقتضى بسبق الاجتماع للعقد ، أو يقال : ان الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين لأنه الغالب ، وحكم ما إذا كان العاقد وكيلاهما يستفاد من أمر خارج » قلت : قد يصعب إقامة دليل معتبر على ثبوته للوكيلين صالح لقطع أصالة اللزوم مع فرض عدم ارادتهما من لفظ الحديث ، ولذا قال

في الحقائق : ما سمعت ، ومقتضاه أن لا يحتاج معه إلى نص الموكل بل لا عبرة بمنعه في وجه ، ولا يخفى عليك ما في قوله وإن جوزناه الخ ، ضرورة أنه إذا كان مستند خيارهما التوكيل لا لفظ الحديث لم يتجه تأجيله بالافتراق الذي هو أجل للخيار الشرعى الثابت للبيعين ، ولا فرق بين توكيلهما وتوكيل أجنبي . اللهم إلا أن يدعى كون المراد أن البيعين بالخيار ولو من اذن الموكل مالم يفترقا . وهو كما ترى ، وما تسمعه في آخر المبحث ، و من الغريب قوله و هل يثبت مع ذلك الى آخره إذا كان المراد باسم الاشارة ما ذكره من صورتى ثبوت الخيار لهما . تجوز التوكيل قبل العقد أو فرض وقوعه بعده ، إذ لا وجه حينئذ لاحتمال عدم الخيار لهما ، بعد أن كان التوكيل فيه مقتضياً لثبوته لهما ، و الوكالة في شيء لا تنزل تسلط الموكل ، و كذا لا وجه لعدم الخيار للوكيلين مع فرض أنهما قد وكلا فيه ، بل لا وجه لجميع ما مذكروه بعد ذلك ، ويمكن أن يريد باسم الاشارة ما ذكره أولاً من اقتضاء الاطلاق ثبوته للوكيلين ، ويكون الاحتمالات حينئذ لحال اجتماع حضور المالكين معهما خاصة ، لا إذا لم يجتمعا ، فان الخيار للوكيلين حينئذ على مقتضى الاطلاق المزبور ، أو يقال : ان المراد ثبوت الخيار لهما من حيث حضورهما مضافاً إلى ثبوته لهما من جهة عقد الوكيلين ، فيكون لهما الخيار من جهتين احديهما من حيث اجتماع الوكيلين ، و يبطله تفرقهما ، والثانية من جهة حضورهما ، ويبطله تفرقهما دون الوكيلين ، بل الظاهر أن مراده ذلك و إن كان فيه ما فيه ، ولا يخفى عليك أيضاً ما في قوله ثم السخ ؛ كقوله والوجه مع ما سلف ، و بالجملة كلامه أشكال من المسألة ، هذا كله . ولكن الانصاف - إن لم يكن اجماع - عدم ثبوته للوكيلين إلا بالتوكيل فيه لا إصالة ، والخبر حينئذ إنما هو في البيعين الموجب اجتماعهما فيه في

مجلس العقد للخيار و تفرقهما سقوطه ، وثبوتها للمالكين في عقد الوكيلين إنما هو لما دل من تنزيل عبارة الوكيل منزلة عبارة الموكل المقتضى ثبوت الخيار للموكلين ، اجراء لحكم عقدهما على العقد من و كيلهما بالتنزيل المزبور ، ولكن يسقطه تفرق الوكيلين باعتبار ظهور دليل الخيار في اعتبار دوام مجلس العقد ، سواء كان منهما أو من و كيلهما ، ومع تفرق الوكيلين لم يثبت الخيار باعتبار فوات مجلس العقد الذي لا دليل على تنزيل مجلس الموكل منزلته ، كي يكون المدار عليه لا على مجلس عقد الوكيلين ، فان عمومات الوكالة لا تقتضي ذلك ، و حينئذ فلا اختلاف في مرجع الضمير في البيعين بعد أن كان مورده غير الوكيلين ، و إنما ثبت الخيار للموكلين في بيعهما من الطريق الذي ذكرنا لا من الخبر ، أو يقال ان المراد بكون البيعين بالخيار كونهما مع الخيار ، وإن كان ثبوته لمن له العقد ، بل لو أريد كونه لهما كان نحو قولهم الخيار في الحيوان للمشتري مثلا الشامل للوكيل مع أن من المعلوم كونه للموكل ، كما هو واضح ، و حينئذ فلا يكون اختلاف بين الضمير و مرجعه وعلى تقديره فهو للقرينة .

ومن ذلك يظهر لك الوجه فيما سمعته من كلام جسامع المقاصد فلا حظ و تأمل و تدبر .

فان ذلك هو التحقيق الذي لا ينبغي المحيص عنه في المسألة ، وحاصله ثبوته للمالكين في عقد الوكيلين حضرا معهما أولم يحضرا ، ويسقطه تفرق الوكيلين ؛ نعم لو كانا وكيلين على مجرد اجراء الصيغة ، و قلنا بصحته . وكان الأصلان حاضرين أمكن كون المدار على تفرقهما دون الوكيلين ، لصدق البيعين عليهما دونهما ، و يحتمل كونه كالأول لكون الوكالة فيه مشتملة أيضاً على انشاء النقل وقصده ، فهما كالمستقلين

من هذه الجهة ، و أما الوليان فالخيار للمولى عليه أيضاً ولكن للولين النظر فيه ، لعموم الولاية ، وكيف كان فالفضوليان غير بايعين بناء على ما هو التحقيق من أنه النقل ، سواء قلنا بأن الاجازة كاشفة ، أو نافلة فلا خيار في عقد هما حينئذ ، نعم قد يحتمل خصوصاً على النقل دوران ثبوته على مجلس الاجازة إذا فرض اجتماعهما فيه ، ويحتمل سقوط الخيار هنا من أصله ، ويحتمل كونهما كالوكيلين لأنهما ناقلان أيضاً وإن كان مشروطاً بالرضا ولا يخلو من قوة .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لوضرب بينهما حائل﴾ أو حفر نهر لا يتخطى أو نحو ذلك مع بقائهما على حال العقد ﴿لم يبطل الخيار﴾ قطعاً ، لعدم صدق التفريق به سواء كان غليظاً أو رقيقاً ثوباً أو جداراً من طين أو جص ، بلا خلاف أجده بيننا بل وبين غيرنا ، عدا ما في التذكرة عن الشافعية في الأخير قولان : أصحهما عدم السقوط ، قال : و الحقه الجويني بما إذا حمل أحدهما و أخرج ، لكن في المسالك انه نبه المصنف بما ذكره على خلاف بعض العامة حيث أبطله ولعله يريد ما سمعت والأمر سهل .

﴿وكذا﴾ لم يبطل ﴿لو اكرها﴾ معاً ﴿على التفريق﴾ باختيار هما أم لا ، بلا خلاف أجده ، بل في الغنية وعن تعليق الشرايع الاجماع عليه ، للاصل بعد تبادل الاختيار من النصوص ، ولذا يصح في التحقيق أن يقال لم يفترقا ، ولكن فرقا ، معترضاً بأنه شرع للارفاق المفقود مع الاجبار ، و بما في صحيح الفضيل السابق (١) من الاشعار ، بل لو أريد منه بعد الرضا منهما بالافتراق كان تصافي المطلوب ، ﴿و﴾ بغير ذلك فمأعساه يظهر من بعض متأخري المتأخرين من نوع توقف فيه في غير محله ؛ سيما إذا كان الاكراه رافعاً للاختيار من رأسه .

نعم قد اشترط جماعة بما إذا ﴿لم يتمكن﴾ مع ذلك ﴿من التخابر﴾ أي اختيار الفسخ أو العمل على مقتضى الخيار ، بأن سد أفواههما أو هدد عليه ، بل صرح في الروضة وغيرها بلزوم العقد مع تمكنهما منه ولم يختارا وإن أكرها على التفرق ، وفيه ان ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه بعد الإكراه على الافتراق الذي نزل به الشارع منه منزلة العدم بالنسبة إلى الاسقاط كالسكوت في المجلس - لا دلالة فيه عليه - ولا وضع شرعاً له كما هو واضح ، ولو أكره أحدهما على المفارقة فإن أكره الآخر على المكث كانا معاً مكرهين ، وإلا فقد يظهر من تعليق عدم البطلان في المتن والمحكي عن الشيخ وغيرهما على إكراههما معاً البطلان فيه حتى في حق المكره .

ومثله لو حبس أحدهما وفارقه الآخر اختياراً ، ولعله لما تعرف من سقوطه في حال الاختيار بتخطي أحدهما عن الآخر وهو موجود في الفرض ، فلا يقدح إكراه الثاني ، وفيه صدق المفارقة باختيارهما معاً في الأول ، وإن كان المتخطي واحداً والآخر اختار المكث على المصاحبة ، كما أن الأول اختار التخطي على المكث مع صاحبه ، بخلاف ما نحن فيه الذي يمكن لولا الإكراه لجلس معه في الأول و صاحبه في الثاني ، والمدار في السقوط التفرق المستند إلى اختيارهما معاً ، لأنه المتبادر من النصوص ، حتى صحيح فضيل السابق ، والموافق لاصالة بقاء الخيار ، بل قيل : أنه مقتضى اجتماع الغنية ، المعتضد بفتوى جماعة منهم الشهيد الثاني والمحقق الثاني في الروضة وجامع المقاصد بل لم أقف على الفتوى صريحاً في الاكتفاء بذلك ؛ فيما عدا القواعد قال : «ولو حمل أحدهما و منع من الاختيار لم يسقط خياره على إشكال . أما الثابت فإن منع من التخابر أو المصاحبة لم يسقط ، وإلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول ، وفيه - مع منافية أشكاله هنا لما جزم به -

قبل ذلك من بقاء الخيار لو أكرها على التفرق - بل ولما جزم به أيضاً في الثابت لأن التفرق إن كان صادقاً سقط خيارهما معاً وإن انتفى أو شك فيه فهو كذلك فيهما - أنك قد عرفت عدم السقوط فيهما في الأخير فضلاً عن سابقه لعدم تحقق التفرق المستند إلى اختيارهما معاً وهو المدار كما عرفت ، ومنه يعلم ضعف احتمال بقاء خيار المكرم خاصة ، وإن كان هو أقوى مما استقر به ، بل هو ظاهره أو صريحه في التذكرة فلاحظ وتأمل ، ولو زال الاكراه ففي فورية الخيار و تراخيه إلى حصول الافتراق قولان ، أقواهما الثاني ، للأصل ولأن خيار المجلس موضوع على التراخي وهذا منه أو بدل عنه ، بل إن لم يقدّم إجماع على أن غاية الافتراق بعد الزوال ، أمكن القول ببقائه مطلقاً في بعض الصور التي لم يبق معها بعد الزوال صدق الافتراق فيكون الخيار حينئذ ثابتاً بقوله البيعان الخ ، ولم تحصل الغاية حال إمكانها وبعد الاكراه لم يبق لها مصداق فتأمل جيداً

ولو زال الاكراه وهو ما رآ في التذكرة انقطع خياره ببقائه سائراً قال : «وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الآخر إن طال الزمان ، وإن لم يطل ففيه احتمال عند الجويني» قلت : لا ريب في ضعفه لعدم الدليل على الوجوب في الفرض ، كما أنه لا دليل على تحري الأقصر لو أراد العود ، ولا نضر مفارقتها مجلس الزوال له ، فمن التأمل فيما ذكرنا يظهر لك الحال في كثير من الفروع المتصورة في المقام منها - ما لو ناديا بالبيع في سفينتين مثلاً ففرقتهما الريح التي لا يتمكن من الاصطحاب معها ، فإن الظاهر كما في جامع المقاصد عدم السقوط أيضاً كالاكراه ، بل قال : «لو دهشا فلم يختاراً حينئذ ففسى السقوط نظر والله أعلم».

﴿و﴾ كذا ﴿يسقط﴾ الخيار ﴿بإشتراط سقوطه﴾ منهما أو من أحدهما
بلا خلاف أجده فيه ، بل في الغنية الإجماع عليه لأصالة اللزوم مع الشك في تناول

الأدلة له ، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود (١) وصحيح «المؤمنون عند شروطهم» (٢) الذي هو أرجح مما دل على الخيار من وجوه فيحكم عليه وإن كان التعارض من وجه ، وليس الخيار من مقتضى العقد ، بل هو مقتضى إطلاقه ، بل قد يقال : إنه ليس من مقتضياته أصلاً ، بل هو حكم شرعي ثبت للعاقدين على أنه أولى من اشتراط الخيار في العقد ، والمراد من المتن وغيره معادفيه ذلك أحد الأمور الأربعة المسقطه للخيار سقوطه بنفس الشرط ، لا اشتراط الاسقاط الذي يحصل بأحد مسقطاته ، إذ ليس هو حينئذ اسقاطاً بالشرط ، بل اقضاء استحقاق الاسقاط عليه ، فإن لم يف له به تسلط على الخيار كباقي الشرايط ، وليس مما نحن فيه ، كما أن اشتراطه بالمعنى الذي ذكرناه أولاً لا يرجع إلى نفي استحقاق ثبوت الخيار شرعاً كي يكون باطلاً ، بل مرجعه إلى إيجاب اختيار لزوم العقد عليه ، فمع قبوله كذلك لا بأس به ، وعدم حصوله إلا بعد تمام العقد لا ينافي اشتراط سقوطه عند حصول سببه ، فما عن بعض الشافعية من عدم صحة هذا الشرط كخيار الشفعة لا ريب في بطلانه .

كل ذلك مع الشرط ﴿ في العقد ﴾ أما قبله فلا يلزم كغيره من الشروط الخارجية ، للأصل ، بعد القطع بعدم إرادته من قوله : « المؤمنون عند شروطهم » لأن المراد منه ما يلتزمونه بالملزم الشرعي وإلا لوجب الوفاء بكل كلام يقع بينهم من الوعد وغيره ، وهو معلوم البطلان ، قيل : وإليه أوماً في جملة من النصوص (٣) في النكاح التي هي بفحواها أو عمومها شاهدة على المقام أيضاً خلافاً لظاهر المحكي عن الخلاف والجواهر فأوجبه به . وهو ممكن التنزيل

(١) سورة المائدة الآية ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٣) الوسائل الباب ٣٣ من أبواب المتعة و ٢٠ من أبواب المهور

على صورة بناء العقد عليه لاما إذا وقع سابقاً من دون بناء .

ومن الغريب ما في الرياض من أن قول الشيخ غير بعيد ، لولا نصوص النكاح ، للشك في شمول دليل الخيار ، إذ فيه أنه لا شك بعد القطع بصدق البيعين عليهما ، والدليل غير منحصر في المتيقن كما هو واضح والله أعلم ﴿ و ﴾ كذا يسقط الخيار ﴿ بمفارقة كل منهما صاحبه ﴾ إجماعاً بقسميه ونصوصاً مستفيضة أو متواترة (١) وتحصل ببعد أحد هما عن صاحبه ﴿ ولو بخطوة ﴾ بلا خلاف يعتد به أجده فيه ، لعدم تحديدها بالشرع فيكتفى بمسماها المتحقق بخطوة قطعا ، بل هي في كلامهم مثال لمطلق البعد بينهما زائداً على ما كان حال العقد ، ولا ينافي ذلك صحيح الخطي (٢) الذي لا يأتى حصوله بمادونها .

بل قد يستفاد منه ارادة المعنى اللغوى من الافتراق ، بناء على أن له معنى عرفياً لا يتحقق بخطوة ونحوها بل في الرياض « لولا المعتبرة المستفيضة التي منها الصحيح المزبور ، لأشكل إثبات اللزوم وسقوط الخيار بالافتراق بنحو من الخطوة باطلاق مفهوم نصوص الافتراق ، لاختصاصها بحكم التبادر في الافتراق المعتمد به الغير الصادق على الافتراق بنحو الخطوة عرفاً و عادة » وإن كان قد يناقش فيه بمنع عدم الصدق عليه عند التحقيق لا التوسع المبني على تنزيل القليل منزلة العدم ، بل الشك كاف لاصالة عدم النقل إلى معنى جديد ، وبأنه لا تعرض في المعتبرة للخطوة إذ في صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام « ان أباه اشترى أرضاً يقال لها العريض فلما استوجبها قام فمضى فقال له : يا ابيه لم عجلت ؟ فأجابه بأني أردت أن يجب البيع » ونحوه غيره ولا دلالة فيه على أنه كان خطوة أو أكثر ولا إطلاق فيه ، نعم في صحيح ابن مسلم (٤)

(١) و(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٣) و(٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث ٣ و١

عن الباقر عليه السلام « بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا » ، وهو مع أنه ليس فيه خطوة ، حكاية فعل لا إطلاق فيه ولم يعلم حاله ، فالعمدة حينئذ ما ذكرنا معتضداً بفتوى الأصحاب ، ويبيح ما يستفاد منه المراد بالمجلس من نصوص الصرف (١) فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال فظاهر النص والفتوى عدم اعتبار قصد الاسقاط بالافتراق فلا فرق فيه بين حصوله من الجاهلين أو العالمين أو المختلفين ، ولابن الناسيين للبيع أو الخيار وغيرهما ، ولابن الافتراق له أو لغرض آخر ، وفعل الباقر عليه السلام لا يقتضي حصر الاسقاط به ، فما عساه يتوهم من عبارة الحدائق من اعتبار ذلك في غير محله ، ومنه يعلم أنه لا يعتبر دلالة عرفاً على الرضا ، وإن كان قد يتوهم من صحيح الفضيل (٢)

نعم صريح الصحاح المزبورة حصول افتراقهما بما ذكرناه من انتقال الواحد ؛ ولا يشترط ذلك منهما كما أوضحناه فيما تقدم ، وكذا لا فرق عندنا بين قرب المكانين وبعدهما ، حتى لو تساويا من مكان بعيد اعتبر التفرق من مكانهما لسقوط الخيار ؛ وعن بعض العامة اسقاطه لمقارنة المسقط ولاريب في سقوطه ، أما إذا لم يحصل مسماه كما لو مشيا مصطحبين أو تقاربا أو نحو ذلك لم يسقط الخيار ، ولو هرب أحدهما ففارق الآخر ولو بخطوة اختياراً ، عالمة أو جاهلين أو مختلفين ، ففي القواعد وجامع المقاصد السقوط أيضاً ، بل في الأخير وإن فعل ذلك حيلة في لزوم العقد ، وهو لا يخلو من نظر إذا لم يحصل صدق التفرق باختيارهما ، والله أعلم .

﴿ و ﴾ كذا يسقط الخيار في العقد ﴿ بايجابهما إياه أو أحدهما ورضا

(١) الوسائل . الباب ٢ - من أبواب الصرف الحديث ٨٥٣ و١

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

الآخر* وهو المسمى بالتخاير، وصورته أن يقولوا اخترنا العقد أو الزمان أو اسقطنا الخيار أو نحو ذلك، مما يدل على اختيار لزوم العقد والرضا به، ولا يختص به، بل كل ما دل على الرضا فهو كاف، ولذا لزم بالإيجاب من أحدهما مع رضا الآخر، وعلى كل حال فالسقوط بذلك مما لا خلاف فيه، بل في الغنية والتذكرة ومحكي الخلاف الإجماع عليه، بل ولا إشكال، ضرورة معلومية كون الخيار مما يسقط بالاسقاط، وأن المدار في لزوم العقد على ما يدل على الرضا من الأفعال، فضلاً عن الأقوال، كما أوماً إليه في صحيح الفضيل وبعض نصوص خيار الحيوان (١) وغيره، ولما قيل من أن فسخ اللزوم بالتقابل يقتضي لزوم الجايز بالتخاير، ولأنه سقط بالافتراق، لدلالته على الرضاء، والتخاير صريح فيه، وإن كان فيه نوع تأمل، وفحوى خبر السكوني (٢) عن الصادق عليه السلام « أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً شرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه فقال : ليشهد أنه قد رضيه أو استوجبه، ثم ليبعه إن شاء فإن أقام في السوق ولم يبع فقد وجب عليه » ونحوه خبر الحلبي والشحام (٣)

لكن في الحقائق « ولقائل أن يقول ان ذلك لا يزيد على ما يقتضيه العقد من اللزوم، و أقصاه التأكيد، ونصوص الخيار مطلقاً شاملة للعقد المؤكد وغيره، ضرورة صدق عدم الافتراق معه وهو مدار بقاء الخيار، إلا أن يقال ان هذه الألفاظ في قوة اشتراط سقوط الخيار فيرجع إليه » وهو من غرائب الكلام إذ الفرق بينه وبين الشرط في متن العقد واضح، كوضوح أن المراد به ما دل على اسقاط الخيار لا ما دل على أصل

(١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب الخيار.

(٢) و(٣) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب الخيار الحديث ١ و٢ و٣

وقوع العقد الذي مقتضاه اللزوم .

﴿ولو التزم أحدهما﴾ به ﴿سقط خياره﴾ لما عرفت ﴿دون صاحبه﴾ لاصالة بقائه ، وعدم ارتباط أحدهما بالآخر ، وكونهما بالتفرق كذلك بناء على ما قلناه لا يقتضي مساواة غيره له كما هو واضح ، والتثنية في ثبوت الخيار لهما بعد معلومية ارادة ثبوته لكل منهما كما أولاً إليه في صحيح الفضيل المتضمن رضاهما معاً ، لا يقتضي الارتباط .

﴿ولو خير﴾ أحدهما الآخر بأن قال له : اختر ﴿فسكت فخير الساكت باق﴾ اجماعاً ، للاصل وإطلاق الأدلة ، والسكوت أعم من الرضا ، نعم لو اقترن بما يدل عليه سقط كما ستعرف ، ﴿وكذا﴾ خيار ﴿الآخر﴾ لأن أمره بالخيار لخصوص المأمور أو لهما معاً لا يدل على إسقاط خيار نفسه باحدى الدلالات ، ﴿وقيل فيه﴾ ولكن لم نعرف القائل وإن نسب إلى الشيخ إلا أن المحكي عن مبسوطه وخلافه خلاف الحكاية ﴿يسقط﴾ للنبي (١) «البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقل لصاحبه اختر» ﴿والأول أشبه﴾ لما عرفت ؛ وعدم ثبوت هذه الزيادة من طرفنا ، مع أن مقتضاها سقوط خيارهما معاً ، ولعله لذا حملها في المختلف على ما إذا خيره فاختر اللزوم ، لكن في الحقائق «إن فيه ما لا يخفى ، لأن محل الكلام إنما هو المخير بصيغة اسم الفاعل و إن تخييره لصاحبه يدل على اختياره الإمساك وظاهر كلامه أن الذي اختار إنما هو المخير بصيغة أسم المفعول ، وهو ليس محل البحث » وفيه أنه صرح الشيخ ، وابن زهرة والعلامة والشهيد وغيرهم على ما حكى عن البعض بأنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فاختر الامضاء بطل الخياران ، أما لو سكت فهو ما نحن فيه ، بل قد استدلل بعض الاساطين للسقوط بأنه ملك

الجواهر ٢

صاحبه ماملعه من الخيار ، وإن كان فيه منع دلالة التخخير على التملك ، ولو قصد سقط خياره ، كما صرح به في التذكرة وإن سكت المخير بالفتح كما أنه لا يسقط وإن أمضى المأمور إذا كان القصد الاستكشاف ، أما إذا قصد التفويض سقط مع الامضاء ، دون السكوت ، قيل : وهو الظاهر من التخخير ، ولذا فرقوا بين السكوت والامضاء ، ولو سلم عدم الظهور فهو أعم من التملك قطعاً ، فلا يحكم بالسقوط بمجرد ، ولو صرح بالمتعلق فإن قال : اختر الامضاء فالحكم كما لو أطلق ، ولو قال : اختر الفسخ فخيار الآخر باق وإن أمضى المخير ، و ظاهر الدروس سقوطه وهو بعيد . ثم إنه قد يظهر من اقتصار المصنف وغيره على ما ذكر من المسقطات عدم سقوطه بغير ذلك حتى التصرف ، بل هو كالصريح منه فيما يأتي ، بل قصره في الغنية والمحكي عن المبسوط وابني سعيد و ادريس في موضع من السرائر على التفرق والتخاير ، بل عن جماعة قصره على الأول ، لكن صرح جماعة من المتأخرين - بل الظاهر عدم الخلاف فيه بينهم كما اعترف به بعض الاساطين - بسقوط خيار المشتري بالتصرف في المبيع ، بل حكاه بعضهم عن خلاف الشيخ ، و الكافي و الجواهر و السرائر أيضاً ، بل عن الاول انه نقل اجماع الفرقة على أن المشتري متى تصرف في المبيع سقط خياره ، قال : وورد الاخبار بدعهم عليهم السلام مشيراً بذلك إلى ما أورده في كتاب الحديث ، إلا أنه لم نجد ما يدل على ابطال التصرف لمطلق الخيار بعد الاجماع المزبور المؤيد بتخصيص الاصحاب خيار الغبن بالبقاء مع التصرف من بين الخيارات ، مع احتمال ارادتهم فيه ايضاً ما قبل ظهور الغبن وثبوت الخيار ، فلا تخصيص حينئذ لذلك إلا ما قيل من التعليل بالرضا المستفاد من صحيح الفضيل السابق (١) وصحيح ابن رباب في خيار الحيوان (٢) ، و فيه فان أحدث المشتري فيما اشترى حدناً قبل الثلاثة فذلك رضاً منه فلا شرط له ، و منه

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١

يظهر الوجه في سقوط خيار البايع لو تصرف بالثمن المعين ، للاشتراك بالعلة و هي الدلالة على الرضاء بالبيع .

أما ما ذكره فيما لو انعكس الأمر - فتصرف البايع في المبيع أو المشتري في الثمن - من أنه يكون فسخا ، ويبطل به الخياران - بل في الغنية نفى الخلاف عنه - فلا أجده دليلًا سوى دعوى دلالة التصرف عليه ، ولا ريب فيه ان تمت الدلالة ولو بمعونة قرينة ، وإلا فهو محل مناقشة كما في الرياض « لمنع الدلالة مع أعمية التصرف من الفسخ وغيره ، فيحتمل السهو والغفلة فان تم اجماع على الاطلاق ، وإلا فالمسألة محل ريبه ، لاصالة بقاء صحة المعاملة والخيار فيها » قلت : بل ان لم يتم اجماع على الأول . أي اللزوم بالتصرف كان محالًا للتظن ، اذ دعوى دلالة عليه عرفاً مطلقاً محل منع ؛ خصوصاً وقد يصدر منه التصرف مع الغفلة عن البيع أو الخيار أو نحو ذلك . نعم يمكن دعوى وضع ذلك للدلالة شرعاً وتعميمه لما نحن فيه ، إلا أنه إن لم يحصل اجماع كما ترى ، بل قد يناقش في الدال منه عرفاً إذا لم تكن دلالة رافعة لاحتمال عدم ارادة الفسخ ، بناءً على اعتبار خصوص الظاهر من الأقوال في أمثال ذلك لا الأعم منها والافعال .

و على كل حال فهل المدار على حصول الدال على الرضا باللزوم أو الفسخ . أو يكفي حصول ذلك في النفس وإن لم يصدر منه ما يدل ، عليه فيحرم عليه فيما بينه وبين ربه العمل على خلاف ما وقع فيها ، ظاهر الأصحاب الأول ؛ ويؤيده الاستصحاب ، وقد يظهر من بعض النصوص (١) الثاني .

وكذا لا خيار للبايع والمشتري في شراء من يعتق على المشتري ، كما صرح به جماعة ، بل في الحقائق انه المشهور ، لدخوله في ملك المشتري

بنفس العقد ، فينتق بمجرد الملك ، والعق لا يقع متزلزلاً ، والحر لا يعود رفقاً ، وفي الصحيح (١) « فيمن ينتق من الرجال والنساء انهم إذا ملكوا اعتقوا ، وانهم إذا ملكن اعتقن » بل في كثير من النصوص والعبارات نفى الملك ، وحقيقة النفي وأقرب مجازاته ينفيان الخيار .

نعم يثبت على القول بانتقال المبيع بعده ، إن لأماع فيه ، وهو خلاف التحقيق كما ستعرف ، و احتمال في الدروس ثبوته للبائع ، لسبق تعلق حقه فيقف العق على التفرق ، أو يثبت الخيار في القيمة دون العين ، جمعاً بين الحقين وتنزيلاً لها منزلة التلف الذي لا يمنع الخيار ، بل في الحدائق « التوقف في سقوط خيار المشتري ، فضلاً عن البائع ، لان التعارض بين ما دل على العق وعلى الخيار ، تعارض العموم من وجه ولا ترجيح » ولا ريب في بعد الجميع خصوصاً مع علم البائع ، ودعوى تقدم حقه ممنوعة ، فان الخيار بعد الملك كالعق ، وهو مبني على التغليب وادلتته أقص على هذا المورد من أدلة الخيار ، ومعتمدة بالشهرة ، فيترجح عليها وتخصص بها ، والقيمة بدل العين ، فيمنع استحقاقها دون المبدل .

نعم لو تصرف المشتري فيه بالعق اختياراً سقط حقه قطعاً ، بناء على ما عرفت ، أما البائع فالظاهر بقاء خياره لسبق حقه ، إلا أنه يقوى في خصوص العق الانتقال الى القيمة ، الماعرفت من عدم التزلزل فيه ، ودعوى عدم عود الحررقا ، اللهم إلا أن يدعى توقف نفوذ العق على انقضاء خيار البائع ، وهو مناف لاطلاق ما دل على حصوله باجراء الصيغة على الملك ، لكن في المسالك الاشكال في صحة سائر تصرفات المشتري الناقلة مع خيار البائع ، وربما يأتي للمسألة تنمة في المباحث الآتية انشاء الله ، ولو اشترى العبد نفسه بناء على جوازه كالكتابة فكالاتفاق

عند الفاضل ، وفي جامع المقاصد « ان مثلهما لو كان المبيع جمداً في زمان الحر ، لانه يذوب شيئاً فشيئاً إلا أن يقال التلف لا يسقط الخيار » قلت : و هو كذلك والله اعلم .

﴿ولو كان العاقد واحداً عن اثنين﴾ هو أحد هما أو غيرهما ﴿كألاب أو الجذ﴾ أو الوصي لطفلين ، ﴿كان الخيار ثابتاً مالم يشترط سقوطه ، أو يلتزم به عنهما بعد العقد . أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول﴾ لم نعرف قائله قبل المصنف ؛ نعم صرح بالخيار في الفرض جماعة من الاصحاب ، بل لا أجد فيه خلافاً بيننا ، وإن حكى الفاضل قولاً بالسقوط ، إلا أن الظاهر كما اعترف به بعض الاساطين كونه من العامة ، نعم احتمله بعض أصحابنا أو مال إليه ، بل في الحقائق « انه الاقرب ، لقاعدة اللزوم ، والشك في ثبوت الخيار في الفرض ، إن لم يكن ظاهر الادلة خلافه » وفيه انه يمكن ان يكون دليله - بعد الاجماع في الغنية . على دخول خيار المجلس كل بيع ، معترضاً بالشبهة العظيمة في المقام ، و ظاهر الاصحاب في بيان محله التنقيح ، لان المقتضى له في التعدد - هو البيع ، وقد وجد في الواحد ، والنص وإن كان ظاهره التعدد ، إلا انه بوروده مورد الغالب ؛ وظهور ارادة قصد التنصيص به على الاشتراك ، والتوطئة لذكر التفرق ، يضعف ارادة اعتبار ذلك في الخيار ، ولو اثار فيه ، لأثر في غيره مما ابتنى عليه ، فيسقط مع الاتحاد اكثر الاحكام ، وهو معلوم العدم ، فيكون الظاهر من تعليق الخيار بالبيع في قوله « البيعان » هو ثبوته لهما من حيث هما يبعان ويرجع بعد اسقاط التثنية من الحيثية ، لكونها في قوة التكرار بالعطف إلى ثبوته للبائع من حيث هو بايع ، والمشتري من حيث هو كذلك ، والعاقد الواحد بايع ومشتري ، فيثبت له الخيار بالاعتبارين .

ولا ينافي ذلك قوله « مالم يفترقا » إذا كان المراد من النفي حقيقته التي

هي السلب المطلق ، فلا فرق فيه بين المتعدد والمتحد ، بل لو أريد منه الملكة أي عدم الافتراق عن شأنه ذلك ، أمكن حينئذ القول بأنه لا يقتضي تخصيص مورد الخيار به ، بل أقصاه السقوط بذلك فيما يحصل به من افراده ، فلا ينافي ما دل باطلاقه على ثبوت الخيار للبائع مثلاً ، من الخبر المزبور ، بعد ما ذكرناه فيه وغيره كقول الرضا عليه السلام (١) في خبر ابن اسباط «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان ان يفترقا» أي الخيار ثابت في غير الحيوان إلى أن يفترقا إن كان لطرفيه عاقدان بل قيل : انه قد يتمسك للمطلق بعموم النص ، بدعوى ارادة الحقيقة من النفي والحمل للتثنية على عموم المجاز ، كما ينبه عليه سوق النصوص (٢) و الافتران بخيار الحيوان في أكثرها ، و العموم فيه معلوم بالنصوص ، منها صحيح الفضيل (٣) المتقدم سابقا ، وفي الصحيح (٤) «ما الشرط في الحيوان؟ فقال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وما الشرط في غير الحيوان ؟ قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» الذي هو مع تضمنه لما ذكرنا من المتحد سؤالا ، فينبغي ان يعمله جواباً وتعليلاً ، ينشأ من التنبيه على علة السقوط بالافتراق ، فيعمه حكماً .

كل ذلك مضافا الى معلومية بدلية المتحد عن الاثنين في سائر الأحكام الثابتة للمتبايعين ، والى استبعاد ثبوته لو وكل الولي عن أحد الطفلين ثم عقد معه إذ دعوى السقوط فيه أيضاً كما ترى ، فلا مناص بعد ذلك بل بعضه عما عليه

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب الخيار الحديث ٥

(٢) الوسائل الباب ٢٠١ من أبواب الخيار .

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٤) الاستبصار ج ٣ ص ٧٢

الأصحاب ، كما أنه لا مناص بعد القول بثبوته ، عن القول بعدم سقوطه في التأخر عن مجلس العقد ، للاستصحاب وعدم ما يدل على تنزيله منزلة افتراقهما كما هو المشهور بين الأصحاب بل لم يظهر فيه خلاف بينهم .

نعم عن المبسوط كالمتن حكايته ، و احتمله العلامة ، و يحتمله عبارة الدروس على بعد ، وعن الصيمري اعتماده ، نظراً إلى ان خيار المجلس يسقط بمفارقته من غير اصطحاب ولا مصاحبة بين الشخص ونفسه ، وفيه ان افتراقهما ايضاً مستحيل ، والمسقط هو الافتراق ، وربما انتصر له بلزوم الضرر ، ومخالفة الفرع للأصل ، وبإطلاق ما دل على جواز بيع الوكيل ماله من موكله ، ومال موكله من نفسه ، ولو دام الخيار مع الاتحاد وجب التفصيل ، و الضرر يندفع بالا شترط ، والفسخ والمخالفة مقلوبة ؛ ضرورة عدم اللزوم بمفارقة المجلس خاصة في المتبايعين ، بل لا بد من افتراق البدنين ، ونصرف الوكيل منوط بالمصلحة مطلقاً ، فان وجدت مع استمرار الخيار ، وإلا بطل لهذا الاعتبار .

هذا ولعل اقتصار المصنف على هذين المسقطين ، لعدم ذكره التصرف أما غيره ممن ذكره ولم يذكره هنا ، فمقتضاه انه لا يحصل به في المقام باعتبار اشتراك المتصرف ، إلا أن يضم إليه قصد التصرف عن احدهما ، ولو جاءا مصطحبين فقال أحدهما : تفرقنا ولزم البيع ، وأكرر الآخر ، فعلى المدعى البينة ، إن لم يطل الوقت ، للأصل ، بل وإن طال ترجيحاً له على الظاهر ، ويحتمل العكس ، بل قواه في جامع المقاصد ، نظراً الى شدة استبعاد بقاء الشخصين مجتمعين مدة طويلة ، مع كون الاصطحاب منسوباً اليهما معاً ، حتى لو أراد أحدهما المفارقة احتيج في منعه الى الالتزام والقبض ؛ وذلك من الأمور النادرة ، قال : «ولكن هذا الظاهر يتفاوت قوة وضعفاً بافراط طول

المدة وعدمه» قلت : هو ان لم يصل في القوة الى صلاحية قطع الأصل ، يشكل تقديمه عليه ، ولو اتفقا علي التفرق ، واختلفا في الفسخ ، فالقول قول منكره بيمينه .

وفي القواعد «احتمال تقديم مدعيه ، لانه أعرف بنيته» وهو كما ترى ، ولعله يريد مالو اختلفا في فعل مدعي الفسخ ، مع أن ظاهر جامع المقاصد تقديم قول المنكر فيه ، ولو قال أحدهما : تفرقنا قبل الفسخ ، وقال الآخر : فسخنا قبل التفرق ، احتمل تقديم الأول ، لاصالة بقاء العقد ، و تقديم الثاني ، لانه يوافقه عليه و يدعي فساد ، والأصل صحته ، لأن الفسخ فعله ، واصالة تأخر كل منهما عن الآخر مع جهل التاريخ يقتضي الاقتران ، وهو مع انه خلاف الظاهر ، بل والأصل ، كما حقق في محله و لذا لم يعتبره أحد من الأصحاب يقتضي ترجيح الأخير ، لاستصحاب الخيار حتى يتحقق الافتراق فتأمل والله اعلم .

القسم الثاني = خيار الحيوان

﴿ خيار الحيوان ﴾ الذي هو في الجملة اجماعي . بل ضروري عند علماء المذهب ﴿ والشرط فيه ﴾ أي الخيار في الحيوان ﴿ كله ﴾ أنسيه وغيره ﴿ ثلاثة ايام ﴾ على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة بل في ظاهر الانتصار و التذكرة و المحكي عن الخلاف والتحرير و صريح السرائر الاجماع عليه ، لاطلاق النصوص

بل العموم في بعض الصحاح منها ؛ وخصوص صحيح ابن رثاب (١) وغيره ، مما تسمعه خلافا للحليين على ما حكى عن أبي الصلاح منهما ، وربما يوافقهما ظاهر الشيخين ، والمحكي عن الديلمي ، حيث حكموا بضمنان البايع مدة الاستبراء ، وليس إلا لأنها مدة الخيار المضمون ما يحدث فيها على البايع . لانه لا خيار له ، و الحمل على عدم القبض بعيد . بل المفروض في المقنعة والنهاية . وضع المشتري اياها عند غيره ، وهو قبض وايداع ، بل فيهما ، والوسيلة ومحكي المراسم والجامع ان نفقة تلك المدة على البايع ، قيل: وهو يؤذن بذلك ، وإلا لوجب على المشتري بالملك قبل انقضائها.

قلت : يمكن القول بالضمنان والنفقة مع انقضاء مدة الخيار ، للدلالة كما هو مقتضى الجمع بين اطلاقهم الثلاثة في خيار الحيوان ، وذكر هم ذلك ، وعلى كل حال فلا نعرف له مستنداً صالحاً لمعارضة اطلاق الأدلة وعمومها فضلاً عن خصوصها ، إذ اجماع الغنية - بعد معارضته بمثله ، ورجحانه عليه من وجوه - غير صالح لذلك قطعاً كما هو واضح .

وكيف كان فهذا الخيار ﴿ للمشتري خاصة دون البايع على الأظهر ﴾ الأشهر فتوى ورواية . بل المشهور شهرة عظيمة فيها ، بل في الغنية وظاهر الدروس وأوصريحها الاجماع عليه ، بل لأجد فيه خلافاً لإلأمن المرتضى في انتصاره ، والمحكي عن ابن طاووس ، بل لم نعرف النسبة إلا لاولهما ، لقاعدة اللزوم المستفادة من الآية (٢) والرواية ، وخصوص صحيح ابن رثاب (٣) المروى عن قرب الاسناد

الجواهر ٣

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١

(١) سورة المائدة الآية ١ .

(٢) ذكر صدره في الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٩ وذيله في الباب ٤ منها الحديث ٣

«سئل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية ، لمن الخيار للمشتري أو البايع أو لهما كليهما ؟ فقال : الخيار لمن اشترى ، ثلاثة أيام نظرة ، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء ، قلت له : أرأيت إن قبلها المشتري أو لامس فقال : إذا قبل أو لامس أو نظرفيها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته » الحديث .

بل وصحيح الفضيل (١) قال للصادق عليه السلام : « ما الشرط في الحيوان ؟ فقال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وما الشرط في غير الحيوان ؟ فقال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا » الحديث ، الذي يقرب منه في الصراحة بالعدول بالجواب في غير الحيوان ، والاقتران باللام المفيدة للاختصاص ، وظهور ارادة القيد من الوقوع في بيان السؤال ، فهو بمنزلة ما يذكر في الحدود والحصر بتعريف المبتدأ بناء على أن للمشتري خبراً ، أو كالخبر بالنسبة إلى ذلك ونحو خبر ابن اسباط (٢) « سمع الرضا عليه السلام يقول : الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، وفي غير الحيوان ان يفترقا » وإن لم يجتمع فيه جميع ما ذكرنا ، صحيح الحلبي (٣) « عن الصادق عليه السلام في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري ، وهو بالخيار فيها ان شرط فيها أولم يشترط » ، وصحيح ابن رثاب (٤) « عن الصادق عليه السلام الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، اشترط فيها أولم يشترط ، فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه ، فلا شرط ، قيل له : وما الحدث ؟ قال : إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما يحرم عليه قبل الشراء » وسمع الحسن بن علي بن فضال

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٥

(٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١

في الموثق (١) «أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول : صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام .»

فمن الغريب ما في المسالك من الاقتصار في الاستدلال له على صحيح الحلبي (٢) وقال : «انه لا يدل على نفيه عن البائع إلا من حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف ، فالقول بما عليه المرتضى في غاية القوة ، إن لم يثبت الاجماع علي خلافه» وتبعه في هذا الميل الكاشاني وهو كما ترى ، مع انه لم نقف له على دليل سوى ما ادعاه من الاجماع الموهون بالتبعية لفتاوي من تقدمه كال مفيد و الصدوقين ، ومن تأخر عنه المعارض بمثله صريحاً و ظاهراً ، وسوى صحيح محمد بن مسلم (٣) عن الصادق عليه السلام « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان ، وما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا » و صحيحه الآخر (٤) « عنه أيضاً قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار حتي يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام » كصحيح زرارة (٥) عن الباقر عليه السلام مع أن المراد بصاحب الحيوان في الاخيرين المشتري ، بقرينة موثق ابن فضال (٦) الذي هو إن اريد منه بيان الموضوع أو التخصيص في الحكم كان كافياً في المطلوب ، ونافياً لأصل الدلالة فيهما على الأول ، الذي يمكن دعوى انه المنساق المتبادر ، إذ هو صاحب فعلا ، على أنه لو اريد به الأعم ثبت لكل منهما الخيار ، متى كان أحد العوضين .

وهو مما لم يقل به أحد ، لان من صورته كون الثمن للدار مثلاً حيواناً ولا خيار فيها للمشتري قطعاً ، كما ان العدول في الجواب فيهما صريح أو

(١) و(٢) و(٣) الوسائل - الباب ٣ - من ابواب الخيار الحديث ٢-١-٣

(٤) الوسائل الباب ١ - من ابواب الخيار الحديث ١

(٥) و(٦) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٦-٢

كالصريح في ارادة احدهما من صاحب ، و تخصيصه بالبايع فيما إذا كان المبيع حيواناً مالم يقل به احد ، فوجب ارادة المشتري منه ، فانحصر الدليل في الصحيح الأول (١) القاصر عن معارضة ما عرفت من وجوه ، بل ربما احتمل فيه بقرينة إتحاد الراوي والمروى عنه للصحيح الذي بعده ، انه نقل من الراوي بالمعني ، بزعم الموافقة ؛ واحتمل فيه ايضاً ارادة الخيار لمجموعهما الصادق بالمشتري خاصة ، وأن الخيار للمشتري وعلى البايع فهو لهما أو نحو ذلك من الاحتمالات البعيدة التي لا بأس بها بعد القصور عن المعارضة ، وانها أولى من الطرح .

نعم احتمل الفاضل تنزيله على ما اذا كان كل من الثمن و المثلن حيواناً ، وكأنه علق قوله في الحيوان فيه بالمبتدأ ، وهو مبني على ثبوت الخيار لهما في هذه الصورة ، وعدّه في جامع المقاصد ثالث الأقوال ، ونفى عنه البعد لما فيه من الجمع ، بل عن جماعة منهم الصيمري اختياره لذلك ، ولا اتحاد وجه الحكمة في ثبوت هذا الخيار للمشتري ، وهي خفاء حال الحيوان المحتاج إلى ضرب هذه المدة ، وفيه بعد اعتبار التكافؤ في الجمع ، انه لا شاهد عليه في اللفظ ولا من خارج ، وقاعدة أولويته من الطرح غير ثابتة كما تحرر في الاصول ، والحكمة مالم يكن منصوص علة أو تنقيح مناط لا يجوز اطرادها عندنا .

ومن ذلك كله يظهر لك ضعف ما احتمله الفاضل ايضاً من ثبوته لذى الحيوان مطلقاً ، فيشتركان فيه مع كون العوضين حيوانين ، ويختص به المشتري في بيع الحيوان بغيره ، ويختص به البايع في بيع غيره به ، وإن مال إليه أو توقف فيه في الرياض ، وقواه في الروضة ، واختاره في المسالك ، ومجمع البرهان و

الحدائق ، وعن غيرها ، إلا انه لا مستند له سوى الصحيح المزبور بعد التنزيل المذكور ، وإطلاق صاحب الحيوان في الصحيحين ، بناء على ارادة المنقل اليه منه ، لا ما كان صاحبه ، والاشتراك في وجه الحكمة ، وفي الجميع ما عرفت خصوصاً بعد غلبة كون الحيوان مقابل بغيره ، فصاحبه المشتري ، سيما ولا عموم معتد به في هذه الاضافة إن ليست من إضافة المصدر . فتأمل جيداً .

ثم إن ابتداء الخيار من تمام العقد ، كما صرح به جماعة وهو ظاهر الباقيين ، لامن حين التفرق ، لتبادر الاتصال من النصوص (١) وانه كخيار المجلس ، بل هو متعين الارادة في كثير منها ، لعدم سبق غيره ، وبه ينقطع الاستصحاب والتأسيس مع انه خلاف وضع العقد غير لازم ؛ و الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار ، فلا يجتمع المثلان وفائدته البقاء باحد الاعتبارين مع سقوط الآخر ، فلا يتداخل السببان والاسباب الشرعية معرفات لامؤثرات ، فلا استحالة في اجتماعهما كما اجتمعت في المجلس والعيب ، وخيار الرؤية باعتراف الخصم ، والبيع يتم بالايجاب والقبول على الأصح ، فلا يمتنع الخيار قبل التفرق ، وارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضي اللزوم مطلقاً ، بل اللزوم اللازم من رفعه ، فيصح تعلقه بالجائز ، ولو قيل بالسببية في المجموع ، دون الجميع اندفع اكثر ذلك إلا انه خلاف الظاهر نصاً وفتوى ، ويلزمه سقوط الأثر بالكلية مع استمرار المجلس طول المدة ، وهو بعيد .

كما أن احتمال سقوط خيار المجلس في الحيوان ، لظهور بعض النصوص الجامعة بينهما في اختلاف موضوعهما بعيد ايضاً ، لظهور الفتاوى و جملة من النصوص في خلافه ، ويلزمه عدم الخيار بعد الثلاثة لوزاد المجلس عليها ، والبحث في ثبوته للوكيل نحو ما سمعته في خيار المجلس ، لكن من المعلوم هنا اختصاصه بالمالك ومن يوكله فيه ، كما ان من المعلوم ابتدأه في الفضولي

من حين الاجازة بناء على النقل ، أما على الكشف فإن كانت بعد الثلاثة سقط ، وإلا ثبت فيما بقي منها والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿يسقط باشتراط سقوطه في العقد و بالتزامه بعده ﴾
لما تقدم في خيار المجلس ﴿و باحدائه فيه حدثاً، كوطي الامة وقطع الثوب
وبصرفه فيه سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع أو لم يكن كالهبة قبل القبض والوصية ﴾
لصحيح ابن رثاب السابقين (١) ومكاتبة الصفار (٢) إلى أبي محمد عليه السلام « في
الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من اخذ الحافر أو أنعلها أو
ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة الايام التي له فيها الخيار بعد
الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها ؟ فوق عليه إذا أحدث
فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله » وصرح جماعة بل لاخلاف فيه يعرف
بينهم أنه لا فرق بين الناقل وغيره ، لصدق اسم الحدث ، و ذكر بعض
أفراد العام أو المطلق للتمثيل لا يقضي بالتخصيص والتقييد لهما ؛ سيما إذا كان
في كلام السائل كالمكاتبة ، والمناقشة بظهور صحيح ابن رثاب فسي اختصاص
الحدث بما لا يشمل التصرف الناقل إذا المثال إنما هو لما مائله ضعيفة ، ضرورة
أن ذلك وإن لم يكن من صنف المذكور ، ولكنه أولى قطعاً ؛ نعم قد يظهر من
بعض النصوص الآتية في خيار الشرط (٣) عدم دلالة مثل ذلك على الرضا و لذا
اشتراط على المتصرف الذي له الخيار أن يستوجب البيع أولاً ، لكن لم أجد عاملاً
بها ، فهي بالنسبة إلى ذلك شاذة .

وعلى كل حال فقد قيل أن الظاهر من صحيح الرضا (٤) الذي هو كالتعليل

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ٣١

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الخيار الحديث ١-٢

(٤) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١ .

كون المناخ حصول الرضا بسببه ، فلو علم انتفاؤه وان قصده بالحدث اختباره أو غيره ، بقي خياره ، ولعله لذا قيده بعض الأفاضل بما إذا لم يكن للاختبار ونحوه ويؤيده الأصل ، والاطلاقات و بعض النصوص ، كالخبرين أحدهما الصحيح (١) «عن رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها ، قال : إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها ، ردمها ثلاثة أمداد ، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء » لكن عن بعضهم سقوط الخيار به أيضاً بل مال إليه في المسالك ، ولعله للاطلاق وإرادة التنزيل منزلة الرضا في السقوط شرعاً ، لأنه كاشف عنه ، وإلا لم يتم في مشكوك الحال فضلاً عن معلوم العدم ، اللهم إلا أن يقال أن الشرع كاشف عن العرف ، فيتبع فيما لم يعلم عدمه ، بل ذلك هو الموافق لأصلي الخيار وال لزوم ؛ وستسمع إنشاء الله تمام البحث فيه من الأحكام .

ويسقط أيضاً بانقضاء المدة وهي ثلاثة أيام كما عرفت قال ، بعض الأفاضل : بلياليها تحقيقاً ، لأنه الأصل في التحديد و الظاهر دخول الليلتين أصالة ، فتدخل الثالثة ، وإلا اختلف معنى الاحاد في استعمال واحد ، وفيه نظر ، لأن الظاهر دخول الليلتين المتوسطتين في الحكم ، دون الاسم ، إذ ليس اليوم لغة وشرعاً و عرفاً إلا البياض المقابل لليل ، لأنه لما فهم اتصال الخيار بالعقد في جميع أزمته وقوعه ليلاً أو نهراً إلى أن يتحقق مصداق مضي ثلاثة أيام ، دخل الليلتان وغيرهما ، بل الظاهر دخول المنكسر من اليوم كذلك أيضاً . فإذا وقع العقد مثلاً ظهر يوم الخميس ، فالخيار متصل إلى أن يتحقق مصداق مضي ثلاثة أيام ، ولا يكون ذلك إلا بانتهاء يوم الأحد ، وهو غروب الشمس منه ، ولو وقع في أول ليلة الخميس مثلاً ، فالخيار فيه إلى مضي الثلاثة ، فتدخل الليلة في الحكم لا في اسم اليوم .

بل هذا كما يكون صريح قوله ﷺ في صحيح ابن رثاب (١) «فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب البيع» إن مفهومه ان العقد على الخيار إن لم تمض ، فالمنكسر في النهار والليل حينئذ داخلان في حكم البقاء على الخيار إلى حصول الغاية ، لا في مفهوم الأيام المنافي للغة والشرع والعرف ، كدعوى صدق اليوم على الملقق من يوم آخر أو من الليل المنافية للثلاثة أيضاً ، وحينئذ فالخيار في الزيادة على الأيام الثلاثة مستفاد من دليل الخيار بالتقريب الذي ذكرناه - فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع في كثير من المقامات لم أجد من تنبه له ، مع أنه بالتأمل في المقام وغيره يمكن القطع به لمن رزقه الله تعالى اعتدال الذهن.

نعم لا إشكال في ثبوت مشروعية التلفيق في الجملة ، ضرورة أن الكسر كما يكون في الأيام ، يكون في الشهور والسنين ، وفي غير واحد من النصوص (٢) في قوله تعالى (٣) «براءة من الله ورسوله إلى قوله فسيحو في الأرض أربعة أشهر» قال : فهذه أشهر السياحة عشرون من ذى الحجة والمحرم وصفر وشهر ربيع الأول وعشر من ربيع الآخر وهو كالصريح في التلفيق في الأشهر ، بل وأنه يجبر الأولين من الآخرين ذلك كله مصداق أربعة أشهر فتأمل جيداً والله العالم ، ولا يسقط هذا الخيار بالتبري من العيوب ، وإن كان الحكمة في شرعه خفاء العيب غالباً ، إلا أنه لا يجب انعكاسها .

ويعم هذا الخيار كل حيوان الصامت والناطق من لا ينطق عليه ، على ما سمعته في خيار المجلس ، وفي اشتراط استقرار الحياة في صحة البيع وثبوت الخيار وجهان ، أشبههما بعدم ، ويثبت في حيوان البحر وإن أخرج من الماء واشترطنا إمكان البقاء ، لا مكان عوده إلى ما يعيش فيه ، فلو تركه المشتري على الجدد حتى مات فلا ضمان على البائع ، لأنه هو الذي اتلفه ، والله اعلم .

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ٩

(٢) تفسير برهان جلد ٢ ص ١٠١ الطبع الحديث

(٣) سورة البرائة الآية - ١

القسم الثالث = خيار الشرط

﴿خيار الشرط﴾ بالضرورة بين علماء المذهب ، و الكتاب والسنة عموماً ، و خصوصاً في بعض أفراد ، ولا يقدح منافاته لمقتضى اطلاق العقد ، كما في كل شرط ؛ و دعوى أن اللزوم من مقتضياته ، لا مقتضى إطلاقه - يدفعها مشروعيتها بأسبابه ، ولو أنه كذلك لم يشرع أصلاً كالملك بالنسبة إلى البيع كما هو واضح ، ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ هو ﴾ عندنا ﴿ بحسب ما يشترطانه أو أحدهما ﴾ لا يتقدر بمدة مخصوصة ، خلافاً للشافعي و أبي حنيفة ، فلم يجوزوا اشتراط أزيد من ثلاثة ، و لا يعتبر فيها الاتصال بالعقد ، كما هو صريح بعض وظاهر اطلاق آخرين ؛ للعموم ، خلافاً لما عن بعض العامة فمنعه ، واحتمله الفاضل تفادياً من انقلاب اللازم جائزاً ؛ وفيه أنه جائز و واقع في خيار التأخير وغيره ، ومتى جاز الانفصال جاز التعاقب للعموم المقتضى ، لكن في المسالك احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال ، ولعله لاستظهار الاتحاد من الاطلاق ، وفيه منع واضح . ولو شرط الخيار شهراً يوماً ، و يوماً ، صح بناء على ارادة خمسة عشر من الشهر العددي ، كما عساه المنساق من العبارة ، ومع التصريح بذلك لا اشكال في الصحة ، و اليوم المتصل بالعقد أول الايام ، فظهر أن المصدر على الشرط .

﴿ لكن يجب أن يكون ﴾ ما يشترطانه من مدة الخيار ﴿ مدة مضبوطة و ﴾ لذا ﴿ لا يجوز أن ينافى بما يحتمل الزيادة والنقصان ككقدوم الحاج ﴾ ونحوه قولاً واحداً ، للغرر حتى في الثمن لأن له قسطاً منه ، فيدخل فيما نهى النبي ﷺ (١) فاشتراطه مخالف للسنة ، ومادل على وجوب اتباعها من الكتاب (٢) على أن مشروعيتها

(١) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب آداب تجارته الحديث ٣ الدعائم ج ٢ ص ١٩

(٢) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب الخيار الحديث ١-٥ الجواهر ٢

العقود لقطع الاختلاف فلا تناط بما هو مثاره.

﴿ولو شرط كذلك بطل البيع﴾ أيضاً لا الشرط خاصة ، كما استسمعه فيما يأتي انشاء الله تعالى محرراً ، أما لو أطلق اشتراط الخيار من غير ذكر مدة أصلاً ، فالمشهور بين المتقدمين الصحة ، والانصراف الى الثلاثة ، بل في الانتصار والغنية ومحكي الجواهر والخلاف الاجماع عليه ، بل في الاخير نسبتته الى أخبار الفرقه ايضاً ، و إن كنا لم نقف على شيء منها فيما وصل اليه من النصوص ، سوى ما قيل من فحوى قوله عليه السلام في الصحيح السابق (١) «الشرط في الحيوان ثلاثة للمشتري اشتراط أولم يشترط» فانه يدل بالفحوى على أن الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراط الخيار ، لا اشتراطها ، لعدم اختصاصه بها اذ ضرورة صحة اشتراط أي عدد ، فالمختص بها حينئذ إطلاق اشتراط الخيار وفيه ما فيه ،

و النبويين (٢) «الخيار ثلاث» قال : لاختلافه ولك الخيار ثلاثا وهما - مع انهما من غير طرقنا - لادالة فيها ، لما في التذكرة من أن قول لاختلافه عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثا فاطلاقها مع العلم بمعناها كالتصريح ، الا أن ارسال الشيخ الأخبار المزبورة لا تقصر عن المراسيل في كتب الحديث التي من المعلوم عدم بنائها على الاستقصاء التام ، فعدم الوجود فيها غير دال على العدم ، فهي حينئذ مع الاجماع المزبورة كافية في اثبات المطلوب ، سيما مع عدم الموهن لها بين المتأخرين فضلاً عن غيرهم ، اذ لم نعرف مصرحاً بالبطلان بعد الشيخ في أحد قوليه الا الفاضل وثاني الشهيد والصيمري فيما حكى عنه .

نعم نسب الى المرتضي وظاهر الديلمي ، والمعلوم من الاول خلافه ، وعبارة المتن كاللمعة والنافع والوسيلة ومحكي التحرير لادالة فيها ، لأن اشتراط التعيين

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) سنن البيهقي ج ٥ ص ٢٧٣

فى المدة غير اشترط المدة المعينة ، ولذا لم يشرفى شيء منها الى الخلاف ، مع أن الغالب فى بعضها الاشارة الى شواذ الاقوال فضلا عن مثل هذا .

فمن الغريب ما فى بعض المصنفات من حكاية القول المزبور على وجه يكون به من الشواذ ، على أنه ليس فى الادلة ما ينال فيه ، اذا الغرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان ، كخيار الحيوان الذى لا اشكال فى صحة العقد مع الجهل به أو بمدته من الزمان ، و من ذلك يعلم ما فى دعوى أولويته بالمنع ، من ذى المدة الغير المعينة ، كالتعليل بانه لو صح فاء ما أن يدوم الخيار وهو باطل بالاجماع أو يخص من غير مخصص ، إذ قد عرفت أن التخصيص بالثلاثة إما لانصراف الاطلاق عرفاً ، لكونها أقل مدة يتروى بها فى مثله والشرع كاشف ، أولتعيين الشارع ، و الشرط سبب لامناط كالموايا المبهمة ، و لذلك كله مال اليه فى الدروس بل جزم به العلامة الطباطبائي فى مصابيح وهو لا يخلوا من قوة .

﴿و﴾ كيف كان فى ﴿ل﴾ لكل منهما أن يشترط الخيار لنفسه ﴿فى الكلى والبعض المعين﴾ (ولأجنبى) متحداً أو متعدداً مع التعيين ، وإلا لم يجز للغرر ، كالتعيين فى المخير فيه ، فلا يكفى فى شيء منهما أحدهما ونحوه ﴿وله مع الاجنبى﴾ كذلك بلا خلاف أجده ، بل الاجماع بقسميه عليه ، للعموم ، لكن إن اتحد ذو الخيار فالامر اليه ، والا قدم الفاسخ ولو أجنبياً ، لعدم معارضة اختيار اللزوم له كما هو واضح .

فما فى الوسيلة - من أن الخيار إن كان لهما واجتمعا على فسخ وإمضاء نفذ ، وإن لم يجتمعا بطل ، وإن كان لغيرهما ورضي نفذ البيع ، فان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء - لا وجه له .

كما أن ما فى الدروس - من أنه يجوز اشتراطه لأجنبى منفرداً ولا اعتراض عليه ومعهما أو مع أحدهما ، ولو خولف أمكن اعتبار فعله ، وإلا لم يكن لذكره فائدة - فى غير محله ، بل ينبغى الجزم بتقديم الفاسخ ولو لأجنبى كما ذكرناه ، واشترط

الخيار للاجنبي خاصة تحكيم لاتوكيل وليس له الفسخ دونه ، الآن الظاهر وجوب اعتماد المصلحة لانه امين ، فلو بان الخلاف لم يمض الفسخ ، بل قد يقال : إن المنساق عرفاً من مثل ذلك ما يشبه التوكيل ، فيمكن احتمال مراعاة الاصلح لذلك ، بناء على اعتباره فيها ، كما أنه يعتبر فيه ايضاً غير ذلك مما يعتبر فيها من البلوغ والعقل ونحوهما ،

﴿و﴾ كذا ﴿يجوز﴾ لكل منهما ﴿اشتراط المؤامرة﴾ اى الاستيمار بلا خلاف فيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، للعموم ، خلافاً للشافعي (١) فى أحد قولييه فيلزم العقد بامضاء المستأمر وسكوته اذا كان المراد منها اشتراط الخيار له بأمره لانتفاء المشروط حينئذ بانتفاء شرطه ، والاصل في العقد اللزوم ، أما لو أمر بالفسخ فلا يتعين عليه امتثال أمره به قطعاً .

نعم له العمل به على ما هو مقتضى الشرط ، و ليس له الفسخ قبل أمره به ، لعدم حصول الشرط فما عن التحرير - كما عن أحد قولي الشافعية من جواز الرد من غير أن يستأمر لانه ذكر الاستيمار احتياطاً - واضح البطلان ، بل عن الاول التصريح فيه بعد ذلك بالمنع من الرد قبله ، ولذا حمله بعض الافاضل على ما إذا حصل الامر بالفسخ قبل الاستيمار^٢ ، خلافاً لظاهر المبسوط والخلاف والتذكرة وكنز الفوائد وتعليق الارشاد والمسالك على ما حكى عن بعضها ، فينتفى لانتفاء الشرط ، لكن يمكن تنزيل عباراتهم على الغالب من ترتب الامر على الاستيمار ولا بأس به ، ولا بد من ضبط مدة الاستيمار ، كما هو صريح جماعة ؛ وظاهر آخرين تحريزاً من الغرر ، خلافاً للمحكي عن المبسوط والخلاف وأحد قولي الشافعي ، فيثبت على التأيد مع انتفاء التحديد وهو كما ترى .

ولا ينصرف الاطلاق هنا الى الثلاثة التى خيارها ، متصل بالعقد ، بخلاف خيار

المؤامرة الذي لا يحصل إلا بعد الأمر ، و صرف إطلاق الخيار إليها لا يقتضى كونها ظرفاً لشرائط الخيار قطعاً ، إذ لا تزيد على خيار الحيوان ولا يشترط تعيين المستأمر لعدم الغرر فيه ، بخلاف الخيار للجانبى ، وبذلك - وعدم الخيار للمستأمر بالفتح وإنما له الأمر به - افترقت المؤامرة عن اشتراط الخيار للجانبى ، فيصح إناطة الأول بأمر أحد الرجلين دون الثانى ، ومع الاختلاف يقدم الفاسخ ، وفى المتحد إذا اختلف رأيه فى المدة يحتمل ذلك مطلقاً أو بشرط التأخر ، والخذ بالمقدم مطلقاً والمؤخر كذلك ، وقد اختار بعض الاساطين الثانى . هذا كله بناء على معلومية ارادة ما عرفت من اشتراط الاستيمار ، أما إذا أريد منه غير ذلك من المشاورة . وإجالة الراى معه ، لا اتباع أمره أو نحوه ذلك ، اتبع عملاً بالشرط ، ولعل إطلاق اشتراط الاستيمار ظاهر فيما ذكره الاصحاب ، والأمر سهل بعد توضيح المأخذ ، لعدم خروج المؤامرة بنص مخصوص ، فالمرجع فى المراد منها الى ما يرجع اليه فى غيرها من العرف واللغة ، بل استقصاء البحث فيها ليس من وظائف الفقيه .

﴿ و ﴾ كذا يجوز ﴿ اشتراط ﴾ الخيار مدة معينة - لا مجهولة ولا مطلقة ، بل إطلاق الخيار هنا لا ينصرف إلى الثلاثة كما سمعته فى المؤامرة . نعم لا يعتبر فيها الاتصال ان انصرفت اليه عند الاطلاق وإن كان الخيار فيها بشرط ﴿ أن يرد البائع فيها ﴾ بالثمن ﴿ ويرجع بالمبيع انشاء ﴾ مطلقاً أو موزعاً عليها نجوماً ، متساوية أو مختلفة مع اشتراط الخيار بنسبة الرد وبدونه ، وإن كان إذا اطلق توقف على رد الجميع اجمالاً فى أصل المسئلة بقسميه .

ونصوصاً عموماً وخصوصاً (١) فيه الصحيح وغيره ولا يقدح لفظ الوعد فى سؤال الاول بعد أن كان الجواب أرى أنه لك إن لم يفعل ، اي يرد الثمن ، و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه قال فيه : « قلت لا يبيع الله ﷻ . (٢) انا نخالط أناساً من

اهل السواد وغيرهم فنبيعهم فتربح عليهم العشرة باثنى عشر أو العشرة بثلاثة عشر ، ونوجب ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها ، فيكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك الذي فيه الفضل الذى اخذ منا بشراء وقد باع وقبض الثمن منه ، فبعده إن هوجاء بالمال الى وقت يبيننا وبينه أن نرد عليه الشراء ، فان جاء الوقت ولم يئتنا بالدرهم فهلنا ، فماتري فى الشراء ، فقال : أرى أنه لك إن لم يفعل ، وإن جاء بالمال للوقت فرده عليه » وفى موثق إسحاق بن عمار (١) « حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام قال : سأله رجل وأنا عنده فقتل له : رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى الى اخيه فقال : أبيعك دارى هذه ، وتكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشترط لى إن أنا جئتك بثمانى الى سنة أن تردها على ؟ قال : لا بأس بهذا ، إن جاء بثمانى الى سنة ردّها عليه ، قلت : فانها كانت فيها نخل كثير فأخذ الغلة لمن تكون الغلة ؟ فقال : الغلة للمشتري ، ألا ترى لو احترقت كانت من ماله » الى غير ذلك من النصوص ، ونحوه اشتراط المشتري رد الثمن برد المبيع فى مدة معلومة ، لعموم المقتضى ، فكل منهما حينئذ ذلك ؛ إتحدت المدة أو اختلفت ، كما ان لكل منهما اشتراط الرجوع فى الكل برد الكل أو البعض ، وفى البعض برد البعض الخاص وما دونه ، ولو اشترط الكل أو اطلق الرد لم يتخير برد البعض وإن قل الباقي ، ولو اشترط البعض تخير برده كما لا دون البعض منه ، واللزوم من أحد هما لا ينافيه الجواز للآخر .

لكن قد يظهر من النصوص وجملته من العبارات عدم احتياج الانفساخ إلى أزيد من الرد ، وهو إما لانه المشروط ، أو لان به يحصل اختيار الفسخ ، وفى الاول أن القدرة إنما تتعلق بالفسخ دون الانفساخ . فلا يصلح اشتراطه الا بواسطة ، اللهم إلا أن يستند فى الجواز الى ظاهر صحيح سعيد بن يسار (٢) وخبر معاوية بن ميسرة (٣) وموثق اسحاق (٤) مؤيدا بعموم «المؤمنون عند شروطهم» (٥) القاضى بصحة مالم

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٧ من الخيار الحديث ١

(٣) و (٤) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١٠٣

(٥) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤

يعلم فساد من الشرائط ، وأن الشرط بنفسه من المؤثرات لذلك ، ونحوه مما يؤثر غيره إلا أن يعلم العدم ، كالنكاح والطلاق ونحوهما ، بل هو لا يزيد على اشتراط انتقال يمين مخصوصة من غير ناقل عداه .

نعم هو مبني على أن المشروط هو الانفساخ لا الخيار ، كما هو ظاهر أكثر الأصحاب إذ هذا القسم المسمى عندهم ببيع الشرط ، وهو عندهم ما اشترط فيه الخيار بعد الرد - فالذي يحصل به حينئذ التسلط على الفسخ ، لا الانفساخ . نعم قد يقال : بعدم معلومية عدم توقف الفسخ على لفظ مخصوص بل يكفي فيه كل ما دل عليه من فعل أو قول - أنه دال عليه ويحصل به ، والغالب دلالة عليه فيحصل به الفسخ ، و على هذا ينزل اطلاق النصوص وبعض الفتاوى ؛ وفيه منع دلالة عليه ، وإنما هو دال على إرادة الفسخ والعزم عليه لا إنشاء الفسخ به خصوصاً إذا حصل الرد تدريجاً ، و الذي يؤثر الفسخ الثاني لا الأول.

ومن هنا صرح بعضهم بعدم انقطاع البيع بمجرد رد الثمن ، بل قيل : أنه ظاهر كلام الباقيين ، واطلاق النصوص و بعض الفتاوى يمكن تنزيله على الغالب من تعقيب الرد بالفسخ ، لأعلى ذلك ، إلا أن الانصاف عدم خلوه عن النظر بعد ، إذ من المحتمل كون المراد من اشتراط الخيار بالرد أن له الفسخ في هذه المدة بهذا الطريق منه ، والا كان ابتداء الخيار مجهولاً فيكفي حينئذ في حصول الفسخ نفس الرد فتأمل جيداً . وعلى كل حال فالظاهر أنه لا فرق في الاحتياج إلى الفسخ بين القول بانتقال المبيع بنفس العقد ، والقول بانتقاله بمضى الخيار معه ، بناء على شمول كلامهم لمثل هذا الخيار المسبوق باللزوم ، إذا العقد عندهم وإن لم يكن ناقلاً من حينه ، إلا أنه يفيد الملك إذا انقضى زمن الخيار فمع عدم فسخه لا يستقر ملك ذي الخيار عليه ، فهو لا بد منه على القولين وإن اختلفا بكونه على الأول لعود الملك و ، على الثاني لاستقراره ، نعم قد يتوقف في اندراج هذا الخيار في كلامهم بمسبوقيته باللزوم . وانتقاله

- بمجرد جهة الرد عن المشتري الى البايع وإن لم يحصل به الفسخ، و إنما حصل به الخيار خاصة من غير ناقل شرعاً - لا يخلوا من اشكال ، ومن هنا امكن أن يقال : بأن النماء هنا للمشتري الى حين الفسخ مطلقا على القولين ، لانه ملكه . والتزام عوده الى البايع بالخيار على الثانى ، و عدم انتقال خصوص النماء للمشتري ما بين الرد الى حين الفسخ و إن لم ينتقل الاصل الى البايع الابه - كما ترى .
وكما أن النماء له فالتلف منه بلا خلاف اجده فيه، للصحيح (١) والموثق (٢)

بل هو كذلك وان كان بعد الرد الا انه مضمون عليه ، لانه وقع فى زمن خيار البايع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع عليه بالمثل أو القيمة ، بخلاف التلف قبل الرد الذى هو ليس زمان خيار ، كى يستحق الرجوع به عليه بعد الفسخ ، بل المتجه فيه سقوط الخيار ؛ الا ان يشترط عليه الرجوع به عينا أو قيمة ، فيلزم بناء على صحة هذا الشرط ، وبدونه لا يلتزم حتى لو تصرف فيه باختياره تصرفا ناقلا، فضلا عن التلف السماوى ، للاصل، وظاهر الصحيح والموثق .

وكيف كان فمورد النص نماء المبيع وتلفه اذا كان الخيار للبايع ، لكن يعلم منه حكم نماء الثمن وتلفه فى هذه الصورة ، وحكم نماء العوضين وتلفهما اذا كان للمشتري ويسقط هذا الخيار بانقضاء المدة ولما يحصل الرد والايجاب من ذى الخيار ، و التصرف والاذن فيه كما فى مطلق خيار الشرط على ما ستعرف انشاء الله تعالى عند تعرض المصنف ، فانه نوع منه ، وإنما يغيره فى زيادة قيد الرد ، فلا يخالفه الا فيما يقتضيه القيد وقد يستظهر عدم سقوط هذا القسم من خيار الشرط بالتصرف ، لان المدار عليه فى هذا الخيار ، ولانه شرع لانتفاع البايع بالثمن ، والمشتري بالمبيع فلو سقط به سقطت الفائدة فى وضعه .

وللموثق (٣) المفروض فى بيع الدار لاحتياج البايع الى الثمن المصرح فيه

(١) (٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١ بطريقين .

٣ - الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١

بكون الغلة للمشتري و ردّ بأنه - مع مخالفته لاطلاق النصوص السقوط بالتصرف لان المدار عليه - أن التصرف المسقط ما كان في زمن الخيار وهو لا يحصل هنا الا بعد الرد ولاينا في شيء مما ذكر لزومه به بعده ، لان ذلك . زمنه لاقبله . وإمكان قادرا على ايجاد سببه فيه ، ان المدار على الفعل لا القوة ، على انها لاتتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد ، كيوم بعد سنة .

ولافرق على الظاهر في التصرف في المردود بين كونه عين مال المشتري مثلا ، و بين كونه مثله أو قيمته ، لصدق الرد ودلالة التصرف فيه بعده على الالتزام شرعاً أو عرفاً على الوجهين السابقين ، وقد يحتمل في الأخيرين العدم ، لعدم صدق التصرف فيه ، ضرورة تغاير البديل للأصل ، الآن الأول اقوى ، هذا .

ولكن قد يناقش في دعوى أن زمن الخيار بعد الرد ، باقتضاءها جهالة الابتداء حينئذ أولا ، وبصدق زمن الخيار عليها جميعها عرفاً ، ثانياً ، وبمنافاتها لما تسمعه منهم في غير مرة من جعل هذه المدة زمن خيار ، ثالثاً ، منها - ما اعتمدوه في رد قول الشيخ بالملك بعد انقضاء الخيار ، بهذه النصوص (١) المصرحة بان المبيع ملك المشتري والتمن ملك البايع قبل انقضاء مدة الخيار ، فلولا انها مدة خيار ما اتجه لهم ذلك الاعلى تكلف بعيد ؛ فلا حظ وتأمل .

ثم ان المعتبر في رد المبيع رد العين مع الاطلاق ، بخلاف الثمن الذي مبني هذا النوع على التصرف فيه غالباً ، فيكفي فيه المثل ، بل قد يحتمل ذلك في المبيع اذا كان مثلياً لصدق الرد عرفاً ، ولا اعتبار بالقيمة في ذوات الامثال ، نعم قد يحتمل الاكتفاء بهما مطلقاً في خصوص الثمن ، لكن يقوى اعتبار رد العين نفسها الا أن تقوم قرينة معتبرة على ارادة الاعم فتتبع ، هذا .

واعلم أن جميع ما ذكرناه في خيار المؤامرة والخيار برد الثمن جرياً على

ما ذكره الاصحاب ، وظاهرهم أنها على مقتضى العمومات ، بل هو صريح غير واحد منهم ، بل هو مقتضى ما ذكره من التعدى عن محل النص في الخيار برد الثمن ، لكن قد يشكل ذلك بانهما معاً من التعليق الممنوع في البيع ونحوه ، من غير فرق فيه بين كونه في نفس العقد ، وبين كونه في متعلق العقد كالشرط ونحوه ، فلو باع واشترط شرطاً مثلاً قد علقه على مجيئ زيد في مدة معينة مثلاً ، لم يجز بلا خلاف أجده فيه والفرق بينه وبين تعليق الخيار على رد الثمن أو على أمر زيد به غير واضح ، والتعبير بعبارة لاتعليق فيها في اللفظ ؛ لا يرفع التعليق في المعنى ، فان اشتراط الخيار حال رد الثمن أو حال أمر زيد به كاشتراطه حال قدوم الحاج أو مجيئ زيد في مدة معينة مثلاً .

فالتحقيق حينئذ لاقتصار في خيار الرد على النصوص ، وما يمكن إلحاقه بما فيها ، وأما خيار المؤامرة فلم نجد فيه نصاً بالخصوص ، فان كان اجماعاً فذاك والا شكل بما ذكرناه إلا اذا فرض على وجه لاتعليق فيه والله اعلم .

﴿ القسم الرابع ﴾

﴿ خيار الغبن ﴾ بخلاف أجده فيه بين من تعرض له ، عدا ما يحكى عن المصنف من انكاره في حلقة درسه ، والموجود في كتابه خلاف هذه الحكاية ، واستظهره في الدروس من كلام الاسكافي ، لان البيع مبني على المغالبة ، ولا ريب في ضعفه ، بل في التذكرة نسبته الى علمائنا ، وفي الغنية الاجماع عليه ، وهو بعد التبع الحجة مضافا الى ما قيل من النهي عن أكل مال الغير «الأأن تكون تجارة عن تراض» في الكتاب (١) والسنة (٢) والنصوص «غبن المسترسل سحت» كما في احدها (٣) «والمؤمن» في آخر (٤) وفي ثالث «لا يغبن

(١) سورة النساء الآية ٢٩

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلى الحديث ١-٣

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٢

المسترسل فان غبنه لا يحل» (١) وما ورد من النهي عن تلقي الركبان وأنهم مخيرون اذا غبنوا (٢) وخبر الضرار (٣)

وفي الجديع نظر، ضرورة حصول التراضي، والا كانت المعاملة باطلة، لأن فيها الخيار، وعدمه على تقدير العلم لو سلم؛ لا ينافي الرضا الفعلي الذي عليه المدار، وإن كان الداعي له الجهل، والمراد من النصوص المزبورة، كراهة خدع المؤمن المطمئن اليك الواثق، و زيادة الربح عليه، وعن مجمع البحرين «الاسترسال: الاستيناس والطمأنينة الي الانسان والثقة فيما يحدثه، واصله السكون والثبات ومنه الحديث» الي آخره

علي أن مقتضى الحكم بانه سحت البطلان، لا الخيار، كما أن مقتضى عدم الحل الاثم، بل ما ثبت من الخيار عند الاصحاب أعم مما فيه الغبن بمعنى الخدع، وخبر الركبان لم تقف عليه في كتب الاصول، بل في الحدائق ولا في كتب الفروع، وإن كان فيه انه يكفي ارسالهم له، بل لعله أقوى من ذكر المتن، وفي الغنية «نهى ^{عن} تلقي الركبان» وقال: «فان تلقى متلق ف صاحب السلعة بالخيار اذا دخل السوق» وحديث الضرار (٤) مع قطع النظر عن كلام الاصحاب لا يخص الخيار بل لا يقتضي الا الاثم ان اريد منه النهي.

نعم قد يستفاد منه المطلوب إذا اريد منه عدم مشروعية ما فيه ضرر، مضافا الى اصاله صحة البيع وحليته، وجبر كثير من محال الضرر بالخيار وفتوى الاصحاب وأن الخيار وجه جمع بين الحقيقين ورافع للضرر من الجانبين، بخلاف الالتزام بالارش ونحوه، والامر سهل بعد ما عرفت من الاجماع المزبور، نعم يشترط فيه أمران أحدهما - جهل المغبون القيمة وقت العقد بالاخلاف، ضرورة تسلط الناس على اموالهم (٥) فله أن يقدم على بيع ما يساوي مائة بواحد، فمع العلم والاقدام لا خيار قطعاً، كحدوث الزيادة والنقص بعد، و في التذكرة والمسالك الاجماع عليه، بل في الثاني منهما وغيره التصريح بعدم الفرق بين

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب آداب التجارة الحديث ٧

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٦٩ كنز العمال ج ٢ ص ٣٠٦

(٣) (٤) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٥٧٣ و ٥٧٤

(٥) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

من تمكن من المعرفة ولو بالتوقف وغيره، لكن قد يشكك الأول إن لم يكن اجماعاً بأنه هو أدخل الضرر على نفسه فلا خيار له، كمن أقدم على البيع بالمسمى وإن فرض مساواته أضعافه، فإن الظاهر عدم الاعتبار بجهله والأصل للزوم فتأمل.

ومن الجاهل الناسي كحدوث القيمة للمبيع ولما يعلم بها ويقبل قوله في الجهل مع إمكانه في حقه كما في الجامع وجامع المقاصد والمسالك لصالحة عدم العلم، ولأنه مما يخفى ولا يعلم إلا من قبله، واحتمل في الثاني عدم، لصالحة للزوم العقد فيستصحب إلى ثبوت المزيل، وأشككه بأنه ربما تعذر إقامة البينة ولم يتمكن الخصم من معرفة الحال، فلا يمكنه الحلف على عدمه، فيسقط الدعوي بغير بينة ولا يمين، ثم قال: كالأول، نعم لو علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان والمكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت إلى قوله وهو كذلك، أما النسيان فقد يقوى عدم قبوله بقوله.

الثاني - الزيادة والنقيصة التي لا يتسامح الناس بمثلها عادة فلا يقدح التفاوت اليسير، والمرجع في ذلك بعد أن لم يكن له مقدر في الشرع إلى العرف، وهو مختلف بالنسبة إلى المكان والزمان ونحوهما. ولو اختلفا في القيمة وقت العقد فعلى مدعي الغبن البينة، لصالحة للزوم، والظاهر ثبوت خيار الغبن من أول العقد لآحين ظهوره، فلو اسقطه حاله سقط وإن لم يكن عالم به؛ كما أن الظاهر كونه على التراخي ما لم يحصل ضرر على الآخر؛ للأصل خلافاً لبعضهم منهم ثاني المحققين والشهيدان مع أن الأخير منهما قد استوجه الأول في بحث تلقي الركبان بعد أن حكاه عن المصنف.

وكيف كان فلعل الفور اقتضاه على موضع اليقين، واقتضاء التراخي الإضرار بالمردود عليه، لتغير السعر بتغير الزمان، ولأن قوله تعالى «أو فوا بالعقود» (١) ونحوه مما يقتضي الزوم كما أنه عام في الإفراد كذلك في الأوقات والألحلي عن الفائدة فلا يتصور حينئذ استصحاب في الخارج لبقاء غيره على مقتضى العام، والأصل عدم تخصيصه،

وفيه عدم انحصار الحكم الشرعى فى اليقين ، وقد عرفت تقييده بعدم الضرر ، والاية وغيرها مطلقة بالنسبة الى الزمان لاعامة فلا تنافى الاستصحاب .

ومن ذلك كله ظهر لك المراد من قول المصنف - ﴿ من اشترى شيئاً ولم يكن من اهل الخبرة ﴾ مثلاً - ﴿ وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به ﴾ فى مثل هذا البيع والزمان والمكان - ﴿ كان له فسخ العقد اذا شاء ﴾ - ودليله أنه كما يثبت للمشتري يثبت للبائع ، لاتحاد الدليل بل لو فرض تصور الغبن فيهما كما إذا وقع البيع على شيئين فى عقد واحد وكان كل منهما بثمن معين فى احدهما الغبن على البائع وفى الآخر على المشتري ثبت الخيار لهما معاً هذا . وربما استفيد من التعليق على المشيئة فى المتن أنه على التراخى ، وقد عرفت الحال فيه والله اعلم .

﴿ ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف ﴾ السابق على ظهور الغبن - ﴿ اذا لم يخرج عن الملك أو يمنع مانع من رده كالاستيلاذ فى الأمة والعنق ﴾ كما فى القواعد وغيرها من غير فرق بين البائع والمشتري ، وإن كان المصنف لم يذكر الخيار الالئاني ، إلا أن الظاهر ارادته المثال ضرورة عدم اختصاصه بالمشتري ، بل خبر تلقى الركبان فى البائع (١) مضافاً الى الاشتراك بحديث الضار (٢) وغيره .

وحينئذ فالمراد عدم سقوط هذا الخيار مطلقاً بالتصرف الا الناقل والمانع من الرد ، كما أن الظاهر ارادة التصرف من ذى الخيار ، ضرورة عدم السقوط بالتصرف من غيره وإن كان ناقلاً ، للاستصحاب وحديث الضرر وغيره ، واحتمال عدم الفرق - فيبطل الخيار وإن كان النقل من غير ذى الخيار لتعلقه بالعين فيفوت باتقالها - لا ينبغي صدوره ممن له ادنى خبرة بالنصوص والفتاوى .

نعم ظاهر هم عدم الفرق فيما ذكرنا بين البائع والمشتري كما هو مقتضى الدليل

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٦٩ كنز العمال ج ٢ ص ٣٠٦

(٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٥ .

لكن في اللمعة « ولا يسقط بالتصرف الا ان يكون المغبون المشتري و قد اخرجه عن ملكه ؛ ثم قال : و«فيه نظر ، للضرر مع الجهل بالغبن ، فيمكن الفسخ و الزامه بالقيمة أو المثل، وكذا لو تلفت العين أو استولد الامة، و ظاهره بل كاديكون صريح الروضة في اول كلامه عدم سقوط خيار البايع لو كان هو المغبون و قد تصرف فيه تصرفا مخرجا ، وهو كما ترى لانعرف له وجهها لادليلا ، بل ولا موافقا.

نعم في جامع المقاصد « لو تصرف البايع في الثمن فهل يسقط خياره ام لا؟ وهل يفرق بين التصرف المخرج عن الملك ، وغيره ؟ لأعلم في ذلك تصریحا » لكن في عبارة التذكرة ما يقتضى عموم سقوط الخيار هنا بالتصرف إذا كان مخرجا عن الملك ، فانه قال : « ولا يسقط هذا الخيار بتصرف المغبون ، للاستصحاب إلا أن يخرج عن الملك ببيع وعتق و شبهه ، لعدم التمكن من استرداكه » هذا لفظه ، وهو شامل لما قلناه ، مع احتمال أن يريد به تصرف المشتري خاصة إذا كان هو المغبون ، لكن ما استدلل به بعينه قائم فيما ذكرناه

قلت : لا ينبغي التأمل في عدم الفرق كما هو مقتضى إطلاق القواعد وغير ها ، والادلة، وصريح الروضة في آخرها والمسالك وغيرها ، بل الظاهر ضعف ما ذكره من النظر الذي قد اعترف في الروضة بأنه لم يقف على قائل به ، لاصالة اللزوم في العقد، ولأن المعلوم من ثبوت الخيار مادامت العين على ملكه ، وقيام قيمتها مقامها في ذلك مع التصرف فيه محتاج الى الدليل ، و فرق واضح بين المقام و بين الانتقال الى القيمة لو كان المتصرف غير ذي الخيار الذي هو تصرف في حق غيره ، فيتجه الانتقال الى القيمة بخلاف المقام الذي كان التصرف فيه من ذي الحق ، فسقوطه في الحقيقة مستند الى فعله ، بخلاف الاول الذي مبناه معلومية عدم سقوط حق شخص بتصرف آخر ، فاطلاق الاصحاب حينئذ عدم السقوط بالتصرف الا المخرج منه في محله ، فتأمل جيدا.

وحاصل البحث في المسئلة وفروعها أن التصرف مع ثبوت الغبن إما أن يكون

في المبيع المغبون فيه أو في ثمنه أو فيهما ، ثم إما أن يخرج عن الملك؛ أو يمنع من الرد مانع كالاستيلاء أو يرد على المنفعة خاصة كالأجرة ، أو يوجب تغير العين بالزيادة العينية كغرس الأرض ، أو الحكمية كقصارة الثوب أو المشوبة كصبغه ، أو النقصان بعيب ونحوه ، أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشركة بالمساوى أو الأجود أو الأردى أو غيرها أو بهما على وجه الاضمحلال ، كالزيت يعمل صابوناً ، أو لا يوجب شيئاً من ذلك ، ثم إما أن يزول المانع من الرد قبل الحكم ببطالان الخيار أو بعده ، أو لا يزول ، والمغبون إما البائع ، أو المشتري ؛ أوهما ، فهذه أكثر أقسام المسئلة ، و مضروبها يزيد على مائتي مسئلة و هي مما يعتم بها البلوى و حكمها غير مستوفى في كلامهم .

وجملة الكلام فيه أن المغبون إن كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقاً ، فإن فسخ ووجد العين باقية على ملكه لم تتغير تغيراً توجب زيادة القيمة ولا يمنع من ردها أخذها ، لعودها إلى ملكه بالفسخ ، بل وكذا إن وجدها متغيرة بصفة محضة كالطحن والقصارة ونحوهما ، لكن في المسالك «في استحقاق المشتري أجره عمله ، وجه قوي» وفي الروضة الجزم به بل قال فيها : «وإن زادت قيمة العين شاركه في الزيادة بنسبة القيمة» وفيه أن العمل قد وقع في ملكه فلا يستحق به عوضاً ، وزيادة القيمة إنما كانت بصفة راجعة إلى المال بنفسه ، وإن كانت بعمله فلا يستحق بها شركة . فمن الغريب جزمه بذلك خصوصاً بعد رجوعه بأجرة العمل كما هو واضح ، نعم إن كان التغير صفة من جهة وعينا من أخرى كالصبغ صار شريكاً بنسبته إذا فرض زيادته بذلك ، مع احتمال ماله مطلقاً ، ولو كانت الزيادة عينا محضة كالغرس أخذ المبيع وتخزين القلع بالارش والابقاء بالأجرة ، لانه مقتضى الجمع بين الحقين ، إذا الوضع كان بحق ، و لورضى ببقائه بها واختار المشتري قلعه ، فالظاهر انه لا ارش له بل كان عليه تسويته ، ولو كان زرعاً وجب ابقاؤه إلى أوان بلوغه بالأجرة ، وليس له

القلع بالارش لان له أمداً ينتظر ، وإن وجدها ناقصة ففي الروضة « اخذها مجاناً كذلك انشاء » وفي المسالك « ان لم يكن النقص بفعل المشتري ، وإن كان بفعله فالظاهر انه كذلك » اي ياخذها مجاناً ولا شيء له ، لانه تصرف في ملكه تصرفاً مأذوناً فيه فلا يتعقبه ضمان.

وفيه أن النقصان بفعل الله أو بفعله كتلف العين وإتلافها فكما أنه لو فسخ ووجدها تالفة أو متلفة يرجع بالقيمة فكذا هنا ، واحتمال سقوط الخيار هنا مناف لا استصحابه والعين كالمضمونة في يد من لا خيار له لذى الخيار ، نحو العكس الذي ستسمع التصريح من الروضة بضمانها كالأمر بعضاً وإن كان من قبل الله تعالى ، وإن كان فيه ما فيه ، وإن وجدها ممتزجة بغيرها ففي الروضة والمسالك « انه إن كان بمساوٍ أو أوردى صار شريكاً إن شاء ، وإن كان بأجود ، ففي سقوط خياره أو كونه شريكاً بنسبة القيمة أو الرجوع إلى الصلح أوجه ، وفي ثانيهما أن الثالث لا يخلو عن قوة ، لبقاء ماله و أصالة بقاء خياره » .

وفيه مضافاً الى عدم ذكر الارش اذا فرض النقص بالمزج بالأردى ، وعدم تقييد الشركة بنسبة القيمة ، أن الثاني هو الأقوى وأنه لا فرق بينه وبين المزج بالأردى ، لكن على معنى الشركة في الثمن لالعين ، للزوم الربا في الربوي بناء على عمومته لكل معاوضة ولعدم المعاملة بينهما والامتزاج أعم من ذلك كما هو واضح ، وكأن الأول مبني على سقوط الخيار بالتلف ولو كان من فعله ، وهو غريب.

ومنه يعلم ما في قوله فيهما أيضاً متصلاً : « ولو مزجه بغير الجنس بحيث لا يتميز فكالمعدومة » إن أراد بذلك سقوط الخيار ، فتأمل جيداً ، فانه يمكن إرادته سقوط الخيار في العين على معنى الانتقال الى المثل أو القيمة ، وإن وجدها منتقلة عن ملكه بعقد لازم كالبيع ونحوه ففي الروضة والمسالك و غيرهما ، رجع بالمثل أو القيمة ، و لعله للجمع بين ما يقتضى بقاء الخيار ، وعموم ما دل على صحة العقد و لزومه ، وهذا و

إن لم يذكر واغيره في المقام بل لا يخلو عن قوة ، إلا أنه يمكن أن يتحصل من كلامهم في غيره وهو بيع من لا خيار له ، أن فيه وجوهاً آخر أيضاً .

منها - البطلان ، نظراً إلى أن حق الخيار كحق الرهانة لا يصح معه التصرف إلا بالاذن ، ومنها - الصحة لكن متزلزلة كالاصل ، لعدم زيادة الفرع عليه ، وفيه قوة أيضاً ومنها - التفصيل بين العتق ونحوه وغيره ، فينفذ في الاول و ينتقل الى المثل والقيمة دون غيره ، ولتحري ذلك محل آخر ، كما أن ما فيهما أيضاً من أنه كذلك يرجع بالمثل او القيمة لو وجدها على ملكه مع عدم امكان ردّها كما المستولدة ، يحتمل أيضاً احتمالاً آخر تقدم في بيع ام الولد ، وهوانه تنقل إليه لسبق حقه على الاستيلاء فلا يؤثر منعا . وكيف كان فاذا استمر المانع استمر السقوط ، وفي الروضة « وإن زال قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه أو مات الولد اخذ العين مع احتمال العدم ، لبطلان حقه بالخروج فلا يعود ، ولو كان العود بعد الحكم بالعوض فحق رجوعه إلى العين وجهان ، من بطلان حقه من العين ، وكون العوض للحيلولة وقد زالت » وفيه أولاً أنه لا يعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى معتبر يترتب عليه ما ذكره ، بل المدار على حال الفسخ الذي به يتشخص ما للفاسخ من العين او المثل أو القيمة ، فلورجعت العين أو زال المانع قبله ، اتجه فيه ما ذكره ، مع احتمال الفرق بين الاستيلاء وغيره ، فيرجع العين فيه دون المبيع ونحوه . نعم يمكن الحاق فسخ البيع بالاقالة به ، لا ما اذا تملكه جديداً بسبب آخر ، ومن ذلك يعلم الحال فيما لورجعت أو زال المانع بعده ، ولعل الأقوى عدم الرجوع بالعين اذا فرض عودها إلى الملك بسبب آخر ، و فسخ الخيار انما يقتضي ابطال ملكه لها بذلك السبب لا مطلقاً فتأمل جيداً .

وإن وجد العين منتقلة بخيار ففي الروضة والمسالك أيضاً « الزم بالفسخ ، فان امتنع فسخته الحاكم ، فان تعذر فسخته المغبون » وفيه أنه لا دليل على شيء من ذلك ، بل مقتضى كون الفسخ بالخيار ابطال المعاوضة الاولى ورجوع كل عوض إلى صاحبه إن كان موجوداً وإلا

فبدله الانتقال الى القيمة وعدم الالتزام بالفسخ هنا ، ضرورة أنه حال الفسخ ينبغي انتقال شيء اليه في مقابلة ما رده من العوض وليس الا القيمة لا الالتزام بفسخ البيع ، ولعله لذا اطلق المصنف وغيره السقوط بالتصرف المخرج فتأمل جيداً .

وإن وجدها منقولة المنافع ففي الروضة والمسالك « جازله الفسخ وانتظار انقضاء المدة و يصير ملكه من حينه وليس له فسخ الاجارة » وتظهر الفائدة في ملك ما لا يدخل في ملك المنفعة المنقولة من حمل وثمره واستخدام وعمق ونحوها » وعلى كل حال فليس له عوض المنفعة التي استوفها المالك بالاجارة ، كما ان الظاهر وجوب رد العوض لو فسخ قبل انقضاء المدة لعود الملك اليه بالفسخ ، واحتمال العدم كما في المسالك لعدم التمكن من الانتفاع التام . ضعيف ، ولو كان النقل جائز اكا السكنى المطلقة ففي الروضة له الفسخ وفيه اشكال خصوصاً بناء على عدم جواز فسخ الاجارة الجائزة باسئراط خيار له اللهم إلا أن يكون مدار فسخ السكنى على من انتقل اليه الملك .

هذا كله إن لم يكن التصرف في الثمن تصرفاً مخرجاً أو مانعاً من الرد و الإسقاط خياره كما عرفت ، والنظر السابق الذي عرفته وعرفت ما فيه آت هنا ، والظاهر أن الائتلاف أقوى من التصرف في الإسقاط هنا كما اعترف به في جامع المقاصد قال : « اما والتلف بنفسه ففي سقوط الخيار تردد ، ينشأ من عدم التمكن من رد العين ، ومن عدم التقصير من المشتري فلا يسقط حقه » ومقتضى ما تسمعه من الروضة الجزم بعدم السقوط ، بل ظاهره ذلك مع الائتلاف ايضاً وأنه يرد المثل أو القيمة حينئذ ، ولكنه كما تـري ، ضرورة أن الوجه في السقوط بالتصرف المخرج عن الملك ليس الالتعذر الرد الذي هو الاصل في اقتضاء الفسخ ، لالدلالة على الرضا ، والالم يفرق بين سائر التصرفات ، ولا ريب في أنه أقوى تعذراً من التصرف ، بل لعله كذلك ايضاً بالتلف بآفة ، وعدم التقصير لاينا في السقوط لتعذر الرد الذي هو مقتضى الفسخ بالخيار ، وان خرج منه تصرف غير المغبون ولو بائلاف للاجماع على عدم سقوط خيار المغبون بذلك هذا . وكان رد القيمة أو المثل مبني على عدم

اندراج مانحن فيه فيما ذكره من قاعدة «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» والا كان المتجه عدم رد المثل أو القيمة؛ والانفساخ من غير حاجة الى بقاء الخيار. وان كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع بالثمن مطلقا، بل يفسخ ويرجع بالمثل أو القيمة على نحو ما عرفت اذا لم يكن تصرف في المثل بما يسقط خياره ولو اتلفا، لكن في الروضة «انه ان تصرف فيما غبن فيه فان لم يكن ناقلا عن الملك على وجه لازم ولا مانع من الرد ولا منقص للمعين فله ردها، وفي الناقل والمانع ما تقدم، ولو كان قد زادها فأولى بجوازها، أو نقصها أو مزجها أو آجرها فوجها؛ وظاهر كلامهم أنه غير مانع.

لكن إن كان النقص من قبله ردها مع الارش، وإن كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كذلك كما لو تلف، وكذا لو كانت الارض مغروسة. فعليه قلعه من غير أرس إن لم يرض البائع بالاجرة؛ وفي خلطه بالاردي، الارش، وبالا جود إن بذله له بنسبة فقد الصفه والا فاشكال « وفيه أن بعضه لا يجمع ما تقدم فيما اذا كان المغبون البائع، ونحوه ما وقع له في المسالك ايضا فلا حظ وتأمل، ليتضح لك الحال في ذلك وفي صورة اجتماعهما وفي كثير من الفروع المتصورة هنا التي لا تنخص المقام في الحقيقة والله اعلم.

﴿و﴾ كيف كان في ﴿لا يثبت به﴾ أي الغبن ﴿ارش﴾ مطلقا قبل التصرف وبعده، للاصل وحرمة القياس على المعيب ومحكي الاجماع بل محصله. نعم استشكل الفاضل في ثبوت الخيار لو بذل الغابن التفاوت، من انتفاء الضرر الموجب للخيار، ومن ثبوته فلا يزول الابدليل.

بل جزم بالاول في الحقائق وهو غير ثبوت الارش الذي سمعت الاجماع عليه، و قد يناقش في الثاني بأنه مصادرة، إذ الكلام في ثبوته مع البذل وقد يفرض مقارنته للعقد، كما انه قد يناقش في الاول بعدم انحصار الدليل بحديث الضرار (١) على أن الظاهر منه ارادة

عدم مشروعية، ما فيه ضرر إلا أنه لما لم يكن معلوماً لنا هنا بالخصوص، لتكثر تصور ما يندفع به الضرر، قوى في الظن مشروعيته على الخيار، للاجماع، ولأنه المعلوم من جبر الشارع ضرر العقود بالخيار، والجامع بين الحقين وغير ذلك مما لا يخفى، لأن المراد تكليف الضار بدفع ما وقع منه من الضرر، كي يتخير فيما يدفعه من بذل التفاوت، أو التسليط على الفسخ. لكن روى الحلبي (١) «أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة؟ قال: لا يصلح له أن يأخذه فإن جهل وأخذه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد» فتأمل جيداً.

القسم الخامس

خيار التأخير أي ﴿من باع ولم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ولا اشترط تأخير الثمن﴾ و لو ساعة ولا تأخير قبض الثمن ﴿فالبائع لازم ثلاثة أيام. فإن جاء المشتري بالثمن﴾ فيها استحقاق ﴿والا كان البائع أولى بالمبيع﴾ منها إنشاء الفسخ بخلاف محقق معتد به أجده فيه بل حكى الاجماع عليه مستفيضاً ومتواتراً. وقال زرارة للباقر عليه السلام في الصحيح: (٢) «الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمانه؟ فقال: ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام، والا فلا بيع له»

وسأل علي بن يقطين ابا الحسن عليه السلام في الصحيح (٣) «عن الرجل يبيع البع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن؟ فقال: ألاجل بينهما ثلاثة أيام فإن جاء قبض ببعه،

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احكام العقود الحديث ١

(٢) (٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب الخيار الحديث ١ و ٣

والأفلا بيع بينهما» وقال العبد الصالح عليه السلام في موثق ابن عمار (١) «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له» وقال عبد الرحمن بن الحجاج: (٢) «اشترت محملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركت عند صاحبه ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى صاحب المحمل لأخذه فقال: قد بعته فضحكت ثم قلت: لا والله لا ادعك أو أقاضيك، فقال لي: ترضى بابي بكر بن عياش؟ قلت: نعم فأتيته و قصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضي بينكما؟ بقول صاحبك أو غيره، قال: قلت: بقول صاحبي، فقال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، والأفلا بيع له» لكن قد يوهم ظاهر هذه النصوص خصوصاً صحيح ابن يقطين منها الانفساخ قهر الذي هو أقرب إلى نفي الحقيقة من نفي اللزوم، وبلغتها عبر الصدوق، بل ترك الاسكافي الظرف منها بل في المبسوط (٣) «روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم، وقال للبائع: أجيتك بالثمن ومضى فإن جاء في مدة الثلاث كان البيع له وإن لم يجيء في هذه المدة بطل البيع» إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم بقرينة كلامه في غيره من كتبه، خصوصاً الخلاف الذي نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرق وأخبارهم، كما أنه يمكن إرادة ذلك من النصوص ولو بمعونة الشهرة والإجماع المستفيض أو المتواتر، وأصالة الصحة وعدم المبطل وغير ذلك.

على أنه هو المناسب للإرفاق للبائع، إذ قد يدخل عليه الضرر بنقصان القيمة في هذه المدة، بل قد يدعى انصراف الإطلاق إليه ولو بقرينة المقابلة في الشرطية، مضافاً إلى ظهور التقييد بالظرف في ثبوت البيع للبائع، واللزوم قابل للتبعض بخلاف الصحة، ولا ينافيه صحيح ابن يقطين (٤) لصدق نفي اللزوم بينهما ولو بنفيه للبائع منهما. فمن الغريب بعد ذلك كله جزم المحدث البحراني بالانفساخ.

(١) (٢) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ٢٥٢

(٣) المبسوط ج ٢ ص ٨٧ الطبع الحديث.

(٤) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ٣

وعلى كل حال فشرطه عدم قبض الثمن، وعدم قباض المبيع، والحلول فيهما إجماعاً بقسميه، وفى الغلبة نسبته إلى رواية أصحابنا ولو لذلك لمامكن المناقشة فى اشتراط الثانى ، لإطلاق الموثق (١) وغيره الذى لا يقيده ما فى سؤال صحيح ابن يقطين، بل قد يظهر من سؤال صحيح زرارة (٢) قباض المبيع وتركه عند البائع، وقد اعترف بعض الافاضل بعدم ظهور النصوص فى الشرط المزبور، بل ظاهرها خلافه، لكن قال لعل استناد الاصحاب اليها مبني على كون القبض عندهم فى نحو المتاع النقل لا مجرد قبض اليد .

وفيه أن ذلك مذهب جميع منهم، والظاهر اتفاقهم هنا على الشرط المزبور، ولكن الامر سهل بعد الاجماع المذكور، فلو وجد أو واحد ما فلا خيار وإن ابقاه عند صاحبه خلافاً للمحكي عن الشيخ من أن للبائع الفسخ متى تعذر الثمن، وقواه فى الدروس، ولم يستبعده فى المسالك، وهو مع أنه غير ما نحن فيه من خصوص هذا الخيار - ضعيف لانه هو أدخل الضرر على نفسه بتسليم المبيع، ولأن فائدة الفسخ التسلط على العين، فان تمكن منها اخذها مقاصة بغيرها أو الا فلا فائدة له.

وعلى كل حال فلو انتفى القبض منهما ولو للبعض فالخيار باق فى الكل بخلاف وفى خبر ابن الحجاج (٣) دلالة عليه، وكذا لو قبض فبان مستحقاً كلاً أو بعضاً لانه كعدم القبض، بخلاف قبض المعيب فانه صحيح ويسقط به خيار البائع، قيل: ويكفى فى الثمن مطلق القبض بخلاف المبيع فيشترط فيه اذن البائع، كما صرح به جماعة، ولوح اليه آخرون، لأن قبض الثمن من فعل البائع كقباض المبيع فيسقط حقه بهما؛ وقبض المشتري ليس فعالاً فلا يسقط حقه بفعل غيره، وهو جيد لو أن السقوط بالقبض المأذون فيه، لدلالته على اسقاط الحق، أما إذا لم يكن لذلك بل لتغير الصورة الثابت فيها الخيار فيبقى على اصل اللزوم، ففيه ان النصوص أدل هنا على كون القبض للثمن بالأذن فيها على غيره،

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ٤

(٢) (٣) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ٢١

بل لادلالة فيها على المثلث كما عرفت.

اللهم الآن يقال أن النصوص لادلالة في شيء منها على اعتبار شيء منها انجاء و نحوه مجرى الغالب في دفع الثمن ، الى المالك ، لا ان المراد منه الشرطية بل العمدة الاجماع ، وهو ثابت في الاقباض كما عرفت دون قبض الثمن ، بل قد يدعى تحققه في عدم اعتباره ، لاطلاقهم القبض فيه والاقباض في المثلث ، أو يقال : إن الاذن معتبرة في اقباض المبيع دون الثمن ، كما يظهر من بعض كلماتهم في باب القبض ، وإن كان فيه ما فيه ، لكن مع ذلك كله أطلق في الروضة وغيرها اعتبار الاذن في القبض ، وقد ينزل على ارادة الاقباض ، فتأمل نعم لو أجاز البايع لزم ، خلافاً للمحكى عن الشيخ لعدم الاقباض ، وهو ضعيف ولو ممكنه منه فعن التحرير سقوط الخيار وهو جيد بناء على أنه التولية ، و الا فلا شبه البقاء وإن اسقطنا الضمان به ، لمنع عموم البدلية ، فالاصل بقاء الحق .

وأما الحلول فمستنده - بعد الاجماع - الاصل السالم عن معارضته المنساق من النصوص . مؤيداً بأن الواجب مع الشرط مراعات الاجل طال أو قصر فلا يتقدر بالثلاثة ، وإثباتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوى و الدليل ، ولو شرط التأجيل في البعض فأخر الباقي فالأقرب السقوط ، وفاقاً للفاضل و المحكي عن ولده وغيره ، للاصل ايضاً السالم عن معارضة النصوص ، بعد ما عرفت من ظهور سياقها في حلول الجميع ، مؤيداً بأنه ساقط في المؤجل بالشرط ، فيسقط في الكل لثلاثاً يثبت التبعض .

والعمدة ما عرفت ، بل عن التحرير اشتراط خلو الثلاثة عن الخيار للبائع كالحل في خصوص الشرط منه ولا بأس به ، بعد استثناء خيار المجلس لو قلنا بأن مبدئها من حين العقد ، للاصل المزبور ، المؤيد باندفاع ضرر التأخير ، و ظهور النصوص و الفتاوى على سبق لزوم ثلاثاً فينتفى الخيار مطلقاً .

قيل : وليس المراد به نفي الخيار المخصوص لأن الثابت بالتأخير أصل الخيار و الحكم لا يتقيد بالسبب ، وإن كان في الأخير ما فيه ، كالمحكى عنهما ايضاً من اشتراط

خلوها عنه مطلقاً ، او خصوص الشرط للمشتري ايضاً ، للاصل ايضاً ولان شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير ؛ وتاخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البايع ، ضرورة منافاته لاطلاق الادلة ، واللزوم - المفهوم من النص والفتوى في الثلاثة - إنما هو للبائع دون المشتري ، فلأمانع من خياره بوجود أسبابه ، بل مقتضى كلام الفاضل عدم هذا الخيار في الحيوان مطلقاً ، وهو مناف لعموم الادلة التي منها يعلم فساد ما عن الحلبي ايضاً ، لعدم الفرق بين الاصل والمشتري ، وفي الدروس « يحتمل ثبوت الخيار مطلقاً ، فلو اشترط المشتري فسخ البايع بعد الثلاثة ولو شرطاه وخرج الخيار فكذلك » وفيه - مضافاً الى ما عرفت من سقوطه في اشتراط الخيار للبائع ، - انه يلزمه تأخير الثلاثة عن محلها المستفاد من النص والفتوى .

ولا يشترط كون الثمن معيناً قطعاً ، أما المبيع فعن ابي العباس والسيمرى وظاهر المبسوط والمراسم والوسيلة والتحرير ذلك ، وفي الانتصار وعن الخلاف اشتراط تعيينها ، لكن الظاهر ارادة الاحتراز به عن النسبة ونحوها ، بل هو محتمل الكتب المزبورة ، فينحصر القول حينئذ بالاولين خلافاً لاطلاق الاكثر وصرح المحكي عن القاضي بل عنه الاحتجاج له بالاجماع فهو - مع اطلاق معقده غيره وعموم النصوص - الحجة في الخروج عن الاصل ، وتغير الصورة وانتفاء العلة ممنوعان ، ويظهر من بعض الاساطين اشتراط التباين بين البايع والمشتري بالذات في هذا الخيار ، ولعله لانه هو المستفاد من النصوص ، فيبقى غيره على اصل اللزوم ، لكن يمكن أن يستفاد مما سمعته في مثل ذلك في خيار المجلس ثبوته في المقام ، وفرض تصوره واضح ، الا انه يقوى في النفس الاول هنا ، ويعرف البحث في الوكيل ونحوه مما تقدم سابقاً فلا حظ وتأمل .

ثم ان ظاهر النص والفتوى اختصاص هذا الخيار بالبيع والبايع كما هو مقتضى الاصل ، بل نفى بعض الاساطين الخلاف في الاول وحكى الاجماع في الثاني الذي نص عليه المفيد والمرضى حاكياً ثانياً فيهما الاجماع عليه ايضاً ، وعن الدروس أنه استشعر الخيار له من عدم

حكمهم باجباره على النقد ، لكن فيما حضرنى من تسنحتها «لا خيار للمشتري بعد الثلاثة ولا فيها فى ظاهر كلامهم مع أنه يلوح منه جواز تأخير الثمن اذ لم يحكموا باجباره على النقد» قلت : لعل وجه احتباس المبيع والرضا بالتأخير كما هو الظاهر .

ولافرق فى اعتبار الثلاثة فى هذا الخيار فى النصوص السابقة والفتاوى بين الحيوان وغيره ، والانسي من الاول وغيره ، الا ما ينعتق على المشتري فان الظاهر سقوط الخيار فيه وتعين المطالبة بالثمن لما سمعته فى خيار المجلس ، وليس هو كالتلف والتصرف الذى لا يسقط الخيار ، بل يفسخ وينتقل حقه للمثل والقيمة ضرورة كون التعارض فى الادلة فى نحو الفرض فى اصل ثبوت الخيار ، فمع فرض ترجيح ادلة الانعتاق يرتفع اصل الخيار ، ولا وجه للانتقال الى المثل أو القيمة اذ هو فرع الاستحقاق .

وكيف كان فالافرق فى تقدير المدة المزبورة بين افراد المبيع ، خلافا للصدوق حيث قدر المدة فى الامة بشهر ، للخبر (١) «فمن اشترى جارية وقال : اجيئك بالثمن ، إن جاء فيما بينه وبين شهر ، والا فلا بيع له» الذى رماه فى الدروس بالندرة وفى المختلف بالقدح بالسند ، وإن كان فيه ما فيه ، وعن الاستبصار احتمال حمله على النذب ، ولا يخفى أن الخبر واضح الدلالة ، نقى السند ، مؤيد باصل لزوم الآن شذوذه - وغرابة اختصاص الامة بهذا الحكم ولزوم الضرر بطول المدة - يمنع من تخصيص تلك العمومات به ، فالعمل على المشهور وحمله على بيان منتهى الصبر طريق الجمع .

وكيف كان فقد قيل : إن مبدء المدة من حين التفرق ، وأنه ظاهر الشيخين والسيد بن والقاضي والديلمي والحلي والعلامة فى المختلف والتحرير ، لما عرفت من ظهور النص والفتوى فى لزوم البيع فى تمام المدة ، ولو كانت من حين العقد لاشتملت على خيار المجلس فينتفى الزوم فى المجموع ، بل الجميع فى بعض الصور ، بل لعل المتبادر من قوله عليه السلام (٢) «إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام» مجيئه من وقت المفارقة ؛ اذ لا يعقل المجيء حال

الاجتماع الا اذا اريد به مجرد دفع الثمن وهو خلاف الظاهر، فهو حينئذ من الاقتراق و إن اشترط في العقد سقوط خيار المجلس لعموم المقتضى.

نعم بناء على أن المنساق ما ذكرناه أولاً، إتجه حينئذ كون الابتداء من حين العقد مع اشتراط السقوط، لانقضاء المانع حينئذ هذا. ولكن قد يقال: إن المنساق من النص و الفتوى كونه من حين البيع، وخيار المجلس بعد ندرة طول له غير قادح في ارادة اللزوم في اكثر الثلاثة، على أن المراد اللزوم من حيث التأخير، لامن كل وجه فنامل .

وفي فورية هذا الخيار و تراخيه ما عرفت سابقاً، بل القول بالثاني هنا أولى، و عن الشهيد في قواعده التصريح به، كما أنه ظاهر التذكرة لاطلاق الأدلة، بل لم أجد قائلاً بالاول هنا، وإن كان محتملاً نظر التي تعليل الفورية في غيره، بالانقضاء على المتيقن فيما خالف اصل اللزوم. نعم تردد المحقق الكركي في الفورية هنا مع جزئه بها في خيار الغبن والرؤية، وكان منشأ احتمال كون المقتضى هنا اطلاق الأدلة لا الاستصحاب ونحوه . بل لا يسقط بالمطالبة بالثمن بعد الثلاثة، لأعميتها من الدلالة على الرضا بلزوم العقد، أما لو فرض ذلك ولو لقرينة، إتجه السقوط كما في غيره من الخيارات، وقد سمعت في خيار المجلس والحيوان ما يؤمى اليه من النصوص (١) والاستصحاب بعد صدور الدال على الالتزام لا وجه له، إذا احتمال عدم سقوط هذا الخيار بنحو ذلك كما ترى، ولعله على ذلك يحمل ما عن ظاهر المشايخ والديلمي والحلي من السقوط بالمطالبة، وكذا يسقط باشتراط السقوط كما عن الشهيد وغيره النص عليه، عملاً بالشرط، وبالإسقاط بعد الثلاثة أيضاً كما هو شأن الحقوق أمالو أسقطه فيها فقد قال: بعض الاساطين لا يسقط، لعدم ثبوت الحق، وقد يحتمل السقوط باعتبار حصول سبب الاستحقاق وهو العقد، ولا يسقط ببذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ للاستصحاب وإطلاق الأدلة، ولم يثبت كون العلة فيه الضرر فيثبت ويؤول بزواله مع أن البذل بعدها، قد لا يدفعه في بعض الاحوال، خلافاً للفاضل ولم يسوغ له الفسخ والا قوى الاول .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لو تلف﴾ المبيع ﴿كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها على

الاشبه» بل لا خلاف فيه في الثاني، بل حكى الاجماع مستفيضاً أو متواتراً عليه. لقاعدة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» المعلومة بالنص (١) و الاجماع والخبر (٢) «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجب له، غير أنه ترك المتاع ولم يقبضه، وقال: أتيك غدا فسرقت المتاع من مال من يكون؟ فقال: من صاحب المتاع الذي هو في بيته، حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فاذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله».

و«قاعدة التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له» لا تشمل المقام، و لولائها مخصوصة بما بعد القبض، ووافق للمتأخرين في الاول، بل عن الخلاف الاجماع عليه، وهو الحجة بعد الخبرين، خلافاً للمنفذ والسيد بن المحكي عن سائر، فمن المشتري، وربما مال إليه الشهيد في المحكي عن نكته، بل في الانتصار والغنية الاجماع عليه، لانه ملكه و لا تقصير من البايع اذا طرأ بوله الى الفسخ، وبه افترق عن التلف بعدها، ولان النماء له فالضمان عليه، كما يستفاد من بعض نصوص خيار الشرط (٣)، والنقض بالتلف بما بعد الثلاث مدفوع بالاجماع ثمة دون المسألة، إلا ان ذلك كله كما ترى، بعد الخبرين المزبورين المعترضين بفتوى المتأخرين وبعض من تقدمهم، الموهون بها الاجماعان المذكوران .

وفي الوسيلة «أنه من ضمان البايع وإن كان بغير تفريط، إلا أن يكون عرض التسليم ولم يتسلم المبتاع، فان تلف بتفريطه كان من ضمانه على كل حال» ونفى عنه الباس في المختلف بعد تخصيص الدعوى بالثلاث قال: «و كلام أبي الصلاح يدل عليه، فانه قال : فان كان تأخير من قبل المبتاع فهلاكه ونقصه من ماله» قلت: لا يخفى ما فيه بناء على عدم تحقق اسم القبض بمثل الفرض المزبور، ولم يثبت ارتفاع الضمان به وإن لم يسم قبضاً، و المنقول عن الحلبي موافقة المفيد، وعبارة الوسيلة مطلقة في الثلاث وغيرها، على ان الظاهر

(١) الوسائل الباب ٨ و ١٠ من ابواب الخيار الحديث ٣٠١

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ٣٠١

كون مبناها تنزيل التمكين منزلة القبض في نقل الضمان، وهو يقتضي ضمان المشتري مع حصوله مطلقاً، فلا وجه للتخصيص، بل نقل الضمان من البائع بالتمكين المزبور مذهب الشيخ وجماعة، بل عن ظاهر الخلاف الإجماع عليه، وحينئذ فيشكل إطلاق القول بضمان البائع في الثلاثة كما هو المشهور وفيما بعدها من الجميع ان ثبت الإجماع، ومن خصوص القائل إن لم يثبت ولا يندفع الإباحة عدم التمكين في أصل الخيار كما عن التحرير أو تخصيص محل النزاع بما إذا انتفى كما عن السرائر، فيكون ما في الوسيلة موافقاً للمشهور لأنه قول ثالث كما وقع من غير واحد؛ والله أعلم. هذا كله فيما لا يفسده البقاء.

﴿و﴾ أما ﴿إن اشترى ما يفسد من يومه﴾ وقد تركه عند البائع حتى ياتي به بالثمن ﴿ف﴾ قد روى محمد بن أبي حمزة مراسلاً عن الصادق عليه السلام وأبى الحسن عليهما السلام (١) أنه ﴿إن جاء بالثمن﴾ فيما بينه وبين الليل ﴿أي﴾ قبل الليل ﴿والأفلا بيع له﴾ ولا يقدر إرساله بعد اعتضاده بما ذيل مرسل ابن رباط (٢) عن الصادق عليه السلام على ما في الفقيه والعهد فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل وإن احتمل أنه من كلام الصدوق بل لعله الظاهر؛ وانجباره بعمل الأصحاب وموافقة الاعتبار وحديث الضرار (٣). نعم اختلفت عباراتهم في تأدية المراد بعد اشتراكها في التحديد بالليل ففي جملة نحو ما في المتن من الامتداد اليه من دون تعرض للمبدء وفي أخرى تقدير المدة بيوم وفي ثالثة جعل الخيار إلى الليل، إلا أنه مناف لما في النص وأكثر العبارات من أنه مبدأ لا منتهى فيجب رده إليه وإن بعد، والامر سهل بعد توضيح المراد.

نعم قد يشكل الحديث والفتاوى بأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالفسخ قبل فساد المبيع، وإذا كان مما يفسده ليومه كما هو المفروض، وجب أن يكون الخيار قبل

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب الخيار الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣ و ٤ و ٥

الليل، ليتأتى للبائع فسخه، ودفع الضرر عن نفسه، وبأن البيع يقع في طرفي النهار وفي الاثناء، وقد يقع في الليل ايضا، والتحديد بالنهار كالأو بعضاً لا يطرد في الجميع، و الحمل على مقدار اليوم خروج عن ظاهر النص والفتوى، ولا يتأتى معه الغرض المطلوب في الاكثر، ومن هنا حمل الشهيد في الدروس النص على ما يفسده المبيت، نظراً الى الغالب في نحو الخضر والفواكه واللحوم والألبان، وإلى شيوع استعمال اليوم فيما يشمل الليل، فيثبت الخيار حينئذ فيما هو كذلك، وقد بيع في النهار عند انقضائه ودخول الليل، ورد ما سواه الى ما يقتضيه الاصل، وحديث الضرار ودلالة الايماء؛ وهو جيد جداً، وارتضاه المحقق الكركي وما لايه الشهيد الثاني وغيره، ومقتضاه ثبوت الخيار في غير مورد النص عند خشية فساد مطلقاً، فلو كان مما يتسرع إليه الفساد في بعض يوم فالخيار فيه قبل الليل، ولو كان مما لا يفسد في يوم، ترص به البائع إلى خوف فساد، فيتخير حينئذ، وإن مضى عليه يومان وأكثر، واحتمل العلامة في هذا انتظار الليل لورود التحديد به شرعاً، ويضعف بما عرفت، وبأن مورد النص الفاسد ليومه، وليس هذا منه، فيستمر فيه اللزوم الى خوف الفساد، بمقتضى الاصل السالم عن المعارض.

وقد يحتمل فيه وفي غيره ملاحظة النسبة لما يفسده المبيت فيفسخ مع بقاء زمان يعدمه الفساد كزمانه، فتأمل ويكفي الفساد في تغير العين ونقص الوصف وإن لم يبلغ حد التلف، كما في الدروس وجامع المقاصد وظاهر المسالك، وهل ينزل فوات السوق منزلة الفساد؟ إحتمله الشهيد، للزوم الضرر بنقص السعر، وهو قوي، وإن احتمل العدم أيضاً، إقتصاراً فيما خالف الاصل على المتقين.

ثم إن الظاهر إتحاد البحث في تلفه كذى الثلاث، لانحداد الطريق وهو صريح الغنية أو كصر يحامد عيا عليه الاجماع، وربما احتمل كونه من البائع هنا مطلقاً عند غير من صرح من المفصلين أيضاً، لاقدامه على التأخير فيما هو مظنة التلف، كما أن الظاهر من الماتن وغيره، بل عن جماعة التصريح به، بل في الغنية الاجماع عليه كون هذا الخيار من

جملة افراد خيار التأخير، فيشترط فيه، ما يشترط فيه من الامور الثلاثة، ويجرى فيه ايضا كثير من الفروع السابقة. والله أعلم هذا تمام الكلام في الخيارات الخمسة ﴿و﴾ أما ﴿خيار العيب﴾ ف﴿يأتى﴾ البحث فيه ﴿فى بابہ انشاء الله تعالى﴾ لكثرة فروعہ ﴿وأما احكامه﴾ اى الخيار

فتشتمل على مسائل

﴿الاولى﴾ المشهور أن ﴿خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع﴾ بل في الغنية ومحكى الخلاف الاجماع عليه للاصل السالم عن المعارض خلافا للمحكى عن المبسوط والقاضي والحلي فأثبتوه في نحو الوديعة والعارية والقراض والوكالة والجعالة، وهو ضعيف اما عرفت، مؤيدا بان الخيار فيها عام ايضا لا يقبل السقوط، فلا تأثير للمجلس، إلا أن يقصد منع التصرف فيه معه، كما احتمله في الدروس ولا دليل عليه، ولا يصح في الوديعة لامتناعه فيها مطلقا بل ولا في غيرها، لوجود الاذن المسوغ كذلك ومنع في المختلف إجماع الخلاف، لان ثبوت الخيار مطلقا يستلزم ثبوته في المجلس، وفيه أن الممنوع خيار المجلس دون الخيار فيه، فان أراد الثاني كان النزاع لفظيا. وكيف كان فلا دليل على ثبوت حق فيها مغاير لحق الجواز الثابت بأصل الشرع ﴿و﴾ أما ﴿خيار الشرط﴾ فيثبت في كل بيع لا يستعقب العتق، سلماً كان أو صراً أو غيرهما، لعموم المقتضى، خلافا للفاضل في موضع من التذكرة فيهما، وللغنية ومحكى المبسوط والخلاف والسرائر في الثاني، لاقتضاء إعتبار القبض في المجلس فيهما، ألا فتراق بلا علة، وإشتراط الخيار علة؛ وهو كما ترى، ودعوى الاجماع من الثلاثة

على الثاني - التي منعها غير واحد من الاصحاب - على مدعيها، بل في المسالك «أطبق المتأخرون على منعها، مؤيدا ذلك، بأن من عدل المدعي ممن تقدم عليه؛ أو تأخر عنه، بين مطلق ثبوته في البيع، وبين مصرح به» بل في موضع آخر من التذكرة التصريح بثبوته لكن على إشكال .

نعم قد يظهر من إقتصار الدروس على حكاية الشيخ الاجماع، ومنعه من الفاضل نوع توقف فيه، بل في التحرير و القواعد في ثبوته إشكال، إلا أن ذلك لا يقدح في دعوى منع الاجماع، خصوصاً مع شهرة الصحيح المثبت بعمومه الخيار، بين الفقهاء و المحدثين، وقد رواه أئمة الحديث (١) والاقدمون من فقهاء أصحاب الائمة عليهم السلام، ولا رادله ولا معارض له يخصصه، بل لعل مبنى الاجماع المدعى، على الاجماع على اشتراط القبض الذي ظن المدعي منافاته لاشتراط الخيار، فيكفي في رفعه حينئذ وضوح عدم التنافي .

وكذا ﴿يثبت في كل عقد﴾ لازم، معاوضة كان أولا، ﴿عدا النكاح و الوقف﴾ وبلا خلاف أجده في المستثنى منه، إلا في الضمان من الفاضل في أحد قولي، والصلح مطلقاً من المحكي عن المبسوط والخلاف، وخصوص ما يفيد منه فائدة الإبراء من الكركي، تبعاً للفاضل في التحرير، وخصوص الصلح عن المجهول، والدعوى الغير الثابتة بالاقرار من المحكي عن الصيمري، والكل شاذ ضعيف، لعموم المقضى، وعدم ثبوت أن ما في الذمة إذا انتقل لا يعود، بل هو ينتقض بجملته من المقامات .

وكذا دعوى إسقاط الحق، أو أن الصلح لا يقبل الخيار، فإن ذلك كله لا مانع من حصوله على جهة التزلزل، وبلا خلاف إضافي الأول من المستثنى، بل في جامع المقاصد والمسالك والمحكي عن الخلاف والمبسوط والسرائر الاجماع عليه، وهو الحجة بعد تأييده بمشاكلته العبارة، وابتناؤه على الاحتياط التام وسبق التروى فيه وتوقفه على رافع مخصوص، فلا يرتفع بغيره .

أما اشتراطه فى الصداق فلا بأس به ، كما صرح به الفاضل والكركي ، للعموم ، وفى المتعة اشكال إن لم تكن مندرجة فى النكاح الذى هو عقد الاجماع . وعلى المشهور فى الثانى بل فى المسالك أنه موضع وفاق ، وهو الحجة ، وإن كان فيه أنه بيه فى الدروس وغيرها على أنه موضع خلاف . نعم هو لا يقدح فى الاجماع الكاشف فان تم كان هو الحجة ، والا كان للنظر فيه مجال ، وإن كان قد عدل باشتراط القرية فيه ، وهو مناف لا اشتراط الخيار ، وبأنه فك لا الى عوض ، فلا يقبله كالمعتق ، لكن فىهما معاً منع .

ومنه ينقدح النظر فى الحاق العمرى والحبس وما فى معناهما به فى جامع المقاصد للاشتراك فى المعنى المذكور ، بل وينقدح ايضاً فى عدم دخوله فى الهبة قرية الى الله تعالى ، مع أنه قال فى التذكرة : «وأما الهبة فان كانت لاجنبى غير معوض عنها ولا قصد بها القرية ولا تصرف المتهب يجوز للوابع الرجوع فيها ، وإن اختلف أحد القيود لزم ، . وهل يدخلها خيار الشرط الأقرب ذلك» وظاهره تناولها خصوصاً وقد نفى الباس عما ذهب اليه الشافعى من عدم دخوله فى الوكالة والقراض والشركة والوديعة والبعالة ، قال : «لأنها عقود جائزة لكل منهما فسخها سواء كان هناك شرط خيار أو لا» فحمل كلامه هنا على الهبة الجائزة لا يخلوا من منافاة له ، فالاولى بناء دخوله فى ذات القرية على التنافى بينهما ، وعدمه ، والحكم بجواز الدخول فى اللازمة منها للعوض أو القرية ؛ كما هو مقتضى تعميم المصنف وغيره للعموم ، وبناءؤه فى غير ذلك على دخوله فى العقود الجائزة وعدمه .

فعن الشيخ والقاضى والحلي : دخوله فيما سمعته عن الشافعى استناداً الى العموم المقتضى إطراده فى كل عقد جائز ، وبقتضيه إطلاق المتن والغنية والارشاد والقواعد و الدروس ، ومنعه العلامة فى المختلف والتحرير والكركي والشهيد الثانى ، وقد سمعت نفي الباس عنه فى التذكرة لعدم تأثير الشرط فى الجائز بالأصل ، ويضعف بعدم اشتراط التأثير فى الشرط ، فان منها ما يؤكده مقتضى العقد ، فان أزيد خصوص المؤثر هنا عاد النزاع الى اللفظ ، على أنه قد يؤثر فىهما لولزم الجائز كالهبة بالتصرف مثلاً ، فان له الفسخ حينئذ بالشرط ، وكذا

المعاطاة لو كان التصرف من ذى الخيار. فتأمل هذا . وقد علم مما ذكر، حكم الشرط فيما اختلف في لزومه وجوازه كالسبق والرمية ، أو يلزم من أحد الطرفين دون الآخر كالرهن، واستشكل في التجريد جوازه من الراهن وإن لزم العقد من جهته ، لأن الرهن وثيقة الدين ، والخيار يناقى الاستيثاق ، ورد بمنع المنافاة، فإن الاستيثاق فى المشروط بحسب الشرط ، فتحصل من جميع ذلك أنه لا يثبت فى النكاح والوقف خاصة من العقود .

﴿وكذا﴾ لا يثبت فى ﴿الابراء والطلاق﴾ وفى الإقالة ما استعرف ﴿والعتق﴾ من الإيقاعات ﴿إلا على رواية شاذة﴾ (١) لا يلتفت إليها كالقول بها بعد الإجماع فى المحكى عن المبسوط على الأخيرين ، وفى المسالك على الأولين ، وعن الحلبي نفي الخلاف فى الثالث الذى ينافى اشتراط الخيار فيه اعتبار القرابة أيضاً بناء على المنافاة ، كما أنه ينافيه فى الثلاثة ، انها من الإيقاعات لا العقود ، ولذا احتج - فى المحكى عن السرائر - على عدمه فى الثانى بخروجه عن العقود ، ومقتضاه إطراد الحكم فى الجميع ، وعدم اختصاصه بالثلاثة ، كما يوهمه الاقتصار فى المتن وغيره عليها ، ولعلها كذلك ، لاقتناء الإيقاع على النفوذ بمجرد الصيغة فلا يدخله الخيار ، والمفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبى عليه الصحيح «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عز وجل فلا يجوز على الذى اشترط عليه» فلا يتأتى فى الإيقاع المتقوم بالواحد ،

وقد يلحق بالطلاق الإقالة بناء على عدم تعقل العود بعد الفسخ من غير سببه وفيه بحث ، سيما بعد اطلاقهم دخوله فى العقود بناء على أنها منها ، سيما بعد حكمهم فى الشفعة ، بقابلية الإقالة للفسخ ، كالبحث فى إلحاق الكتابة المطلقة به فى التحرير ؛ وعن التذكرة وان كنت لم أتحققه فيما حضرني من نسختها ، ودعوى أن الحر لا يعود رقاً لدليل عليها على الاطلاق ، بحيث يشمل الحرية المتزلزلة كما فى جملة من المقامات المذكورة فى كتاب العتق وغيره وحينئذ ، فتفزع على ذلك فروع جليلة لا تخفى بادننى تأمل .

منها - حكم المال الحاصل له فى زمن الحرية إذا عاد إلى الرقية ، أما المشروطة ففى جامع المقاصد دخوله بالنسبة للمولى قال : «وفى العبد قولان إختار الثبوت الشيخ ،

والعدم المصنف في التحرير، نعم قد يلحق بالطلاق الخلع والمبارات ، وفي التذكرة و
جامع المقاصد دخوله في القسمة سواء كان فيهما رداً أولاً ، وفيه بحث أيضاً . ثم إن الظاهر
دخول خيار الشرط بجميع أقسامه كخيار المؤامرة ورد الثمن ونحوهما ، لكن فيما يتصور
فيه ذلك كعقود المعاوضة ، للعموم المقتضى عدم الفرق فيه بين البيع وغيره ، واحتمال
قصرهما على البيع - للدليل والافلا يجوز للجهالة - ضعيف جداً كما هو واضح . و أما
الغبن فثبوته في سائر عقود المعاوضة بناء على أن مدركه حديث الضرار (١) - متجه .
المسألة ﴿ الثانية التصرف ﴾ من المشتري في المبيع ﴿ يسقط خيار الشرط ﴾

له ﴿ كما يسقط خيار الثلاثة ﴾ بخلاف معتد به أجده فيه ، بل في الغنية و جامع
المقاصد ومحكي الخلاف وكنز الفوائد الإجماع عليه ، وهو - بعد شهادة التبع لـ العلة المحجة
مضافاً إلى ما عن الشيخ والقاضي من ورود الأخبار من طريق الأصحاب بذلك محتجين
بها عليه ، وكفي بهما ناقلين ، وإلى دعوى الأولوية ، فانه متى سقط به الخيار الأصلي
كالحيوان ، فالشرط أولي ، وإن كان فيها ما فيها ، كدعوى العموم من العلة المنصوصة
في الصحيح (٢) في خيار الحيوان ، ضرورة أن الفاء فيه رابطة ، لا تعليلية ، نعم بعد
تعذر ارادة الحقيقة من الحمل فيه ، وجب حمله على ارادة دلالة على الرضا ، و حينئذ
لاتفاوت بين الحيوان وغيره ، ضرورة اعتبار ما دل عليه من الأفعال والأقوال ، والمناقشة
فيما لم يصل إلى حد العلم في الأول ، يدفعها حينئذ هذا الصحيح وغيره ، و احتمال
قصره على خصوص الحيوان كما ترى .

وعلى ذلك عول من قيد السقوط بالتصرف بما اذا لم يكن للاختبار ونحوه فيما
علم عدم ارادة الالتزام به ، بل المتجه حينئذ أن ما كان ظاهره ذلك كذلك أيضاً بل
ينبغي عدم السقوط بالمشكوك فيه .

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٥

الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار .

ومن هنا وقع خبط في كلام بعض المتأخرين ، وربما مال بعض متأخريهم الى دعوى ماسمته في الحيوان من أصالة الدلالة في التصرف حتى يعلم العدم ، جمعاً بين ما دل على السقوط به وبين خبر الامداد (١) ونحوه مما يقضى بعدم السقوط به ، إلا أن الجميع كما ترى ، مناف لاطلاق الفتاوى ومعقد بعض الاجماع السابقة ، وما ذكره في مسقطات الخيار من عدالتصرف قسماً آخر مقابل للرضا ، وليس في قوله فإنه «فذلك رضا منه» ظهور في أن السقوط بالتصرف للدلالة ، خصوصاً مع ملاحظة كون الفاء فيه رابطة للشرط لاتعليلية ؛ وأن بيان الدلالة ليس وظيفة الشارع ، لاختلافه باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال ، فيمكن إرادة قيامه مقام الرضا في الاسقاط ، بل يمكن دعوى أنه المنساق من أمثاله ، أو إرادة أنه بعد إقدامه على المسقط شرعاً وفعله فهو رضا منه بالالتزام اذا كان عالماً بأنه مسقط متنبه له ، وكان الاطلاق لغلبة العلم بالحكم الشرعي ، وعدم معذورية الجاهل وندرة الغفلة والسهو ، فالقول بأنه مسقط تعبداً مطلقاً لا يخلو من قوة ، وتعديته لغير الحيوان بالاجماع المحكي عن الخلاف ان لم يكن المحصل ، وظهور عدم إرادة خصوص المورد في الصحيح (٢) وغيره حينئذ لا ينبغي التوقف فيه هنا ، بل ولا في سقوط خيار البائع بالتصرف في الثمن كما صرح به جماعة وعلم من رأى الباقيين لذلك ، ولعدم الفرق بين العوضين ، وخبر ابى الجارود (٣) - القاضي بعدم سقوط خيار البائع في التصرف بالثمن في خيار الرد - محمول على ما عرفت سابقاً من كون التصرف فيه قبل تحقق الخيار ، لأنه إنما يحصل بعد الرد كما عرفته سابقاً ، والمدار حينئذ على صدق الحدث فيه ناقلاً أن أو غير ناقل .

نعم قد يتوقف في الحدث فيه خطأ - بل أو غفلة أو نسياناً أن فيه الخيار أو

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٣

لظن أنه الخالي منه - من صدق اسم الحدث فيه ، ومن أن المنساق من قوله «أحدث فيه حدثاً» قصد الاحداث فيه ، خصوصاً بعدان لم يكن عمومها لغويًا ، وقديؤيده في الجملة عدم سقوط خيار الغبن بالتصرف غير الناقل اذالم يعلم بالغبن ، ولكن لا يخفى عليك الفرق عرفاً بين الحدث خطأ وبين الغفلة والنسيان ، فهو من ذى الخيار مسقط لخياره ، من غير فرق بين الاختبار وغيره ، وخبر رد الامداد مع الشاة (١) القاضي بعدم سقوط الخيار بالحلب ، مع الطعن في سندوه وشذوذهم ، وعدم ظهوره في الرد بالخيار بل قديظهر منه عدمه ، و منافاته لمادل على أن النماء في زمن الخيار للمشتري ، - يمكن القول بأن استخراج الحليب الذى هو ملكه ليس إحداثاً فيها ، كما أن اشتراط بيع ما فيه الخيار بالايجاب قبل البيع في خبرى الحلبى والسكونى الاثمين (٢) من الشواذ التى لم يعمل بهما احد فيما علم .

ومن ذلك كله يظهر لك ما فى جامع المقاصد والمسالك والرياض وغيرها ، فلاحظ وتأمل . نعم قديتوقف فيما ذكره غير واحد - بل نسبه بعض الاساطين الى الاصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، بل فى الغنية نفى الخلاف عنه - من الفسخ بتصرف كل منهما فيما انتقل عنه ، اذالم يكن دالاعلى ارادة الفسخ فضلاً عما علم منه عدم الدلالة أو كان ظاهراً لعدم الدليل إن لم يكن اجماعاً على الحاقه بالتصرف الملزم بناء على السقوط به تعبداً ، ودعوى الدلالة عليه - كدلالته فى المنتقل اليه على الامضاء - يدفعها ما عرفت من عدم دوران السقوط فى المقيس عليه ، على الدلالة ، وليس فى الادلة ، ما يقتضى التعبد هنا ، بل ليس فيها ما يقتضى باعتبار غير مقطوع الدلالة عليه من الافعال ، الا فحوى مادل عليه فى الامضاء ، ويمكن منعها إن لم ترجع الى التنقيح ومنعه لعدم المنقح إن لم يكن اجماعاً كما هو مفروض المسألة .

وأما الاستدلال عليه - بأن هذا التصرف لو لم يكن فسخاً لكان ممنوعاً منه شرعاً

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل - الباب ١٢ من ابواب الخيار الحديث ١-٢

لمصادقته ملك الغير على المشهور من الاتفاق بنفس العقد ، والاصل في تصرفات المسلمين وقوعها على الوجه السائن الصحيح فيكون فسخا - كما ترى ، ضرورة عدم انحصار وجه الصحة في ذلك ، ولا يتم في إجراء العقد خاصة عليها ، وكون الفضولي على خلاف الاصل ، لا ينافي قدحه في الدلالة على أن المراد الفسخ به تعبداً كالامضاء ، فلا تنقح دلالته على ارادة عدم الفسخ به .

نعم لا بأس بذكر هذا الامر مؤيدة بعد دعوى الاجماع على الفسخ بكل ما وقع في المنتقل اليه كان اجازة ويكون هو العمدة حينئذ ، لكن في فساد التصرف لو كان بيعا ونحوه ، وصحته وجهان ، بل قولان ينشأن من حصول الملك به ، فلا يحصل شرط الصحة الذي هو سبق الملك ، ومن أن الفسخ يحصل بالقصد المقارن للتصرف ، فيتقدم ويحصل الشرط ، وهو الذي اختاره الكركي وعليه قرع جواز الوطى له ، وفيه أنه حصل بالقصد لا بالفعل كما هو المفروض ، بل لابد من الالتزام في البيع ونحوه ، كون وقوع تمام الصيغة الذي يحصل به مسمى التصرف ، شرطا كاشفا عن حصول الانفساخ قبله آنأما ؛ وهذا وان ارتكبناه في غير المقام ، الا أنه لمكان الدليل المخصوص الدال على الصحة ، والحصص طريق الجمع بينه وبين ما دل على اعتبار سبق الملك بدعوى التقدم الذاتي ، بخلاف المقام الذي لا يتوقف الحكم بالفسخ على صحة التصرف ، بل يكفي ولو كان فاسداً اي لم يترتب عليه أثره ، هذا اذا كان التصرف بالبيع ونحوه .

أما اذا كان بالاتفاق كاللمس والتقبيل والوطى ونحوها ، فيمكن القول بحصول الفسخ بها ، وأنه مقارن للدخول في الملك من غير اثم ، تحكيما لمادل على أن له الفسخ باي فاسخ ، يكون الاستفادة من نفس ثبوت الخيار له على مادل على حرمة التصرف في مال الغير ، بحمله على ما لا يقارنه الملك من التصرف ، خصوصاً مع خفاء اندراج هذا الفرد ، فزمان الفسخ حينئذ والدخول في الملك واللمس واحد . ولا بأس به . فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع .

وربما ظهر من الدروس التردد في الجواز، بل صريح التحرير الحرمة، وهو ضعيف لما عرفت، بل يمكن القول به في البيع ونحوه، بناء على منع اعتبار سبق الملك فيه ونحوه لعدم الدليل، بل مقتضى إطلاق الأدلة خلافه، وقوله عليه السلام «لا بيع إلا في ملك» (١) لا يقتضي ازيد من اعتبار أصل الملك في البيع، على وجه يشمل المقارن في مثل الفرض لأقل من الشك، وقد عرفت أن مقتضى الإطلاق الصحة في مثل الفرض الذي هو من باب ترتيب المعلومات الغير المتنافية بعلمها، وإن كانت العلة في وجود الجميع واحدة، فيترتب حينئذ على التصرف الفسخ، المقتضى لعود الملك للفاسخ، المقتضى لانتقاله عنه إلى المشتري، المقتضى لانعتاق لو فرض كونه أبالـه .

وربما يؤيده ما ذكره في الوكالة، من حصول عقدها بالقبول فعلا من الوكيل، بأن يفعل ما وكل فيه من تزويج أو بيع أو نحوهما، فإن الوكالة والبيع حصلا بعلة واحدة، و الظاهر عدم زيادة اعتبار الملك في مضي البيع على اعتبار الوكالة فيه، فإن بيع الوكيل والمالك سواء في ذلك، وبالجمله لامانع من تسلسل العلل المترتب على كل منها معلولها، وإن اتحد العلة الأولى معها، نعم لا يعقل حصول المعلومات المتنافية لعلة واحدة كما هو واضح، ومما يؤكد المقام ظهور ارادة القائل بكون البيع مثلاً فاسخاً الصحيح منه، لا الفاسد الذي يكون فسخه من الدلالة على ارادته، لأنه فسخ بالتصرف، بل هو صريح استدلالهم على الفسخ باصالة الصحة في العقد. والله العالم .

﴿ولو كان الخيار إلهما تصرف أحدهما﴾ فيما انتقل اليه من المبيع أو الثمن
﴿سقط خياره﴾ بايعا كان أو مشتريا وسواء كان التصرف جائزا كالاتفاق بغير الوطى أو غيره كالوطى ونحوه، إذ لا تلازم بين حصول الالتزام وحلية التصرف، إذ لا ريب في صدق اسم الأحداث في العين وإن كان حراماً، لأن الأثم حكم شرعي لا مدخلية له في صدق الاسم كما صرح به في الدروس .

نعم قد يتوقف في صدق الاحداث بالبيع و نحوه، بناء على عدم نفوذه على الخيار
 للآخر، بل لعل صدق عدم الاحداث عليه اولى، خصوصاً بعد تفسير الاحداث في الصحيح (١)
 بمثل التقييل واللمس، واحتمال كون التهيأ للصحة ولو بالاجازة احداثاً بعيد.
 ولكن التحقيق الجواز في الجمع من غير فرق بين العتق وغيره «لأن الناس
 مسلطون على اموالهم» (٢) ولم يثبت ما نعية تعلق حق الخيار، وليس فيه إبطال لحق
 صاحبه، لانتقاله إلى القيمة حينئذ أو المثل، أو أن له التسلط على فسخ العقد الآخر على
 اختلاف الوجهين أو القولين الذين أقوا هما الاول، لاطلاق ما دل على اللزوم، وانقطاع
 الملك الحاصل له بالعقد الاول بما وقع له من العقد الثاني، فيقع الفسخ من ذى الخيار
 على ما ليس بملك له، إلا أنه لما كان الحق متعلقاً بالعقد الذى وقع على العين التى
 نقلها الشارع إلى القيمة أو المثل، فالفسخ يفيد انتقالها إليه كما لو تلف، ولا فرق بين
 الوطى وغيره من الانتفاعات كما هو ظاهر المحكى عن المبسوط و صريح التحرير، و
 احتمال الجبل - فتكون أم ولد فيمتنع ردعينها بعد تسليم امتناع الردبه كما هو والأصح
 - غير صالح لتخصيص ما دل على تسلط الناس على اموالهم، وإلا لامتنع الانتفاع بها في
 غيره، لاحتمال التلف به أيضاً، كما أنه لا فرق بين العتق وغيره، وبناءً على التقييل غير
 صالح للفرق هنا بعدما عرفت.

ومن ذلك كله ظهر لك ما فى كلام الفاضل في القواعد فانه جزم بعدم نفوذ بيع
 المشتري ووقفه وهبته إذا كان الخيار لهما أو للبائع إلا باذن البائع، واستشكل فيه في
 العتق وجزم بجواز الوطى له، كباقي وجوه الانتفاع تارة، وترد فيه بالخصوص من بينها
 أخرى، بل والشهيد في الدروس حيث أطلق التردد في جواز تصرف المشتري إذا كان
 الخيار مختصاً بالبائع، وفي تصرفه أيضاً، والبائع مع اشتراك الخيار بينهما، إلا لإشكال

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الخيار الحديث ٣٠١

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

في جواز تصرف المشتري إذا لم يكن وطياً ولا نافلاً.

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت، ويؤيده في الجملة ما سلف لهم في الغبن من صحة التصرف، وانتقال ذى الخيار إلى المثل أو القيمة، واحتمال الفرق - بفرض كلامهم هناك في التصرف مع الجهل بالخيار - غير مجدي، لان الظاهر تعلق الخيار فيه حال العقد وإن لم يكن معلوماً، فلو كان حق الخيار مانعاً، أبطل التصرف وإن كان المتصرف جاهلاً وهو واضح. ثم إنه على كل حال يسقط خيار المشتري بالوطى وإن أتم كما عرفت؛ ولو فسخ البائع بعد الاستيلاء إنتقل إلى القيمة عندنا، وعن الشيخ والقاضى أنه يرجع بقيمة الولد والعقر، وهو جيد بناء على عدم الانتقال إلا بعد انقضاء الخيار وكان الوطى شبهة، لكن ستعرف ما في المبني عليه.

ولافرق فيما ذكرنا بين اشتراك الخيار بينهما واختصاصه باحدهما، فللبائع التصرف في ثمنه وإن كان الخيار مختصاً بالمشتري كالعكس، ولو تصرف كل منهما أو احدهما فيما انتقل عنه كان فسخاً كما عرفت، ولو كان الخيار لاحدهما ونقلهما معاً دفعة ببيع ونحوه بطل، للتدافع بين الفاسخ والملزوم من الشخص الواحد، والظاهر البقاء على اصل الخيار، واحتمال تقديم الاول أو الثانى هنا ضعيفان، وإن جزم بالاول في التحرير ولو كان التصرف فيهما من غير ذى الخيار وقف على الاجازة، بناء على جريانها في نحو حق الخيار ومع حصولها لهما معاً يسقط الخيار، وله على اشكال - ابطال التصرف في المنتقل اليه واجازة الاخر مع إبقاء حق الخيار والرجوع بالقيمة حينئذ، وليس له ابقاؤه مع اجازة التصرف في ماله، ولو كان الخيار مشتركاً بينهما فتصرف المشتري مثلاً فيهما ففي القواعد «صح ما تضمن الفسخ من التصرف، بخلاف الاخر الذي فيه ابطال حق البائع» وفيه اولاً أنه لا يتم على المختار، وثانياً - أنه وإن كان باطلاً بناء على منع حق خيار البائع الا - أنه يحصل به الالتزام وسقوط الخيار، كما صرح به في التحرير وجامع المقاصد في غير المقام فيتدافع حينئذ مع ما يقتضى الفسخ المتوقف صحته على عدم الالتزام؛ فالاقوى اتحاد

الحكم فيها مع الاولى. والله اعلم ،

﴿ولو أذن أحدهما﴾ بالتصرف فيما انتقل اليه ﴿وتصرف الآخر﴾ فيما انتقل اليه ايضاً ﴿سقط خيارهما﴾ قال في الشرح : «أما خيار المتصرف فواضح ، وأما الاذن فوجه سقوط خياره دلالة الاذن على الرضا ، فيكون التزاماً من البايع بالبيع ، وأما من المشتري فلان تصرف البايع يبطل البيع ؛ فلا يبقى لخيار المشتري أثر ، ولو لم يتصرف المأذون لم يبطل خياره .

وفي بطلان خيار الاذن نظر من دلالة علي الرضا المزيل لحقه ، ومن عدم منافاة الرضا بزوال الخيار ، لان غايته قبل وقوعه أن تكون الإزالة بيده ، وهي لا تقتضي الزوال بالفعل ، وأطلق جماعة كونه مبطلاً ، وعدم البطلان أوضح . ولو كان التصرف غير نافل للملك ، ففي إبطاله الخيار الاذن نظر ، لعين ما ذكر » وفيه - بعد تسليم ارادة كون التصرف والاذن في المبيع من كل منهما من العبارة وماضاهاها - أن الاذن فيما إذا كان المتصرف البايع لامتدخلية لها ، ضرورة استناد الفسخ حينئذ إلى تصرف البايع ، أذن له المشتري أو لم يأذن ؛ أما الثاني فواضح ، كالاول مع فعل المأذون ، بل لعله كذلك وإن لم يفعل ، لدلالة الاذن بفعل الملمزم ، على إرادة الالتزام واسقاط الخيار ، بل لعل نفس الاذن بالتصرف من الأحداث فيه ، ويحتمل العدم ، لمنع الدلالة في الاول ، للفرق بين انشاء الالتزام ، وبين ارادة ما يحصل به الالتزام ، وصحة السلب في الثاني ، وكأنه لا يخلو من قوة خصوصاً مع ملاحظة استصحاب الخيار .

وفي تعليق الارشاد « واعلم أن مجرد الاذن في هذه التصرفات من دون فعل لا يكون اجازة ولا فسخاً كما هو مصرح به في كلامهم » قلت : ومن ذلك ينقذ الاشكال في الالتزام بالعرض على البيع ، اذ هو أعم من انشاء الالتزام ، لا إمكان حصوله مع التردد في الفسخ والاجازة ، و دعوى الظهور في الالتزام ممنوعة ، على انه - بعد التسليم - مبني على حجية ظواهر الافعال في مثل ذلك ، وإن كان قديوييد القول بها

هنا الاجماع على سقوطه بالتصرف الذى هو غير قاطع ، لكنه لا يتم بناء على أن السقوط به تعبدى ، لامن حيث الدلالة كما سمعت قوله فيما تقدم .

نعم يمكن الاستدلال على الالتزام بالعرض بخبر السكونى (١) « فيمن اشترى ثوبا بشرط ، فعرض له ربح فاراد يبعه ؟ قال : فليشهد أنه قد رضيه واستوجبه ، ثم يبعه إن شاء ، فان اقامه بالسوق ولم يبعه فقد وجب عليه البيع » وهو - مع اشتماله على مالا يقول به ، من اشتراط بيع ذى الخيار ، بالاستيجاب قبل البيع - يمكن منع دلالة ، لاحتمال إرادة إقامة المستوجب فى السوق منه ، فيكون حاصله أنه مع الاستيجاب يسقط الخيار إن لم يبعه ، ومتى قام الاحتمال ، بطل الاستدلال ، بعد منع الظهور فلا حظ وتأمل .

ثم لا يخفى عليك أن ذلك كله يجري فى الاذن بما يقتضى الفسخ ، و العرض الذى يقتضيه ايضا ، و لو أذن أحدهما للآخر فى نقل ما انتقل اليه - بناء على عدم الجواز مع تعلق حق الخيار ، وفعل المأذون - سقط خيار المتصرف قطعاً ، وأما الاذن فقد جزم الكركي وثانى الشهيدين وغيرهما بالسقوط ايضا بل قد يظهر من التذكرة الاجماع عليه ، وعلله فى الجامع بعدم امكان فسخ العقد الواقع باذنه ، قال : « أذا لم يبع ففى كون مجرد الاذن اجازة إشكال ، ومثله الاذن فى سائر التصرفات الغير الناقلة للملك »

قلت : يظهر وجه الاشكال فى الاول مما ذكرناه أولاً ، لأن مرجعه إلى أن الاذن فى الملزم ملزم أولاً ، وقد سمعت الكلام فيه ، إلا أنه غير جار فيما ذكره من التصرفات الغير الناقلة التى هى إذا وقعت إنما تلزم بالنسبة الى المتصرف ، فالاذن فيه لا يستفاد منه التزام الاذن بوجه من الوجوه ، إلا اذا كان المراد من الاذن رفع ما حصل بسببه المنع اى الخيار ، وحينئذ لا ينبغى التوقف فى السقوط . و إن لم يفعل

المأذون ، الا أن في دلالة الإذن بالتصرف - خصوصا إذا كان خاصاً على ذلك - منعا واضحا .

اللهم أن يدعى أن حجر الخيار لا يرتفع شرعا مع بقاءه ، فالإذن في أي تصرف تستلزم رفعه ، وهو أوضح منعا ، وكان الوجه - في الالتزام بالإذن بالتصرف الناقل مع وقوعه - أن حق الخيار متعلق بالعين وهو الذي أذن في نقلها ، والأصل براءة الذمة من الانتقال الى المثل أو القيمة ، وينبغي أن يلحق به الإذن بالوطني المتعقب للاستيلاد ، بل كل تصرف يمنع من الرد ، وفي إلحاق الإذن في النقل المتزلزل كالبيع بالخيار والهبة إشكال ، فديظهر من التذكرة الأولى وأنه متفق عليه بيننا .

ومن ذلك كله يظهر لك ما في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما فلا حظ و تأمل . كما أن منه يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة الطباطبائي في مصابحه من وجوه قال : «وكما يسقط الخيار بالتصرف فكذا بالإذن فيه كما في الشرايع والتذكرة والقواعد والارشاد والتنقيح لدلالته على الالتزام في المنقول عنه ، والفسخ في المنقول اليه ، فان تصرف المأذون سقط خيارهما و الافخيار الآذن ، واستشكله المحقق الكركي والشهيد الثاني وغيرهما ، لعدم ظهور الدلالة ، ولأن التمكن من الإزالة غير الزوال بالفعل ؛ وبضعف بأن مقتضى الإذن رفع الحجر من قبل الآذن ، ولامانع غير الخيار فيرفع بالإذن ، ولا يتوقف على وجود التصرف ، وإللكان السقوط بالتصرف المأذون فيه ، دون الإذن ، كما اعترفوا به ، فان الآذن لم يوجد منه سوى الإذن ، فان لم يسقط الخيار به لم يسقط بالتصرف الذي هو فعل غيره ، فتأمل جيدا . والظاهر ان التصرف من المتعاقدين لا يسقط خيار الاجنبي ، بل ولا خيار المؤامرة قبل الأمر بالفسخ ، للأصل ، ولأخيار تأخير الثمن قبل الثلاثة اذا فرض إمكانه قبل القبض على اشكال .

المسألة الثالثة : إزامات من له الخيار انتقل الى الوارث من أي أنواع الخيار

كان ﴿ بلا خلاف معتد به ، بل ظاهر هم الاجماع ، بل عن بعضهم دعواه صريحاً ، للنبي (١) المنجبر بالعمل «ماترك ميت من حق فهو لوارثه» المؤيد بعموم غيره كتابا (٢) وسنة (٣) ومافى القواعد من احتمال سقوط خيار المجلس بالموت - فيما لومات احدهما ، لألوية مفارقة الدنيا من مفارقة المجلس - ليس خلافاً في المسألة عند التأمل ، على أنه في غاية الضعف ، ضرورة إرادة التباعد بالمكان الظاهر في الجسم من الافتراق ، لافي الروح التي لم يعلم مفارقتها للمجلس ، فلا ريب حينئذ في انتقاله الى الوارث .

نعم في القواعد « إن كان الوارث حاضر أفي المجلس إمتد الخيار مادام الميت والآ خر في المجلس ، وإن كان غائباً إمتد الى أن يصل اليه الخبر إن أسقطنا اعتبار الميت ، و هل يمتد بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر؟ نظر » وفيه أنه اذا سقط اعتبار الميت امتنع الحكم ببقاء الخيار ، لانقضاء متعلقه ، و هو عدم تفرق المتبايعين ، بل الحكم ببقائه دعوى لامستند لها ، وأبعد من ذلك إمتداده بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر الذي هو ليس مجلس البيع ، خصوصاً مع تعدد الوارث القاضى بمراعاة مجلس كل واحد منهم ، بل إيمان يجعل على الفور أو على التراخي ، ومن ذلك يعلم مافى المسالك قال : « و لو كان الوارث غائباً عن المجلس ، ففي ثبوته له حين بلوغه الخبر فورياً ، أو إمتداده بامتداد مجلس الخبر ، أو سقوط الخيار بالنسبة الى الميت ، أوجه »

نعم ما فيها ايضاً من أنه لو قيل بثبوت الخيار للوارث إذا بلغه الخبر وامتداده الى أن يتفرق الميت ومبايعه كان وجهاً جيداً ، بناء على اعتبار الميت حال حضور الوارث في المجلس ، وأقرب من ذلك كله - وإن لم اجد من ذكره - ثبوته للوارث مطلقاً ، للاصل

(١) لم نشر على هذه الرواية في كتب الاحاديث من العامة والخاصة بعد الفحص عنها في

مضانها وان استدلوها في الكتب الفقهية كالرياض ومفتاح الكرامه وغيرها

(٢) سورة البقرة الايه ١٨٠ وسورة النساء الايه ٧

(٣) الوسائل الباب ١ من موجبات الارث

بعد تعذر حصول الافتراق الاختياري بين البيعين ، كما عرفت مفصلاً فيما لو اكره احدهما على الافتراق ، وأنه لا يسقط خيار المكره والآخر أيضاً وإن فارقه اختياراً . فلاحظ وتأمل ، فلاحاجة حينئذ السى اعتبار تفرق الوارث ، وأنه على تقديره - لو فارق أحد الورثة لم يؤثر ، لعدم صدق افتراق المتبايعين ، نظراً الى قيام الجميع مقام الموروث ، مع احتمالاه أيضاً نظراً الى ثبوت الخيار لكل من الوارث على جهة الاستقلال ، فافتراقه يؤثر في سقوط خياره ، الا انه لو فسخ الآخر مضى عليه ، كما لو تعدد ذوا الخيار ، ولا ينزل على حصته لعدم اشاعة حق الخيار في العين ؛ ولذا لم يجز للمورث أن يفسخ في البعض ، وليس للوارث ، إلا ما كان للمورث .

و من ذلك يتضح لك الحال في كل خيار ورثته متعددون ، وأنه يقدم الفاسخ منهم على الملزم ، لانه لما علم عدم قابلية الخيار للتوزيع في نفسه - ضرورة عدم معقولية نصف الخيار ورثته مثلاً ، وعدم تبعيته أيضاً قسمة العين ، لما عرفت من عدم الاشاعة ، وكان يمكن إبقاء النبوي وغيره مما دل على انتقال الحق كان لكل واحد من ورثته على ظاهره لتعقل تعدد من لهم الخيار ، بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل نحو ذلك فيه على ارادة الاشتراك ، لعدم تعدد المالك شرعاً لمال واحد بخلاف محل البحث - اتجه القول بثبوته حينئذ لكل واحد منهم ، وأنه يقدم الفاسخ منهم على الملزم ، كذوى الخيار فتأمل جيداً فانه دقيق .

ثم لا يخفى أنه لا فرق في ارث الخياريين حصوله فعلاً للميت ، وبين حصول سببه ، فينتقل خيار التأخير ، وإن مات البائع في الثلاثة ، كخيار رد الثمن وخيار الشرط بعد شهر مثلاً ونحو ذلك ، إذ هو حق أيضاً ينتقل بالارث كخيار المؤامرة ، فاذامات المستأمر بالكسر انتقل حقه لورثته ، اما المستأمر بالقبح فالظاهر عدمه ، لظهور ارادة المباشرة من اشتراط استيماره ، ولانه لاحق له عند التأمل ، اذ لزوم العقد عند أمره بالالتزام لاصالة اللزوم في العقد ، ولا يجب اتباع أمره بالفسخ ، وإن كان للمستأمر بالكسر الفسخ

عنده، إلا أن ذلك يقضى بكونه حقاً له، لا للمستأمر بالفتح كما هو واضح .
 بل لا يبعد ذلك في المشتراط له الخيار إذا كان الشرط على جهة المباشرة، فإذا مات
 لم ينتقل لورثته، لسقوط الحق بعد فرض اشتراطها بموته، وليس ذا شرط لعدم الإرث
 كي يكون باطلاً، بل يمكن رد اشتراط عدم الإرث إليه في بعض الأحوال فيصح .
 أما اشتراط الخيار للجانبي لأعلى جهة المباشرة، فقد يقوى انتقاله أيضاً إلى وارثه
 لا إطلاق النص والفتوى وبه صرح الفاضل في التحرير خلافاً له في القواعد، ودعوى أنه
 إنما يورث تبعاً للمال لاشهاد عليها، بل يكفي فيه تعلقه بالمال كالشفعة، بل قد يورث
 ما لا تعلق له بالمال؛ كحق القذف ويقرب منه حق القصاص .

ومن ذلك يظهر لك قوة القول بآرث الزوجة غير ذات الولد، للخيار فيما إذا
 اشترى أرضاً وله الخيار، أو باعها كذلك، وإن استشكل في أحدهما الفاضل في القواعد
 على أن حق الخيار في الثاني منهما قد تعلق بالثمن الذي انتقل إليها بالآرث، فيتبعه الخيار،
 وإن كان لو فسخت حرمت، إلا أن ذلك لم يثبت مانعته من الإرث، كعدم ثبوت
 اشتراط آرثه بالتبعية لعين، فلها أن تفسخ في الأول أيضاً وترث من الثمن . والله أعلم بحقيقة
 الحال .

﴿ولو جن﴾ ذوالخيار ﴿قام وليه مقامه﴾ كما في غيره من أمواله وحقوقه
 ويجري في خيار المجلس ما يقرب مما سمعته في الموت، وفي المسالك ومثله مالو
 خرس ولم يمكنه الإشارة المفهمة والاعتبرت إشارته كاللفظ ﴿و﴾ على كل حال
 ف﴿لوزال العذر لم ينقض تصرف الولي﴾ الجامع لشرائط الصحة التي منها مراعات
 الغبطة والمصلحة، أو عدم المفسدة على ما هو محرر في محله .

﴿ولو كان الميت﴾ الذي له الخيار ﴿مملوكاً ما ذُنِّبَتْ الخيار لمولاه﴾ إذا
 كان البيع أو الشراء للمولى، إذ ذلك له قبل موته ضرورة تبعيته للمال .
 أما لو فرض ثبوته للعبد نفسه، كما لو اشترط مثلاً فالأقرب عدم انتقاله

للمولى كما سمعته فى الاجنبى ولو كان ذلك فى ماله ، ولو كان البيع لأجنبى وشرط الخيار للعبد ففى التحرير هو للمولى ايضاً على اشكال ، قلت : لعله من عدم الدليل على ثبوت كل ما للعبد حتى الفرض للمولى ، و فيه أن الآية (١) وغيرها مما استدل به على ذلك يشمل الأموال والحقوق ، فلا يبعد حينئذ انتقاله للمولى حال الحيوة ، فضلاً عن الموت ، بل لعل ذلك هو المدار فى الانتقال بالموت ، ومنه حينئذ يظهر أنه لا مداخلية للموت فى ذلك ، اذ فى مصابيح العلامة الطباطبائى الاجماع على أن الحر لا يرث العبد ، و فى الصحيح المروى (٢) بطرق متعددة عن ابي جعفر وابى عبد الله عليهما السلام «أنه لا يتوارث الحر والعبد» كما أن منه يظهر ما فى القواعد ايضاً قال : «ولو كان الميت مملوكاً مأموراً بالخيار لمولاه ولو شرط المتعاقدان الخيار لعبد أحدهما ملك المولى الخيار ، و لو كان لأجنبى لم يملك مولاه ، ولا يتوقف على رضاه اذا لم يمنع حق المولى ، ولومات لم ينتقل الى مولاه » فتأمل والله اعلم .

المسألة (الرابعة) المشهور نقلاً و تحصيلاً بل فى التذكرة الاجماع على أن المبيع يملكه المشتري فى زمن الخيار بالعقد كالمحكى عن ابن ادريس نسبتاً الى الأصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، ويؤيده تعريف الفقهاء البيع بنقل الملك ؛ أو انتقاله ، أو الأيجاب و القبول الناقلين للملك ، واتفاقهم على كونه من الاسباب المملكة ، وثبوت الخيار الظاهر فى التملك وجواز التصرف بالمستلزم له . وقيل والقائل ابن الجنيد فى المحكى عن ظاهره و ابن سعيد فى جامعه به و بانقضاء مدة الخيار مع عدم الفسخ ، وجعل الشيخ الاقراف فى كتابى الأخبار شرطاً فى إستباحة الملك . بل صرح فى الاستبصار منهما باشتراطه فى صحة العقد ، وكلامه فى النهاية لا يأبى التنزيل على المشهور كالمقنعة ، بل عن الشهيد احتمالاً ايضاً فى كلامه فى الخلاف ، الا

(١) سورة النحل الآية ٧٥

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب موانع الارث الحديث ١ و ٥

أنه بعيد ، قال فيه : «العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول ، فان كان مطلقاً فانه يلزم بالافتراق بالأبدان ، وإن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط ، فان كان الشرط لهما او البايع فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم ، وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البايع بنفس العقد . لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار ، فاذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول » وذكر اللزوم أولاً ، ومعرفة بقاء الملك بالامالك ، لابي حنيفة ، ومالك ، لا يقتضى بارادة اللزوم من الملك المستلزمة لبطلان التفصيل حينئذ .

نعم كلامه في بيع المبسوط لا يأتى التنزيل عليه ، بل ما ذكره في كتاب الفلاس منه ظاهر في ذلك إن لم يكن صريحاً . وسار وإن كان قد جعل تفرق المتبايعين شرطاً ، لكنه قال : «ولو تفاوضا ولم يفترقا بالأبدان كان البيع موقوفاً ، كما أن أبا الصلاح نص في المحكي عنه على أنه شرط في الصحة» ثم قال : «واعتبرنا الافتراق بالأبدان لتوقف مضيه عليه»

وكيف كان فالذى تحصل من كلام الاصحاب اقوال ثلاثة ، المشهور ، والتوقف على انقضاء الخيار ، والتفصيل بين خيار المشتري وحده ؛ وغيره فيخرج عن ملك البايع في الاول دون غيره ، ﴿و﴾ لا يرب في أن ﴿الاول اظهر﴾ وأصح لصدق التجارة عن تراض قبله ، وعدم معقولية غير ترتب الاثر من التحليل للبيع الصادق عليه قبل انقضاء الخيار قطعاً ولأن المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضي عليه بينهما انتقال كل من الثمن والمثمن حال العقد ، فهذه المعاملة إما صحيحة كذلك عند الشارع و يثبت المطلوب ، أو باطلة من أصلها ، لأنها صحيحة على غير ما قصدها وتراضيا عليه ، وإثبات الخيار منهما أو من الشارع إن لم يؤكّد ذلك لا ينفيه ، فالمقتضى للملك حينئذ موجود والمانع منه مفقود .

وموثق إسحاق بن عمار (١) وخبر معاوية بن ميسرة (٢) المتقدمين في خيار تأخير الثمن ، المصرحين بكون المبيع ملكاً للمشتري و الثمن ملكاً للبائع في السنة التي اشترط فيها الرد بـرد الثمن ، بناء على أن ذلك مدة الخيار وقد عرفت الحال فيه سابقاً ويمكن تنزيلهما على إرادة اشتراط سلطنة الفسخ بالطريق المخصوص الذي هو رد الثمن ، فيكون حينئذ ذلك كله مدة خيار ولا يحتاج إلى فسخ زائد على الرد كما هو ظاهرهما ، إلا أنه ينافيه ما ذكرناه سابقاً . فلاحظ وتأمل .

وموثق غياث بن ابراهيم (٣) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يقترقا» و موافقة ذيله للتقية غير مانع من الاستدلال باطلاقه ، وخبر عقبة بن خالد (٤) المتقدم في خيار تأخير الثمن وصحيح بشار بن يسار (٥) «سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع ، ويشتره من صاحبه الذي يبيعه منه ؟ قال : نعم لا بأس به ، قلت : أشتري متاعي ؟ فقال : ليس هو متاعك ولا يترك ولا غنمك»

وحسنه الحسين بن منذر (٦) قال للصادق عليه السلام : «يجيئني الرجل فيطلب العينة ، فأشتري له المتاع من أجله ، ثم أبيعها إياه ، ثم أشتريه مكانى ؟ فقال : إذا كان له الخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع ، وكنت أنت أيضاً بالخيار ، إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس» وصحيح محمد بن مسلم (٧) «سئل أباجعفر عليه السلام عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً لعلني أشتريه منك بنقد أو نسيئة ، فابتاعه الرجل من أجله قال : ليس به بأس إنما تشتريه

(١) (٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ٣١ و ٣٢

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٧

(٤) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الخيار الحديث ١

(٥) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ٣

(٦) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢

(٧) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ٨ الجواهر ١٠

منه بعدما يملكه « وصحيح منصور بن حازم (١) عن الصادق عليه السلام « في رجل أمر رجلاً أن يشتري له متاعاً ، فيشتريه منه ؟ قال : لا بأس بذلك ، إنما البيع بعد ما يشتريه » والنصوص (٢) المتضمنة لكون مال العبد للمشتري مطلقاً ، أو مع الشرط و علم البائع من دون تقييد باقتضاء الخيار ، والنبوي (٣) « الخراج بالضمان » الذي معناه أن الربح في مقابلة الخسران ، فإن الخراج إسم للفائدة الحاصلة في المبيع ، والمراد أنها للشمتري ، كما أن الضرر الحاصل بالتلف عليه ، فهو دال على المطلوب ، وإن كان مورد الحديث خيار العيب ، والحكم ثابت فيه بلا خلاف كما قيل ؛ بل لا يبعد أن يكون الخلاف في خصوص خيار الحيوان ، والمجلس والشرط الذي لم يسبق بلزوم العقد ، وأما هو فقد عرفت الحال فيه سابقاً .

كل ذلك مع عدم دليل معتبر للمخالف ، خصوصاً التفصيل ، عدا دعوى قصور العقد فلا يفيد الملك وهو كما ترى . نعم قد يستدل له بصحيح ابن سنان (٤) « سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة ، أو يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري ، شرط له البائع أو لم يشترط ، قال : وإن كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع » و خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٥) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين ، فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ٦

(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب بيع الحيوان

(٣) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٣

(٤) و (٥) الوسائل الباب ٥ من أبواب الخيار الحديث ١٠٢

الضمان؟ فقال: ليس على الـدى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه « ومرسلة ابن رباط (١) عن الصادق عليه السلام « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو من مال البايع » لأنها لاتصلح لمعارضة الروايات المتقدمة ، لرجحانها بالكثرة و المطابقة للاصول ، والاجماع المنقول ، وظاهر الكتاب ، والشهرة بين الاصحاب ومخالفة اكثر الجمهور ، فتعين التأويل فى هذه ، بحمل الصيرورة فيها على لزوم جمعاً بين الاخبار .

وأما ضمان البايع ﴿و﴾ هو وإن كان على خلاف الأصل لأنه قد ثبت بالدليل فى صورة اختصاص المشتري بالخيار كضمان البايع المبيع قبل القبض ، وقد ظهر لك من ذلك كله أنه ﴿لو تجدد له﴾ أى المبيع ﴿نماء﴾ بين العقد وانقضاء الخيار ﴿كان للمشتري﴾ لأنه نماء ملكه ﴿و﴾ حينئذ ﴿لوفسخ﴾ المشتري ﴿العقد﴾ مثلاً ﴿رجع على البايع بالثمن ولم يرجع البايع﴾ عليه ﴿بالنماء﴾ الذى هوله على المختار .

نعم هو للبائع على القول الآخر إن فسخ ، بل وإن لم يفسخ ، بناء على الملك من حين الانقضاء كما هو ظاهر القول المحكى فى المتن وغيره . أما على احتمال ارادة الكشف فى كلام الشيخ فهو للمشتري ايضاً ، واحتمله الشهيد فى كلام الشيخ فى الخلاف ، ولعله أخذه من قوله بالعقد الاول ، ويمكن ارادة حصوله به بحمل السببية على الناقصة ، و حينئذ يشكل تبعية النماء فيما اذا كان الخيار للمشتري خاصة على كلام الشيخ ، لعدم ملكية الاصل عنده لاحد المتعاقدين ؛ ولعله يلتزم دخوله فى ملك المشتري إن لم يفسخ ، والبائع إن فسخ كالأصل .

وعلى كل حال فهذا من فائدة الخلاف فى المسألة كالأخذ بالشفعة ، وابتياح الزوجة ، وبيع من ينعق على المشتري وجريان المبيع فى حول الزكاة إن كان زكويًا ، وغير ذلك ، والثمن فى ذلك كله كالمبيع ، إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً ، لاستحالة انتقال

أحد العوضين دون الآخر، بخروجه عن حقيقة المعاوضة واستازامه الجمع بين العوض والمعوض . والله اعلم

المسألة (٥) الخامسة إذا تلف المبيع * الشخصى * (قبل قبضه) * بأفة سماوية فى غير الثلاثة فى تأخير الثمن * فهو من مال بايعه * إجماعاً بقسميه . إذالم يكن بامتناع من المشتري أو برضاً منه بالبقاء فى يد البائع ، بعد تمكينه منه وعرضه عليه ، للنبوى (١) المنجبر بعمل الأصحاب كافة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» المعتضد مع ذلك بخبر عقبة بن خالد (٢) المتقدم فى خيار تأخير الثمن.

أمّا التلف فى الثلاثة فقد عرفت البحث فيه سابقاً ، وأن الأقوى فيه ذلك ، كما أن الظاهر كونه من مال المشتري إذا كان عدم القبض لامتناع منه ، بلا خلاف أجده فيه ، للأصل السالم عن معارضة القاعدة المزبورة بعد انصرافها إلى غيره ، بل قد يقال : بذلك أيضاً فيما إذا كان التأخير بالتماس منه بعد العرض عليه والتمكين منه ، وفقاً لجماعة ، إمّا لأن مثله يسمى قبضاً ، أولاً لأن المراد من النبوى غيره ، بل فى الغنية والمحكي عن ظاهر الخلاف الإجماع عليه ، لكن دعوى صدق اسم القبض بذلك فيما لا يكفى فيه التخلية ممنوعة ، كمنع قيام ذلك مقام القبض الراجع للضمان الذى هو مقتضى الاستصحاب مطلقاً أو فى بعض الأحوال ، وخبر عقبة الظاهر فى أن المشتري هو الذى تركه فى يد البائع ، فالقول بالضمان لا يخلو من قوة إن لم يكن إجماعاً ، ولم نقل بأن مثله قبض .

نعم يمكن دعوى إنساق التلف بالأفة السماوية ، فلو تلفه أجنبي لم يضمه البائع ، واستحق المشتري عليه المثل أو القيمة ، وقيل : بالتخير بين ذلك والفسخ والرجوع بالثمن ، بل هو المشهور بينهم ، بلا خلاف أجده بينهم ، لكن لا دليل عليه ،

(١) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٣

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار الحديث ١

بل لعل مقتضى الدليل خلافه ، بل لعله كذلك إن أتلغه البائع ايضاً ، لأصالة اللزوم ، لكن قديظهر من خبر عقبة بن خالد أنه من ضمان البائع مطلقاً حتى يقبضه المشتري إلا أنه محتاج الى الجابر في تخصيص القاعدة ، لتعبير أكثر الأصحاب أو جميعهم بمضمون النبوي الظاهر فيما عرفت ، ويمكن حمل السرقة في خبر عقبة على الآفة السماوية ؛ باعتبار عدم تعيين من يرجع اليه بالمثل أو القيمة ، ولو أتلغه المشتري فالظاهر أنه بمنزلة القبض ، و نظر فيه في الرياض ، و لعله لظهور خبر عقبة فيما عرفت ، فينسخ العقد ويرجع البائع عليه بالمثل أو القيمة ، وستسمع لهذا البحث تنمة انشاء الله تعالى في باب القبض وفي باب بيع الثمار ، بل قديقال ، إن الانصاف شمول النبوي لجميع صور التلف . بآفة أو غيرها ، إلا أن يكون اجماع على البعض ، أو شهرة عليه بحيث يضعف الظن بارادته منه .

وكيف كان فالنماء بعد العقد قبل التلف للمشتري كما في المسالك وغيرها ، بل قيل انه يظهر منه دعوى الوفاق عليه ؛ لأنه نماء ملكه فالقاعدة و استصحاب الحالة السابقة يقضيان ^{بأن} الفسخ من حينه فاحتمال كون الفسخ من الاصل - كما عن التذكرة حكايته - ضعيف .

لكن في الرياض « أنه ينافي الفسخ من حينه ظاهر النص و فتوى الجماعة ، فيحتاج الى تقدير دخوله في ملك البائع آنأ ما يكون التلف كاشفاً ، مثل دخول الدية في ملك الميت ، والعبد المأمور بعنقه في ملك المعتق عنه » قلت : قد لا يحتاج الى هذا التقدير ، ويكون المراد من النص والفتوى أن حكم هذا التالف حكم ماله كان مالا للبائع ، اي لا يستحق بالعقد ثمنه على المشتري ، بمعنى أنه يبطل أثر العقد بالنسبة الى ذلك وإن كان قد تلف وهو على ملك المشتري ، وأقصاه تحكيم النبوي المنجبر بعمل الاصحاب على غيره مما يقتضى خلافه ، وكان مقصود المقدر مراعات رجحان الجمع على الطرح . والامر سهل .

ثم إن مقتضى الأصل بعد اختصاص النص و الفتوى بالمبيع ، كون تلف الثمن من البايع ، لكن عن ظاهر بعض الاصحاب إلحاقه بالاول مشعرا بدعوى الوفاق عليه وعلى ارادته من المبيع و ارادة المشتري من البايع ، التفاتا الى صدقهما عليهما لغة ، وفي الرياض «إن تم والا فالمسألة محل إشكال لكن ظاهر الخبر الثاني اي خبر عقبة العموم فلا باس به» قلت : لا إجماع قطعا ، و ارادته من النبوي كما ترى ، وخبر عقبة إنما يدل بعد القبض ، ويمكن حمله على كون الثمن كلياً كما هو الغالب ، والضمان فيه أعم من الانفساخ الحاصل بتلف المبيع ، على أنه لا جابر له بالنسبة الى ذلك فتأمل جيداً . وتلف بعض المبيع من مال بايعه كتلف الجميع ، والظاهر ثبوت الخيار في الباقي لبعض الصفقة ، ولو كان المبيع كلياً وتصور تشخصه بغير القبض ، لحقه الحكم مع صدق اسم المبيع عليه ، ولو كان كلياً من جهة ، شخصياً من أخرى ، كصاع من صبرة وقد تلفت اجمع فهو كالشخصي والله اعلم .

﴿وإن﴾ كان قد ﴿تلف﴾ المبيع ﴿بعد قبضه﴾ بأفة أو بغيرها ﴿وبعد انقضاء﴾ مدة ﴿الخيار فهو من مال المشتري﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، ويرجع على من له الرجوع عليه بالمثل أو القيمة ﴿وإن كان﴾ تلفه بعد القبض بأفة ﴿في زمن الخيار من غير تفريط﴾ من المشتري ﴿وكان الخيار للبايع﴾ خاصة ﴿فالتلف من﴾ مال ﴿المشتري﴾ ايضاً لأنه ملكه على المختار ، و للنصوص السابقة (١) في بحث خيار رد الثمن بناء على أنها من مدة الخيار .

﴿وإن كان الخيار للمشتري﴾ خاصة ﴿فالتلف من﴾ مال ﴿البايع﴾ إجماعاً بقسميه ، للنصوص المتقدمة (٢) في دليل القائل بعدم الملك حتى ينقضي الخيار ، و الصحيح منها صريح (٣) في خيار الشرط والحيوان ، ولعلمهما المرادان من المتن و

(١) و(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار

(٣) الوسائل الباب ٨ و ٥ من ابواب الخيار الحديث ١-٣

غيره ، بقرينة ذكر المدة والزمن ونحوهما ، لعدم ضبط مدة معلومة لغيرهما من الخيارات كما أشار اليه العلامة الطباطبائي في مصابحه في خيار تأخير الثمن ؛ حتى خيار المجلس ، على أن الخيار فيه لهما معا ، وستعرف أن الحكم على القواعد مع اشتراك الخيار ، فلا ريب في عدم ارادة غيرهما من المتن ونحوه ، سيما على القول بالفورية في كثير منها ، فيقتصر فيما خالف الضوابط كالصورة الأخيرة عليهما خاصة ، فيحكم حينئذ بانفساخ العقد فيها ورجوع الثمن الى المشتري ، كالتلف قبل القبض .

نعم لا فرق فيها بين كون الخيار للمشتري خاصة ، أوله مع الاجنبي من طرفه كما صرح به غير واحد ، بل كانه إجماع عملا بالاطلاق ، بل قد يظهر من تعليق الارشاد أن الخيار للأجنبي من طرف المشتري كخياره ، و مقتضاه أن التلف من البائع أيضاً لو كان للأجنبي من طرفه خاصة ، وفيه أنه بعد البناء على أنه تحكيم لاتوكيل - لا يشمله الصحيح المزبور ، فيشكل الحكم المذكور المخالف للقواعد من وجوه فيه ، بل إن لم ينعقد إجماع على إلحاق خيار الأجنبي معه بخياره خاصة - كان المتجه حينئذ الاقتصار على المتيقن من الصحيح وهو ما اذا كان الخيار للمشتري خاصة ، سيما مع عدم سوق اطلاقه ، لتناول مثل الفرض الذي ليس له في النصوص أثر بالخصوص ، وإنما سوغه الاصحاب لعموم دليل جواز الشرط وإلشمل الاطلاق المزبور ما اذا كان الخيار للبائع معه أيضاً ، مع أنه لا خلاف بينهم على ما قيل : في كون تلف المبيع فيه من المشتري وأن الثمن من البائع كما هو مقتضى القواعد ، بناء على الملك بالعقد ، بل لم يذكر احد منهم كون التلف فيه من البائع فيه احتمالاً ، مع أنه أولى بتناول الاطلاق المزبور ، فالوجه الاقتصار فيما خالف الاصل على المتيقن من النص و الفتوى .

نعم لا بأس بضم الاجنبي في الصورة الاولى التي كون تلف المبيع فيها من المشتري على القواعد كما هو واضح . وعلى كل حال فقد ظهر لك أن المراد في المتن وغيره بل

والنص بكون التلف من البايع في الصورة الأخيرة، إنفساخ العقد ورجوع الثمن إلى المشتري نحو التلف قبل القبض، ويقابله ما فيها من كون التلف من المشتري في الصورة الأولى أي لا ينفسخ العقد بذلك، بل يكون التلف من مال المشتري نعم لا ينافي ذلك بقاء الخيار للبايع فيها كما صرح به جماعة منهم الفاضل والكركي بل لا خلاف أجده فيه، للأصل وعدم ثبوت اشتراط بقاء الخيار ببقاء العين، بل الثابت خلافه، فله الفسخ حينئذ والمطالبة بالمثل أو القيمة، لأن يد المشتري يضمن بالثمن لامجانا، وكون التلف بالآفة لا ينافي الاستحقاق بالفسخ الجديد المقتضى رجوع كل عوض بعينه أو بدله إلى صاحبه، بل لو تلف الثمن بالآفة في يد البايع لم يسقط خياره، فله الفسخ أيضاً مع رد المثل أو القيمة والمطالبة بالمبيع أو بدله كما هو واضح؛ وإن تقدم في الغبن ماعساه يتوهم منه المنافاة لذلك؛ إلا أن العمدة الإجماع هناك ظاهراً.

وقول الأصحاب إن تلف المبيع في زمان الخيار ممن لا خيار له، بعد تنزيله على خيار الشرط والحيوان - لا ينافي شيئاً مما ذكرناه، والدليل عليه واضح، إذ مع فرض أن الخيار للمشتري خاصة كان تلفه من البايع، للنصوص السابقة (١) الدالة بصريحها على ذلك والمراد به كما صرح به في جامع المقاصد إنفساخ العقد به كالتلف قبل القبض، لاتحادهما في لفظ الدليل المفهوم منه ذلك بعد القول بالملك بالعقد، فماعساه يظهر مما استسمعه من الدروس - من الفرق بينهما في ذلك، فيبطل في التلف قبل القبض، دون محل البحث - واضح الضعف، ومع فرض أن الخيار للبايع خاصة كان التلف من المشتري، أي لا ينفسخ العقد كما هو مقتضى القواعد، لانه ملكه وقد تلف في يده إلا أنه يبقى مع ذلك خيار البايع على حسب ما ذكرناه.

ومن ذلك يظهر لك خطأ بعض الاعلام الناشئ من الوهم في المراد من قاعدة

«التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» وأنها أعم من الثمن والمثمن ، وخيار الشرط والحيوان وغيرهما ، قال : « ولو تلف المبيع أو الثمن بالآفة الإلهية بعد قبضه . وقبل انقضاء خيار المشتري أو البائع ؛ فالتلف ممن لا خيار له بخلاف أجده ، لما مر في كل من خيار الشرط والحيوان من المعتبرة المستفيضة (١) وأخصيتها من المدعى مندفعة بعدم القائل بالفرق بين الطائفة ، مع أن هذا الحكم غير محتاج الى دلالة من كتاب أو إجماع أو سنة على حدة في بعض صور المسألة ، وهو على المشهور ما إذا تلف المبيع بعد القبض والخيار للبائع وبالعكس ، لكون المتلف مال من لا خيار له ، المنتقل اليه بمجرد العقد ، فيكون الحكم في صورتين موافقاً للقاعدة ، مع تأيد أولهما بأخبار خيار الشرط (٢) و إنما المحتاج الى الدلالة ما إذا تلف المبيع بعده والخيار للمشتري وبالعكس لمخالفة الحكم فيهما للقاعدة المتقدمة جداً ولا إشكال فيه أصلاً بعد قيام النص والفتوى بإثباته فيهما ، فيكون كل منهما بهما عن القاعدة مستثنى .»

وهو من غرائب الكلام ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن ، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة (٣) من أخبار اشتراط الخيار برد الثمن ، أن تلف الثمن من البائع وأنه ملكه وإن كان الخيار له . فمن العجيب دعوى أن النص والفتوى على كون الثمن من المشتري إذا كان الخيار للبائع خاصة ؛ ومقتضاه الإفساخ كتلف المبيع إذا كان الخيار للمشتري خاصة الذي قد عرفت أنه مدلول النص والفتاوى . وأغرب من ذلك كله إن أراد تعميم هذا الحكم لسائر الخيارات في الثمن والمثمن ، هذا كله على المختار من الملك بالعقد .

أما على القول الآخر فالصورة المخالفة عندنا للضوابط التي دلت عليها النصوص في الحيوان والشرط ، موافقة للضوابط ، لعدم انتقال المبيع حينئذ الى المشتري ، فتلفه

(١) الوسائل . الباب ٥ و ٨ من أبواب الخيار

الجواهر ١١

(٢) و (٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ٣

حينئذ من البائع وإن كان الخيار للمشتري، بل هو كذلك وإن كان الخيار للبائع، ولم يعلم منهم أنه على هذا التقدير من المشتري، كي يحتاج إلى دليل خاص من إجماع أو غيره، كما أنه لم يعلم منهم كون تلف الثمن من البائع إذا كان الخيار للمشتري خاصة ليحتاجوا فيه إلى الدليل الخاص، إذ لعله عندهم من المشتري كما هو مقتضى قاعدتهم .

ومن العجيب ما وقع في الرياض هنا من الخبط والخلط، الناشئ من توهم عموم قاعدة المزبورة، مع أنالم نجد في شيء من كتب المتقدمين ولا الأساطين من المتأخرين، بل هم بين مصرح في خصوص خيار الحيوان والشرط للمشتري أن تلف المبيع من البائع، كما هو مضمون النصوص، وبين من زاد على ذلك بأنه من المشتري إذا كان الخيار للبائع، كما هو مقتضى القواعد بناء على الملك بالعقد فلا حظ وتأمل لتعرف حقيقة الحال: وقد ظهر مما ذكرنا أنه لا يسقط الخيار مطلقا بعد القبض في التلف بالآفة في غير الصورة المنصوصة بل يفسخ ويرجع العين أو البديل كما أنه يرجع بذلك

أما الانلاف فإن كان ممن له الخيار لما هو ملكه، فهو مسقط لخياره خاصة دون خيار الآخر، وإن كان لغير ملكه المنتقل إليه، فهو فسخ للعقد ويسقط خيار الآخر حينئذ بالانفساخ، وإن كان ممن ليس له الخيار، فلا يسقط خيار من له الخيار مطلقا، بل له الفسخ والرجوع بالمثل أو القيمة، وهل يتعين حقه في ذمة المتلف دون من كانت في يده العين، أوله الرجوع عليه، أو يتعين وهو يرجع على المتلف وجوه، أصحها الأول لأن فسخ العقد يقتضي عود ملك العين أو بدلها، فهي كما لو كانت العين في يد شخص آخر غير من انتقلت إليه، فإن الظاهر عدم تكليفه بتحصيلها منه مع الفسخ، مع احتمالها فتأمل جيدا .

ولافرق في ذلك بين سائر أقسام الخيار، لكن في القواعد في باب المراجعة «أن في سقوط خيار المشتري فيما لو اكذبه بالإخبار برأس المال مع التلف نظر» و

في جامع المقاصد» وفي بقاء خيار الغبن بعد التلف تردّد ، سواء كان التلف من البائع ، أم من اجنبي ، أم بآفة ، الا أن يكون بالآفة قبل القبض ، فانه من ضمان البائع ، و على اطلاق كثير منهم ينبغي أن يكون بعد القبض كذلك ، لاختصاص الخيار بالمشتري ، فينفسخ العقد في الموضعين ، الا أن التردد فيما سبق له في المراجعة ، ينا في الحكم بانفساخ العقد لانه من المشتري ايضا .

قلت : لا ريب في ضعف التردد المزبور المبني على احتمال تعلق حق الخيار بالعين خاصة وهو واضح الضعف ، بل يمكن القطع بعدمه ، بملاحظة كلام معظم الاصحاب ، كما أنه لا ريب في عدم ارادة خيار الغبن و نحوه من اطلاق الاكثر كون التلف في يد المشتري اذا كان الخيار له من البائع ، لما عرفت من أنه لا دليل عليه وانما خاص بالشرط والحيوان ، فتأمل جيدا ؛ فانّه قد وقع خبط في المقام لجملة من الأعلام في عدّة من الامور ، والتحقيق ما عرفت أنه لا انفساخ الا في صورتين إحديهما التلف للمبيع قبل القبض - والاخرى بعد اذا كان الخيار للمشتري في الحيوان والشرط خاصة ، ولا ينفسخ في غيرهما . نعم يبقى الخيار لصاحبه على حسب ما سمعته ، وقد يظهر من الدروس الخلاف في الصورة الثانية ، و أن الحكم فيها بقاء الخيار كغيرها ، قال : « لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع والخيار ، وبعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البائع ، كما اذا اختص المشتري بالخيار فلو فسخ البائع رجع بالبدل في صورة عدم ضمانه ، ولو فسخ المشتري رجع بالثمن و غرم البدل في صورة ضمانه ، ولو أوجبه المشتري في صورة التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع المثل أو القيمة ، وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر » وهو غريب .

وأغرب منه احتماله أخيراً عدم الرجوع بالمثل أو القيمة لو أوجب العقد ولم يفسخه ، فيكون معنى كونه من مال البائع عنده فيما لو فسخ خاصة فانه يرجع بالثمن حينئذ ويذهب المبيع من البائع ، ولم أجد شيئاً من ذلك لغيره ، وإن كان قديوده استصحاب بقاء العقد ونحوه . والتحقيق ما قلناه ، والله اعلم .

﴿فرعان الأول﴾ قال الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و خلافه و ابن ازهرة و ادريس على ما حكى عن الثانى منهما : أن ﴿خيار الشرط يثبت من حين التفرق﴾ لنحو ما سمعته فى خيار الحيوان ﴿وقيل من حين العقد و هو أشبه﴾ و أشهر بل هو المشهور ، لنحو ما سمعته هناك ايضاً و تزيدنا ، أن البحث فى المقام راجع الى قصد المشترط وما يظهر من عبارته و لاريب فى انسياق الاتصال منها كما فى غير المقام ، مما نذكر فيه أحد المتعاقدين مدة ، بل لا يبعد البطلان لو كان القصد من حين التفرق ، للجهالة نحو ما لو صرح به ، بل ربما حكى عن الشيخ الاعتراف به ، كما أنه والحلى اعترفا فى المحكى عنهما بالصحة مع التصريح بالاتصال ، بل فى التذكرة صرح عندنا ، خلافاً لبعض العامة ، و به تسقط حججهم القاضية بالامتناع ، إذ الممتنع لا ينقلب بالشرط الى الجواز .

بل قد يشكل تصور أصل نزاعهم فى المسألة ، لما عرفت من الصحة مع قصد الاتصال ، والبطلان مع قصد التفرق ، اللهم إلا أن يفرض خلوه عن القصد الخاص ، ويكون الابتداء من حين التفرق شرعياً حينئذ ، نحو ما قيل فى خيار الحيوان ، لأنه من قصد المتعاقدين وإن كان المنع عليه مع هذا الفرض واضحاً ايضاً ، لعدم الدليل الصالح لاثبات ذلك ، بل ما ذكره من الأدلة ظاهر فى عدم بناء المسألة على الفرض المزبور ، كما أنه ظاهر فى اقتضاء التأخير بعد الثلاثة فى خيار الحيوان ، وهو بعيد من قصد المتعاقدين ، بل صحيح ابن سنان (١) السابق شاعداً على خلافه ، بناء على ظهوره فى دخول ما شرطه من اليوم و اليومين فى الثلاثة و أظهر منه خبر عبد الرحمن (٢) بل منهما يعلم بناء على ذلك فساد ما وقع من بعض الاعلام من أنه يشكل الحكم بالاتصال مع العلم بالخيار و تساوى المدينين أو قصور مدة الشرط ، بل لعل الظاهر التأخر عملاً بشاهد الحال ، أما لو زاد الشرط احتمال

التأخر مطلقا والاتصال كذلك ، والتفصيل بمقتضى العرف فيتأخر فى مثل الاربعة و الخمسة ، ويتصل فى نحو الشهر والسنة ولا بأس به ، وفيه منع اقتضاء العرف ذلك ثم قال : ولو اطلق الخيار فالقول فى الثلاثة كالمدة المشترطة والصحيح الشاهد بصحته ، يشهد باتصاله ، قلت : كانه اراد الصحيح المتقدم سابقا (١) فى البحث عمالو اشترط الخيار و اطلق ، ومنه يعلم حينئذ زيادة تأييد لما قلناه من ظهور الاتصال ولو كانت المدة المشترطة مساوية للمدة المضروبة من الشارع فتأمل جيدا والله اعلم .

﴿الثنانى﴾ لا اشكال ولا خلاف فى أنه ﴿اذا اشترى شيئين وشرط الخيار﴾ له أولغيره ﴿فى احدهما على التعيين صح﴾ فله الفسخ فيه حينئذ و ليس للبائع ذلك بالتبعض الذى قد اقدم عليه ﴿و﴾ أنه ﴿إن ابهم بطل﴾ للغرر ، كالا بهام فيمن له الخيار كما هو واضح والله اعلم .

﴿ويلحق بذلك خيار الرؤية﴾ اذ هو قسم من اقسام الخيار ﴿و﴾ لكن ﴿هو﴾ لا يثبت الا فى ﴿بيع الاعيان﴾ الشخصية ﴿من غير مشاهدة﴾ رافعة للغرر والجهالة ، فانه لا ريب فى صحة البيع كذلك ، نصا وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه ، وما فى مرسل عبد الاعلى (٢) عن ابي جعفر عليه السلام «أنه كره شراء ما لم يره» لا بد من حمله - بعد اعادة الحرمة من الكراهة فيه - على عدم الوصف مع ذلك أو على ما لا يمكن رفع جهالته به ، كبعض اللثالى أو غير ذلك ؛ ضرورة أن مانحن فيه اولى بالصحة من السلم ﴿و﴾ إن كان ﴿يفتقر ذلك﴾ حينئذ ﴿الى ذكر الجنس ونريد به هنا﴾ النوع المصطلح كما فى المسالك أى ﴿اللفظ الدال على القدر الذى تشترك فيه افراد الحقيقة﴾ النوعية ﴿كالحنطة مثلا أو الارز أو الابريس﴾ لا الجنس ﴿المصطلح والى ذكر الوصف ، وهو اللفظ الفارق بين أفراد ذلك الجنس كالصراة فى الحنطة﴾ أى خلوها من الخليط

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٣-١

(٢) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الخيار الحديث ١

﴿والحدارة ، أو الدقة﴾ مقابلة للحدارة ﴿ويجب أن يذكر كل وصف ثبتت الجهالة في ذلك المبيع عند ارتفاعه﴾ وهو مختلف ولا يلزم الاستقصاء ، بل قيل إنه ربما يكون من خلا في بعض الأحوال ، والابطال اجمالاً بقسميه ، للنواهي عن بيع الفرر (١) والجهالة المقتضية للفساد كما هو معلوم في محله .

نعم لا يبعد جوازه بعد الاناطة بالوصف ، وإن لم يوثق بوجوده ، لارتفاعه به على كل حال ، وجبر الخلاف بالخيار ، وضبط ذلك بعضهم بما صح فيه السلم . بل قيل ربما ادعى الاجماع على اشتراط جميع شروط السلم ، وفيه أن الجهل في الموجود قد يرتفع عرفاً بما لا يرتفع في المعدوم ؛ وربما أفضى فيه الى عزة الوجود ، فيبطل لذلك ، بخلاف ما نحن فيه المرتفع عنه هذا المحذور بوجوده ، فالأولى الاناطة بما عرفت من أنه لا بد من ذكر كل وصف تتفاوت الرغبة بثبوته ، وانتفائه ؛ وتتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثله ، ولو زاد على ذلك امكن ثبوت الخيار بفقده ايضاً وإن كان لا يتوقف صحة البيع عليه .

﴿و﴾ على كل حال ﴿يبطل العقد مع الاخلال بدينك أو أحدهما﴾ أي الجنس والوصف ما لم تكن رؤية قديمة يستغنى به عن الذكر ، وإن كان حكم الخيار ثابتاً ايضاً مع البيع على تلك الرؤية ، فاتفق أنه قد تغير بزيادة أو نقصان أو بهما من جهتين ﴿و﴾ لا ريب في أنه يصح مع ذكرهما ، سواء كان البائع رآه دون المشتري ، أو بالعكس ، أو لم يرياه جميعاً ، بأن وصفه لهما ثالثاً ﴿لكن قد يتوقف في البطلان مع رؤية المشتري له ، و جهل البائع به ، للاصل بعد تنزيل ادلة الفرر على ما لا تشمل ذلك ، فان لم يقم اجماع عليه ، فلننظر فيه مجال ، وإن كان الاصح البطلان ، لعموم ما دل على اعتبار المعلوماتية في البائع والمشتري (٢) وعلى كل حال فلا اشكال في أنه يثبت له الخيار ايضاً مع ذكر الوصف ، وإناطة البيع به .

(١) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب التجاره الحديث ٣ الدعائم ج ٢ ص ١٩

(٢) الوسائل الباب ١٢ من ابواب البيع وشروطه

وكيف كان ﴿فان كان المبيع على ما ذكر، فالبيع لازم﴾ كتابا وسنة واجماعاً بقسميه ﴿والا كان المشتري﴾ خاصة ﴿بالخيارين فسخ البيع وبين التزامه﴾ اذا كان ناقصاً عن الوصف، إن اختص البايع بالرؤية دونه ﴿و﴾ بالعكس: ﴿ان كان المشتري رآه دون البايع كان الخيار للبايع﴾ دونه مع الزيادة في الوصف اذا فرض ملاحظة عدمها والا فلا خيار للاصل ﴿وإن لم يكونا رأياه كان الخيار لكل واحد منهما﴾ اذا كان ناقصاً من جهة زائداً من اخرى؛ كما لو وصف بهما الثوب بأن طوله عشرون ذراعاً وعرضه ذراع فظهر خمسة عشر طولاً، في عرض ذراع ونصف مثلاً، أو العبد بأنه كاتب خاصة فظهر خياطاً خاصة، بالاختلاف في المشتري، كما في الرياض ومحكى مجمع البرهان، بل في الحدائق أنه موضع وفاق فيهما، وفي شرح شيخنا المعتمد، الاجماع بقسميه عليهما

لكن قد يناقش في ذلك أولاً بأنه قد يظهر من اطلاق جماعة كالمنصف وغيره، تخيير المشتري حتى مع الزيادة، بل قيل أنه كصريح ايضاح النافع، وان كان هو في غاية الضعف لعدم ما يصلح حينئذ لقطع ما دل على اللزوم من الكتاب والسنة، الامعاء يتوهم من اطلاق الخبر الاتي (١) الذي يقطع بعدم ارادة مثل ذلك منه، وكذا الكلام في العكس، ونحو ذلك الوصف بغير المقصود الذي لم يرد منه القيدية، فظهر الخلاف، كالبسط في الشعر، فبانت الجعودة أو الجهل فبانت المعرفة فيتخير البايع دون المشتري، مع فرض ارادة القيدية من ذلك، لا ما يتعارف من ارادة البرائة من الالتزام بها.

وثانياً بما في المقنعة النهائية من البطلان مع ظهور خلاف الوصف، لا الخيار كالمحكى عن المراسم في خصوص الاعمال المحزومة وعن الاردبيلي التامل فيه، وان كان هو ضعيفاً كالاول ايضاً ضرورة ابتناؤه على عدم الفرق بين وصف المعين و الوصف المعين وبين الذاتي والعرضي.

واضعف منه ما عن ابن ادريس من تخيير المشتري بين الرد والاخذ بالارض، لعدم

الدليل عليه فيما لم يعد فقدم عيباً، فتعين كون التحقيق الخيار لحديث نفى الضرر (١) و
للصحيح « عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها ، فلما أن نقد المال
وصار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه ، فلم يقله فقال عليه السلام : لو أنه قلب
منها أو نظر الى تسعة وتسعين قطعة ، ثم بقي قطعة ولم يرها ، لكان له في ذلك خيار الرؤية .

ومنه يعلم الوجه فيما ذكره غير (و) (و) احدمن الاصحاب من انه (و) لو اشترى ضيعة
رأى بعضها ووصف له سائرها (و) أي ما فيها (و) ثبت له الخيار فيها أجمع اذا لم يكن على الوصف (و)
إذا الظاهر ارادة المجموع من اسم الاشارة في الصحيح لا خصوص من لم يرها الذي يحصل الضرر
فيه ، بتبعض الصفقة على البايع ، مع احتماله وانجباره بثبوت الخيار له بذلك ، لكن عن
بعضهم الاجماع على الاول ولا بأس به ، بل لا ينافيه لو جعل اسم الاشارة لخصوص غير المرئى
اذا أقصاه ثبوت الخيار فيه الذي هو أعم من الاقتصار على فسخه خاصة . فتأمل

وفى فورية هذا الخيار وتراخي وجهان ، بل قولان أشهرهما الأول ، بل ربما
أسند الى ظاهر الاصحاب ، للاصل ، ولزوم الضرر لولاه ، والاستصحاب لا يحكم على العموم
الزمانى ، المستفاد من لزوم العقد ، إلا أنك قد عرفت المناقشة فى جميع ذلك ، مما مر
من نظير المسألة ، على أن اطلاق النص فى المقام كاف . اللهم الآن ينكر ظهوره فى ارادة
الاطلاق المفيد فى المقام ، والضرر مندفع بأنه يلزم بالاختيار حينئذ معه على الفورية
لواخر لعذر ، من حصول مانع أو نسيان للعقد أو للصفقة السابقة ، أو عدم ظهور اللاحقة ،
أو زعم صدور الفسخ منه ، أو جهل بحكم الخيار ؛ ففى شرح الاستاد بقى خياره قال :
« وجهل حكم الفورية ليس بعذر » وفيه - بعد الاغضاء عن وجه الفرق بين حكم الخيار
الفورية - أنه قد يشكل عدم السقوط فى بعض ما ذكره أوجميعة بناء على التوقيت فى
الفورية كما هو الظاهر من القائل بها هنا ، وإن قال : بغيره فى نحو الأوامر ، لوضوح
الفرق بين المقامين فتأمل جيداً .

ولاريب في صحة اسقاط هذا الخيار بعدتحققه كما في غيره من الحقوق ، بل و
بعدالعقد قبل التحقق ، خلافا للمحكى عن التذكرة وغيرها للاكتفاء في صحة الاسقاط
بوجود السبب ، فانه حق ايضاً يسقط بالاسقاط ، وقد يقال : بأنه إن صادف المخالفة
في الواقع أثر ، لعدم اعتبار العلم بذلك قطعاً ، والاكان العقد لازماً بذونه ودعوى أن
الحق لا يثبت الا بظهور المخالفة لابوجودها في نفس الامر - يمكن منعها ، كما سمعت نحوه
في خيار الغبن ، وحينئذ فلاريب في صحة اشتراط سقوطه بالعقد كخيار المجلس ، ونحوه ،
بل لا يبعد ذلك وإن قلنا بعدم ثبوته الا بعد ظهور المخالفة ، خلافا لجماعة منهم الكركي
فانه - بعدان استظهر الصحة في غيره حتى الغبن والتأخير - قال : «فان شرط رفعه
بطل الشرط والعقد ، للزوم الغرر ، لأن الوصف قام مقام الرؤية ، فاذا شرط عدم
الاعتداد به ، كان غير مرئي و لاموصوف » واليه يرجع ما في الدروس من التعليل
بالغرر ، لكن قال : « وكذا خيار الغبن ثم احتمل الفرق بينهما » قلت : يمكن منع
عدم صدق التوصيف معه ؛ وليس لثبوت الخيار مدخل في رفع الغرر ، وإنما الذي
رفعه نفس الوصف ، ضرورة عدم كون المدار على مطابقة الواقع ، اذ قد تخطى المشاهدة
بل المدار على صدق الاقدام على معلوم غير مجهول .

نعم قد يقال : بعدم صحة اشتراط الاسقاط فيما لو اشترى مثلاً مع عدم الاطمينان
بالوصف ، فإن ثبوت الخيار فيه له دخل في رفع الغرر الذي هو الخطر ، مع ان الاقوى
الصحة فيه ايضاً ، لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول ، ولو أن الغرر ثابت في البيع نفسه لم يجد
في الصحة ثبوت الخيار ، و الا لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار ، وهو
معلوم العدم ، وإقدامه على الرضا بالبيع المشتروط فيه السقوط مع عدم الاطمينان
بالوصف إدخال للغرر عليه من قبله ، ولا يسقط الخيار بالابدال قطعاً ولا يبذل التفاوت
ولو شرط الاول في العقد إن ظهر الخلاف فسد كما في الدروس للجهالة و الغرر ، و
الظاهر أن شرط الثاني كذلك ، وسقوطه بالتصرف قبل العلم به نحو ما سمعته في الغبن
وبعده يسقط إن دل على الرضا ، و الافلا ، حتى في الناقل و المتلف منه ، الاعلى

احتمال ذكرناه في خيار الغبن .

ولو اشترى ما على صفة تساج على أن ينسج الباقي مثله بطل في الأشهر ، ويمكن الصحة وفاقاً للمختلف ، للأصل وعدم ثبوت بطلان البيع المتحد المتعلق بشخصي و كلي في الذمة ، بعد فرض ضبطه بالوصف ، ودعوى عدم الضبط بذلك ممنوعة ، على أن الفرض حصول الضبط ، وثبوت خيار الرؤية في غير المنسوج دون ما شاهده بعد التسليم غير مانع ؛ على أن الظاهر منع الخيار من هذه الجهة وإن قلنا بثبوته بناء على الصحة من حيث فوات الشرط ، والظاهر أن ذلك ليس من الكلي الذي يجب فيه الإبدال .

نعم يمكن القول ببطلان البيع فيه ، وثبوت الشركة في القيمة بالنسبة ، كما أنه يمكن القول بالخيار للمتبعض ، أولاً أن ذلك من الشرط أو الوصف في المرئي أيضاً . وكيف كان فلا يقصر ذلك عن بيع ما في البيت الذي قدر أي نموذجاً منه مع إدخال الأ نموذج معه في البيع ، بل قد يقال بالصحة فيه وإن لم يدخله معه ، لأنه لا يقصر عن الوصف في رفع الجهالة ، خلافاً لأول الشهيدين وثاني المحققين ، واستشكل فيه الفاضل في القواعد ، والظاهر ثبوت خيار الرؤية في غير البيع مما يعتبر فيه المشاهدة أو الوصف كالأجارة ونحوها ، لأن العدة فيه حديث الضرر ، بل يمكن القول بثبوته فيما لا يعتبر فيه ذلك كالصلح تنزيلاً للخيار في خلاف الوصف في المعين منزلة الإبدال في الوصف المعين فتأمل جيد والله أعلم

﴿ الفصل الرابع في أحكام العقود ﴾

﴿ والنظر في أمور ستة الأول في النقد ﴾ أي الحال باعتبار كونه منقوداً و لو بالقوة ﴿ و ﴾ يقابله ﴿ النسيئة ﴾ التي هي اسم مصدر بمعنى التأخير ، يقال: أنسأت الشيء أنساءً ،

وينقسم البيع باعتبار وجودهما في كل من الثمن، و المثل، والتفريق، الى أربعة أقسام، فالاول النقد؛ والثاني الكالي بالكالي، اسم فاعل أو مفعول من المراقبة، لمراقبة كل من الغريمين صاحبه لاجل دينه، ومع حلول المثل وتأجيل الثمن، النسيئة، و بالعكس، السلف، وكلها صحيحة، عدا الثاني، فقد ورد النهي عنه بلفظ «بيع الدين بالدين» (١) وانعقد الاجماع بقسميه علي فسادهما كما استعرفنا انشا الله تعالى في محله.

وكيف كان في ﴿من ابتاع شيئاً مطلقاً﴾ من دون تقييد بالتأجيل للثمن وخلافه ﴿أو اشترط﴾ عليه ﴿التعجيل﴾ منه ﴿كان الثمن حالاً﴾ وكذا المثل، أما الاطلاق فلانصراف عن فاقوال الصادق عليه السلام في الموثق (٢) «في رجل اشترى جارية بثمن مسمى ثم افترقا: وجب البيع والثمن اذا لم يكونا شرطاهو نقد» ومنه يعلم حينئذ ما ذكره بعضهم وغيره من أن اشتراط التعجيل مؤكد، بل في الروضة أنه المشهور، وفي الدروس «وأفاد التسلط على الفسخ اذا عين زمان النقد داخل المشتري به مثلاً» و احتمل في المسالك قويا ذلك مع الاطلاق ايضاً، وفي الروضة «لوقيل بثبوت الخيار مع الاطلاق ايضاً لو أدخل به عن أولوقته كان حسناً».

قلت: قديم منع أولاً التأكيد بناء على أن الاطلاق يفيد استحقاق المطالبة في كل وقت، كما هو مقتضى الحلول في كل دين، أما وجوب الدفع فعلي المطالبة فعلاً؛ و حينئذ فاشتراط التعجيل يفيد وجوب الدفع بدونها، فهو امر غير ما يقتضيه العقد، اللهم الا ان يمنع ذلك ويقال: باقتضاء العقد التقابض من دون مطالبة كما تعرفه انشا الله في النظر الثالث. وثانياً قد يناقش في صحة الشرط باعتبار تعدد افراد التعجيل واختلافها، فلا يصح مع الشرط عدم التعيين للجهالة، وعلى تقدير الصحة، فدعوى التسلط على الخيار بالاخلاق به في أول وقته يمكن منعها، لعدم صدق الاخلاق بالشرط حتى تنتفى ساير الافراد، نحو التكليف بالمطلق.

(١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الدين الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب احكام العقود الحديث ٢

وثالثاً لابد من تقييد الخيار بعدم امكان الاجبار كما في المسالك «وإلا جبر على الوفاء به» وقد يحتمل الاطلاق كما ستسمع البحث في ذلك وفي اصل ثبوت الخيار في الشرط في محله نعم لو قال: إن لم تعجله في كذا فلي الخيار صرح، كما في القواعد لما عرفته من اشتراطه برد الثمن، بل في التحرير في أحكام الخيار «إذا قال بعثك على أن تنقدي الثمن بعد شهر والافلا بيع بيننا صرح البيع» وفي القواعد «وفي صحة البيع نظر فان قلنا به بطل الشرط على اشكال».

وفي جامع المقاصد كما عن الايضاع «الأصح بطلان الشرط والعقد، للتعليق على المجهول، وامتناع اقتضاء صحة الشيء بطلانه، فهو شرط منافي لمقتضى صحة العقد لانه يقتضي ارتفاعه بعد وقوعه، وفرق واضح بينه وبين الخيار، لا مكان انفكاك اللزوم عن الصحة ويمتنع انفكاك الصحة عن نفسها، ويمكن الصحة للعموم، ولانه يجري مجرى الخيار، لان دفع المشتري الثمن وعدمه من افعال المشتري الاختيارية، فهو تخيير له في فعل الممضي والفاسخ» لكنه كما ترى وحينئذ لا ينبغي الاشكال في بطلان الشرط ضرورة عدم صحته مع فساد العقد، كما أنه لا إشكال في فساد العقد مع بطلان الشرط، بناء على أن بطلانه يقتضي بطلان العقد والله اعلم.

﴿و﴾ أما ﴿أن اشترط التأجيل للثمن﴾ جميعه أو بعضه ولو نجوا متعددة ﴿صح﴾ إجماعاً بقسميه ونصوصاً عموماً وخصوصاً (١) في البعض وهو المسمى بالنسيئة، من غير فرق بين طول المدة وقصرها، خلافاً لالاسكافي فمنع فيما حكى عنه أكثر من ثلاث سنين في السلف وغيره، وهو مع مخالفته للدلالة لا شاهد له، نعم قال أحمد بن محمد لابي الحسن عليه السلام: (٢) «إنني أريد الخروج إلى بعض الجبال إلى أن قال: إنا إذا بعناهم نسيئة كان أكثر للربح فقال: بهم بتأخير سنة، فقلت: بتأخير سنتين؟ قال: نعم قلت: ثلاث؟ قال: لا» وهو غير ما سمعته منه، اللهم إلا أن يريد ثلاث فصاعداً كما عساه يؤمى إليه المروي عن قرب الاسناد عن أحمد أيضاً (٣) قال لابي الحسن الرضا عليه السلام «إن هذا الجبل قد فتح

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العقود

(٢) (٣) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العقود الحديث ٣٥١

على الناس منه باب رزق فقال: إذا أردت الخروج فاخرج، فانها سنة مضطربة، وليس للناس بدمن معاشهم، فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء، ونحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة قال: بعهم قلت: سنتين، قال: بعهم قلت: ثلاث؟ قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين «بناء على إرادة المنع من بيعه ثلاثاً بذلك، إلا أنهما كما ترى مع قصورهما عن المعارضة من وجوه، يمكن حملهما - بل لعله الظاهر - على إرادة الارشاد بذلك، وبذل النصيحة، لانهي المترتب عليه الاثم أو الفساد كما هو واضح.

فلأريب في الجواز حينئذ، بل لا يبعد جواز ذكر المدة التي يعلم المتعاقدان، عدم إدراكها عادة، كالتأخير إلى ألف سنة مثلاً، وإن نظر فيه في الدروس أولاً، ثم استقرب الجواز بعده، لوجود المقتضى، وارتفاع المانع، والحلول بموت من عليه الدين غير مانع، إذ هو بعد أن كان حكماً شرعياً لا يورث جهالة، بخلاف مالو جعل الأجل إلى أن يموت، وعدم ارتفاع صاحب الدين به مدفوع بقيام الوارث مقامه، بل الظاهر عدم تسلط الوارث للمشتري بذلك على الخيار، وإن احتمله في المسالك تبعاً للتذكرة، لاصالة اللزوم مع عدم التقصير من البائع في فوات الأجل الذي له قسط من الثمن، فهو كفوات المدة المحتملة بالموت، وإن كان قديقال: بجريان الاحتمال فيه، إلا أنه ضعيف جداً.

نعم قد يقال في محل البحث: إنه إن لم يتسلط بذلك على الخيار، أو ينقص من الثمن بنسبة ما فات من الاجل، كان اشتراطه ممن عليه الدين لافائدة به، بل هو كالتسفة، إذ الفرض حلوله بالموت فتأمل جيداً.

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لا بد أن يكون مدة الاجل﴾ المضروبة للثمن، أو المثلث، أو لهما معينة لا يتطرق إليها احتمال الزيادة والنقصان ﴿بلا خلاف أجده بل يمكن تحصيل الاجماع عليه﴾ ﴿و﴾ أن المسامحات العرفية في بعض الافراد لا عبرة بها، ف﴿لو اشترط التأجيل﴾ حينئذ ﴿ولم يعين أجلاً أو عين أجلاً مجهولاً كقدوم الحاج﴾ ونحوه مما هو محتمل للزيادة والنقصان ﴿كان البيع باطلا﴾ قطعاً، بل ربما أدى ذلك إلى الجهالة في

التمن، لأن الأجل له قسط منه، بل يظهر - من الدروس وغيرها - اعتبار معرفة المتعاقدين تعيين المدة، فلو أُجِّلَ بالنيروز - والمهر جان الذي هو عيد الفرس، و الفضيح عيد النصارى، والفطير عيد اليهود؛ بناء على أنه يوم معين مضبوط عندهم ولم يعلمه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح أيضاً، للجهالة أيضاً، وقد يناقش فيه باحتمال الاكتفاء فيه بانضباطه في نفسه كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق، فله شراء وزنة مثلاً بعيار بلد مخصوص، وإن لم يعرف مقدارها، الآن للنظر فيه مجالا، وربما ظهر من التذكرة الاكتفاء به.

ولو أُجِّلَ بالمشاركين أمرين - أو أمور كالنفر من منى، أو ربيع أو جمادى - بطل كما نص عليه غير واحد، للجهالة، لكن في اللمعة «قيل: يصح» ويحمل على الاول، و لم نظفر بقائله، وعلمه في الروضة - بعد أن ساوى في الحكم بينه، وبين التأجيل بيوم من الاسبوع - بأنه علقه على اسم معين، وهو يتحقق بالاول، قال: «لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد، ليتوجه قصد هما الى اجل مضبوط، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلهما أو أحدهما به، ومع القصد لاشكال في الصحة، وإن لم يكن الاطلاق محمولاً عليه، ويحتمل الاكتفاء في الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك، قصداً أم لا، نظراً إلى كون الاجل الذي عيناه مضبوطاً في نفسه شرعاً، واطلاق اللفظ منزل على الحقيقة الشرعية»

وفيه أولاً انه من الواضح عدم حمل اللفظ من غير الشارع واتباعه في الاستعمال على الحقيقة الشرعية، وتخصيص محل البحث بما اذا قصد المتعاملان ما يراى من الاطلاق عند الشارع. بعد فرض علمهما انه منصرف عنده الى زمان معين وعدمه - موقوف على الاكتفاء بمثل ذلك، والظاهر عدمه، لوضوح الجهالة فيه.

وثانياً انه لاحقيقة شرعية في المقام، ضرورة أن الشارع هنا لو حكم بالانصراف الى اولهما، فليس الا لاقتضاء العرف فيه ذلك، وحينئذ فمع الانصراف عرفاً متجه، كما اعترف به في التذكرة نعم قال فيها: «لو قال الى الجمعة حمل على الاقرب

في الجمع وكذا في غيره من الايام ، قضية للعرف المتداول بين الناس ، بخلاف جمادى وريبع » ولعله كذلك اما المكسر من ايام الاسبوع فقد يمنع فهم العرف منه الاول ، بخلاف المتواطى من أسماء الشهور كرجب وشعبان ، فانه لا ريب في فهم شهر سنة العقد منه ، فجعل المعيار العرف هو المتجه والله اعلم ﴿ ولو باع بثمان حال ، وبأزيد منه الى أجل ﴾ بأن قال : بعثك هذا بدرهم نقدا وبدرهمين الى شهرين ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر ﴿ يبطل ﴾ وتبعهما الفخر ، وأبو العباس ، والمقداد والأبى ، والفاضل ، والشهيدان في اللعة والروضة وجماعة من متأخري المتأخرين ، للغرر و الابهام الناشئ من التردد ، القاضي بعدم وقوع الملك حال العقد على أحدهما بالخصوص ، وهو مناف لمقتضى سببية العقد وإنشائيته وللنهي « عن البيعين في بيع واحد » (١) المفسر بذلك أو بما يشمله .

وذيل خبر محمد بن قيس الآتي (٢) ﴿ و ﴾ لكن ﴿ المروى ﴾ عن علي بن أبي طالب ، بطريق حسن ، بابراهيم بن هاشم ، عن محمد بن قيس الثقة ، بقرينة عاصم بن حميد ، عن أبي جعفر عليه السلام - ﴿ انه يكون للبائع أقل الثمنين في أبعد الاجلين ﴾ - قال : « قال امير المؤمنين عليه السلام : من باع سلعته فقال : إن ثمنها كذا وكذا ، يدايد و ثمنها كذا وكذا نظرة ، فخذها بأي ثمن شئت ، وجعل صفقتها واحدة ، فليس له الا أقلهما وإن كانت نظرة » وزاد في الكافي « قال : وقال عليه السلام : من ساوم بثمانين أحدهما عاجل و الآخر نظرة فليست أحدهما قبل الصفقة » و المناقشة بأن غايتها الدلالة على وقوع الايجاب بها خاصة - وبأن الذي فهما الجماعة كما ستعرف ، ترتب الحكم المذكور فيها على فساد المعاملة ، وبمنافاة الزيادة المزبورة لها ، بناء على أن الظاهر منها عدم جواز التردد ، بل لا بد من تعيين أحدهما قبل العقد وإيقاعه عليه ، لا تعيين مقدار الثمنين ، اي الثمن والاجل - مدفوعة بظهورها في ارادة

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ٤-٥

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ١ و٢

تمام البيع ، لا ايجابه خاصة ، ومنع ترتب الحكم فيها على الفساد كما ستعرف ،
وعدم انحصار الجمع بين الصدر و الزيادة بذلك ، على أنه لم يعلم كونها رواية واحدة .
وفي خبر السكوني (١) عن جعفر عن ابيه عن آباءه عليهم السلام «أن علياً عليه السلام قضى في
رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال :
هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين » يقول : ليس له الأقل النقدين الى الأجل الذي
أجله بنسيئة وظاهر جماعة من الاصحاب العمل بهما في الجملة ، ففي المقنعة « لا
يجوز البيع بأجلين على التخيير ، كقولهم المتاع بدرهم نقداً ، وبدرهمين الى شهر أو
سنة أو بدرهم الى شهر وبأثنين الى شهرين ، فان ابتاع انسان شيئاً على هذا الشرط كان
عليه أقل الثمنين في آخر الاجلين » وفي المحكي عن ناصر يات المرتضى المكروه
ان يبيع الشيء بثمنين ، بقليل إن كان الثمن نقداً وبأكثر منه نسيئة وعن الاسكافي
روى عن النبي صلى الله عليه وآله (٢) أنه قال : « لا تحل صفقتان في واحدة » وذلك أن تقول : إن
كان بالنقد فكذا وإن كان بالنسيئة فكذا وكذا ، ولو عقد البائع للمشتري كذلك وجعل
الخيار اليه ، لم اختر للمشتري أن يقوم على ذلك ، فان فعل واستهلك السلعة لم يكن للبائع
الأقل الثمنين ، لاجازته البيع به ، وكان للمشتري الخيار في تأخير الثمن الأقل الى
المدة التي ذكرها البائع بالثمن الأوفر من غير زيادة على الثمن الأقل .

وفي النهاية « فان ذكر المتاع باجلين ، و نقدين مختلفين ، بأن يقول ثمن
هذا المتاع كذا عاجلاً ؛ وكذا أجلاً ، ثم امضى البيع كان له أقل الثمنين وأبعد
الاجلين » وعن القاضي من باع شيئاً باجلين على التخيير مثل أن يقول بعتك هذا
بدينار أو بدرهم عاجلاً ؛ أو بدينارين أو بدرهمين الى شهر ، أو شهر ، أو سنة ، أو
سنتين ، كان البيع باطلاً ، فان امضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين
في آخر الاجلين .

وفي موضع من الغنية « وللجهالة بالثمن والاجل ايضاً نهي عن بيعتين في بيعه

نحو أن يقول بعتك كذا بدينار الى شهر ، وبدينارين الى ثلاثة اشهر ؛ فيقول المشتري قد قبلت به « وفي آخر « وقد قدمنا أن تعلق البيع باجلين وثمانين كقوله بعت الى مدة كذا بكذا ، وإلى ما زاد عليها بكذا يفسده ، فإن تراضيا بانفاذه كان للبايع أقل الثمنين في أبعد الاجلين ، بدليل اجماع الطائفة »

وعن صاحب البشري أنه قال : « لو عملنا برواية السكوني كان قريبا » وعن الراوندي « أن على المشتري الثمن الأقل في الاجل الاول ، لأنه رضى بالأقل في الزمن الأقل ؛ فإن لم يؤد المشتري فليس له في ذمته الا الأقل سواء أداه عاجلا ، أو آجلا » وكأنه يرجع الى ما سمعه من المختلف ، أو ما في الدروس فإنه بعد ان ذكر الخلاف في الصورتين قال : « والا قرب الصحة ولزوم الأقل ، ويكون التأخير جائزا من جهة المشتري ، لازما من طرف البايع لرضائه بالأقل ، فالزيادة ربا ، ولا أجلها ورد النهي وهو غير مانع من صحة البيع ».

وكانه أخذه مما احتمله الفاضل في المختلف جوابا عما يقال : من أن وجوب الأقل الى الأبعد ليس تجارة عن تراض ، قال : « ويمكن ان يقال : أنه رضى بالأقل فليس له الاكثر في البعيد ، وإلزام الربا ، اذ تبقى الزيادة في مقابلة تاخير الثمن لا غير ، فان صبر الى البعيد لم يجب له اكثر من الأقل » لكنه لا الزام فيه للبايع بالاجل البعيد ، كما سمعته من الدروس الذي هو واضح الضعف ، إذا اجل قد وقع في مقابلة الزيادة الفاسدة فلا يلتزم به البايع ، فلا ريب في أن ما ذكره في المختلف أولى منه ، بل يمكن تنزيل الخبرين المزبورين حتى الثاني منهما عليه بمعنى كان على المشتري في آخر الأجلين أقل الثمنين ، لأن له إلزام البايع بذلك ، ضرورة كون الثمن فيه الأقل بلا أجل على هذا التقدير ، وأن الزيادة في مقابلة التأخير الى المدة قد وقعت على نحو الشرطية ، فتحتمل حينئذ مع الأقل بالنهي والفساد ، كما ذهب اليه أبو حنيفة في أصل بيع الربا ، وإن كان هو واضح الضعف ، مع عدم تشخيص الثمن أمّا معه ، فان لم يذكر شرط في العقد ، فلا ريب في الصحة

وإن ذكر فيه كما هو في محل البحث أمكن القول هنا باختصاص الفساد بالشرط دون العقد ، لهذه النصوص وإن قلنا بفسادهما معا في غيره ، و تقل مخالفتها حينئذ للقواعد ، وربما احتمل تنزيلهما على ما لا ريب في صحته من ذكر الزيادة بعد العقد ، إلا أنه بعيد عن ظاهر الخبرين .

فما ذكرناه أولى حينئذ ، بل يمكن حمل عبارة المقنعة وما ضاهاها عليه ، بل و عبارة النهاية ، وبه يجمع بين هذين الخبرين ، وبين ما دل على النهي عن البيعين في بيع ، كموثق عمار (١) عن الصادق عليه السلام في حديث «أن رسول الله صلى الله عليه وآله بعث رجلا إلى أهل مكة ، وأمره أن ينهأهم عن شرطين في بيع» وقال هو أيضاً في خبر سليمان بن صالح (٢) «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع» وعن بيعين في بيع ، وعن بيع ما ليس عندك الحديث . وفي خبر الحسين بن زيد (٣) عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال : «ونهى عن بيعين في بيع» بناء على أن المراد منه ذلك ؛ أو ما يشملها ، بحمل النهي على حرمة الشرط وقبوله ، لا على ما يقتضى فساد العقد بل قديوئيد ذلك أنه مقتضى الجمع بين ذيل خبر محمد بن قيس (٤) الذي زاده في الكافي ، و صدره

وأما طرح الخبرين - مع اعتبار سند الأول منهما لأنه حسن كالصحيح ، بل هو صحيح بناء على المختار من الظنون الاجتهادية ، والعمل بهما معاً ممن عرفت ، - فغير لائق بصناعة الفقه ، خصوصاً مع قلة مخالفتها للقواعد على ما سمعت ، بل لعلهما لا يخالفان شيئاً ، على القول بعدم فساد العقد بفساد الشرط فتأمل . و يحتمل الجمع بالحرمة مع الصحة كما أومى إليه الحر ، في وسائله ، وربما تقبله عبارة المقنعة ، وما شابهها ، وإن كان فيه ما فيه ؛ إلا أنه أولى مما في الرياض قطعاً ، فإنه بعد أن جزم بالفساد - واقتصر على خبر السكوني وأورد عليه بوجوه ، منها ضعف السند ، وعدم المكافأة ،

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ٣ و ٤ و ٥

(٤) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ١

وشذوذ القائل به وهو الطوسي في نهايته، مع رجوعه عنها في مبسوطه - قال: «ثم على المختار هل لهذا البيع حكم البيع الفاسد، فيرجع مع تلف المبيع الى المثل أو القيمة، أم لا؟ بل يرجع البائع معه الى ما في هذه الرواية، من أقل الثمنين . إلى أبعد الاجلين ، قولان ، أشهرهما بين المتأخرين، الاول عملاً بالأصل في البيع الفاسد، وبين المتقدمين، المتقدم ذكر جمع منهم كالنفيد والمرضى والاسكافي والقاضي وابن زهرة في الغنية، مدعياً عليه الاجماع، الثاني، ولعله لصحيح محمد بن قيس، ولا بأس به لاعتضاد صحة سنده بمصير كثير من القدماء الى العمل به».

اذ هو كما ترى من غرائب الكلام، بل لم نعرف أحداً ممن تقدم عليه عنون هذا الخلاف، كما أنه ليس في شيء من الخبرين الاشارة الى تخصيص الحكم بتلف السلعة مع أن مخالفتها للقواعد أشد حينئذ مما فرمته ، ومن العجيب نقله عن الجماعة ما عرفت، مع أنه ليس في كلام واحد منهم، عدا الاسكافي الايماء الى تخصيص الحكم بالتلف، بل لعل ظاهر قول الاسكافي، لم اختر الصحة على التقديرين، وأنه يكره للمشتري القيام على هذا البيع نحو ما سمعته عن المرضى، بناء على ارادة المعنى المصطلح من الكراهة في كلامه.

وكيف كان فمن ذلك كله ظهر لك ضعف ما استدلل به للبطلان، بناء على تنزيل القول بالصحة على ما عرفت، اذ لا غرر فيه ولا جهالة بعد تعيين ثمنه، وأن الزيادة وقعت في مقابلة التأخير، على جهة الشرطية، فتفسد، بل عن الاردبيلي انكار اندراج مثل ذلك في الغرر والجهالة، المنفيين بالشرع ، على تقدير كونهما ثمنين، فضلاً عن الثمن والشرط، قال: «لان الاختيار اليه، وعلى كل من التقديرين، فالثمن معلوم.

وربما يؤيده الحكم بالصحة من غير واحد، فيما لو قال للخياط، خط هذا الثوب اليوم أو فارسيا بدرهم ، وبأقل منه أو أكثر إن خطته في غد أو روميا، مع اشتراك الاجارة والبيع في اعتبار عدم الغرر والجهالة، لكن قديم منع الصحة فيها ايضاً أو يلتزم تصحيح ذلك على أنه جمالة، لا اجارة لعدم اعتبار المعلوماتية فيها أو يفرق بين الاجارة والبيع، بأن العمل الذي

يستحق به الاجرة، لا يمكن وقوعه الاعلى احد الصفتين، فتعين الاجرة المسماة عوضاً له، فلا يقتضى التنازع بخلاف البيع . إلا أن الجميع كما ترى .

نعم قد يقال انه وإن كان لاجهالة فى صفة الثمن ، ولكنها متحققة فى أصل الثمنية ، بمعنى أنه لم يعلم بعد قبول المشتري ذلك ما صار ثمناً للجميع ، وهو مناف لسببية العقد ايضاً ، لأقل من الشك فى تأثيره على هذا الحال ، و دعوى تعيينه حينئذ باختيار المشتري ينافى انشائية العقد ، و سببته المقضية ترتب الاثر عليه بالفراغ منه ، ودعوى الكشف حينئذ - مع أنه لا شاهد عليها - لا تجدى فى رفع الجهالة حين العقد، ولا فرق فى ذلك بين البيع والاجارة و غيرهما من عقود المعاوضة؛ ومن ذلك يظهر أن محل النزاع فيما لو قبله المشتري على تخيير البائع آت كما هو ظاهر الإيجاب، و ظاهر قوله خذ بهما شئت فى صحيح محمد بن قيس (١) فحينئذ على القول بالصحة، إن اختار ألزم باختياره، ولو قبله على التريديدوام يعين كان عليه أقل الثمنين فى أبعد الاجلين للخبرين، واحتمال أن ذلك عليه - وإن اختار عملاً باطلاً قهما - ممكن لانه بتمام العقد صار حكمه شرعاً ذلك، فلا أثر لاختياره حينئذ ، بل ولا للبائع مطالبته بالاختيار، ومنه يعلم شدة مخالفة الخبرين للقواعد، على هذا التقدير .

أما الوقال: قبلته نقداً أو نسيئةً فخارج عن محل النزاع، ويحتمل فيه الصحة، لوجود المقتضى من الاطلاقات وغيرها، وارتفاع المانع، ويحتمل البطلان، للشك فى تأثير نحو هذا الإيجاب الذى لم يجزم موجهه بأحدهما بالخصوص، والأول لا يخلو من قوة، بناء على عدم منع مثل هذه الجهالة، وإلا فالثانى أقوى، وكذا يخرج عن محل النزاع، لو قبله على جهة التخيير للبائع، وإن كان هو واضح البطلان ايضاً، والغرض من ذلك كله، أن المتبج - بناء على العمل بالخبرين المزبورين - الجمود لعدم المنقح من إجماع وغيره، ﴿و﴾ لذا قال المصنف: ﴿لوباع كذلك إلى وقتين متأخرين كان باطلاً﴾ جازماً به

غير مظهر للتردد فيه كالاول، بل في التحرير بطل قول واحد.

فمن الغريب ما في الرياض من أن ظاهر الاصحاب عدم الفرق في الحكم صحة و بطلان بين صورتين، وإن أشكله - هو إن لم يكن إجماعاً ، - بأن البطلان في الثانية أقوى، لفقد المعارض فيه، لاختصاص النص مطلقاً بالصورة الاولى، قلت: لا ريب في قوة البطلان في الثانية، بناء عليه في الاولى، ضرورة أولويتها بذلك. نعم يتجه الفرق بينهما باحتمال الصحة في الاولى، دونها، للخبرين المزبورين. اللهم إلا أن يدعى التنقيح، ودونه خراط القناد بعد ما سمعت، وإن كان هو مقتضى ما سمعته من عبارة المقنعة وإجماع الغنية، والله اعلم.

﴿ وإذا ﴾ باع شيئاً شخصياً طعاماً أو غيره و ﴿ اشترط: تاخير الثمن إلى أجل ﴾ معلوم ﴿ ثم ابتاعه البائع ﴾ أو غيره من المشتري بعد قبضه ﴿ قبل حلول الاجل، جاز بزيادة كان ﴾ على الثمن الأول ﴿ أو نقصان ﴾ أو مساواة بالجنس أو بغيره، ﴿ حالا و مؤجلاً ﴾ بما يساوي الأجل الأول، أو يزيد عليه أو ينقص عنه، بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به في الرياض، والمحكي عن مجمع البرهان، بل في الاخير كان دليله الاجماع. نعم في مفتاح الكرامة خاصة عن المراسم إن باع ما ابتاعه إلى أجل قبل حلول الأجل فبيعه باطل، معترفاً بأنه لم يجد أحداً نقل عنهما الخلاف قبله. قلت: قد يريد السلف أو الاعم منه و من غيره، لا مانع فيه، بل لعله الظاهر منه.

وعلى كل حال فلا ريب في الحكم المزبور، لاطلاق الادلة وعمومها، او خصوص خبر علي بن جعفر المروى عن كتاب مسائله (١) قال: سألت أخى موسى عليه السلام عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسة دراهم نقداً أي حل؟ قال: إذا لم يشترط ورضي فلا بأس « كاطلاق خبره المروى عن قرب الاسناد (٢) المحذوف فيه لفظ

الأجل والنقد وصحيح بشار (١) سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع نسيئاً، فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لأبأس به، فقلت له: أشتري متاعاً؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك « وخبر الحسين بن منذر (٢) قال: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيء الرجل فيطلب العينة، فاشتري له المتاع من أجله، ثم أبيعها إياه، ثم أشتريه منه مكانى؟ فقال: إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبيع، وكنت أنت بالخيار إن شئت إشتريت، وإن شئت لم تشتري؟ فلا بأس قلت: فإن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح، فقال: إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس به» بناء على أن العينة، شراء ما باعه نسيئاً، كما حكاها عن بعضهم في الدروس، لكن فيها قبل ذلك، أنها لغة وعرفاً شراء العين نسيئاً، فإن حل الأجل فاشتري منه عينا أخرى نسيئاً ثم باعها، وقضاء الثمن الأول كان جائزاً، وتكون عينة على عينة، وعليه أيضاً يتم الاستدلال؛ ضرورة عدم اعتبار كون بيع القضاء على غير البائع فيها.

نعم عن ابن إدريس؛ أن اشتقاقها من العين وهو النقد، وفسرها بشراء عين نسيئاً لمن له عليه دين، ثم يبيعها عليه بدونه نقداً ويقضى الدين الأول، تخرج عما نحن فيه؛ مع احتمال عدم اعتبار كون العين من غير البائع وحينئذ يتم الاستدلال عليه أيضاً ولو بالإطلاق، على أن المحكي عنه في الدروس أنه فسر لها بشراء عين نسيئاً ممن له عليه دين ثم يبيعها عليه بدونه نقداً ويقضى الدين الأول فيكون حينئذ مما نحن فيه، إلى غير ذلك مما لا حاجة إليه، بعدما عرفت من عدم الاشكال في المقام.

وخبر منصور بن حازم (٣) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر، أو غنم، أو غير ذلك فأنى الطالب المطلوب ليباع منه شيئاً؟ فقال: لا يبيعه، نسيئاً وأما نقداً فليبيعه بما شاء» يمكن أن يكون المراد منه أن الطالب

(١) و(٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ٣ و٣

(٣) الوسائل الباب ٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٨

أراد شراء المطلوب ماله عليه من الطعام فعلا بعد حلوله فقال : لا يبعه عليه نسيئة لأنه يكون بيع دين بدين على بعض الوجوه ، أما نقدا فلا بأس ، ولعل شيئا فيه مصحف نسيئا وحينئذ يكون خارجا عما نحن فيه . فتأمل جيدا ، وفي الرياض أنه مجمل ، محتمل الحمل على الكراهة جمعائنه وبين غيره مع عدم مكافأته قطعا .

وعلى كل حال فلا ينبغي التوقف في شيء من شقوق المسألة . نعم يستفاد من خبر ابن المنذر وخبري علي بن جعفر (١) أن ذلك جائز ﴿إذالم يكن شرط﴾ البايع الاول على المشتري ﴿ذلك في حال بيعه﴾ عليه ، ولذا نص على اشتراط ذلك في الجواز جماعة ، بل نسبته في الرياض الى الاصحاب ، وأنه لا خلاف فيه ، وفي المحكي عن الكفاية لأعلم خلافا بينهم في البطالان عند الشرط ، والمفاتيح الظاهر اتفاقهم على بطلانه قلت : قد يظهر الخلاف من اطلاق الجواز في المقنعة والنهاية ومحكي السرائر بل قد يظهر من جامع المقاصد والمساالك وغيرهما عدم اعتباره ؛ لاقتصارهم على الاستدلال له بما في التذكرة من الدور ، وبأنه لم يقصد النقل معه ، وإفساده بما لا مزيد عليه ، وهو كذلك سواء قرر الدور بأن انتقاله الى المالك موقوف على حصول الشرط ، وحصوله موقوف على انتقال الملك ، أو بأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقعة على بيعه

وعلى كل حال فيه ان المتوقف على حصول الشرط هو اللزوم ، لا الانتقال وتوقف تملك البايع على تملك المشتري لا يستلزم توقف تملك المشتري على تملك البايع كما هو واضح ، والالماصح في باقي شرائط من العتق ونحوه خصوصاً شرط بيعه للغير الصحيح اجماعاً محكياً ان لم يكن محصلاً ، على أن تملك المشتري فيما لو جعل الشرط بيعه من البايع بعد الاجل - قبل الاجل واضح واشتراط البيع يؤكّد قصد النقل الى المشتري ، لأنه ينافيه ، وإلنافاه إذا كان من قصدهما ذلك ، وإن لم يشترط ، مع أن العقود تتبع القصود ، والاتفاق كما في الروضة وغيرها على الصحة ، وما هو الا لأن قصده بعد ملك المشتري له ، غير مناف لقصد البيع بوجه ، وإنما المانع عدم قصد الى ملك المشتري اصلاً بحيث لا يترتب عليه

حكم الملك وهو غير ما نحن فيه كما أن احتمال كون الدور لو كان الشرط ملكه للبائع بالثمن المعين بهذا العقد ، مناف للمفروض في كلامهم على أنه قد يقال : بصحته ، و ترتب ملك البائع على ملك المشتري آناً ، نحو اعتق عبدك عني ، بمعنى الترتب الذاتي لا الزماني . فانحصر الدليل حينئذ في النصوص المزبورة .

لكن قد يناقش فيها بالطعن في السند ، وكون المفهوم فيها الباس الذي قد يمنع الاستفادة الحرمه منه عرفاً ، فضلاً عن الفساد ، مضافاً إلى احتمال خبر ابن منذر منها على اعتبار عدم اشتراط المشتري على البائع ذلك أيضاً ، ولم تعرف قائلابه . بل قد يستفاد منه لزوم الشرط لو شرط ، وأن به يرتفع الخيار للبائع أو المشتري ، وإن كان يحرم البيع الثاني أو هوو البيع الأول بالشرط ، ويكون الحاصل حينئذ حرمه الاشتراط ، وإن كان لو فعل التزم به ، وهو غير اشتراط المحرم الذي يفسد ويفسد العقد على قول فتاامل . على أن ظاهر خبر على بن جعفر (١) اشتراط البيع بنقيصة ، بل لعله المراد من خبر ابن منذر (٢) فالتعدي الى المساوي والزائد تحتاج الى دليل ، وثبوت اجماع معتد به هنا على عدم الفصل محل منع ، اذ لم يحك عن احد التعرض لأصل الشرط المزبور قبل المصنف الاعن المبسوط خاصة في باب المراجعة ، ولعله لذلك وغيره أو ما أول الشهيد بن الى التردد في ذلك ، في المحكي عنه في غاية المراد بقوله « إن كان في المسألة اجماع فلا بحث »

ثم لا يخفى أن المتجه بناء على العمل بالنصوص المزبورة الجمود عليها ، فلا يتعدى لغير البيع من العقود ولاله اذا كان الثمن عيناً في وجه ، أو كان الشرط بيعه من غير البائع ، أو نقله إليه بغير البيع ولا لاشتراطه في عقد آخر و نحو ذلك ممالا دلالة فيها عليه ، كى يتجه تخصيص عموم أدلة الشرط بها ، ودعوى التنقيح مع عدم المنقح كما ترى ، بل لولا مخافة المخالفة لاجماع الاصحاب لأمكن حمل هذه النصوص على الائتم بالاشتراط كما عرفت ، أو على ارادة الكراهة مع شرط البيع بنقيصة ، لانه كالحيلة

فى تبريته الدراهم أو غير ذلك . والله اعلم

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ان حل الاجل﴾ ولم يقبض الثمن ﴿فابتاعه بمثل ثمنه من غير زيادة﴾ ولا نقيصة ﴿جاز﴾ بلا خلاف ﴿وكذا ان ابتاعه بغير جنس ثمنه بزيادة أو نقيصة حالا أو مؤجلاً﴾ للاصل ، وإطلاق الأدلة السابقة ، وإطلاق خصوص صحيح منصور بن حازم (١) قال للصادق عليه السلام : « رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه ، وأتى الطالب المطلوب يتقاضاه ، فقال له المطلوب : أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى لك عندي ؛ فرضي ؟ قال : لا بأس بذلك » وموثق يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة (٢) أو صحيحها « سألا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بمائة درهم الى أجل ، فلما بلغ ذلك الاجل ، تقاضاه ، فقال : ليس عندي دراهم ، خذمنى طعاماً ، فقال : لا بأس به فأنما له دراهم يأخذها ماشاء » الى غير ذلك .

﴿و﴾ أمّا ﴿ان ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة أو نقيصة ففيه روايتان﴾ اشبههما ﴿اشهرهما﴾ ما سمعته من روايات ﴿الجواز﴾ بل لم أجد من يميل برواية المنع غير الشيخ فى النهاية بالنقيصة ، وفى التهذيبين بالزيادة ، وهى خبر خالد بن الحجاج (٣) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعت طعاماً بتأخير الى أجل مسمى ، فلما جاء الأجل أخذته بدراهمى فقال : ليس عندي ، ولكن عندي طعام فاشتره منى ؟ فقال : لا تشتره منه فإنه لا خير فيه» وخبر عبد الصمد بن بشير (٤) قال : سأل الصادق عليه السلام ايضاً محمد بن القاسم الحنط «فقال : أصلحك الله أبيع الطعام الرجل الى أجل ، فاجبىء وقد تغير الطعام من سعره فيقول : ليس لك عندي دراهم ؟ قال : خذمنه بسعر يومه قال : أفهم أصلحك

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العقود الحديث ١

(٢) الوسائل - الباب ١١ من ابواب السلف الحديث ١٠

(٣) الوسائل الباب ١٤ من ابواب السلف الحديث ٣

(٤) الوسائل الباب ١٢ من ابواب السلف الحديث ٥

الله إنه طعامي الذي اشتراه مني قال : لا نأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك قال : أرغم الله أنفي رخص لي ، فرددت عليه ، فشدد علي ، وخبر الحلبي (١) قال : «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا ثم رده على صاحبه ، فأبى أن يقبله إلا بوضيعة ، قال : لا يصلح له أن يأخذه ؛ فإن جهل وأخذه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد» وهي جميعاً كما ترى غير مكافئة لغيرها من وجوه ، خصوصا بعد الطعن في السند واختصاص الأولين بالطعام ، واحتمال الأول منهما الإرشاد والكرامة كما يؤمى إليه التعليل ، وعدم التصريح فيه بأنه طعامه الذي باعه إياه ، ولا بزيادة الثمن أو نقيصة ، والثاني - مضافا إلى كثير من ذلك - أن السائل لما طمع أن يرخص له أخذ طعامه الذي دفعه إليه ، مع أن القيمة قد زادت ، وهو لا يستحق إلا دراهم ، لم يرخص له إلا أن يأخذ بسعر يومه ، بل لعل ذلك هو الظاهر منه ، كظهور الثالث في الإقالة بالنقيصة ، المجمع على عدم جوازه ، كالزيادة بحسب الظاهر

فلا ينبغي التوقف حينئذ في الحكم المزبور في الطعام ، فضلا عن غيره ، وإن حكى عن بعضهم موافقة الشيخ في الأول ، ولا ريب في ضعفه ، وأضعف منه ما عن خلاف الشيخ من أنه لا يجوز شراء طعام ممن باعه طعاما قبل نقد الثمن ولو غير ما باعه إياه بزيادة عن ثمنه ، لا دأئه إلى بيع الطعام بطعام بزيادة ، وفيه أن العوض دراهم لا طعام ، هذا كله إذا لم تتغير السلعة.

أما إذا تغيرت عن حالة البيع ، كالهزالة ؛ أو نسيان الصنعة ، أو تمزيق الثوب ، ففي التحرير «جاء شرائه إجماعاً وإن كان لا يخلو إطلاقه من بحث في الجملة ، وقد بان لك من ذلك كله أن شراء المبيع المؤجل ثمنه ، إما أن يكون قبل حلول أجله ، أو بعده ، وعلى التقديرين ، فإما أن يكون البايع قد اشترط شرائه في نفس العقد أولا ، وعلى كل تقدير فإما أن يشتريه بجنس الثمن وقدره ، أو بزيادة ، أو بنقيصة ، أو بغير جنس ، إما حالا ، أو

مؤجلاً، فيكون الحاصل من ذلك كما في حاشية الكركي على الارشاد أربع وعشرون صورة، يظهر بادننى تأمل بطلان اثنتى عشرة منها والخلاف فى أربع إلى أن قال:

وفى شرح الارشاد للشهيد أن الحاصل من ضرب صورتي اشتراط شراء المبيع فى نفس المقدو عدمه، فى الشراء بزيادة أو نقيصة، أو بمساواة الجنس الثمن أو بغير جنسه، حالاً أو مؤجلاً، ستة عشر، وهو غير ظاهر، بل اثنتا عشر صورة، لان الشراء بالجنس، لا يخرج عن الزيادة والنقصان والمساواة فهى ثلاث وبغير الجنس والحلول والتأجيل ثلاثة اخرى، ومضروب الست، فى اثنتين اثنتا عشرة وإذا ضربت فى صورتي الشراء قبل حلول الاجل أو بعده، تبلغ اربعاً وعشرين لاثنتين وثلاثين كما ذكره فليتامل قلت: لعل الشهيد نظر الى ان الحلول والتأجيل لكل من الاربعة، اى البيع بغير الجنس وبه زائداً أو ناقصاً أو مساوياً، وعليه تكون ستة عشر فاذا ضربت فى صورتي الشراء قبل حلول الاجل وبعده، تبلغ اثنتين وثلاثين. والامر سهل. نعم عن الشهيد فى شرحه المزبور و احتمال الحاق البيع بالجنس مساوياً مؤجلاً فى صور الخلاف، لان للاجل زيادة: وفيه أن العكس أقوى منه احتمالاً، اذ المفروض ان المبيع كان مؤجلاً، فبيعه بمقدار ثمنه حالاً مخالف لثمنه، بل هو كذلك مع نقصان الاجل عن أجله، أو زيادته، والله اعلم

﴿ولا يجب على من اشترى مؤجلاً أن يدفع الثمن قبل الاجل وإن طوّل﴾

اجماعاً أو ضرورة ﴿وإن دفعه تبرعاً لم يجب على البائع أخذه﴾ وإن لم يكن ضرر عليه بذلك. بلا خلاف أجده بيننا، بل فى الرياض «الاجماع عليه كالاول» وفى جامع المقاصد «نسبة الخلاف فيه الى بعض العامة» ولكن قد يتخيل الوجوب، وأنه كالدين الحال فى ذلك، لان فائدة التأجيل الرخصة للمشتري بالتأخير، لعدم وجوب الاخذ لو دفعه اليه قبله، فمصلحة مختصة به، ولذا يزداد الثمن عليه من أجله، وله طلب النقصان فى مقابلة التعجيل، وعقد البيع بلا اجل يقتضى وجوب الدفع والاخذ، و اشتراط الرخصة للاول لا يستلزمها للثانى، بل الظاهر أن المراد من الاجل التوسعة فى ذلك الزمان الى نهاية

الأجل، أي لا يضيق الأجل ذلك الزمان كالواجب الموسع، وقد يتفرع على ذلك أن للمشتري إسقاط حق التأجيل كما في غير من الحقوق

لكن في القواعد «أنه لو أسقط المدينون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال» وعلمه في جامع المقاصد «أن ذلك قد ثبت بالعقد اللازم لانه المفروض، فلا يسقط بمجرد الاسقاط، ولأن في الأجل حقاً لصاحب الدين ولهذا لا يجب قبوله قبل الأجل، أمالو تقايلاً في الأجل فإنه يصح، ولو نذر التأجيل فإنه يلزم، وينبغي أن لا يسقط بتقايلهما إذا التقايل في العقد لا في النذر»

وفيه أن ثبوته بالعقد اللازم، لا يمنع من سقوطه بالاسقاط، كاشتراط الخيار ونحوه، ويمكن منع حقبة صاحب الدين فيه، وإتفاق وجود مصلحة له في ذلك، لاينا في كونه من حقوق المشتري، كالخيار المشروط له، كما أنه يمكن منع مشروعية التقايل فيه خاصة دون أصل العقد، ولو صح رجوع إلى الاسقاط، ومع فرض أنه من حقوق المشتري خاصة، لم يعتبر اتفاق البائع معه على الاسقاط الذي هو بمنزلة الإبراء، بل هو منه، كما أومى إليه هو في حاشية الإرشاد في مسألة التعجيل بالنقيصة، بل لعله الظاهر من القواعد في باب السلم.

وما في الرياض من أنه نمنع استلزام انحصار فائدته في الرخصة للمشتري بعد تسليمه وجوب الأخذ على البائع مع مخالفته الأصل الخالي عن المعارض من النص والاجماع، لاختصاصه بغير صورة الفرض - يدفعه ما عرفت من اقتضاء العقد ذلك، وأن الشرط المزبور حق للمشتري خاصة، فيسقط باسقاطه كغيره من الشرائط التي له على البائع، فالعمدة حينئذ الاجماع المزبور. والله أعلم.

﴿وإن حل﴾ الأجل ﴿فمكنته﴾ المشتري ﴿منه﴾ بعد المطالبة أو قبلها ﴿وجب على البائع أخذه﴾ إذا كان مساوياً لما في الذمة قدر أوجنسا ووصفاً، بخلاف

اجده فيه أيضاً، بل في الرياض الاجماع عليه، وهو الحجة بعد حديث الضراز (١) الشامل للمقام، ضرورة تحقق الضرر على المشتري ببقائه مشغول الذمة، وقد يناقش في الوجوب من حيث الدفع بارتفاع الضرر بقبض الحاكم مع الامتناع أو بتشخص المدفوع للمشتري بحيث يكون الضمان منه معه، والعقد إنما يقتضى ملك الثمن على المشتري لا وجوب قبضه فهو كما لو كان الثمن عيناً، فانه لا يجب عليه القبض من حيث الدفع، بل هو إن كان من حيث حرمة الائتلاف، وتدفع بأن الثابت من الادلة ذلك خصوصاً قوله تعالى (٢) «أو فوا بالعقود» فان وجوب الوفاء بها يتبع وجوب الدفع ووجوب القبول وحينئذ إذا انتفى سقط اعتباره، إذ هو كالدفء من المديون يجب عليه أولاً فإذا امتنع جاز التقاص من ماله

وكيف كان ﴿فان امتنع﴾ البائع ﴿من أخذه ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف من المشتري كان من مال البائع على الاظهر﴾ بل لا أجديه خلافاً مع تعذر الحاكم، لان في هلاكه من المشتري ضرراً عظيماً، فيكون منفيًا بالنص (٣) وتعين الدين بالقبض ممن له أو من يقوم مقامه - ولذا كان للمديون تغييره مالم يقبض - إنما هو في غير الفرض، ضرورة أن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون، فإذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره، حذرًا من لزوم الضرر

إنما الكلام في اعتبار الحاكم وظاهر الاصحاب قصر الحكم هنا عليه، إذ لم أجدي كلام من وقف عليه منهم ذكر غيره إلا في الحقائق فجعل عدول المؤمنين مرتبة أخرى هنا، وهو موقوف على عموم ولايتهم لمثل المقام، وفيه بحث، بل قد يظهر من إطلاق الشيخين وابن حمزة في المقنعة والنهاية والوسيلة والمتن والنافع والمحكي عن

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٥١٣

(٢) سورة المائدة الآية ١

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٢-٣

الديلمي والقاضي وكذا التقى عدم اعتبار الحاكم في التلف من البايع ، ولعله لعدم ثبوت ولايته في المقام ، وإطلاق حديث الضرار ؛ خلافا للفاضل في جملة من كتبه والشهيدين والكركي ومحكي المبسوط والسرائر ، بل ربما قيل : إنه المشهور فخصوه بما إذا تعذر الحاكم ، ومقتضاه ، كون المقاصة من المساوي للدين كذلك ، إقتصارا فيما خالف الأصل الدال على عدم تعيين الثمن للبايع حيث كان كليا إلا بقبضه على محل الوفاق ، والتفاتا إلى اندفاع الضرر عن المشتري بالدفع إلى الحاكم ، فلو قصر كان كالمفرط في المال ؛ - من حيث تمكنه من دفعه إلى مستحقه أو نائبه ، فيكون من ماله ، وإلى أن الحاكم كما أنه قائم . مقام الغائب ، يقوم مقام للمتنع عن يجب عليه ؛ ولذا يأخذ الزكاة منه قهرا ، ويتولى النية ، ويؤدي ديونه وما يجب عليه من نفقة ونحوها من ماله

نعم هل يجب ذلك كما هو وظيفته ؟ لكن في الدروس عن ابن إدريس وجوب القبض ^{إلى} على الحاكم بمجرد الامتناع ، أو مع تعذر جبره على الواجب وسؤال البايع القبض ؟ فديقوى الثاني ، ومنه يعلم حينئذ وجوب جبر الحاكم له على ذلك كما هو وظيفته ، لكن في الدروس عن ابن إدريس وجوب القبض على الحاكم ، ولا يجب عليه إلا جبار على القبض أو الأبراء ، واستبعده فيها ، وهو كذلك .

نعم يمكن القول بعدم إجباره إن لم يسأله الدافع ، كما في سلم جامع المقاصد قال : «لأن يده يدرضي بها المدفوع له ، ولم يصدر منه ما ينافيها» وقال فيه أيضاً : «إن للحاكم قبضه وإن لم يجبره على قبضه ، وأنه لو لم يسأله الدافع لم يجب عليه قبضه ، وإنه يجوز ذلك له وإن لم يسأله» وفيه بحث في الجملة يعرف مما ذكرنا .

ثم إن من الواضح عدم وجوب الدفع إلى الحاكم بعد الامتناع ، بناء على اعتباره ، لعدم تشخص المدفوع للبايع ، بل هو باق على ملك المشتري ، فله التصرف فيه وإبقاء الحق في ذمته . نعم إذا أراد إبراء ذمته من الحق دفعه إلى الحاكم ، إذا الظاهر الاتفاق على تشخصه بقبضه له ، وربما ظهر من بعض مشايخنا عدمه .

نعم يكون تلفه منه خاصة ، و بناء على التشخيص بالامتناع من غير حاجة إلى قبض الحاكم يمكن القول بوجوب دفعه اليه ، لأنه مال مسلم محترم يتمكن وصوله من وليه فيجب ، والأقوى عدم الوجوب ، للأصل ،

لكن هل يبقى أمانة في يده يجب حفظها أولا ؟ قديظهر من المتن والدروس وغيرهما الأول ، بل هو صريح اللمعة ، والثاني لا يخلو من وجه بل قوة ، قال في جامع المقاصد : « إذا امتنع المالك من القبض وتعذر الحاكم ، زال الضمان عن الدافع بالتعيين لكن هل هو مشروط بالحفظ بمجرى العادة فيكون أمينا أم لا ؟ فلا يكون الحفظ واجبا عليه ، لم أجد به تصريحاً للأصحاب ، لكن قوة التأمل في كلامهم تشهد للثاني حيث أطلقوا نفى الضمان عنه ، دفعا للضرر ، ولو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر المحذور ، وألزم بالضمان بالتقصير فيه ، ويتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به لكنه أعلم بالحال ، وبين ما إذا أتاه و طرحه عنده ، فينتفى وجوب الحفظ في الثاني ، دون الأول ، وإن اشتركا في عدم الضمان » و نحوه في حاشية الإرشاد له ؛ ولعل مراده بالاشتراك في عدم الضمان على تقدير عدم التفريط ، لامطلقا ، فلا ينافي ما تقدم من قوله لو وجب ألزم بالضمان .

وعلى كل حال ففي جريان مثل ذلك في الحاكم لو قبضه إشكال ، لكن في المسالك في باب السلم في شرح قول المصنف ، ولو امتنع قبضه الحاكم إذا سأل المسلم إليه ذلك قال : « هذا مع إمكانه ، ومع تعذره يخلو بينه وبينه ؛ وتبرأ ذمته وإن تلف ، وكذا يفعل الحاكم لو قبضه ، إن لم يمكن إلزامه بالقبض » كالأشكال في أصل ثبوت التشخيص بالامتناع مطلقا أو مع تعذر الحاكم على اختلاف القولين وإن كان ظاهر الأصحاب ذلك ، بل هو صريح جماعة منهم ، وقد يحتمل العدم ، وإن كان لو تلف يكون من مال البائع على كل حال ، إذ به يتحقق رفع الضرر ، و يحصل الجمع بين قاعدة عدم التشخيص إلا قبض ذي الدين ، وبينه

وربما أومى إليه في الدروس قال : « ولو امتنع البائع أثم ، ولو هلك بعد تعيينه فمن ماله ، مالم يفرط فيه المشتري أو يتعدي ، و للمشتري التصرف فيه ، فيبقى في ذمته ؛ ضرورة أن جواز تصرف المشتري فيه مستلزم لبقاء ملكه عليه ، و حينئذ فالنماء بين التعيين والتلف له ، أللهم إلا أن يقال : يمكن التزام الشهيد بأنه ملك البائع متزلزلا ؛ فله الرجوع فيه ، فالنماء حينئذ له ، إلا إذا أعاده المشتري إلى ملكه و في الروضة «إنه ربما قيل ببقائه على ملك المشتري و إن كان تلفه من البائع »

ثم إنه قد ينقدح بناء على التشخيص القول بمثله فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الاشاعة ، بحيث يتعين المدفوع للشريك ولا يتلف منهما ماعاً ، وكذا لو تسلط الظالم بنفسه ، وأخذ قدر نصيب الشريك ، لكن في جامع المقاصد و حاشية الارشاد لم أجد تصريحاً للأصحاب بنفي ولا إثبات ، مع أن الضرر قائم هنا ، وفي الأول إن المتجه عدم ، وفي الثاني إن الحكم مشكل ، قلت : ويؤيده الأصل وعدم التقصير من الشريك فلا ضرر من قبله . والله أعلم .

﴿ وكذا ﴾ البحث بتمامه ﴿ في طرف البائع إذا باع مسلماً ﴾ لكن صرح المصنف هناك بقبض الحاكم ، ولا فرق بين المقامين على الظاهر ﴿ وكذا كل من كان له حق ، حال أو مؤجل ، فعدل ثم دفعه ، و امتنع صاحبه من أخذه ، فإن تلفه من صاحبه الذي يجب عليه قبضه على الوجه المذكور ﴾ لاتحاد الجميع في المدرك كما هو واضح لكن لا يخفى أنه قد ذكرنا ذلك كله موافقة لكلماتهم التي جملة منها مجرد دعوى بلا دليل فضلاً عن أن يصلح قاطعاً لأصالة عدم تشخص الدين و عدم ملك المستحق ، وعدم براءة ذمة المستحق عليه في جملة من الصور المفهومة من كلامهم ، كذا دعوى ملك المستحق لما يعينه المديون متزلزلاً على وجه يجوز للدافع الرجوع به أو دعوى أنه باق على ملك الدافع ولكن التلف يكون من مال الديان .

نعم قد يقال : في خصوص ماله مكنه منه على وجه يدخل به تحت

يده عرفا ، وتحت سلطانه وتحت قبضته برأت ذمة المديون وصيرورة المال ملكا للديان
لأنه قبض أو كالقبض ، ضرورة صدق الأداء والوفاء والإعطاء ونحوها مما هو مستفاد
من خطاب الديان ، وكذا بالنسبة إلى أداء الأمانة ، وإيصال المغصوب ، وخروج المبيع
عن ضمان البايع ، وربما يشهد لذلك في الجملة ما ذكره في غير المقام ، من صدق الوفاء
وإيصال الحق إلى مستحقه ، بالدس في المال على وجه يدخل في قبضته وتحت سلطانه ،
ويمكن تنزيل عبارة المتن ونحوها على هذه الصورة ، ولذا لم يعتبر والاذن الحاكم ،
بخلاف غيرها من الصور التي لا يصدق معها التمكين فعلا ، وإن قال له : إن حقك موجود
هو في الدار ونحو ذلك ، مما هو طلب للتمكين منه ، لأنه مكّنه فعلا ، فإن الظاهر عدم
تشخص الحق بذلك ولومع تعذر الحاكم والعدول ، للأصل بل الأصول ، ومشروعية
المقاصة لا تقتضي مشروعية ذلك .

نعم هنا بحث في ولاية الحاكم عنه في القبض حينئذ أو في حال الغيبة ، وأراد
المديون فراغ ذمته وهو شيء آخر ، غير مانحن فيه ، من تعيين من عليه الحق ، و
بذلك يظهر لك النظر في جملة من الكلمات ؛ حتى ما سمعته من الكركي ، فانه وإن
كان قد حام حول الحمى فيما ذكره من مسألة وجوب الحفظ وعدمه ، إلا أن ظاهره الاكتفاء
بتعيينه في الصورة الأولى ، وإن وجب عليه الحفظ ، فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ ويجوز بيع المتاع حالا ومؤجلا ، بزيادة عن ثمنه ﴾ ونقصان جوازا لا خيار
فيه ﴿ إذا كان ﴾ كل من البايع و﴿ المشتري عارفا بقيمته ﴾ مالم يكن سفها ، و
الابطال العقد إن كان بعد تحجير الحاكم أو قبله ، بناء على عدم الحاجة إليه في منع
تصرفه ، كما أن للمغبون منهما الخيار مع الجهل بالقيمة ، بلا خلاف ولا إشكال في
شيء من ذلك ، وإن كان في عبارة المتن وغيرها من عبارات الأصحاب خلل ما في تأدية
ذلك ، إلا أنه سهل بعد وضوح الحال ومعلومية الحكم .

وكذا لا خلاف ﴿ ولا إشكال في أنه ﴾ لا يجوز تأخير ثمن المبيع ولا شيء من

الحقوق المالية بزيادة فيها ❀ لأنه رباً محرم كتاباً (١) وسنة (٢) وإجماعاً ، فلا يجوز سواء وقع على جهة البيع ، أو الصلح ، أو الجعالة ، أو غيرها ، ولو اشترط في عقد آخر فسد وأفسد ، اذ هو لا يحل الحرام .

نعم لا بأس بجعل الزيادة المبذولة في ثمن مبيع آخر ، لافي مقابلها ، مع اشتراط التأخير في الدين الحال الى الأجل المسمى ، كما صرح به النصوص والفتاوى قال محمد بن إسحق بن عمار (٣) للرضا عليه السلام : « أُرْجِلْ يَكُونُ لَهُ الْمَالُ ، فَدَخَلَ عَلَى صَاحِبِهِ ، يَبِيعُهُ لَوْلَاةٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ، تَسَاوَى مِائَةُ دِرْهَمٍ وَيُؤَخَّرُ عَلَيْهِ الْمَالُ إِلَى وَقْتٍ ؟ فَأَجَابَهُ لَا بَأْسَ قَدِ امْرَأَتِي أَبِي فَفَعَلْتَ ذَلِكَ » وقال لأبي الحسن (٤) : « يَكُونُ لِي عَلَى الرَّجُلِ دِرَاهِمٌ ، فَيَقُولُ : أَخَّرْنِي بِهَا وَأَنَا أُرْبِحُكَ ، فَأَبِيعُهُ جَبَّةً تَقُومُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ ، بَعْشَرَةَ أَلْفٍ دِرْهَمٍ ، أَوْ قَالَ : بَعْشَرِينَ أَلْفًا وَأُؤَخِّرُهُ بِالْمَالِ ؟ قَالَ : لَا بَأْسَ » وقال عبد الملك (٥) : « سَأَلْتُهُ عَنْ الرَّجُلِ أَرِيدُ أَنْ أَعِينَهُ الْمَالَ وَيَكُونُ لِي عَلَيْهِ مَالٌ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَيَطْلُبُ مِنِّي مَا لَا أَزِيدُهُ عَلَى مَالِي الَّذِي لِي عَلَيْهِ ، أَيْسْتَقِيمُ أَنْ أَزِيدَهُ مَا لَا وَأَبِيعَهُ لَوْلَاةٍ ، تَسَاوَى مِائَةُ دِرْهَمٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ، فَأَقُولُ أَيْبَعُكَ هَذِهِ اللَّوْلَاةُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ أُؤَخَّرَ بِشَمْنِهَا وَمَالِي عَلَيْكَ بِكَذَا وَكَذَا شَهْرًا ؟ فَقَالَ : لَا بَأْسَ » إلى غير ذلك مما عو صريح في الجواز على الوجه المزبور وظاهر في عدمه مع جعل الزيادة في مقابل التأخير ، ولا يقدح في ذلك كونها حيلة للتخلص من الربا ، بعد أن وردت بها النصوص وأفتى به الأصحاب ، بل هي على مقتضى الضوابط الشرعية ، ونعم الحيلة ، ما يفرّ بها من الباطل إلى الحق .

❀ (و) كذا ❀ يجوز تعجيلها ❀ أي سائر الحقوق المالية المؤجلة ❀ بنقصان منها ❀

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٨

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الربا

(٣) الوسائل الباب ٩ من أبواب أحكام العقود الحديث ٤

(٤) (٥٩٤) الوسائل الباب ٩ من أبواب أحكام العقود الحديث ٥-٢

بلا خلاف أجده فيه على جهة الصلح ، وهو المسمى بالحطيطة أو الإبراء من كل منهما ، ويدل عليه - مضافا إلى الأصل - مرسل أبان (١) عن الصادق عليه السلام « سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين ، فيقول له قبل أن يحل الأجل : عجل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أيحل ذلك لواحد منهما ؟ قال : نعم » وقال ابن أبي عمير (٢) : « سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى ، فيأتيه غريمه ، فيقول له : أنقذني كذا وكذا ، وأضع عنك بقيته ، أو يقول : أنقذني بعضه وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك ؟ فقال : لا أرى به بأسا ، إنه لم يزد على رأس ماله ، قال الله جل ثناؤه (٣) « ولكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » ونحوه صحيح محمد بن مسلم (٤) ومنهما يعلم جواز الصلح عن التأخير بغير الزيادة ، لعدم تحقق الربا فيه هنا . فتأمل جيدا . وستسمع في باب القرض تمام البحث في هذا المسألة . انشاء الله تعالى والله أعلم .

﴿ ومن ابتاع شيئا بثمن مؤجل وأراد بيعه مباحة ﴾ أي بالزيادة على رأس المال بما يتراضيان به ، كما أن التوكلية ، البيع بما يساويه ، والوضعية بالأ نقص ، والمساومة بما يقع الرضا به من غير اعتبار لرأس المال ، والواجب في الأول الإخبار بقدر الثمن و جنسه ووصفه ، فمع فرض أنه مؤجل ﴿ فليذكر الأجل ﴾ لأن له قسطا من الثمن ﴿ فإين باع ﴾ حالا أو إلى أجل دون أجله ﴿ ولم يذكره ﴾ صح البيع بلا خلاف ، بل الإجماع بقسميه عليه للعموم وخصوص النصوص (٥) ووجود مقتضى ، مع عدم ما يصلح للمناعية ، سوى التدليس المزبور الذي هو كالداعي إلى تعلق الرضا والقصد إلى البيع المخصوص . نعم ﴿ كان المشتري بالخيار بين ردّه ، وإمساكه بما وقع عليه العقد ﴾ للتدليس ،

(١) الوسائل - الباب ٧ من أبواب الصلح الحديث ١-٢

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٨

(٣) الوسائل الباب ٣٢ من أبواب الدين الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ٢٥ من أبواب أحكام العقود

ج ٢٣ (في وجوب ذكر الاجل على من ابتاع شيئاً بثمن مؤجل واراد يبيعه مرابحة) - ١٢٣-

ولفوات ما هو كالشرط والوصف ، ولحديث الضرار (١) المنجبر هنا بفتوى كثير ، بل في تعليق الارشاد الاكثر ، بل في الرياض أنه الاشهر بين الطائفة ، سيما متأخريهم بل ظاهرهم الاتفاق عليه كافة ، إلا من الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة ، بل في موضع آخر منه أنه المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً من متأخري الطائفة ، مع رجوع الشيخ في الخلاف والمبسوط عما في النهاية مؤيداً ذلك كله بثبوته فيما هو مثله في المعنى ، من الكذب والخطأ بمقدار الثمن من غير خلاف يعرف فيه بينهم الامن المحكي عن الاسكافي ، فله الاخذ بحط الزيادة وربحها والمبسوط حيث يظهر غلطه وعن الخلاف أنه قواء مع أنه لادلالة في كلام الاسكافي على سقوط الخيار ، ولعله يثبت له مع ذلك .

﴿و﴾ لكن ﴿المروي﴾ هنا ﴿أنه﴾ يصح البيع و ﴿يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع﴾ ففي صحيح هشام (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يشتري المتاع إلى أجل فقال: ليس له ان يبيعه مرابحة الا إلى الاجل الذي اشتراه فان باعه مرابحة ولم يخبره كان للذي اشتراه من الاجل: مثل ذلك » وخبر أبي محمد الوايشي (٣) الذي لا تندح جهالته بعد ان كان الراوي عنه ابن محبوب في وجهه في معقد الإجماع على تصحيح ما يصح عنه قال : « سمعت رجلاً يسأل أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل اشترى من رجل متاعاً بتأخير إلى سنة ، ثم باعه من رجل آخر مرابحة ، أله أن يأخذ منه ثمنه حالا و الربح ؟ قال : ليس عليه إلا مثل الذي اشترى ، إن كان نقد شيئاً فله مثل ما نقد ، وإن لم يكن نقد شيئاً فالمال عليه إلى الأجل الذي اشتراه »

وخبر ميسر بن عمار الزطي (٤) الذي هو كالصحيح في الوجه المزبور ، لأن في السند صفوان قال لأبي عبد الله عليه السلام . « إنا نشترى المتاع بنظرة ، فيجىء الرجل ، فيقول :

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣-٤

(٢) (٣٠٢) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب احكام العقود الحديث ٢-٣

(٣) (٤) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب احكام العقود الحديث ١

بكم يقوم عليكم ؛ فأقول : بكذا وكذا فأبيعه بربح ؟ فقال : إذا بعته مرابحة كان له من النظرة مثل مالك قال : فاسترجعت وقلت : هلكنا «الحديث والمراد منه بقرينة الخبرين السابقين ، أنه إذا باعه مرابحة ولم يذكر الاجل ، لأن المراد بيان وجوب الاخبار خاصة فهو واضح الدلالة كالسابقين .

وأما السند فقد عرفت حاله في جميعها فالعمل بها متجه خصوصاً بعد ان لم تكن مهجورة ، بل عمل بها الاسكافي و الشيخ في النهاية والقاضي و ابن حمزة ، و المحدث البحراني على ما حكى عن بعضهم ، ومال إليه الاردبيلي ، أوقال به في المحكي عنه ، ولم يعلم حال من لم يتعرض لذلك منهم ، كالصدوق و المفيد ، وأبي يعلى ، وعلم الهدى والراوندى على ما قيل ، وعن صاحب الرموز التوقف ، كالشهيد في غاية المراد ، وظاهر الدروس و المحقق الثاني في تعليق الارشاد ، بل قيل أن التوقف ظاهر شرح الارشاد لفخر الاسلام . والتنقيح والمقتصر ، والتوقف من جهتها ، كالعمل بها في الخروج عن الشذوذ والهجر ، بل عمل بها في المختلف في الجملة قال بعد ان ذكرها دليلاً للشيخ . «الجواب انها محمولة على ما اذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسبة ولم يشترط النقد ، فانه والحال هذه ، يكون له من الاجل مثل ما كان للبايع على إشكال » .

وإن كان قدينا قش فيه بأنه - مع كونه إحداث قول في المسألة - لافرق في ظاهرها بين التصريح بالنقد وعدمه ، بعد أن كان الاطلاق منصراً إليه ، خصوصاً بعد ما عرفت من تصريحهم بأنه مؤكد ، على أن الظاهر إتحاد محل النزاع في كلام الاصحاب مع مضمون النصوص ، والظاهر أن مراد المختلف بقوله باعه بمثل ما اشتريه ، التصريح بتعيين الثمن ، وأنه هو الذى اشتراه به و اخفى النسبة ، لا أنه عقد البيع كذلك ، ضرورة بطلانه حينئذ ، فضلاً أن يكون له من الاجل مثله .

لكن في حاشية الارشاد للكركي «ظاهر الاخبار يقتضي ثبوت مثل الاجل ؛

ج ٢٣ في وجوب ذكر الاجل على من ابتاع شيئاً بثمن مؤجل واراد بيعه مراححة ١٢٥-

لكن ليس فيها تصريح بكون البايع عين الثمن وأهمل الاجل ، أرباع بمثل ما اشتراه ولم يعين شيئاً ، والمصنف في المختلف حمل الروايات على المعنى الثاني وأشكله ، وأكثر الاصحاب على أنه يلزم المشتري الثمن حالا » ثم قال : « وأقول : اذا عين البايع الثمن وأهمل ذكر الاجل وجرى العقد على ذلك ينبغي الجزم بالصحة من غير اجل إذ ليس في الاخبار ولا غيرها ما ينافي ذلك ، غاية ما في الباب ثبوت الخيار للمشتري للتدليس ، فإن للأجل قسطاً من الثمن ، وإذا باع بمثل ما اشتراه ولم يعين شيئاً وكان مؤجلاً إستحق مثل الاجل إن صححنا البيع ، وهذه مدلول الروايات ، لكن نحن في صحته من المتوقفين ؛ لما فيه من الغرر » وهو كما ترى ، بل الخبر الثالث كالصريح في خلافه . وكيف كان فالعمل بالنصوص متوجه ، سيما مع عدم شدة مخالفتها للقواعد ، إذ ليس إلا اقتضاء إطلاق العقد الحلول و قديمه في مثل المقام ، المبني على البيع مراححة ، بل لو صرح فيه بذلك ، بزعم أن رأس المال كذلك أمكن عدم الالتفات اليه . نعم يمكن القول بثبوت الخيار مع ذلك ، إن لم ينقذ الإجماع على خلافه إذ ربما يكون مقصوده الشراء حالا ، لعدم المنافاة بينها وبين ما دل عليه ، والظاهر إرادة ثبوت مقدار أجل البايع للمشتري من النصوص المزبورة . لا ما بقي من أجل البايع ، إذ قد يبيعه بعد حلول أجله عليه ، كما أن الظاهر مساوات هذا الاجل للاجل المذكور في العقد في جميع الاحكام المذكورة ، من الحلول بالموت ، وعدم وجوب القبض على البايع ، لو دفعه إليه المشتري قبل الحلول و نحو ذلك ، ولا يسقط هذا الخيار بناء عليه ببذل البايع الأجل ، ولا بتلف المبيع من المشتري ، ولا بتصرفه فيه قبل العلم به ، بل يفسخ ويرد القيمة أو المثل نحو ما سمعته في خيار الغبن ، وفي القواعد النظر في السقوط بالآخرين وقدم في الغبن وفي بحث تلف المبيع مدة الخيار ما يعلم منه الحال هنا ، فلا نعيده فلاحظ وتأمل .

ولو باعه وضية أو تولية ولم يخبره ففي تعديده المبحث المزبور قوة كالقوة

فيما لو باعه مؤجلاً دون الاجل الذي اشترى به ، ولو باعه مؤجلاً مرابحة بمقداره لكن لاعلى أن رأس المال كذلك ، ففي تسلط المشتري على الخيار وجه أيضاً والله اعلم .

﴿النظر الثاني﴾

من الستة ﴿فيما يدخل في المبيع﴾ المعروف بينهم أن ﴿الضابط لأقتصار على ما يتناوله اللفظ . لغة أو عرفاً﴾ لكن قال ثاني الشهيدين منهم : «المراد بالعرف ما يشمل الخاص الذي منه الشرعي ، بل هو مقدم عليهما إذا لم تتفق ، ثم العرفي ، ثم اللغوي» و تبعه في الحقائق ، فقال «إن الأظهر أن يقال إن الواجب هو حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية إن وجدت ، وإلا فعلى عرفهم عليهم السلام ، لأنه يقدم على عرف الناس ، وإلا فعلى ما هو المتعارف في ألسن المخاطبين ، والمتبادر في محاوراتهم ، وإن اختلفت في ذلك الاصقاع والبلدان ، ثم مع تعذر ذلك فاللغة ، وربما قدم بعضهم اللغة على العرف» .

وهو من غرائب الكلام ، إذ فيه ما لا يخفى إذا أراد تقديم الشرعي على العرف الخاص للمتعاقدين ، ضرورة تبعية عقد هما لقصد هما ، بل لو قصداه غيره مع الجهل به بطل ولو الشرعي ، نعم لو علماه وقصداه صح وإن كان غير عرفهما ، من غير فرق بين الشرعي والعرفي ، بل وفيه أيضاً فيما إذا لم يكن لهما عرف خاص ، بل كان للعرف العام الشامل لهما معنى مغاير للشرعي - أن الظاهر إرادة ذلك من لفظهما ، لا الحقيقة الشرعية التي يحمل عليها لفظ الشارع ومن تبعه في الاستعمال ، و بعض

النصوص الواردة في بعض الالفاظ في النذر والوقف والوصية ، مع أنها واردة في موارد خاصة ، بل قيل إنها في الالفاظ التي لم يعلم لها معان معينة في العرف واللغة ، وإنما هي مجملة ، أو مبهمة غير متفق عليها بين الطائفة في موردتها ، فضلا عن غيره ، والبحث في تقديم العرفية على اللغوية ، أو العكس إنما هو في الاستعمال الذي لم يعلم حصوله قبل هجر اللغة أو بعده ، لافي مثل المقام الذي فرض ذلك فيه نادر . و ظني أن الاشتباه نشأ من ذكر هذا الترتيب في الالفاظ الواردة في خطاب الشارع فزعموا أن المقام مثله والفرق بينهما في غاية الوضوح .

نعم قد يقال : بتقديم الحكم الشرعي على ما هو مقتضى العرف كما تسمعه في دخول ثمرة النخل قبل التأبير في ملك المشتري وإن لم يكن هو على مقتضى العرف ، بلو إن كان العرف على خلافه ، وهو - مع أن فيه من الأشكال ما تسمعه - غير محل البحث لكن قد يريد به الشهيد أو نحوه مما لا يكون به مخالفا .

ثم ينبغي أن يعلم أن ما يدخل في المبيع قد يكون من جهة تناول اللفظ ، وقد يكون من جهة غيره ، و كلام معظم الأصحاب هنا في بيان الأول ، و إن شمل بعض كلماتهم ولو من حيث تعلق البيع بالتوابع في المبيع التي يقطع بعدم تناول لفظ المبيع لها ، كطريق الدار ، وثياب العبد ، إلا أن الأمر سهل . بعد أن كان المرجع في حكم التبعية الشرع ، أو العرف إذا فرض عدم ذكر ما يدل عليها في العقد الناقل ، وقد لا تكون حاضرة في ذهن المتعاقدين ، و دعوى أن الدلالة إلزامية ، يدفعها منع اللزوم بينها ، و بين متعلق البيع مع أن المحكي عن قطب الدين الرازي ، أن المراد بتناول اللفظ بالدلالة المطابقة و التضمنية لا الإلزامية ، فلا يدخل الحائط لوباع السقف واستحسنه في المسالك .

لكن في الحدائق بعد أن حكى ما سمعت عن القطب ، حكى عن الأردبيلي أن المراد بالمعاني ما يفهم منها بحسب التخاطب إرادة الالفاظ ذلك مطابقا ، أو تضمننا ، أو

التزاما ، ثم قال : «وهو الأظهر بالنظر إلى ما قد منا نقله عنهم من الحوالة على العرف ، قلت : الدلالة الالتزامية المصطلحة هي التي تنقل من اللفظ الدال على الملزوم إلى اللازم ، بواسطة اللزوم بينهما عقلا أو عرفا ، أراده الالفاظ أولم يردده ، فتعليق صيغة البيع باللفظ الدال على الاول ، لا يقتضى إرادة نقل الثاني قطعا ، وإن دل عليه أى صار سببا لحظوره فى ذهن السامع عند ذكر الدال على الملزوم ، وبينهما بون بعيد ، وفرضه لازما للإرادة بمعنى أن قصد نقل أحدهما يلزمه قصد نقل الآخر فى الدلالة الالتزامية المصطلحة يمكن منع تصوره ، فلم يبق فى مثل التوابع المزبورة الاتبعية شرعا أو عرفا ، لنقل ذلك المبيع ، لأنه قصد بالعقد نقلها ، وأنه هو الذى أثر انتقالها كالمتبوع ، وحيث كان الناقل فى الفرض لفظ صيغة البيع ، أمكن اندراج حيزه فى الضابط المزبور بهذا الاعتبار ، بناء على إرادة ما يشمل ذلك من اللفظ فيه ، وإلا فهى تابعة للنقل ، ولو كان بالفعل بناء على حصوله بالمعاطاة ، فتأمل جيدا فإنه دقيق .

ثم إن الظاهر كون محل البحث فى اللفظ الذى صار موردا للعقد حال غفلة المتعاقدين عما شك فى دخوله فيه ، وعما اختلف فيه ، إذ مع تنبيههما لذلك ولم يتعرضا للدخول والخروج ، ولا كان العرف عندئذ منقحا ، يقوى بطلان البيع للجهالة ، إذ إناطة البيع بمعنى اللفظ ؛ مع فرض عدم معرفته لا ريب فى كونه منها ، بخلاف ما إذا كانا غافلين و اكتفيا فى علم المبيع بمعظم أجزائه ، ولم يتنبها لاستحضار تمامها ، فإن الصحة فيه واضحة ويتجه حينئذ نزاعهما فى دخول بعض الأشياء وخروجها ، والمرافعة للحاكم ، فيحكم بينهما بحسب ما يراه من الدخول والخروج ولو من جهة الشك ، وقد يقال : بالصحة فى الأول أيضاً ، بناء على عدم قدح مثل هذه الجهالة فى أمثال ذلك فى الصحة بعد ان كان معظم المراد من اللفظ معلوما . فتأمل جيدا .

كما أنه يمكن القول بالبطلان فيهما ، هذا كله مع الجهل فى أجزاء مسمى مورد العقد ، أما الجهل بالتوابع فغير قادح ، إذ قد عرفت أن مرجعها إلى الشرع ، لا إلى

ألفاظ المتعاملين ، والمسألة غير منقحة في كلام الأصحاب ، و ظن المجتهد الذي يترافعان إليه في الدخول والخروج كاف ، لأنه من ظن الموضوع ، بل لا يبعد الاكتفاء به في ظن التبعية .

وكيف كان فقد تعارف بين الأصحاب البحث في ألفاظ مخصوصة لكثرة دورائها ، فمنها لفظ البستان والباغ ﴿ فمن باع بستانا دخل ﴾ فيه ﴿ الشجر ﴾ والنخل والأرض بلا خلاف ولا إشكال ، من غير فرق بين ما قصد منه الثمر من الشجر وغيره ، بل الظاهر دخول الميت من النخل فيها ، إذا لم تكن مقطوعة ، فضلا عن المشرف ، وكذا الشجر على إشكال فيه ، والسعف اليابس في النخلة ، و الأغصان اليابسة في الشجرة ، لكن في القواعد « لا يدخل الغصن اليابس ، ولا السعف اليابس على إشكال ، وفي ورق التوت نظر » إلا أن ضعفه واضح ، والقطع عادة لا يخرج عن الجزئية .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الأبنية ﴾ فلا ريب في دخول سورها ﴿ فيه ﴾ كما نص عليه في جامع المقاصد ومحكي التذكرة ، وكذا غيره مما يعد من توابعها ومرافقها ، ويدخل في نحو إطلاق باع فلان بستانه . ولكن في القواعد ألا إشكال فيه وفي المسالك وجهان ، من ذلك ، ومن عدم دخوله في مسماه لغة ، ولذا يسمى بستانا وإن لم يكن فيه بناء ، بخلاف ما إذا لم يكن فيه شجر ، فتنتفى دلالة المطابقة و التضمن ، وأما انتفاء دلالة الالتزام فلعدم كونه لازما بحيث يلزم من تصويره تصويره ، وفيه أنه يمكن كونه جزء من الفرد المبيع ، لا من مفهوم البستان الصادق مع عدمه ، كصدقه مع قطع بعض الأشجار منه ، ولعل الأقوى : الرجوع فيه إلى العادة المختلفة باختلاف الأمكنة ، و أوضاع البناء وغيرهما ، وإليه أومي في الدروس بقوله يدخل فيه الجدار والبناء الذي جرت العادة بكونه فيه دون غيره ، لكن في التذكرة « عندنا لا يدخل » ولا ريب في تبعية المجاز ، لأنه من ضرورات الانتفاع بها ، بل والشرب أيضا لذلك ، كما جزم به في الدروس و جامع المقاصد ، لكن في القواعد و التذكرة ألا إشكال فيهما ،

ولا وجه معتد به للأول ، بل و الثاني مع الإحصار ، لامتناع الإلتفاف المطلوب من البستان بدونه كما هو واضح .

واحتمال كون الإشكال من حيث المفهوم - وإن كان داخلا بوجه آخر - فيه مالا يخفى ، كاحتمال كونه مع التمكن من مجاز وشرب أعزلها ، وكذا يتبعها العريش الذى يوضع عليه الغضبان إذا كان ثابتا دائما أو غالبا ، دون المنقول دائما أو غالبا ، مع أن فى الدروس وجهها فى الدخول ، وأطلق فى القواعد الدخول على إشكال ، كإطلاقه فى التذكرة أن الأقرب عدم الدخول ، وليس لفظ الكرم كالبستان قطعاً ، خلافاً للمحكى فى التذكرة عن الشافعية قال : وليس جيداً ، فإن العادة والعرف والإستعمال يقتضى عدم دخول الحائط فى مسمى الكرم ، ودخوله فى البستان ، وفى المسالك أن المرجع فى دخول الأرض والعريش والطريق والشرب والبناء ، لو باعه بلفظ الكرم العرف ، فإن أفاد دخولها فى مسماه دخل ، وإلا فلا ، ولو أفاد دخول بعضها خاصة أختص به وكذا القول فى باقى الأشجار الثابتة معه ، ومع الشك فى تناول العرف لها لا تدخل . و أوضح من ذلك ما فى الدروس «لو باعه بلفظ الكرم تناول العنب لا غير الإمع القرينة» . ومنها الدار التى أشار إليها المصنف بقوله ﴿ وكذا من باع داراً دخل فيها الأرض

والأبنية الأعلى والأسفل ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ إلا أن يكون الأعلى مستقلاً بما تشهد العادة بخروجه مثل أن يكون مساكن منفردة ﴾ لها طريق مخصوص ونحوه ، كما فى بعض البلدان ، والظاهر إشتراك السقف حينئذ بينهما ، وعليه يحمل إطلاق المكاتب الصحيحة (١) «فى رجل يشتري من رجل بيتاً فى دار له بجميع حقوقه ؛ و فوقه بيت آخر ، هل يدخل البيت الأعلى فى حقوق البيت الأسفل أم لا ؟ فوقه عتبة ليس له إلا ما اشتراه باسمه وموضعه إنشاء الله» مع أنها فى البيت لافى الدار .

وكذا لا خلاف ﴿ ولا إشكال فى أنه ﴾ تدخل الأبواب المنصوبة ، والحلق ، والمغالق ، والسلاسل ، والعتبات ﴾ والأغلاق المنصوبة ﴾ عليها ﴾ فى بيع الدار وإن

لم يسمها ﴿ بل الظاهر دخولها فيها لافى بيعها خاصة ، كما هو ظاهر العبارة ﴾ وكذا الأخشاب المستدخلة في البناء ﴿ بل ﴾ والأوتاد المثبتة فيه ، والسلم المثبت في الأبنية على حذو الدرج ﴿ بل والحمام المعد لها والحوض والخوابي المثبتة في الأرض والحيطان بحيث تصير من أجزائها وتوابعها ، خلافاً للفاضل في التذكرة كما حكاه في المسالك ، فنفي دخول السلالم المسمرة ، والرفوف الموضوعة على الأوتاد من غير سمر ، والأوتاد المثبتة ، لخروجها عن اسم الدار ، وفي أكثر كتبه كما حكاه في المسالك أيضاً الخوابي مطلقاً ، وقد يحمل على ما لا نعلم من أجزائها .

قال في التذكرة : « ما أثبت في الدار لعل على وجه الدوام والبقاء فيها كالرفوف والدنانير والاجانات المثبتة والسلالم المسمرة والأوتاد المثبتة في الأرض والجدران والتحتاني من حجري الرخا ، وخشب القصار ومعجن الخباز ، الأقرب عدم دخوله ، لأنها ليست من أجزاء الدار ، وإنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال » وقال في الدروس : « لا يدخل فيهما بهما من آلة ولو كانت مدفونة » ثم بعد أن حكى عن الشيخ دخولها ، لأنها كالخزائن قال : « نعم لو كانت الخابية مثبتة في الجدران ، قرب دخولها » وفي المسالك « لو كان السلم غير مثبت لم يدخل قطعاً » قلت : قد يناقش فيه على إطلاقه .

وكيف كان فلا يدخل فيها الكنوز المدخورة ، والأحجار المدفونة ، وما ليس بمتصل كالفرش ، والستور ، والجبل ، والدلو ، والبكرة ، والقفل ، ونحو ذلك ، ويقوى دخول ألواح الدكاكين ، كما في المسالك ، واستشكل فيه في القواعد ، وفي التذكرة « أن الأقرب الدخول ، لأنها أبواب لها ؛ فأشبه الباب المثبت ، ويحتمل عدم الدخول ، لأنها تنقل وتحول فكانت كالفرش » قلت : لا ريب في دخول الألواح التي هي أبواب لها وإن لم تكن ثابتة لسهولة الارتفاق بسعة الباب ، أمّا الألواح المسماة بالخوان ، في عرفنا ، فالظاهر عدم الدخول ، لأنها من الآلات فتأمل جيداً .

﴿وفي دخول المفاتيح﴾ للأغلاق المنصوبة ﴿تردد، ودخولها أشبه﴾ لآنها من التوابع للأغلاق التي عرفت دخولها ﴿ولا تدخل الرحي المنصوبة﴾ قطعاً ﴿إلا مع الشرط﴾ خلافاً للمحكي عن المبسوط ، وضعفه واضح ، وإثباتها السهولة الانتفاع بها ، لا لدخالها في الدار ، ويدخل في بيع الدار المجاز ، ولو قال بحقوقها وتعدد دخل الجميع ، ولو لم يقل ، ففي القواعد إشكال ، قال : «فإن قلنا بدخول الجميع فلا بحث ، وإلا وجب التعيين» وكذا يدخل فيد البئر ، بل والماء الذي فيه ، كمانص عليه في التذكرة ولا تندح جهالته بعد أن كان من التوابع ، خلافاً للمحكي عن المبسوط ، فلم يدخله لأن له مادة مجهولة تمنع من صحة بيعه ، فتمنع من دخوله ، وتبعه القاضي كما في الدروس والله أعلم .

﴿ولو كان في الدار نخل أو شجر لم يدخل﴾ في الدار ولا ﴿في المبيع﴾ بلا خلاف كما عن التنقيح الاعتراف به في بيع الأرض التي هي كالدار في ذلك ؛ وفي التذكرة «لو كان وسطها أشجار لم تدخل عندنا» ﴿فإن قال بحقوقها قيل﴾ والقائل الشيخ كما في المسالك ﴿يدخل﴾ بل فيها أنه يفهم منه الدخول وإن لم يقل بحقوقها . محتجاً بأنه من حقوقها ، وفي الدروس عن المبسوط دخول الشجر والنخل في بيع الدار ، وضعفه المصنف فقال : ﴿ولا أرى هذا شيئاً ، بل لو قال وما دار عليه حائطها أو ما شاكلة ، لزم دخوله﴾ ، والذي حكاه الفاضل وغيره عن الشيخ ، الدخول في بيع الأرض إذا قال ذلك ، لا الدار ، بل قيل إنه وافقه عليه القاضي وابن حمزة وابن زهرة اللهم إلا أن لا يفرق بينهما .

وعلى كل حال فلا ريب في ضعف الدخول ، سيما مع كونه على خلاف الأصل ، ودعوى كونه من الحقوق ممنوعة في الغالب ؛ بل لو فرض ذلك في بعض الأشجار والزرع المقصود منها تزهة الدار وحسنها كان خارجاً عن محل النزاع ، ويكون من قبيل الدخول بالفرائن ، بل لا يحتاج فيه إلى التصريح بالحقوق .

ومكاتبة الصفار (١) في الصحيح إلى أبي محمد عليه السلام «في رجل اشترى من رجل

أرضاً بحدودها الأربعة وفيها زرع ونخل وغيرهما من الشجر، ولم يذكر النخل ولا الزرع ولا الشجر في كتابه، وذكر فيه أنه قد اشترها بجميع حقوقها الداخلة فيها؛ والخارجة منها، أي يدخل النخل والأشجار في حقوق الأرض أم لا؟ فوقع عليه السلام، إذا ابتاع الأرض بحدودها وما أغلق عليه بابها، فله جميع ما فيها انشاء الله «أوضح دلالة على عدم منها على الدخول، من حيث تعليق الدخول فيها على ذكرها أغلق عليه بابها، الدال بالمفهوم على عدم، مع عدم ذكره، والمنطوق لا خلاف فيه نقلاً وتحصيلاً لدلالة العرف.

﴿وإذا استثنى نخلة﴾ مثلاً ﴿فله الممر إليها والمخرج منها ومدى جرائدها﴾ وعروقها ﴿من الأرض﴾ وليس للمشتري منع شيء من ذلك، لانه من حقوقها التابعة لها، كما أنه للبايع ذلك لو انعكس الامر.

نعم لا يدخل نفس الأرض في بيع النخل أو الشجر، للاصل، لكن يستحق من منفعتيها ما يتوقف الإنتفاع بالشجرة وثمرتها من الحرث والسقي وجمع الثمرة ونحو ذلك من حقوقها. قال الصادق عليه السلام في خبر السكوني (١): «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في رجل باع نخلاً واستثنى نخلة، بالمدخل إليها والمخرج منها ومدى جرائدها» كخبر عقبة بن خالد (٢) «عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى في رائر النخل أن تكون النخلة والنخلتان للرجل في حائط آخر، فيختلفون في حقوق ذلك، فقضى أن لكل نخلة من أولئك من الأرض مبلغ جريدة من جرائدها حين يعدها».

ولعل الأصل في الخبر حريم النخل، ثم اعتراه التصحيف، و على كل حال فالمراد واضح؛ و ليس أنه يملك مقدار ذلك من الأرض، بل المراد كون ذلك من الحقوق؛ فليس للمالك حينئذ أن يثنى الجرائد، أو يقطع العروق، بل ليس له العمل في الأرض بما يضر بالعروق، أو النخلة، أما إذا لم يضر فالظاهر جوازه، وفي

(١) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب احكام العقود الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب احكام احياء الموات الحديث ١

المسالك « أن في الجواز إجمالاً وجيهاً ، لأنه مالك الأرض ، وإنما استحق مالك الشجرة ما يحتاج إليه بطريق الاستتباع لتوقف الانتفاع عليه ، لا الملك ، فيقتصر فيه على موضع اليقين » ثم قال : « وكذا لا يجوز لمالك الشجرة الانتفاع بما يخرج عن متعلقاتها ، من الزرع تحتها ، والاقامة عندها زيادة على المعتاد في أمثالها ، مع احتمالها أيضاً » قلت : لا وجه للاحتمال المزبور إذالم يتوقف عليه مصلحة النخلة .

وكيف كان فلا ينبغي التأمل فيما ذكرناه من الأحكام المزبورة ، لكن قال محمد بن الحسن الصفار (١) « كتبت إليه في رجل باع بستاناً فيه شجر وكرم ، واستثنى منها شجرة ، هل يمر إلى البستان إلى موضع شجرته التي استثنىها ، وكم لهذه الشجرة التي استثنىها من الأرض التي حولها ، بقدر أغصانها ، أو بقدر موضعها التي هي ثابتة فيه فوق » عليه السلام ، له من ذلك على حسب ما باع ، فلا يتعدي الحق في ذلك ، إن شاء الله » ولعل مراده نفي الملكية ، لا الاستحقاق بالمعنى الذي ذكرناه والله أعلم .

﴿ وقد ظهر لك مما ذكرنا أولاً أن ﴾ لو باع أرضاً وفيها نخل أو شجر ، كان الحكم كذلك الذي سمعته أي لا يدخل ما لم يأت بالمباراة السابقة ونحوها مما تدل على الشمول ﴿ وكذا لو كان فيها زرع ﴾ لم يدخل أيضاً في بيع الأرض ، ولو كان بذراً لم اعرفت ﴿ سواء كانت له أصول تستخلف أولم يكن ، لكن يجب تبقيته في الأرض حتى يحصد ﴾ لأنه أوانه الذي ينتظر ، والمراد باستخلاف الأصول ، أنه يجز مرة بعد أخرى ، ويجب تبقيته حينئذ إلى أن تنتهي جزاته ، ويستقلع ، والجميع للبايع ، للأصل ، لكن في الدروس « عن الشيخ والقاضي أنه ان كان مجزوراً فهو للمشتري ، وإلا فالجزء الأولي للبايع ، والباقي للمشتري » ولا ريب في ضعفه .

نعم لو شرطه المشتري ، أودلت القرينة ، دخل كغيره من الزرع سنبلاً ، وقطناً مفتوحاً وغيره كان أو غيرهما ، خلافاً للمحكي عن المبسوط فلا يصح في السنبل والقطن ، للجهالة له ؛ مع أنه جوز بيع السنبل والبذر مع الأرض ، وعن المختلف إن كان البذر تابعا دخل بالشرط ، وإن كان أصلاً ، بطل ، قلت : الصحة مطلقاً لا تخلو من قوة ، بل في الدروس انه الوجه ، ومنها النخل والشجر ، و يدخل فيه ولو بالتبعية ، الكبيرة ، والصغيرة ، والعروق ، والمجاز ، والشرب ، على حسب ما عرفت سابقاً في بيع البستان ، و لا تدخل الأرض كما سمعته حينئذ أيضاً ؛ بل ولا الافراخ المتجددة ، وإن كانت هي ملكاً للمشتري ؛ باعتبار كونها نماء ملكه ، و تظهر الثمرة في عدم وجوب إبقاؤها على البائع كالأصول ، بل له الإزالة ، لان البيع إنما اقتضى إبقاء الشجرة وما يعد من أجزائها ، وليس الفروخ شيئاً منهما .

نعم قد يقال إن الإزالة عند صلاحية الأخذ ، وإمكان الانتفاع كما في الزرع و الثمرة إذا اشترهما ، بل في جامع المقاصد « أنه لا يستحق أجره على ذلك ، لان البقاء إلى أو ان الانتفاع من مقتضيات العقد ، وربما أشكل أصل الحكم ، بأنه إن شملهما اسم الشجر وجب الإبقاء دائماً ، كالشجرة وإن لم يشمله لم يجب إبقاؤه وقتئذ ، كما لو نبت حب الغير في أرض آخر ، و أجيب بأن اسم الشجرة لا يتناولها فلا يجب إبقاؤه دائماً ، لكن لا يجوز إزالته حالا ، لانه من نماء الشجرة فهو كثمرتها التي لم تدخل في مسمائها ، لكن يجب إبقاؤها إلى أو ان البلوغ عرفاً ، ثم تسوغ الإزالة » قلت : قد يحتمل وجوب بذل الاجرة جمعا بين الحقين و لو شرط البقاء فلا بحث في الوجوب .

هذا وفي الدروس « قيل : ولا تدخل الافراخ الا بالشرط » وهو مشعر بتردده ، ولعله نظر الى الجزئية باعتبار حصولها من أصول الشجر ، وفيه أنه وإن نمت من أصوله ، إلا أن العرف اقتضى خروجها عن الجزئية ؛ وعدّها شجراً آخر ، لكن في جامع

المقاصد «هذا ، إذالم يكن نابتة في نفس المغرس ، أما إذا إنبتت فيد فاشكال» .
وكيف كان فلاريب في استحقاقه البقاء في الاصول ، ولوانقلعت سقط حقه ،
وليس له غرس غيرها فيه ، كما أنه ليس له الا بقاء في المغرس مثبتة ، لانها حطب
حينئذ لاشجرة ، بل الظاهر عدم وجوب بقاء أصلها ، المرجاء أن ينبت ، لان استبقاء
الاصول إنما كان بالتبعية لها وقد زالت ، وربما احتمل الوجوب ، لوجوب إبقاء
المجموع ، فلا يسقط بزوال بعضه ، ولاريب في ضعفه ، بل الظاهر كون الحكم كذلك
و إن اشترط بقاء الافراخ إذا لم يكن فرخ حال الموت نعم لو كان موجودا . و بقاء
الاصل له مدخلية في بقاءه ، إتجه حينئذ وجوب الابقاء . والله أعلم .

﴿ولو باع نخلا قد أبر ثمرها﴾ أي لفتح بذر طلع الفحل من النخل في طلع
الاناث بعد تشقيقه ، ﴿فهو للبائع﴾ للاصل والاجماع المحكي إن لم يكن المحصل
﴿لان اسم النخلة لا يتناوله ، ولقول امير المؤمنين عليه السلام﴾ في خبر غياث بن ابراهيم (١)
عن الصادق عليه السلام ﴿من باع نخلا قد أبره فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع﴾
أي ﴿المشتري﴾ ثم قال : قضى به رسول الله ﴿كقول الصادق عليه السلام في خبر يحيى
بن ابي العلا (٢) : «من باع نخلا قد لفتح ، فالثمرة للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع ، قضى
رسول الله عليه السلام بذلك» وقال أيضاً في خبر عقبة بن خالد (٣) : «قضى رسول الله عليه السلام أن ثمرة
النخل الذي أبرها ، إلا أن يشترط المبتاع» فماعن ابن حمزة من أنها للمشتري مع
عدم بدو الصلاح ، شاذ لا مستند له ، ﴿و﴾ لكن ﴿يجب على المشتري تبقيته﴾ إلى أوان
بلوغه من غير أجرة ، ﴿نظراً إلى العرف وكذا لو اشترى ثمرة كان للمشتري تبقيتها على
الأصول : نظراً إلى العادة﴾ بخلاف في شيء من ذلك ، بل يمكن تحصيل الاجماع
عليه إنه من مقتضيات العقد عرفاً ، فكأنه مشروط ، ويأتي في باب الخيار له تنمة
انشاء الله .

﴿و﴾ من المفهوم من النصوص المزبورة علم أنه ﴿إن باع النخل ولم يكن مؤثراً ، فهو للمشتري على ما أفتى به الأصحاب﴾ بل في المختلف والتذكرة ومحكى الخلاف الاجماع عليه ؛ بل هو مقتضى ما سمعته من عبارة المصنف ، فضلاً عن نسبتها هنا إلى الأصحاب ، الظاهر في الاجماع أيضاً ، كظاهر الصيمرى والمحكى عن المقداد ، وبه يخرج عن مقتضى الأصل ، لكن قد يشكل العمل بذلك ، إذا فرض كون العرف على الخروج عن المشتري ، كالأشكال في الأول ، إذا فرض تعارف الدخول في ملك المشتري ، ضرورة أنه معه يكون كالصرح به ، ودعوى شمول النصوص لذلك ، يمكن منعها خصوصاً في الأول الذي دليله المفهوم .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لو انتقل النخل بغير البيع ، فالثمرة للناقل سواء كانت مؤثرة أو لم تكن﴾ عند علمائنا كما في التذكرة ﴿وسواء انتقلت بعقد معاوضة كـ﴾ وقوعه ثمناً ﴿للاجارة و﴾ مهوراً في ﴿النكاح أو بغير عوض كالحبة وشبهها﴾ ﴿بلا خلاف أجده فيه أيضاً ، بل في ظاهر التذكرة أنه من معقد إجماعه ، للأصل السالم عن معارضة النصوص و الاجماع السابقة ؛ ودعوى التنقيح ممنوعة على مدعيها ، كدعوى أن النصوص السابقة ، إنما كشفت عن العرف في التبعية ، خصوصاً بعد ما صرح بما ذكرنا ، غير واحد من الأصحاب ، بل عن بعضهم الاجماع عليه ، خلافاً للمحكى عن المبسوط والقاضي فعمما الحكم ، وعن السرائر أنه لا دليل لهما سوى القياس ، ولو ظنها المشتري غير مؤثرة ، فظهرت مؤثرة فعن الشيخ أن له الفسخ ، لفوات بعض المبيع في ظنه ، وعن الفاضل عدمه ، لعدم العيب وتفريطه ، وهو قوى ، لكن في الدروس «أن الوجه الأول ، لأن فوات بعض المبيع أبلغ من العيب ، ولا تفريط ، لأنه بنى على الأصل» وفيه منع الفوات ، ومنع كون البناء على الأصل عذراً يسقط على الخيار . ولو ظن البائع التأخير فظهر خلافه ، ففي الدروس «أن له الفسخ إذا تصادق على الظن» وفيه نظري علم مما عرفت ، وعليه فلو ادعى أحدهما على صاحبه علم الحال ، فأنكر ، احتمل كما في الدروس إichلاف المنكر ، ويقضى

بماظنه ولعله الظاهر . والله اعلم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿الابار﴾ الذي عليه المدار ﴿يحصّل ولو تشققت من نفسها فأثرتها للمواقع﴾ لا إطلاق الخبرين الأولين ، و معاقدا لإجماعات ، ولا ينافيه خبر عقبة (١) بل في المسالك «أن العادة الاكتفاء بتأثير البعض ، والباقي يتشقق بنفسه ، و ينسب ريح الذكور إليه ، وقد لا يؤثر شيء ، و يتشقق الكل بتأثير الرياح ، خصوصا إذا كانت الذكور في ناحية الصبا ، فهب الصبا وقت التأبير» ونحوه في التذكرة ﴿وهو معتبر في الاناث ، ولا يعتبر في فحول النخل﴾ لما عرفت من أن مسماه ذلك ، فثمرتها على كل حال للبايع ، للأصل السالم عن معارضة المفهوم ، الظاهر في الذي عادة صنّفه التأبير . ﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يعتبر هو أو شبهه ﴿في غير النخل من أنواع الشجر ، إقتصاراً على موضع الوفاق ، فلو باع شجرة فالثمرة للبايع على كل حال﴾ إلا أن يكون عرف يقتضي الخروج ، للأصل السالم عن المعارض بعد حرمة القياس ، ولعل ما في النهاية غير مناف لذلك قال: «إذا باع نخلا قد أبر ولقح ، فثمرته للبايع ، إلا أن يشترط المبتاع الثمرة ، فإن شرط كان على ما شرط ، وكذلك الحكم فيما عدا النخل من شجر الفواكه» ونحوه قال المفيد وعن ابن إدريس أنه ما قصد الشيخ من ذلك إلا أن الثمرة للبايع ، لأنه ما ذكر إلا ما يختص بالبايع ، ولا اعتبار عند أصحابنا بالتأبير إلا في النخل ، فأما ما عداه متى باع الأصول وفيها ثمرة فهي للبايع ، إلا أن يشترطها المشتري ، سواء لقحت أولم تلحق ، وهو كما ذكر ، وإلا كان ضعيفا لا شاهد عليه .

ثم إن المدار على التأبير فعلا ، كما هو ظاهر النصوص والفتاوى ، لا وقته كما عن الشافعي ، فلو باعه النخل بعد صلاح الثمرة ، لكنها لم تكن مؤبرة ؛ كانت للمشتري للصدق ، إلا أن يكون هناك عرف يقتضي الخروج ، فإن فيه الإشكال المزبور حينئذ .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿في جميع ذلك له تبقى الثمرة حتى تبلغ أو أن أخذها﴾ و

هو مختلف كما تسمعه في الفروع ﴿وليس للمشتري إذاتها إذا كانت قد ظهرت، سواء كانت ثمرتها في كمام كالقطن والجوز، أولم تكن، إلا أن يشترطها المشتري﴾ على البائع «فإن المؤمنين عند شروطهم» ﴿وكذا لو كان المقصود من الشجر ورده، فهو للبائع تفتح أولم يفتح﴾ بلا إشكال ولا خلاف أجده في شيء من ذلك، إلا من المحكي عن المبسوط وبعض أتباعه، فقال: «إذا باع القطن وخرج جوزه، فإن كان تشقق فالقطن للبائع، إلا أن يشترطه المشتري، وإن لم يكن تشقق فهو للمشتري» ثم قال: «وما عدا النخل والقطن فعلى أقسام أحدها - ما يكون ثمرته بارزة، لافي كمام ولا ورد كالعنب والتين وما أشبه ذلك، فإن باع أصلها، فإن كانت الثمرة قد خرجت فهي للبائع، وإن لم يكن قد خرجت فهي للمشتري. الثاني - أن تخرج الثمرة في ورد، فإن باع الأصل بعد خروج وردها، فإن تنافر الورد وظهرت الثمرة فهي للبائع، وإن لم يتناثر وردها ولم يظهر الثمرة، ولا بعضها فهي للمشتري. الثالث - أن تخرج في كمام كالجوز واللوز، مما دونه قشر يواريه إذا ظهر ثمرته فالثمره للبائع - الرابع ما يقصد ورده كشجر الورد والياسمين، فإذا بيع الأصل، فإن كان ورده قد تفتح فهو للبائع، وإن لم يكن تفتح فهو للمشتري.

ونحوه عن ابن البراج، ولم أعرف له شاهداً أصالاً لقطع الأصل في الورد والقطن، بل ظاهر التذكرة أن المخالف في الثاني الشافعي، قال: فيها: «القطن ضربان، أحدهما له ساق ويبقى سنين، ويشمر كل سنة، وهو قطن الحجاز والشام والبصرة. والثاني - ما لا يبقى أكثر من سنة واحدة، وكلاهما لا يدخل الجواز الظاهر في بيع الأصل، سواء تفتح أولاً، خلافاً للشافعي، ثم حكى قوله في القسمين» والتحقيق عدم الخروج عن مقتضى الأصل إلا في النخل كما عرفت، بل في الدروس أنه لا يدخل في ملك المشتري ورد الثمار فضلاً عن الجنبذ - والله أعلم.

ومنها - القرية، والدسكرة، والضيعة في عرف أهل الشام، ويدخل فيه دورها

وساحاتها وطرقها ، وفي دخول الاشجار الثابتة وسطها إشكال ، كما في القواعد ، وجزم في الدروس بالخروج الامع الشرط ، أو القرينة كالزراع التي حولها ، فانه لا ريب في خروجها ، بل في القواعد وان قال بحقوقها . ومنها - لفظ الكتاب ويدخل فيه أجزائه وجلده وخطوطه ، وما به من الاصول والحواشي والاوراق المثبتة فيه ، ولا يدخل فيه كيسه ولا ما به من أوراق منفردة لا تتعلق به ، الا اذا كان عرف يقتضيه ، وفي دخول ما يعلم به من الاوراق نظر كما في الدروس . ومنها - لفظ الحمام ويدخل فيه بيوته ، و موقده ، وخزانة مائه ، وحياضه ، ومسلخه ، وبثره وماؤها ، بل في الدروس أنه لو كان ينتزع من مباح دخلت الساقية فيه ، و الاقرب دخول قدره المثبت فيه ، ولا يدخل فيه سطله ، ولا أقدامه ، و وقوده ومأفره ، و على البايع تسليمه مفرغاً من الرماد و كثير الغمامة .

ومنها - لفظ العبد والامة ولا يبعد إقتضاء العرف دخول ثيابهما الساترة للمعورة في بيعهما ، كما نص عليه في الدروس ، ويأتي الكلام في غير هافي بيع الحيوان ، ومنها - لفظ الدابة ويدخل فيه النعل ، دون المقود والرحل لإامع الشرط كما في الدروس ، و لعل العرف الان على خلافه ، خصوصاً في المقود . إلى غير ذلك من الالفاظ التي لا فائدة في التعرض لتفصيلها ، بعد أن كان الضابط ما سمعته أولاً . والله أعلم . فروع

﴿الاول: إذا باع ﴾ النخل ﴾ المؤبر وغيره ﴾ صفقة ﴾ كان المؤبر للبايع والآخر للمشتري ﴾ بلا خلاف فيه بيننا ، إن تحدث البستان أو تعددت واتحد نوع المؤبر أو اختلف ، خلافاً للشافعي ﴾ وكذا لو باع المؤبر لواحد ، وغير المؤبر لآخر ﴾ بل لو باع نخلة واحدة أبر بعضها دون الآخر ، كان لكل حكمه ، لان تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية ، فيدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً ، خلافاً للتذكرة فالجميع للبايع ، لصدق بيع نخل قد أبر ، و اقتصاراً فيما خالف الاصل - عن دخول غير المؤبر في ملك المشتري - على المتيقن ، و لعسر التمييز إذا أبر المشتري ما انتقل إليه ، والمشقة

فى اعتبار تأبير الجميع فى بقاء الثمرة على ملك البائع .
والجميع كما ترى بعد ما عرفت ؛ على أن صدق التأبير ليس بأولى من صدق
عدم التأبير ، بل يمكن منع صدق الاول بظهور النصوص فى تأبير الجميع ، و
الاقتصار على المتيقن لا يعارض الدليل ولو كان ظنياً ، وعسر التميز - مع أنه لا يشخص
ملكية البائع - يمكن رفعه حينئذ بالصلح ، كما فى الدروس « إذا لم يعلم قدر ما
لكل منهما ، نحو ما لو كانت مؤبرة للبائع ، فتجدت أخرى للمشتري قال فى القواعد :
إن لم يتميزا فهما شريكان ، فان لم يعلم قدر ما لكل منهما إصطلاحاً ، ولا فسخ
لامكان التسليم ، وكذا لو اشترى طعاماً فامتزج بطعام البائع قبل القبض فله الفسخ
ولعله أراد الانفساخ من قوله لا فسخ ، اى لا يتوهم ذلك لعدم القدرة على التسليم ،
لامكانه ولو بتسليم الجميع ، فلا ينافى حينئذ ما ذكره أخيراً من أن له الفسخ بالتعيب
بالشركة قبل القبض . فتأمل جيداً .

فلاريب حينئذ فى قوة ما ذكرناه أولاً ، وأضعف من ذلك احتمال كون الجميع للمشتري
لصدق عدم التأبير ؛ ولم أجده لاحد من أصحابنا نعم فى جامع المقاصد أنه ربما ظهر
من عبارة التذكرة - وهو مع ضعفه - يمكن منع ظهورها فيه . فلاحظ وتأمل .

الفرع الثانى ﴿ قد عرفت أن ﴾ تبقى الثمرة على الاصول ﴿ إلى بدو الصلاح
مستحقة لما لكها مجاناً ، ولومع الضرر اليسير ، للاصول بايعا كان أو مشترياً ، ولكن
بعد أن لم يكن لها مقدر شرعاً ﴾ يرجع ﴿ إليه كان المرجع ﴾ فيها إلى العادة فى تلك
الشجرة ﴿ كما فى نظائره خصوصاً فى نحو المقام الذى مبناه حديث الضرر (١) ونحوه
﴿ فما كان ﴾ من الشجر حينئذ ﴿ يخترف ﴾ ويجتنى ﴿ بسراً ﴾ ينبغى أن ﴿ يقتصر
على بلوغه ﴾ وانتهاء حلالوته ﴿ وما كان لا يخترف فى العادة إلا رطباً فكذلك ﴾ وما
يؤخذ تمرأ فالى أن ينشف نشافاتاماً ، وهكذا . ومع اضطراب العادة يرجع إلى
الاجلب فيها ، ومع التساوى يحتمل الحمل على الاقل ، إقتصاراً فيما خالف أصل تسلط

المشتري على ملكه - ومنع غيره من الانتفاع به - على المتيقن والاكثر لثبوت أصل الحق ، فيستصحب الى أن يثبت المزيل ، و وجوب التعيين للاختلاف المؤدى الى الجهالة ، وتسمع في باب الثمار تنمة لهذا . انشاء الله تعالى .

ولو اتفق في التبقية الضرر الكثير على مشتري الاصول ، فلا قرب - كما في القواعد وجامع المقاصد - جواز القطع . فله اجباره عليه كما عن المختلف و الدروس و حواشي الشهيد و غيرها ، لوجوب التسليم مفرغا عليه ، ولنفى الضرر ، و لا يقدح رضاه بالعقد المقتضى للتبقية بعد تنزيله على الغالب من عدم الضرر الكثير ، بل في الاول النظر في دفع الارش ، للاصل بعد أن كان القطع مستحقا ، بل عن الدروس الجزم بعدمه له أولا ؛ وان كان فيه من الضعف ما لا يخفى . للمنع من جواز القطع بالارش ، ولعدم ، زوال الضرر بالضرر ، ولانه نقص دخل على مال غيره لنفعه . نعم قد يحتمل البقاء بالارش ، والاولى مراعات أكثرهما ضررا ، ومع التساوى والتشاح القرعة . ومن ذلك يعلم ما في التذكرة من أنه لا يجب القطع مع خوف الضرر على الاصل وان كان كثيرا على اشكال ، وما عن التحرير من عدم الترجيح ، بل عنها في موضع آخر والمبسوط وعميد الدين الجزم بعدم القطع وان كثر الضرر ، بل ربما احتتمل في عبارة المبسوط ذلك وان أدى الى تلف الاصول ، وفيه ما لا يخفى .

الفرع ﴿ الثالث يجوز ﴾ ١ ﴿ سقى ﴾ لذي ﴿ الثمرة ﴾ لصلاحها لانه من حقوقها المستحقة له باستحقاق تبقيتها ﴿ و ﴾ سقى ﴿ الاصول ﴾ كذلك اصحابها ﴿ فان امتنع أحدهما ﴾ فمنع الاخر من السقى ﴿ أجبر الممتنع ﴾ لعدم تسلطه على منع تصرف الاخر لصلاح ماله . نعم لو تضرر اعمامنا منعه . ﴿ فان كان السقي يضر أحدهما ﴾ بالفعل و الاخر بالترك ﴿ رجحنا مصلحة المبتاع ﴾ - كما عن الفاضل و الشهيدين ، بل نسبة ثانيهما الى الاظهر ، لأن البايع هو الذي أدخل الضرر على نفسه بتسليطه عليه .

ويحتمل البايع كما في الدروس لسبق تعلق حقه الذي لا يزيله تسليط المشتري ،

وقد يحتمل بل لعله الأقوى مرعات أكثر هاضرا ، ومع التساوى القرع ، إلا أنه على كل حال ينبغي بذل الارش للمقصر منهما جمعا بين الحقيقين ، خلافا لظاهر المتن وغيره من التقديم مجافاً ، و أما احتمال جواز فسخ العقد - بينهما مع التشاح كما حكاه في المسالك عن بعض الاصحاب ، وغيره عن المبسوط - ففي غاية الضعف لعدم المقتضى له ، وعليه لا يسقط البحث ، لانه يمكن فرض المسالة فيما لا خيار فيه من العقود أو غيرها وكيف كان فليسق من تقدم فيه * لكن لا يزيد عن قدر الحاجة فان اختلفا فيها رجعا إلى أهل الخبرة * كما في غير المقام .

الفرع * الرابع : الاحجار المخلوقة في الارض والمعادن تدخل * عرفا * في بيع الارض * بخلاف أجده فيها ، مما عدا ثاني الشهيدين * لانهما من أجزاءها * لكن قال المصنف * فيه تردد * مما سمعت ، و من عدم صدق اسمها على الحجارة عرفا ، وخروج المعادن عن الحقيقة ، و عدم دلالتها عليها بأحد الدلالات الثلاث . و في المسالك « أن الأقوى ، دخول الحجارة ، دون المعادن ، لان الحجارة من الاجزاء بخلاف المعادن الخارجة عن الحقيقة والطبيعة » و الأقوى عدم الفرق ، إذ لا ريب أن أرض المعدن قطعة من الارض المخصوصة ، لها خصوصية فتدخل في بيعها ، و أضعف من ذلك ، احتمال الخروج في الاحجار .

نعم هو كذلك في الاحجار المدفونة فيها كما في التذكرة والقواعد والدروس وغيرها ، لتمييزها ، و كونها كالكنوز ونحوها من الامور المودعة فيها للنقل ولكن للمشتري حينئذ أمره بالمبادرة باخراجها ، لتفريغ ملكه ، وإن لم يكن عليه ضرر في الابقاء ، ولا أجر له مدة الاخراج و إن كان كثيرا ، واحتمله في التذكرة بعد اختيار اللزوم ، فان الظاهر ثبوت الخيار له إذا لم يكن عالما ، وفات ما يعتد به من المنافع مدة الاخراج أو نقصت العين ، و لو بذل له الدفين لم يجب عليه القبول ، كما أن له الخيار في الاحجار المخلوقة فيها إذا كانت مانعة من الغرس والنزع ولم يكن عالما بها وان قلنا بدخولها في ملكه و الظاهر انه

لا خيار للبائع لو ظهر فيها صفة زائدة على وصفها ، كما لو ظهرت مصنعة أو معصرة للزيت أو العنب أو نحوهما ، لدخولها في ملك المشتري على كل حال ، خلافاً للمسالك ، فخير ، ونحوه يأتي في المعدن ، بناء على دخوله وعدم علم البائع به .

وبه جزم في الدروس قال : « ويدخل المعدن على الأقرب ، فلو جهله البائع تخير ، وكذا البئر والعين وماؤهما ، ولو ظهر فيها مصنع أو صخرة عظيمة معدة لعصر الزيتون أو العنب فكذلك ، وللبائع الخيار مع عدم العلم ، والحجارة المخلوقة تدخل » قلت : قديم منع دخول الأخيرين في ملك المشتري إذا لم يكونا مخلوقين فيها ، و خيار البائع إذا كان كذلك كما عرفت ، لأنها على الأول كالمدفونة التي اعترف بعدم دخولها وعلى الثاني داخله في بيع الأرض كيف ما كانت ، بل قديم منع الدخول في سابقيهما ، لعدم تناول اسم الأرض لهما ، والغرض عدم كونهما من التوابع لها ، والا لم يتسلط البائع على الخيار إذا لم يكن عالماً ، كما أنه لا تسلط له مع فرض الدخول في الأرض ولو بالقصد الإجمالي . فتأمل جيداً . والله أعلم .

﴿ النظر الثالث في التسليم ﴾

لا خلاف في أن ﴿ إطلاق العقد ﴾ وتجريده عن اشتراط التأخير ﴿ يقتضي ﴾ وجوب تسليم المبيع والثمن ﴿ عرفاً في تبعه الوجوب شرعاً ، لعموم قوله تعالى (١) « أو فوا » وغيره بل الظاهر ذلك ، وإن لم يطالب كل منهما الآخر بذلك ، فلا يجوز لأحدهما التأخير الأبرء الآخر ، ضرورة أنه بتمام العقد ، يتم ملك كل منهما للعوض ، فابقاؤه في اليد محتاج إلى الإذن . نعم الظاهر باعتبار كون العقد عقد معاوضة ، - وجوب التقابض معاً دفعة ، كما أنه حصل لهما الملك به كذلك .

﴿فإن امتنع﴾ معاً عنه عصياً ﴿أجبر﴾ على التقابض، كما في كل ممتنع عما وجب عليه، ﴿ولو امتنع أحدهما أجبر الممتنع﴾ خاصة، لاختصاصه بالعصيان، وكان للآخر حبس العوض حتى يجبر الآخر على التقابض، كذلك لتساوي الحقين في وجوب إيصال كل منهما المال إلى مالكه، ولا رجحان لأحدهما على الآخر بالتقدم، ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في محكي عن خلافه ومبسوطه، وابن زهرة والقاضي والحلي على ما حكى عنهما: ﴿يجبر البايع أولاً﴾ إذا تمنا، وهو أحد أقوال الشافعي، لأن الثمن تابع للمبيع، ولأنه بتسليمه يستقر البيع ويتم، إذ لو تلف قبل القبض كان من مال البايع وينفسخ العقد.

﴿ولا ريب أن﴾ الأول أشبه بأصول المذهب، بل لا أجد فيه خلافاً بين المتأخرين ﴿سواء كان الثمن عيناً أو ديناً﴾ لاستواء العقد في إفادة الملك لهما، وبتبعية الثمن للمبيع على وجه يقتضي ذلك، ممنوعة كمنع اقتضاء الثاني له، بل لعل مانع أسمى حنيفة ومالك والشافعي من القول الآخر، وهو العكس إي يجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً منه، لأن حقه متعين في المبيع، فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البايع، فإن للبائع حقاً آخر، وهو التسلط على الخيار بعد الثلاثة وقد يفوته ذلك بالقبض

وأولى منهما معاً القول الثالث للشافعي وهو لا يجبران معاً، لكن يمنعان من التخاصم، فإن سلم أحدهما ما عليه، أجبر الآخر، وكأنه لحظ أن الوجوب على كل منهما مشروط بعدم امتناع الآخر فإذا امتنع معاً ارتفع الوجوب عنهما، فلا عصيان من أحدهما حتى يجبرهما الحاكم، لكن قد عرفت أن وجوب التقابض عليهما مطلق غير مشروط بشيء ولا ينال فيه جواز الامتناع لأحدهما، إذا عصى الآخر في عدم التقابض.

والرابع له أيضاً أنهما يجبران معاً وهو المختار، لكن أقواله الأربعة إذا كان الثمن في الذمة فإن كان معينة فقولان له خاصة، عدم الاجبار وبه قال أحمد للشبهة السابقة، والاجبار لهما، وقد عرفت أنه الأقوى على كل حال، ومن ذلك كله ظهر لك أن المراد

بوجوب التسليم على كل منهما التقابض ، وإلا فيجوز لأحدهما الامتناع عن التسليم ، إن سبقه الآخر بالامتناع ، كما هو مقتضى المعاوضة ، والمعلوم من بناء المتعاقدين ، بل إطلاق العقد بالنسبة إلى ذلك كالتصريح به .

لكن عن الاردبيلي بعد أن حكى عن الأكثر أنه إنما يجب عليهما معاً الدفع بعد أخذ العوض ، ويجوز لكل المنع حتى يقبض - أشكله بعدم النص ، وثبوت الإقتال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر ، وعدم جواز الحبس حتى يقبض حقه ، وجواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الآخر ، لأن ذلك هو مقتضى الملك ، ومنع أحدهما حق الآخر وظلمه لا يجوز الظلم للآخر ومنعه حقه ، واستجوده المحدث البحراني ، لكن قال : إن في فهم ذلك من عباراتهم في هذا المقام إشكالا ، إذ غاية ما يفهم منها أن إطلاق العقد يقتضى وجوب تسليم المبيع والتمن ، فالواجب حينئذ على كل منهما التسليم من غير أولوية تقديم ، خلافاً للشيخ .

فالفرض بيان تساويهما في وجوب التسليم ردّاً على ما سمعته من الشيخ ، وأين هذا من المعنى الذى ذكره وأشكله ، قلت : لا ينبغي التأمل في أن المفهوم من عبارات الاصحاب أن لأحدهما الامتناع بعد امتناع الآخر ، وأن بناء المعاوضة على ذلك ، وهو المراد مما في الدروس من أن حكم العقد تقابض العوضين ، إلى أن قال : «فإن تنازعا في التقدم تقابضا» ونحوها غير هال إلا أن الوجوب على كل منهما مستقل على كل حال وأن المالكين بمنزلة الوديعتين فليس لأحدهما الامتناع عن التسليم مع عدم إرادة المقاصة مثلاً بعد امتناع الآخر .

ومن ذلك يظهر أنه لا وجه لاشكال الاردبيلي بعد الفهم العرفي من إطلاق العقد ، وفتاوى الاصحاب - بعد الاغضاء عما نقله عنهم - مما حاصله يرجع إلى ما ذكرناه في القول الثالث للشافعي ، وربما حكى عن بعض الفسخ أو بعد الخلاف ؛ وحينئذ يكون على وفق المشهور . فتأمل جيداً . فإن المقام لا يخلو من دقة .

وربما ظهر منه أيضاً أن وجوب التسليم الذى اقتضاه العقد بعد الطلب ، فلا يجب حينئذ قبله ، وفيه أن ظاهر الاصحاب ما قد مناه سابقاً من اقتضاء إطلاق العقد وجوب

التسليم ، كما أن العرف والقواعد الشرعية كذلك أيضاً ، فالتأخير يحتاج إلى الإذن لا الدفع فلاحظ وتأمل جيداً فيه وفي أن حق الحبس حيث يكون لاحدهما حق متعلق بالعين فيأثم حينئذ بالقبض بغير إذن ، وسائر تصرفاته فيها وإن لم يضمن له قيمة المنافع للملك بالعقد ، أو أنه لا تعلق له بالعين ، بمعنى ، أن الائتم يحصل بالقهر على القبض خاصة ، وأما التصرف في العين فلا إثم فيه ، وجهان لم أقف على تنقيح لاحدهما في كلام الأصحاب .

والذي يناسب الإرفاق وحديث الضرار (١) الأول ، فلا تصح الصلوة فيه مثلاً ، كما أنه لم أقف على تنقيح في كلامهم ، لكون الائتم يحصل بالقبض بلا إذن ، أو أنه مع المنع خاصة ، مع أن الوجهين قائمان فيه أيضاً ؛ ﴿و﴾ المناسبة المذكورة لأولهما أيضاً . هذا كله مع عدم الشرط لامعه .

ف﴿لو اشترط البايع﴾ خاصة ﴿تأخير التسليم﴾ للتمثن ﴿إلى مدة معينة جاز﴾ سواء كان كلياً في الذمة أو عيناً مشخصة ، للعموم الذي مقتضاه عدم استحقاق التسليم عليه ﴿كما لو اشترط المشتري تأخير الثمن﴾ ولو اشترطاً معاً جاز أيضاً إذالم يكن كل من الثمن والثمن كلياً في الذمة ، والا كان من بيع الكالي بالكالي كما في الدروس ، وتسمع انشاء الله تعالى تحقيق الحال في ذلك أيضاً ، وليس لغیر مشروط التأخير الامتناع عن التسليم حينئذ ، لبقاء اقتضاء العقد بالنسبة إليه سالماً كما هو واضح ولو فرض إتحاد الاجل منهما ؛ ففي بقاء حكم ما اقتضاه العقد من التقابض بعد حلول الاجل وجهان : ولو كان الشرط لاحدهما ، فلم يقبض العوض حتى حل الاجل ، ففي عود حكم التقابض إشكال ، أقواه عدم ، لعدم إطلاع للعقد بقبضه بعد أن كان مستحقاً لتقدم التسليم على الآخر ولو كان الثمن تدريجياً كعمل من المشتري ، فالظاهر عدم اعتبار التقابض لعدمه ، بل الواجب دفع المبيع كما لو كان الثمن نسيئة .

نعم لو كان منفعة عين مملوكة ، كدابة أودار أمكن اعتباره بدفع العين ذات

المنفعة . فتأمل . فإنه قد ينافيه كلامهم في كتاب الاجارة . ثم إن الشرائط التابعة للثمن والمثمن تتبعهما أيضاً في اعتبار التقابض لاتحاد إقتضاء الاطلاق في الجميع . نعم لو فرض خروجهما عن ذلك ، أمكن دعوى عدم إقتضاء الاطلاق التقابض وإن استحق كل منهما على الآخر ، نحو الوديعتين ، فليس لاحدهما الحبس بامتناع الآخر ، كما في بعض الشروط في النكاح التي يراد منها أصل الإِستحقاق ، لا معنى المعاوضة الملحوظ فيها التقابض . فتأمل . والظاهر أن حق الحبس ثابت بالامتناع من بعض العوض بل الظاهر عدم وجوب التقابض على النسبة لانه خلاف مقتضى العقد ، مع احتمالهما فيما يتحقق منه . والله العالم .

﴿وكذا﴾ يجوز ﴿لواشترط البائع﴾ مثلاً ﴿سكنى الدار أو ركوب الدابة مدة معينة كان أيضاً جائزاً﴾ بالاختلاف ولا اشكال في أصل جواز ذلك ، وظاهر المصنف عدم استحقاق التسليم عليه حينئذ ، ولعله لاقتضاء العرف ، وإلا فلما منافاة بين استحقاق الركوب والسكنى ، ووجوب التقابض ، ﴿و﴾ لكن البحث فيما يتحقق به ﴿القبض﴾ الذى يتوقف عليه الصحة في بعض العقود ، ويرتفع به ضمان البائع وخياره بعد الثلاثة في بعض الاحوال ، والحرمة أو الكراهة في بيع مال يقبض ، الى غير ذلك من الاحكام المترتبة في البيع وغيره . وهو في النهاية الأثيرية : القبض بجميع الكف ومحكي المصباح المنير : ألاخذ . وفي الرياض عن جماعة من أهل اللغة : أنه القبض باليد . وفيه في غيره أنه في العرف كذلك أيضاً .

لكن ذلك لا يوافق ما عند الاصحاب ، إذ قيل : أنه ﴿التخلية﴾ مطلقاً ﴿سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار ، أو مما ينقل ويحول كالنوب والجوهر والدابة ، وقيل فيما ينقل ، القبض باليد ، أو الكيل فيما يكال ، أو الانتقال به في الحيوان﴾ وقريب منه ما في المحكي عن المبسوط ، بل لعله هو الذى أراده ، وإن كان لم يحكه بتمامه قال فيه على ما في المختلف : «أنه التخلية فيما لا ينقل ويحول . وأما فيه فإن كان مثل الدراهم والدنانير والجوهر وما يتناول باليد ، فهو التناول ، وإن كان حيواناً

كالعبد والبهيمة ، فالقبض في الاول أن يقيمه في مكان آخر ، وفي الثاني أن يمشي بها إلى مكان آخر ، وإن كان اشتراء جزافاً ، فالقبض أن ينقله من مكانه ، وإن كان مكايلة فالقبض أن يكيّله » قال : وتبعه ابن البراج وابن حمزة .

وقيل : أنه التخلية فيما لا ينقل ، وفي المنقول نقله ، واختاره أبو المكارم مدعيًا عليه الاجماع ، وتبعه الشهيدان في اللعة والروضة ، وفي الدروس « في غير المنقول التخلية بعد رفع اليد ، وفي الحيوان نقله » وفي المعتبر « كيّله أو وزنه ، أو عدّه ، أو نقله ، وفي الثوب وضعه في اليد » قال : وقيل : التخلية مطلقاً ، ولا بأس به في نقل الضمان ، لافي زوال التحريم أو الكراهة عن البيع قبل القبض .

نعم لو خلى بينه وبين المكيّل فامتنع حتى يكتاله ، لم ينتقل إليه الضمان وفي المختلف « أنه إن كان منقولاً فالقبض فيه هو النقل أو الأخذ باليد ، وإن كان مكيلاً أو عوزوا فقبضه هو ذلك أو الكيل أو الوزن ، وإن لم يكن منقولاً فالتخلية ، وفي التحرير « الأقرب عندي أن القبض : الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن ، و القبض باليد فيما ينقل ويحول ، والنقل في الحيوان ، والتخلية فيما لا ينقل ويحول ومنه الثمرة على رؤس النخل » وفي المسالك « التخلية في غير المنقول ، وفيه إستقلال اليد عليه ، سواء نقله أم لا ، وفي المكيّل والموزون كيّلها ووزنهما » إلى غير ذلك من الأقوال المتفقة ، على أنه التخلية في غير المنقول ، واختلافها إنما هو في المنقول ، ومرجعها مع ملاحظة سائر القيود إلى سبعة ، كما أن منشأها منحصر في دعوى العرف .

وصحيح معاوية بن وهب (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه ؛ فقال : ما لم يكن كيّل أو وزن ، فلا تبعه حتى تكيّله أو تزنه إلا أن

توليّه « وخبر عقبة بن خالد (١) عن الصادق عليه السلام « في رجل اشترى متاعا وأوجبه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غدا إن شاء الله ، فسرقت المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته ، حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته ، فإذا أخرجه من بيته ، فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد مال إليه »

فبين جامع بين مضمونهما والعرف ، وبين مقتصر على الثاني ؛ لضعف سند الثاني منهما ، واعتباره الإخراج المخالف للاجماع ، وإرادة النقل منه ليس بأولى من إرادة التخلية أو الاستيلاء أو نحو ذلك ، ولا نصريح في الأول بأن الكيل قبض ، ويمكن إرادة النهي عن بيعه قبل كيله ووزنه ، وإن تحقق القبض فيه بالنقل ، ولعل الاكتفاء به في جواب السؤال عن البيع قبل القبض ، لاستلزامه حصول القبض مع زيادة الاعتبار المزبور ، فالمراد حينئذ أن اشتراط ذلك في بيعه مستلزم لحصول القبض ، وفرض حصوله أي الاعتبار بدونه نادر لا ينافي الاطلاقات ، فأنحصر الأمر حينئذ في اللغة .

لكن قد عرفت أن ما فيها لا يوافق ما أجمع عليه الأصحاب في غير المنقول ، والذي يقوي في النفس ، أن المراد به في جميع المقامات التي اعتبره الشارع في صحتها أولزومها أو غيرهما من الأحكام ، تحويل السلطنة العرفية من المنقول منه إلى المنقول إليه ، سواء حصل له السلطنة الشرعية قبله بالعقد ، كما في البيع ونحوه ، أولا كالوقف والهبة ونحوهما .

ولأريب في حصولها بالتخلية في غير المنقول ؛ بمعنى رفع المنافيات للمنقول إليه مع رفع يد الناقل والإذن منه ، ضرورة صيرورته بذلك كالناقل في قبضه لعقاره ولا يحتاج حينئذ وصول المنقول إليه بنفسه أو وكيله إلى المنقول أو تصرفه فيه بل لا يحتاج إلى مضي زمان وإن كان بعيدا عن المنقول إليه ، لصدقها بدونه قطعا ، كصدق دخوله في قبضته واستيلائه وتحت يده بذلك كالمنقول منه ؛ وليس الاذن المزبورة

لتوقف جواز قبض المشتري للمبيع عليها ، كي يرد أنه لا دليل عليه بعد أن ملكه بالعقد بل لتوقف تحقق التخلية المعتمدة في حصول السلطنة العرفية في مثله عليها ، وإلا فالأقوى عدم اعتبار الأذن فيما كان قبضه بغير التخلية ، حيث لا يكون له الحبس لتسلم الثمن أو المثل .

نعم هي معتبرة حيث يكون له ذلك ، على الوجه الذي عرفته سابقا ، وكذا لا ريب في حصولها في غير المنقول بالاستيلاء على العين استيلاء يستطيع به النقل و الأخذ وغيرهما من أحوال المالك ، من غير حاجة إلى وقوع ذلك منه فعلا ، ضرورة صدق تحقق المراد من القبض بطرح العين بين يدي المنقول إليه على وجه يتمكن من الفعل فيها كيف شاء نقلا وأخذا ونحوهما ، إذ ليست أمواله التي بيده و يصدق عليها أنها مقبوضة له وتحت قبضته وفي يده إلا كذلك ، من غير حاجة إلى المماسه والتصرف الحسيين ، وليس ذا كالتخلية المزبورة في غير المنقول ، إذ من الواضح الفرق بين تحقق السلطنتين عرفا في ذلك ، فإن أراد القائل بالتخلية مطلقا ما يشمل ذلك ، بدعوى أنها في المنقول غير هافي غيره فمرحبا بالوفاق كما أنه إن كان المراد بما في المسالك ذلك أخص البحث معه حينئذ في خصوص القبض في المكيل والموزون ، لكن في كلامه بعد ذلك ما ينافي حمله على ما ذكرناه ، بل فيه ما يقضى بالتشكيك في اعتبار القبض في المكيل والموزون بالكيل والوزن .

قال : «التحقيق أن الخبر الصحيح (١) دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما ، لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما ، وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافي ذلك ، لان الاعتبار بهما قبض وزيادة ، فلو قيل بالاكتماء في نقل الضمان فيهما بالنقل ، عملا بمقتضى العرف والخبر الآخر (٢) وبتوقف البيع ثانيا على الكيل والوزن ، أمكن إن لم يكن إحداث قول في المسألة » انتهى فتأمل

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١١

(٢) الوسائل - الباب ١٠ من أبواب الخيار الحديث ١

جيداً ، فان كلامه لا يخلو من اضطراب فى الجملة ، كالفاضل فى الرياض .
 والتحقيق ما عرفت ، وليس مرادنا حصر مصداق القبض بما ذكرنا ، بل المراد
 عدم اعتبار القبض باليد أو النقل حساً و لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتياح ،
 فى المسالك « إن كان بغير إذن البائع ، فلا بد من تجديد الإذن فى تحقيقه ، أى
 القبض بالنسبة إلى رفع التحريم أو الكراهة ، وأما بالنسبة إلى نقل الضمان فيحتمل
 قوياً تحقيقه بدونه ، كما لو قبضه بعده بغير إذن البائع » قال : « ويحتمل توقف الأمرين
 على تجديده ، لفساد الأول شرعاً ، فلا يترتب عليه أثره ، ولو كان بآذنه كالوديعة و
 العارية ، لم يقتصر إلى تجديد إذن ولا تخلية » . وفيه أنه لا وجه لاعتبار الإذن فى
 المنقول ، حيث لا يكون له الحبس ، كما لو باعه بثمن فى ذمة البائع مثلاً ، لا تنقله
 إلى ملكه بالعقد ، والفرض أنه فى يده وفى قبضته وكون اليد سابقاً عدواناً لا ينافى
 انتقال استمرارها إلى غير العدوان ، وليس ذاكا القبض المتوقف صحة العقد عليه ،
 فان اعتبار الإذن فى ذلك مطلقاً متجهاً ، بخلاف المقام المتجه فيه على الظاهر
 عدم الفرق .

نعم لا يبعد بقاء حق الحبس له إن لم يكن الثمن واصلًا إليه ، فيحرم عليه
 التصرف ، بناء على اقتضائه ذلك ، ويبقى له الخيار بعد الثلاثة ، أما انتقال الضمان ،
 وزوال الحرمة أو الكراهة ، فالوجه تحقيقهما به ، لصدقه ، ودعوى ارادة الصحيح
 منه - بدعوى أنه يشترط فيه شرعاً الإذن وبذلك ينقسم حينئذ إلى الصحيح والفساد
 دعوى فى دعوى لاشاهد على شيء منهما ، خصوصاً مع أن الأصل ضمان المشتري . فتأمل .
 ولو كان المبيع مشغولاً بملك البائع ، فان كان منقولاً كالصندوق المشتمل
 على أمتعة البائع ، كفى فى قبضه على المختار حصول تلك السلطنة عليه و لو قبل
 تفريغه . بدلو اعتبرنا نقله ، و نقله المشتري بالامتعة كفى فى نقل الضمان وغيره .
 الجواهر ١٩

حتى مع عدم إذن البايع في نقل الامتعة ، بعد أن يكون آذنا في المبيع ، أو كانت
إذنه غير معتبرة لوصول الثمن إليه ، إذا لزم في ذلك لا ينافي صحة القبض ، و ترتب
أحكامه عليه ، واحتمل في المسالك توقفه - فضلا عن غيره من أحكام القبض - على
إذن البايع في نقل الامتعة ، وفيه من الضعف ما لا يخفى .

وإن كان غير منقول فلا ريب في تحقق التخلية قبل نقل الامتعة ، فيكتفى .
بها ، واحتمل في المسالك عدم الاكتفاء بها قبل النقل أيضاً وهو أضعف من سابقه .
ولو كان المبيع مشتركا بين الناقل وغيره ففي المسالك «إنه على ما اخترناه إن كان
منقولاً فلا بد من إذن الشريك في تحقق القبض لتوقفه على إثبات اليد والتصرف في حصة
الشريك» إلى أن قال فان «أذن الشريك والانصب الحاكم من يقبضه أجمع ، بعضه أمانة وبعضه
لأجل البيع » و اختار العلامة في المختلف الاكتفاء حينئذ بالتخلية ، لان المانع
الشرعي من النقل كالمانع العقلي في العقار ، ذكر ذلك في باب الهبة ، والحكم واحد
بل فيها أقوى .

قلت الظاهر تحقق القبض بنقله و قبضه و إن كان عصيانا ، لما عرفت من أن
الائتم في ذلك لا ينافي تحقق القبض عرفاً ، بل و شرعاً ، بل قديقال : بتحقيقه و إن لم
يحصل له النقل الحسى ، بل بمجرد حصول سلطنة البايع له وهي تامة ، و المنع من
جهة الشريك أمر خارجي عنها لا ينافي تسلط المشتري على ذلك كتسلط البايع ،
و حينئذ يرفع أمره إلى الحاكم في استيفاء المنفعة مع التشاح ، وأولى من ذلك غير
المنقول الذي يكتفى فيه بالتخلية ، واستجوده في المسالك بعد أن احتمل التوقف على الإذن
أيضاً ، قال : «لأن حقيقة قبض ما هذا شأنه رفع يد المالك وتخلية المشتري بينه و
بينه ، وهذا لا يقتضي التصرف في مال الشريك» ثم قال : «ووجه الاشتراط أن وضع اليد
والتسليط على التصرف لا يمكن بدون التصرف في حصة الشريك» قلت : هو كما ترى بعد
عدم اعتبار مثل ذلك في التخلية التي يكفي فيها رفع المانع عرفاً و شرعاً من قبل البايع .
ومن ذلك ظهر لك الحال فيما لو كان المبيع مختصاً بالبايع ، أو مشتركاً بينه وبين

غيره او المشتري ، إذ المدار عندنا على حصول تلك السلطنة المزبورة ، والاستيلاء المذكور وفي المسالك «أنه ان كان في مكان لا يختص بالبايع ، كفى في المنقول نقله من حيث إلى آخر ، وإن كان في موضع يختص به ، فإن نقله فيه من مكان إلى آخر بائنه كفى أيضاً ؛ وإن كان بغيره كفى فسي نقل الضمان خاصة كمامر ، ولو اشترى المحل معه كفت التخلية في البقعة ، وفيه وجهان أصحهما إلا فتقار إلى النقل ، كما لو انفرد بالبيع ، ولو أحضره البايع ، فقال له المشتري ففعل ^{صح} تم القبض لأن البايع حينئذ كالوكيل فيه ، وإن لم يقل شيئاً ، أو قال لأريده ففي وقوعه بذلك وجهان ، وينبغي الاكتفاء به في نقل الضمان ، كما لو وضع المغصوب بين يدي المالك دون غيره» .

وأنت إذا أحطت خبراً بما ذكرناه لا يخفى عليك مواقع النظر من هذا الكلام . كما أنه لا يخفى عليك ما في قول المصنف ﴿والأول﴾ من الأقوال الذي لم نعرف قائله به قبله ﴿أشبه﴾ وإن استدلل له - بعد دعوى العرف - بأنه استعمل فيها إجماعاً فيما لا ينقل ويحول ، فيجب أن يكون كذلك في غيره ، ويكون حقيقة في المعنى المشترك ، إذ لو استعمل في المنقول بمعنى آخر لكان إما حقيقة فيهما ، فيلزم الاشتراك ، أو مجازاً في الآخر فيلزم المجاز ، وكلاهما على خلاف الأصل . ونظريه في الرياض «بوجوب المصير إلى أحدهما ؛ بعد قيام الدليل عليه ، مع أن استعمال القبض في التخلية في المنقول ، خلاف المفهوم والمتبادر منه في العرف واللغة ، بل المتبادر منه عرفاً عند الإطلاق هو القبض باليد ؛ وبه صرح جماعة من أهل اللغة ، فاللزام الاقتصار عليه ، إلا ما قام الاجماع على إرادة التخلية منه ، وهو إنما يكون في غير المنقول خاصة ، وكذا لا يجب اعتبار شيء زائد عليه من النقل ، إلا ما قام الدليل على اعتباره فيعتبر إن تم . فتأمل جيداً . ومع ذلك يردّه المعبرة (١) فلا وجه لهذا القول أصلاً» .

قلت : قد عرفت أنه يمكن إرادة المعنى الشامل للتخلية وغيرها من القبض ،

وهو السلطنة العرفية ، بل ظاهر الأصحاب أن المذكورات أفراد للقبض ، لا معان ، فلا حاجة حينئذ إلى ارتكاب دعوى الاشتراك أو المجاز ، للدليل ، كما أنك عرفت إمكان إرادة القائل بالتخلية ما قلناه ، وحينئذ دعوى منافاته للعرف كما ترى ، ولو سلم فالمراد شرعاً لا يزيد على ذلك قطعاً ، بل قد يحتمل إرادة ذلك من القبض باليد والنقل في عبارات الأصحاب ، ضرورة عدم الاجتزاء بذلك مع عدم حصول السلطنة به ، فهو كناية عما ذكرنا ، لغلبة حصولها معه .

والمعتبرة قد عرفت الحال فيها ، إذ هي الخبران المزبوران (١) خاصة الذى على تقدير القول بالأول منهما ، قال فى المسالك : « لا يخلو المبيع إما أن يكون قديك قبل البيع ووزن ؛ أو لا بأن أخبر البائع المشتري بكيله أو وزنه ، أو بآعه قدراً منه معيناً من صبرة مشتملة عليه ، فان كان الاخير فلا بد فى تحقق قبضه من كيله أو وزنه ، للنص المزبور ، وإن كان الأول ففى الافتقار إلى اعتباره ثانياً لاجل القبض ، أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان ، من إطلاق توقف الحكم على الكيل والوزن وقد حصل ، وقوله عليه السلام « لا تبعه حتى يكيله أو تزنه » لا يدل على أزيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع .

ومن كون الظاهر ذلك لاجل القبض ، لا لأجل صحة البيع ، فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد ، وبه صرح العلامة والشهيد وجماعة ، وهو أقوى ، ويدل عليه قوله عليه السلام فى الخبر السابق « إلا أن تولية » فان الكيل السابق شرط لصحة البيع أو مقامه ، فلا بد فى التولية وغيرها ، ومقتضى قوله عليه السلام « إلا أن تولية » أنه معها لا يتوقف على كيل أو وزن ، فدل ذلك على أنها لا لأجل القبض لا لاجل صحة البيع .

و أما الثانى فان اكتفينا بالاعتبار الأول ؛ فى الأول ، كفى الاخبار فيه ، واختارهما فى التذكرة وإن لم نكتف فى السابق فى الأول ، لم يكتف حينئذ بالخبار فى

(١) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام العقود الحديث ١١ و باب ١٠ من ابواب اخبار الحديث ١

الثاني بطريق أولى .

وقد روى محمد بن حمران (١) قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله ، فصدّقناه وأخذناه بكيّله ؟ فقال عليه السلام : لا بأس ، فقلت : أيجوز أن أبيععه كما اشتريته بغير كيل ؟ قال : لا ، أما أنت فلا تتبعه حتى تكيّله » انتهى وفيه أولاً ما عرفت من عدم دلالة النص ، وثانياً أنه لا ينبغي التأمّل في تحقق القبض في الأوّل ، لو وهبه مثلاً ما بقي من الصبرة ، ثم نقل الجميع ، وبه صرح بعض المحققين ؛ وثالثاً أن السيرة القطعية ، بل يمكن دعوى الضرورة على ما جعله الأقوى كما هو واضح ، خصوصاً إذا كاله المشتري قبل الشراء ونقله ، فانه لا حاجة حينئذٍ إلى قبض ، لأنّه اشترى ما هو مقبوض له فتأمّل جيداً . وستعرف إنشاء الله تحقيق أنّه لا فرق فيه ؛ بين البيع تولية وغيره في الكراهة أو الحرمة قبل القبض .

والعل المراد من خبر محمد بن حمران (٢) أنّه لا يباع ثانياً مخبر أبكيّله ، على حسب ما أخبر به الأول ، ضرورة ظهور الاخبار في مباشرة المخبر الاعتبار ، والفرض أنّه كذلك ، فهو حينئذٍ تدليس محرّم ، أو أن المراد به ما يراد من غيره من حرمة بيع المكيل أو الموزون قبل اعتبارهما ، أو كراهته مطلقاً ، أو إذا كان طعاماً كما ستعرف ذلك في محله ، من غير مدخلة لتحقق معنى القبض ، وإن كان ينافيه ظاهر كلامهم الاتي الذي هو ظاهر أنّ المدار على تحقق القبض فلا حظ وتأمّل .

وكيف كان فلا ينبغي إلحاق المعدود بالمكيل والموزون ، في أنّه لا يكتفى بعده سابقا عن العدّ بعد العقد ، لعدم النص ، وتحقيق القبض عرفاً بما يتحقق في غيره خلافاً للدروس فألحقه فيها ، وهو لا يخلو من وجه ، والتحقيق في ذلك كلّ ما سمعت ، ومنه يعلم الغرابة هنا في بعض ما وقع لبعض الاصحاب . والله أعلم بحقيقة الحال .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿إذا تلف المبيع﴾ بآفة سماوية ﴿قبل تسليمه إلى المشتري﴾ وقبل تمكنه منه ، إنفسخ العقد و ﴿كان من مال البائع﴾ وعاد الثمن إلى المشتري بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة والدروس حتى لو أبراه المشتري من الضمان كما تقدم البحث فيه ، وفيما لو ممكنه منه ، فامتنع من تسلمه أو أنه يتركه عند البائع باختياره والظاهر أن إتلاف المشتري بمنزلة القبض ، سواء كان عالماً أو جاهلاً ، للأصل السالم عن معارضة الخبر (١) المنساق منه غير الفرض ، بقرينة ظهوره في إرادة الإيفاء بالمشتري ، واحتمل الشافعي عدم كونه بمنزلة القبض في الأول ، فضلاً عن الثاني ، بل في التذكرة «هذا إذا كان المشتري عالماً ، أما إذا كان جاهلاً بأن قدّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله ، فالأقرب أنه ليس قبضاً وأنه كإتلاف البائع» وهو كما ترى .

ولو أتلّفه البائع ففي القواعد والدروس وغيرهما أنه يتخير المشتري ، بين الفسخ ورد الثمن ، وبين الالتزام ومطالبة البائع بالمثل أو القيمة ، كما لو أتلّفه أجنبي ، وعن الشيخ الفرق بينهما ، فجعل الأول كالتلف بآفة سماوية ، ووافق على الخيار في الثاني الذي ظاهرهم الاتفاق على الخيار فيه ، لكن قد يحتمل الانفساخ فيهما معاً ، عملاً باطلاق الخبر (٢) وعدم جواز الاتلاف للبائع - فضلاً عن الأجنبي ، لأن ليس له الفسخ فيكون عادياً فيه ، فيترتب عليه المطالبة بما أتلّفه - لا ينافي تحقق الانفساخ به ، للخبر المزبور ، وإن كان قد أتم بالفعل ، على أنه لو فرض عدم تناول الخبر المزبور له ، أشكل ثبوت أصل الخيار له ، بل المتجه للزوم ومطالبة البائع أو الأجنبي بالمثل أو القيمة ، وتعذر التسليم على هذا الوجه لم يثبت سببته للخيار ، وخبر الضرار (٣) يدفعه ما وضعه

(٢٠١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الخيار الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٥٣

الشارع من الضمان لمن أ تلف مال غيره (١) فتأمل جيداً .

و على كل حال فالظاهر عدم جريان حكم المبيع على المثل أو القيمة في التلف من البايع قبل القبض ، بل في جواز حبسها على الثمن إشكال . ولو كان المبيع متعدداً فلتلف بعضه قبل القبض ، إنفسخ ورجع بقسطه من الثمن بلا خلاف ، بل في التذكرة نسبته إلى كل من أبطل البيع بالاتلاف ، وفيها وفي الدروس كان له خيار التبعض في المقبوض ، وفيه نوع تأمل ، لكنه ضعيف ، وأضعف منه احتمال عدم الانفساخ في التالف ، لتعليق الحكم على تلف المبيع الذي لا يصدق إلا بتلف الجميع ، فيبقى حينئذ غيرهِ على الأصل ، فيكون تلفه حينئذ من المشتري ، لانه أمانة في يد البايع ، وتسمع في باب الثمار تنمة لهذا إنشاء الله تعالى .

﴿وكذا إن نقصت قيمته﴾ إى المبيع ﴿بحدث فيه﴾ من الله أو البايع ، أو الاجنبى ﴿كان للمشتري رده﴾ بلا خلاف ، بل في الروضة عن كشف الرموز الاجماع عليه ، ولأصالة صحة العقد ، والضرر بإلزامه بقبوله على هذا الحال - وقد علم من حكم التلف قبل القبض ارفاق الشارع بالمشتري خاصة دون البايع - وجبر ضرره - المشابه للانفساخ إنما هو بالخيار .

﴿وفي الارش﴾ مع الالتزام لو كان التعيب من قبل الله كما في المسالك ﴿تردد﴾ ينشأ - من أصالة البراءة بعد جبر الضرر بالخيار ، على أنه إذا كان من الله تعيب على ملكه لا من قبل أحد ، وهو خيرة الشيخ في المحكى عن مبسوطه وخلافه ، وابن ادريس بل نفى الخلاف فيه في الثاني ، بل ربما ظهر منهم ذلك حتى لو كان من قبل البايع - ومن أنه مضمون على البايع بأجمعه ، فكذا أجزائه وصفاته ، واختاره الشيخ في نهايته ، والفاضل والشهيدان ، بل في المختلف حكايته عن ابن براج وأبى الصلاح ، وفيه ان ضمان البايع له بمعنى انفساخ العقد لو تلف ، لا انه يغرم

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار ومن اراد الاطلاع على مداركها فليراجع القواعد

الفقهية ج ٢ للسيد البجنوردى .

المثل أو قيمه ، ومثله يمنع سريانه للأجزاء ، والالاقضى إنفساخ العقد في الجزء المقابل له من الثمن ، حتى لو اراد دفع الارش من غيره لم يجب عليه القبول ، و لأرب في بطلانه خصوصا على ما هو الظاهر من عدم مقابلة اجزاء الثمن لأجزاء المبيع اللهم إلا ان يدعى ان إعطاء الارش مشابه للرجوع بالثمن في تلف الجميع ، فيستفاد حكمه منه ، لكن الاكتفاء في الحكم الشرعي بمثل ذلك في نحو هذه المسألة الخلافية كما ترى .

نعم لأرب في ثبوت الارش لو كان التعيب من أجنبي ، لعموم من اتلف (١) و الضرورة على عدم هدر جناية الجاني و تناول البايع لها - مع كون المال لغيره - لأوجه له ، فانحصر في المشتري ، لكن الظاهر بناء على ذلك إنما هو تفاوت ما بين القيمتين من غير ملاحظة النسبة إلى الثمن ؛ وإن كان اطلاق لفظ الارش تقتضي ذلك لأنه جزء من الثمن ، ولو كان التعيب من قبل البايع ، فالظاهر التزامه بالأرش ، لنحو ما سمعته في الأجنبي . فيتجه منه ما ذكرناه فيه .

اللهم إلا أن يدعى إنفساخ العقد فيما قابل الجزء الفائت من الثمن ، وقد عرفت ما فيه ، وقد يناقش في أصل ثبوت الارش على البايع ، بأن الضرر الناشئ عنه سلط المشتري على الخيار ، فكان تزلزل العقد صار عوض جنايته ، فلا يستحق معه أرش ، إلا أن الأول أقوى . ومن ذلك ظهر أن المشتري يرجع على الأجنبي بالارش حيث يكون التعيب منه كما هو صريح بعضهم ، و ظاهر آخر و ليس له الرجوع على البايع ، باعتبار أنه مضمون عليه كالمغصوب ، و هو في الجملة مؤيد لما ذكرنا من عدم كون العين مضمونة على البايع بالمعنى المزبور . فتأمل جيدا . والله أعلم .

﴿ويتعلق بهذا الباب مسائل﴾

﴿الاولى﴾ : لاخلاف بناء على الملك بالعقد فى أنه ﴿إذا حصل للمبيع نماء كما لنتاج أو ثمرة النخل أو ما فى حكمه﴾ اللقطة ﴿للعبد﴾ كان ذلك للمشتري لأنه من التوابع لمملكه ﴿فإن تلف الأصل﴾ قبل قبضه ﴿سقط الثمن عن المشتري﴾ لانفساخ العقد ﴿وله النماء﴾ لأن التحقيق كون الفسخ من حينه ، لا من اصله ، وليس من ذلك أرس جناية الأجنبى مثلاً ، فمتى فسخ بها كانت للبايع ، لأنه عوض جزء عاد إلى ملك المالك كما هو واضح ﴿ولو تلف النماء من غير تفريط ، لم يلزم البايع دركه﴾ - لأنه امانة فى يده - ولا يجرى عليه حكم المبيع ؛ للأصل السالم عن المعارض .

المسألة الثانية : إذا اختلط المبيع بغيره فى يد البايع إختلاطاً لا يميز ، فإن دفع الجميع إلى المشتري جاز ﴿وعن الشيخ انه يجب عليه القبول ، لأنه زاده فضلاً ، وفيه منع ، بل الظاهر عدم سقوط الخيار الاتى بالبدل ، كما صرح به فى جامع المقاصد والمسالك﴾ وان امتنع البايع قيل ﴿والقائل الشيخ فيما حكى عنه﴾ : بنفسخ البيع ، لتعذر التسليم ﴿ولانه كالتلف قبل القبض ، وفيه منع واضح إذا أقصاه صيرورته كبيع المشاع .﴾ ﴿والاقوى﴾ عندى ان المشتري بالخيار ، إنشاء فسخ وان شاء كان شريكاً للبايع ، كما إذا اختلط بعد القبض ﴿فانه لا ريب فى تحقق الشركة قهراً ، ولا فرق فى الاختلاط بين كونه من فعل البايع ، او غيره غير المشتري ولا بين كونه بالمماثل أو الاجود أو الاردى .

نعم فى المسالك «ينبغى - فى الامتزاج بالاجود بغير اختياره - ثبوت الخيار

له، أى البايع أيضاً لتضرره بذلك ، مع اختيار المشتري الشركة» وفيه إشكال ينشأ من عدم مراعاة حاله قبل القبض ، وإنما هي مختصة بالمشتري ، ولذا لو تعيب من قبل الله فى يده ، تسلط المشتري خاصة على الخيار ، وفى الارش ما عرفت ، على إن المتجبه بناء على ما ذكره ، ثبوت الخيار له مطلقا ، لا فى خصوص الاختلاط بالأجود ، لأن الشركة مطلقا ضرر عليه أيضاً . فتأمل . و حكم الاختلاط بغير مال البايع ، حكم الاختلاط بماله . ثم إنه حيث تفتقر القسمة إلى مئونة فهمى على البايع ، لأن هذا العيب مضمون عليه ، والتخليص واجب عليه ، لوجوب تسليم المبيع إلى المشتري بعينه

المسألة الثالثة : لو باع جملة فتلف بعضها * بأفة سماوية * فإن كان للتالف قسط من الثمن * ، لأنه لا يبقى مع فواته أصل المبيع ، بل بعضه ، وضابطه ما كان صالحا للبيع منفردا ، إنفسخ العقد فيه ، ورجع ما يخصه من الثمن ، لصدق تلف المبيع قبل قبضه ، وكون الثمن موزعا عليه ، و * كان للمشتري فسخ العقد * فى الباقي ، لتبعض الصفقة * وله الرضا بخصه الموجود من الثمن كبيع عبيدين ، أو نخلة وفيها ثمرة لم تؤبر ، و إن لم يكن له قسط من الثمن * لبقاء أصل المبيع بفواته ، * كان للمشتري الرد * لما تقدم * أو أخذه بجملة الثمن ، كما إذا قطعت يد العبد *

وظاهره هنا الجزم بعدم الارش ، مع أنه تردّد فيه سابقا ، واحتمال تغاير موضوع المسألتين فى غاية السقوط ، ووجهه ما سمعته من عدم مقابلة الثمن للأجزاء ، حتى يفوت ما يخصها منه بفواتها ، فليس إلا الخيار ، كما لو فات الوصف الذى صرح فى القواعد وجامع المقاصد والمسالك بعدم الارش فيه ، قال فى الأخيرين : « فلو كان العبد كاتباً فنسى الكتابة قبل القبض ، فللمشتري الرد خاصة : فإن الفأنت ليس بعضاً من المبيع ، و من ثم لو شرط كونه كاتباً ، فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد لكنهما فرقاً بينه وبين الجزء الفأنت ، كاليد ونحوها ، وجزما بعد التردّد بالارش فيه ، معللين له بأن القيمة تزيد بوجوده ، وتنقص بعدمه ، وفواته من أظهر العيوب وأبينها ، وللقطع بأن المبيع

هو مجموع بدن العبد ، وقد فوات بعضه ، بل صرح في الاخير منهما أن الخيار فيه تبعض الصفقة ، وأنه كفوات ماله قسط من الثمن من أحد العبدین ونحوه .
وقد عرفت سابقاً قوة القول بعدم الارش في الجزء ، فضلاً عن الوصف لو كان الفوات من قبل الله ، أما لو كان من أجنبي فلا ريب في ضمان الجناية ، وأن الاقوى كون المضمون تفاوت القيمتين من غير ملاحظة الثمن ، بل وكذا البايع ، وعليه فقد يقوى عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف ، ضرورة تفاوت القيم بتفاوت الوصف ، بل يمكن التزام مقابلته بالثمن ، بناء على مقابلته الاجزاء . فتأمل جيداً . والله أعلم .

المسألة الرابعة : يجب تسليم المبيع مفرغاً * من أمتعة البايع وغيرها مما لم يدخل في البيع بمعنى وجوب التسليم والتفريغ * فلو كان فيه متاع وجب نقله ، أو زرع قد أحصد ، وجب إزالته * وإن لم يكن قد أحصد ، وجب الصبر إلى أوانه إن اختاره البايع ، ولا أجره عليه على الظاهر . نعم للمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً به للضرر . * ولو كان للزرع عروق نضراً * بالانتفاع * كالقطن والذرة ، أو كان في الارض حجارة مدفونة ، أو غير ذلك * مما يمنع الانتفاع أو كماله * وجب على البايع إزالته ، وتسوية * الحفر في الأرض * لوجوب تسليم المبيع إليه متمكناً من الانتفاع به * وكذا لو كان في هادأة ، أو شيء لا يخرج ، إلا بتغير شيء من الابنية ؛ وجب إخراجه وإصلاح ما يستهدم * وفي القواعد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ، وجب الارش ويمكن رجوعهما إلى معنى واحد ، وإن أريد بالارش رجوع جزء من الثمن ، كان فيه بحث يعرف مما تقدم ؛ وله الفسخ مع الجهل بالحال ، كما صرح به في الجامع والمسالك . ثم إن التفريق وإن كان واجباً ، إلا أن القبض لا يتوقف عليه ، فلورضي المشتري بتسليمه مشغولاً ، تم القبض ، ويجب تفريغه بعده ، وفي جواز الامتناع عن القبض قبله وجه .

المسألة الخامسة : لو باع شيئاً فغصب من يدا البايع * قبل القبض * فإن أمكن إستعادته في الزمان اليسير * وجبت * ولم يكن للمشتري الفسخ * ، للأصل السالم

﴿وإلا﴾ يمكن ذلك أصلاً ، أو بعد الزمان الكثير ﴿كان له ذلك﴾ للضرر ، وله حينئذ الانتفاع بما لا يتوقف على القبض ، كعتق العبد ونحوه ، وتلفه في هذه المدة من مال البائع ، وإن كان قدرضي المشتري بالصبر ، واحتمال أن هذا الرضا قبض ضعيف ، بل لو تصرف في المبيع ، بنظر أو لمس أو نحوه ، وهو في يدا الغاصب لم يكن قبضاً عرفاً ، بل الرضا بالبقاء في يدا البائع ، ليس قبضاً ، فضلاً عن الغاصب ، كما صرح به خبر عقبة بن خالد (١) المتقدم . نعم قد يقال : بعدم الانفساخ قهراً بالتلف السماوي في يدا الغاصب بكونه مضموناً عليه للمشتري ، فهو حينئذ كما لو ضمنه الاجنبي بالاتلاف في يدا البائع ، خصوصاً مع كون الانفساخ على خلاف القواعد ، فيجب الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو فيما إذا كان غير مضمون للمشتري ، كما إذا كان في يدا البائع . فتأمل جيداً ، فانه دقيق ، لكن لا يحضرني في الآن من احتمله .

﴿وكيف كان﴾ لا يلزم البائع أجره المدة على الاظهر ﴿لان المضمون عليه إنما هو العين وما كان من ثوابها الداخلة في البيع ، وليست المنفعة من هذا القبيل وإنما هي نماء المبيع فلا تكون مضمونة ، ولذا قال في جامع المقاصد : « لا ريب في ضعف احتمال الضمان ، وقد سبق من قريب فله النماء . غير مضمون ، والمنفعة نماء . نعم قد يقال : إن النماء المتصل محل تردد ، فان المبيع لو سمن في يدا البائع ، ثم هزل جاء فيه الوجهان ، إلا إذا كان السمن موجوداً وقت العقد ، فانه مضمون قطعاً » قلت : يمكن دعوى كون المنفعة فيه من قبيل النماء المتصل ، فيكون الاحتمال حينئذ في محله ، لأن قوائها حينئذ بمنزلة النقص قبل القبض .

نعم يضعف الاحتمال المزبور ما عرفته سابقاً من أن النقص الداخل على المبيع من أجنبي ، ضمانه - مع اختيار المشتري للزوم - على الاجنبي لا على البائع ، فيختص حينئذ الغاصب بالرجوع عليه ، على أن التحقيق عدم دخول المنافع في المبيع ، وإنما هي نماء .

﴿فأما لو منعه البائع عن التسليم ، ثم سلم بعد مدة ، كان له الأجرة﴾ لأنه غاصب إذ ألم يكن امتناعه بحق ، كقبض الثمن ، بل في جامع المقاصد احتمال الضمان أيضاً ، لأن جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة ، ولا يلزم من ثبوت الأول الثاني وإن كان الأقوي الأول . ثم إن الظاهر جريان حكم الغاصب عليه في صورة عدم كون الحبس بحق ، ينفيه الإحتمال السابق ، في عدم الإفساخ قهراً لو تلف في يده بآفة سماوية .

ولو طلب المشتري الانتفاع بالمبيع في يد البائع بنفسه وبغيره إلى حين تسليم الثمن ففي جامع المقاصد الظاهر أن للبائع المنع ، وفيه نظر ، وكيف كان فالنفقة في مدة الحبس على المشتري ، لأن العين ملكه ، فإن امتنع منها رفع البائع أمره إلى الحاكم ، فإن تعذر أنفق بنية الرجوع ورجع بها كما في نظائره ، لكن في جامع المقاصد ما أشبه هذه المسألة ، بمثل منع الزوجة نفسها قبل الدخول إلى أن تقبض المهر ، فإن في استحقاقها النفقة تردد ، قال : ويحتمل الفرق بين المؤسر والمعسر ، وفيه أنه يمكن الفرق بين المقامين . والله أعلم .

﴿ويلحق بهذا﴾ أي النظر الثالث ﴿بيع مالم يقبض وفيه مسائل الأولى : من ابتاع متاعاً ولم يقبضه ثم أراد بيعه﴾ جاز إن لم يكن مكيفاً أو موزوناً إجماعاً بقسميه ونصوصاً (١) ولا يشمل النهي عن بيع مالم يقبض عنده (٢) قطعاً ، كما أنه لم يثبت حديث النهي عن بيع مطلق مالم يقبض (٣) كما اعترف به في الروضة ، ولئن ثبت كان حمله على الكراهة بالنسبة إلى ذلك متعيناً ، فما حكاها في التذكرة عن بعضهم من القول بالمنع مع أنالم تتحقق القائل به - فاسد قطعاً - نعم ﴿كره﴾ له ﴿ذلك﴾ مطلقاً كما عن بعضهم ، للمرسل المزبور (٤) وإشعار بعض النصوص (٥) أو ﴿إن كان﴾ المبيع ﴿مما﴾

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العقود الحديث ٤

(٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود الحديث ٦ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣١٣

(٤) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١ و ١٨٩٩

يكال أو بوزن ﴿١﴾ وفاقاً للمفيد والنهاية ومحكي القاضى، بل هو المشهور بين متأخري الأصحاب، نقلاً وتحصيلاً، لاصالة الجواز وعموماته، وإطلاقه، سيما التعليل في نحو الصحيحين اللذين في أحدهما (١) «في رجل أمر رجلاً يشتري متاعاً، فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما اشتريته» وفي ثانيهما (٢) «لا بأس إنما تشتري، بعدما اشتريته».

و خصوص خبر الكرخي (٣) قال للصادق عليه السلام: «أشتري الطعام إلى أجل مسمى، فيطلبه التجار مني بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، فقال: لا بأس أن تبيع إلى أجل كما اشتريت، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض، قلت: فإذا قبضته جعلت فداك، فلي أن أدفعه بكيله؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضوا» وزاد فيما رواه عنه في الفقيه، (٤) قال: «وقلت له: أشتري الطعام من الرجل، وأبيعه من رجل آخر قبل أن اكتماله، فأقول: إبعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته؟ قال: لا بأس» والمراد أجل الثمن، والبيع مرابحة، ولذا قيد الإمام عليه السلام نفى البأس بما سمعت.

وخبر جميل بن دراج (٥) عن الصادق عليه السلام أيضاً «في رجل اشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، ويوكل الرجل المشتري منه بكيله وقبضه؟ قال: لا بأس» وخبر أبي بصير (٦) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشتري طعاماً ثم باعه

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ع وفيه بعدما يشتريه: بدل ما اشتريه

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ع وفيه إنما يشتريه منه بعد ما يملكه

(٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٩

(٤) الفقيه ج ٣ ص ١٣١ الطبع الحديث النجف

(٥) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ع

(٦) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٦ مع نقصان يسير فيه

قبل أن يكيّله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً، قبل أن يكيّله أو يزنه، إلا أن يوليّه كما اشتراه، فلا بأس أن يوليّه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضرع، وما كان من شيء عنده ليس بكيّل ولا وزن، فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه» وصحّحني (١) محمد بن مسلم الواردين في بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها، بناء على شمولها للمكيّل والموزون منها، لأنه لخصوص ما كان على الشجر والنخل.

وخبر إسحق المدائني (٢) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يدخلون السفينة، يشتررون الطعام، فيتسامون بها، ثم يشتريه رجل منهم، فيسألونه فيعطيه ما يريدون من الطعام، فيكون صاحب الطعام هو الذي يدفعه إليهم، ويقبض الثمن؟ قال: لا بأس ما أرايهم إلا وقد شركوه، مضافاً إلى النصوص (٣) الدالة على جواز بيع السلم بعد حلوله وقبل قبضه، بل لا خلاف أجده فيه هناك إلا من بعضهم إذا كان البيع بجنس الثمن مع الزيادة، بناء على أن المسألتين من داد واحد، كما صرح به في الروضة والمسالك واختار فيهما مع الحرمة، إلا أن النصوص شاهدة بخلافه، ولذا قرأ المحدث البحراني من القول بالحرمة فيها من قوله بها في المقام. نعم يمكن حمل تلك النصوص على غير صورة البيع، وأنه كان وفاء بصلح ونحوه. فلاحظ وتأمل.

وقيل؟ كما عن العمّاني: لا يجوز، ومال إليه ثاني الشهيدان والمحدث البحراني **﴿وقيل﴾** كما عن المبسوط والخلاف والغنية والصدوق والقاضي في أحد كتابيه أنه **﴿إن كان طعاماً لم يجز﴾** بل في الثلاثة الأول الإجماع عليه، وإن كان موهوناً بمصير بعض من تقدمه، ومعظم من تأخره إلى خلافه، بل قد سمعت أن خيرته في النهاية

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢٠٣

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٧

(٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام العقود باب ١١ من أبواب السلف

الكراهة ، فلا ريب في قصوره عن معارضة أدلة الجواز ، كالنصوص (١) التي هي بين قاصرة الدلالة ، أو السند ، ومشتتة على ما لا يقول به المعظم منهم من الفرق بين التولية وغيرها ، وناه عن البيع قبل الكيل والوزن الذي لا يدل على المقام ، بناء على التحقيق من عدم توقف القبض عليه ، على أن مقتضى عدم التعارض بينهما ما اختاره العماني ، وهو شاذ ، فمفاد النصوص لا قائل به إلا نادر ، وما قالوه من خصوص الطعام غير مفادها .

﴿و﴾ حينئذ فلا ريب أن ﴿الأول أشبه﴾ وعليه يحمل لفظ لا يصلح في صحيح العجلي (٢) عن الصادق عليه السلام قال : «في الرجل يبتاع الطعام ، ثم يبيعه قبل أن يكال ؟ قال : لا يصلح له ذلك » ومثله خبر البصري (٣) و أبي صالح (٤) مع زيادة « لا تبعه حتى تكيله » وخبر علي بن جعفر (٥) «سأل أخاه عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام فيصلح يبيعه قبل أن يقبضه ؟ قال : إذا ربح لم يصلح حتى يقبض ، وإن كان تولية فلا بأس » خصوصاً بملاحظة خبر أبي بصير (٦) المتقدم الظاهر في الكراهة . بل هو القرينة على إرادتها من النهي في الزيادة المزبورة .

كالنهي في صحيح منصور بن حازم (٧) عن الصادق عليه السلام أيضاً إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن ، فلا تبعه حتى يقبضه ، إلا أن توليه ، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبيعه » وخبر محمد بن قيس (٨) عن أبي جعفر عليه السلام «من احتكر طعاماً أو علفاً ، أو ابتاعه بغير حكرة ، وأراد أن يبيعه ، فلا يبيعه حتى يقبضه ويكتاله » وخبر حزام المروي عن مجالس الطوسي (٩) قال : «ابتعت طعاماً من طعام الصدقة ، فاربحت فيه قبل أن أقبضه ، فأردت

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود

(٢) الوسائل - الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٥

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٤ و ٩

(٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٦ و ١٧ و ١٨

(٩) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢١

بيعه ، فسألت النبي ﷺ ؟ فقال : لا تبعه حتى يقبضه » مع أنه استثنى في الثاني : التولية ، كما أن الأول لا يدل على المطلوب ؛ لإبناؤه على إرادة القبض من الكيل ، وفيه منع .

وأولى من ذلك في احتمال إرادة الكراهة ، صحيح الحلبي (١) «سأل أبا عبد الله ﷺ عن قوم إشتروا بزاً فاشتركو فيه جميعاً ولم يقسموه ، أ يصلح لأحد منهم بيع بزة قبل أن يقبضه ؟ قال : لا بأس به ، وقال : إن هذا ليس بمنزلة الطعام ، إن الطعام يكال » الذي أقصى مفهوم التعليل فيه ثبوت البأس الذي هو أعم من الحرمة . كخبر منصور (٢) «سأل أبا عبد الله ﷺ عن رجل اشترى بيعاً ليس فيه كيل ولا وزن أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ ربحه ؟ قال : لا بأس بذلك مالم يكن كيل ولا وزن فإن هو قبضه فهو إبراء لنفسه » إلى غير ذلك من النصوص - التي هي مع قطع النظر عما ذكرناه من أدلة الجواز - ظاهرة في الكراهة .

وقد عرفت أن مقتضاها - خصوصاً مع ملاحظة التعليل في صحيح الحلبي - تعميم الحكم في كل مكيل وموزون ، لا خصوص الطعام ، وهو خلاف المعروف بين الفائلين بالحرمة ، كما أن المعروف بينهم ، عدم الفرق في ذلك بين التولية وغيرها ، ولذا نسب المصنف إلى الرواية ، فقال : ﴿ وفي رواية يختص التحريم بمن يبيعه بربح ، فأما التولية فلا ﴾ بل عن المذهب البارع ، أنه لم يقف على عامل بها ، وإن كان فيه أنه قال : به بعض من تقدمه كالفاضل في التحريم والقواعد وتبعه الشهيد الثاني في المسالك والروضة ، للنصوص المزبورة التي ظهر لك أن الأولى الجمع بينها بالقول بالكراهة في مطلق مالم يقبض للمرسل ، (٣) وتشتد في خصوص المكيل والموزون ، وتشتد في خصوص الطعام منه ، وتشتد في خصوص بيعه مرابحة ؛

(٢٠١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٠ و ١٨

(٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود الحديث ٦ الجواهر ٢١

وفى إلحاق الوضعية بها ؛ أو بالتولية ، وجهان - من لزوم الاقتصاد فيما خالف إطلاق المنع على ما تضمنه الروايات - ومن مفهوم الصحيح إذا ربح لم يصلح حتى يقبض ، واحتمال ورود الإطلاقات ، واستثناء التولية خاصة مورد الغلبة ، لكون المعاملة بالوضعية نادرة ، إلا أنه وارد في مفهوم الصحيح ، ومع ذلك يؤيد الأول ، ذيل خبر أبي بصير (١) السابق ، بناء على عطف يضع فيه على لفظ يربح ، لكن قديقوى فى النفس خفة الكراهة فيها بالنسبة إلى التولية ، إذا ظاهر أن المراد من النصوص أنه مع البيع مباحة ينبغي الكيل والوزن ، وعدم الاكتفاء بالإخبار كما هو المناسب لأخذ الربح ودفعه ، أما إذا لم يكن له فيه ربح ، فاللائق أخذه منه كما اشتراه بالأخبار ونحوه ، ولا ينبغي مذاقته لعدم حصول ربح له ، فلا ريب فى أولوية المواضع حينئذ ، فلاحظ النصوص وتأمل ما ذكرناه تجده واضحاً .

كما أنك تجد أوضح من ذلك ، ما أوأنا إليه سابقاً من أنه على المختار من عدم توقف القبض على الكيل والوزن ، ينبغي جعل موضع الكراهة ، بيع ما لم يكل أو يوزن وإن كان مقبوضاً ، بل الأولى تحرير محل النزاع كذلك ، لما عرفت من الاختلاف فى تحقق القبض ، واحتمال عدم البأس كراهة وحرمة فى بيع الطعام - فضلاً عن غيره إذا كان قد قبضه بنقل أو وضع يد أو نحوهما وإن لم يكن قد كاله ووزنه - ينافية ظاهر النصوص ، ضرورة وضوحها فى أن المدار على عدم كيله ووزنه . نعم عتبر فى بعضها عن ذلك بعدم القبض لغلبة حصول الكيل والوزن معه ، واحتمال العكس ضعيف بالنسبة إلى ذلك فيها ، وإن كان يؤيده ظاهر تحرير محل النزاع فى كلام الأصحاب فلاحظ وتأمل . وكيف كان ، فالظاهر البطلان على القول بالحرمة ، كما عن العماني التصريح به ، وتبعه بعض المتأخرين ، لما تحقق فى الأصول من اقتضائه الفساد عرفاً ، إذا تعلق بالمعاملة ، فما فى المختلف من أنه يائمه خاصة ، بناء على عدم اقتضاء النهى الفساد فى

المعاملة ، قد تبين ضعفه في الاصول . هذا كله إذا أراد بيع ما انتقل إليه بالبيع قبل قبضه .

﴿و﴾ أما ﴿لوملك ما يريد بيعه بغير بيع ، كالميراث ، و الصداق للمرأة والخلع ، جاز وإن لم يقبضه﴾ بلا خلاف أجده ، بل ربما ظهر من بعضهم الاجماع عليه ، لعموم الأدلة وإطلاقها السالمين عن المعارض ، حتى لو كان انتقاله إلى المورث والمصدق والمختلعة ببيع لا قبض معه ، كما هو مقتضى إطلاق المتن وغيره وصريح بعض ، ضرورة ظهور أدلة المنع فيما لا واسطة بين الابتياح والبيع ، وفي الفرض قد تخلل الارث و الاصداق وعوض الخلع بين الابتياح والبيع ، فماعن بعضهم من تقييد الاطلاق بذلك في غير محله ،

وكذا لا إشكال في جواز نقل ما ابتاعه ولم يقبضه بغير البيع حتى الصلح ، بناء على ما هو التحقيق من كونه عقدا مستقلا ، للعموم والاطلاق السابقين (١) فالمنع حينئذ من الاجارة بناء على أنها ضرب من البيع ، فيه منع واضح ، ومن الكتابة لأنها بيع للعبد من نفسه ، وهو أوضح منعاً ، فصار المنع و الكراهة فيما لم يقبض مشروطة بشرطين ، أحدهما - انتقاله إليه بالبيع ، والثاني - نقله بلا واسطة مبيع ، والظاهر إختصاص الحكم بالمبيع كما صرح به بعضهم ، دون ثمنه ، فيجوز نقله ببيع وغيره و إن لم يكن مقبوضاً ، إقتصاراً فيما خالف الاصل على المتيقن . والله أعلم . ومما ذكرنا يظهر لك .

أن المسألة ﴿الثانية﴾ التي ذكرها المصنف وغيره ، وهي أنه ﴿لو كان له على غيره طعام من سلم ، وعليه مثل ذلك ، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر﴾ ليست مما نحن فيه ، إذ هي إمّا حوالة أو وكالة ؛ وعلى كل حال ليست من بيع المبيع قبل قبضه فلا يأتى فيها البحث السابق فما ﴿ف﴾ ي المتن وغيره - من أنه ﴿على ما قلناه﴾ في

المسألة السابقة ﴿ يكره ، وعلى ما قالوه ﴾ فيها ﴿ يحرم ﴾ معللاً ﴿ ١ ﴾ هـ
بـ ﴿ أنه قبضه عوضاً عما له قبل أن يقبضه صاحبه ﴾ في غير محله ، كالتعليل الذي
من الواضح عدم اقتضائه كونه يباع قبل قبضه ، إذ المعاوضة أعم من البيع ، ودعوى أن
الحوالة قسم من البيع كما تری ، بل هي قسم مستقل برأسه ، ومن هنا قال في المحكى عن
الخلاف : «يجوز الإحالة ، سواء كان الطعامان قرضين ، أو أحدهما قرضاً والآخر سلماً
بلا خلاف أو كانا سلمين عندنا ، لأن الأصل جوازه والمنع يحتاج إلى دليل » .

ومن ذلك يعلم أن ما حكا في المسالك عن الخلاف في غير محله ، نعم حكى ذلك
عن المبسوط والقاضي وظاهر المتن وبعض ، موافقته على بناء هذه المسألة ، على المسألة
السابقة ، بل نفى الخلاف عنه في المبسوط ؛ قال : « وإن كانا سلمين لا يجوز بلا خلاف
لأن بيع السلم لا يجوز قبل القبض إجماعاً لالعله » لكن قد عرفت ما فيه ، على أنه قد
روى المشايخ الثلاثة في الصحيح (١) في بعض الموثق في آخر ، عن عبد الرحمن بن
أبي عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل عليه كره من طعام فاشترى كره من رجل
آخر ، فقال للرجل : إنطلق فاستوف كرهك ، قال : لا بأس به » .

وكيف كان فقد ظهر لك أن بناء هذه المسألة على ما تقدم لا وجه له . وما عن الشهيد
في بعض تحقیقاته - وأنه من لطائف الفقه ، وربما كان التعليل في المتن وغيره مومياً
إليه - « من أن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة ، منطبقة على أفراد
لأنهاية لها ، فأی فرد عينه المسلم إليه ، تشخص ذلك الفرد ، وانصب العقد عليه ، فكأنه
لما قال له الغريم : إكتمل من غريمي فلان ، قد جعل عقد السلم معه . وardاً على ما في
ذمة غريمه المستسلم منه ؛ ولما يقبضه بعد ، ولا ريب أنه مملوك له بالبيع ، فأذا جعل
مورد السلم الذي هو بيع ، يكون بيعاً للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان ، ويلحق
بالباب - لو سلم فأثماعو في الفرد الذي يتشخص بالدفع والقبض ، أمّا الذي تشخص

بعقد الحوالة كما في المقام ، فقد يمنع صدق اسم المسلم عليه ، إذ هي عقد مستقل يحصل به ملك مافي الذمة ، ولا ينصب عقد السلم عليه ، و لو فرض موضوع البحث وكالة في القبض ، زال الإشكال من هذه الحيثية قطعاً .

نعم يبقى إشكال تولى الواحد طرفي القبض إذا أراد قبضه لنفسه ، بعد القبض عن موكله كما تسمعه في المسألة الآتية ، ولعل ما ذكرناه أولى مما في المسالك من مناقشة الشهيد « بأن مورد التسلم ونظائره من الحقوق الثابتة في الذمة ، لما كان أمراً كلياً ، كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي ، وما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع ، وإن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصة ، فإنها ليست عينه ، ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقاً أو معيباً رجع الحق إلى الذمة ، والمبيع المعين ليس كذلك ، ونظير ذلك ما حققه الأصوليون من أن الأمر الكلي ليس أمراً بشيء من جزئياته الخاصة ، وإن كان لا يتحقق إلا بها ، و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض وكونه حينئذ مبيعاً غير واضح ، فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجه ، نعم لا بأس حينئذ بالكراهة ، خروجاً من خلاف الشيخ وجماعة ، و تحرزاً مما هو مظنة التحريم » .

إذ فيه أن ما ذكره من ظهور الاستحقاق والعيب ، يقتضي الفرق بين المبيع المعين وغير المعين لأنه يقتضي كونه غير مبيع ، ولم يدع الشهيد ولا غيره ، أنه عين المبيع أولاً وبالذات ، بل صار بعد التعيين مبيعاً ، ولا ينبغي إنكار صدق وصف الكلي على الشخصي المدفوع عنه في البيع والإجارة وغيرهما ، وقد صرح به الأصحاب في غير المقام ، كالأجارة والصرف ، والعرف شاهد عليه .

نعم قد يتوقف في نحو الدفع بالحوالة كما ذكرناه : والأمر سهل بعد أن كان الحكم الكراهة المتسامح فيها عندنا في أصل المسألة ، إذ ما نحن فيه إن لم يكن من البيع قبل القبض ، فهو شبيهه كما عبر به في الدروس ثم على التحريم فلا ريب في البطلان كما

فلناه في المسألة السابقة ، وحيث لا يبرأ ذمة كل من المحوّل والمحوّل عليه بقبض المحتال ، وما عن التذكرة - من أن براءة ذمة الدافع ، أصح الوجهين ضعيف ، ضرورة كون الدفع والقبض بعنوان صحة العقد ، والفرض فساد ، نعم هو صحيح على المختار وتبرأ ذمة كل منهما .

﴿وكذا﴾ يصح الشراء قطعاً ﴿لو دفع إليه ما لا ، وقال : إشتربه طعاماً﴾ لي ﴿فإن قال : إقبضه لي ثم إقبضه لنفسك صح الشراء﴾ والقبض عن الموكل قطعاً ، بل عن غاية المرام نفى الخلاف فيه ﴿دون القبض﴾ له عند الشيخ والقاضي فيما حكى عنهما ﴿لأنه لا يجوز أن يتوآسى﴾ الواحد ﴿طرفي القبض﴾ ولأن الحلبي (١) سأل الصادق عليه السلام في الصحيح «عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حلّ طعامي عليه ، بعث إليّ بدارهم ، فقال اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقك ؟ فقال : أرى أن يولى ذلك غيرك ، وتقوم معه حتى تقبض الذي لك ، ولا تتول أنت شرائه» وسأله أيضاً عبد الرحمن البصري (٢) في المرسل «عن الرجل أسلف دراهم في طعام ، فحلّ الذي له ، فأرسل إليه بدارهم ، فقال اشتر طعاماً واستوف حقك هل ترى به بأساً ؟ قال : يكون معه غيره يوفيه ذلك » .

ومن هنا قال المصنف كظاهر غيره ﴿وفيه تردد﴾ لكن لا ريب أن الأقوى الجواز للأصل ، فيكفي المغايرة الاعتبارية في القابض والمقبوض منه ، كما تقدم في تولي طرفي العقد ، ولأن يعقوب بن شبيب (٣) سأل الصادق عليه السلام في الصحيح «عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب وتمر فبعث إليه بدنانير فيقول : اشتر بهذه واستوف منه الذي لك ؟ فقال : لا بأس إذا ائتمنه » .

ومنه يعلم أن المراد بالخبرين الأولين الإلشاد إلى رفع التهمة ، ومن هنا جزم

(٢١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب السلف الحديث ٢-١

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ الحديث ١٨٠ الطبع الحديث

الفاضل في بعض كتبه والشهيد ان والمحقق الثاني بصحة القبض له ، على أن إقباضه لا يزيد على إذنه وقد حصلت ، فهو كمالو أذن لغريمه في قبض مال مخصوص له ، عوضاً عما له عليه .

بل الظاهر الصحة أيضاً لو دفع له دراهم ، وقال : اشتر لي بها طعاما ، ثم أقبضه لنفسك ، وإن لم يقل إقبضه لي ثم أقبضه لنفسك . بل صحيح شعيب (١) أدل على صحة ذلك من الأول ، ولا يحتاج إلى أن يقبض أولاً بنية أنه لذي الدراهم ، ثم يقبض بعد ذلك بل يكفي قبضه لما اشتراه إذا كان مشخصاً بنية أنه وفاء عماله في ذمته ، وأقصاه أنه يكون إستيفاء مما لم يقبضه بإذنه ، بل لو كان ما اشتراه كلياً ، يمكن الإكتفاء بقبض الغريم عوضاً عما له في ذمته ، عن القبض أولاً بعنوان أنه لذي الدراهم ، وإطلاق الخبر المزبور شاهد عليه ، ولو دفع إليه دراهم وقال : خذها بدل الطعام جاز ، لأنه إستيفاء من غير جنس ؛ بل لو قلنا أنه بيع للطعام على من هو عليه قبل قبضه جازاً أيضاً بناءً على المختار من كراهة ذلك ، لكن عن المبسوط أنه لم يجز لأنه بيع المسلم فيه قبل قبضه ، وهو غير جائز ، وفيه أن الدفع بدله أعم من البيع ولو سلم فقد عرفت التحقيق .

﴿ولو﴾ دفع إليه دراهم و ﴿قال﴾ : اشتر لنفسك لم يصح الشراء و ﴿حينئذ﴾ و ﴿لا يتعين له بالقبض﴾ بلا خلاف أجده فيه ، لامتناع الشراء بمال الغير لغیره مادام على ملك الغير ولو بإذنه ، إقتصاراً على المتيقن من إطلاق أدلة البيع ، فيبقى أصالة عدم النقل بحالها ، إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك عن البحث إن لم يكن إجماعاً ، و لو علم بقريئة - إرادة قرض الدراهم من ذلك ، أو القضاء لما عليه من الطعام بجنس الدراهم أو الاستيفاء بعد الشراء والقبض له ، ويكون التعيين المزبور باعتبار ما يتول إليه ، أولاً أنه السبب في هذا الشراء - خرج عن موضوع البحث . والله أعلم .

(١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب السلف لكن عن الحلبي في ذيل حديث الاول .

المسألة الثالثة: لو كان المالك قرضاً، أو المحال به قرضاً، صح ذلك قطعاً. بل في التحرير قول واحد، للأصل بعد انتفاء شرط المنع في الأول الذي نفى الخلاف عن الصحة فيه في المحكي عن المبسوط والخلاف، و انتفاء تحقق بيع مال لم يقبض في الثاني، لكن لا وجه لتخصيص القرض بالمحال به، كما في الكتاب والقواعد والتحرير؛ بل متى كان أحدهما قرضاً صح كما نص عليه في المبسوط والتذكرة و الدروس و جامع المقاصد والمسالك على ما حكى عن بعضها، إذا التحق ان الحوالة ليست بيعاً، وربما وجه تخصيص ذلك بأن المحال يشبه المبيع، من حيث تخيل كونه مقابلاً بالآخر، وفيه ان شبهه بالثمن أظهر لمكان الباء.

نعم قد يقال: ان الغرض: من التخصيص الرد على ما عن الشافعية في احد الوجهين من عدم صحة الحوالة إذا كان المحال به قرضاً، بل ربما استظهر من التذكرة احتمالاً أيضاً حيث انه حكاه ساكتاً عليه. موجهاً له بأنه يبيع سلم بدين. والأمر سهل بعد ما عرفت.

المسألة الرابعة: إذا قبض المشتري المبيع مثلاً ثم ادعى نقصانه. فإن لم يحضر كيله ولا وزنه فلا خلاف أجده الا ما ستعرف ﴿ف﴾ أي أن: القول قوله فيما وصل إليه مع يمينه، إذا لم يكن للبائع بينة ﴿بل﴾ في الرياض قولاً واحداً لاصالة عدم وصول حقه إليه، السالمة عن معارضته، الظاهر وغيره، كما صرح به غير واحد فيكون منكراً؛ والبائع مدع، «والبينة على المدعي، واليمين على من أنكر» (١) من غير فرق بين دعوى كثرة النقصان وقلته هنا، واحتمال أن القول قول البائع بيمينه. - إن ادعى المشتري نقصاناً كثيراً لا يخفى مثله على القابض، بخلاف القليل الذي يمكن خفائه، نحو ما تسمعه من التحرير في صورة الحضور ناشأ من ملاحظة معارضة الظاهر، للأصل في الاول، بخلاف الثاني - يدفعه منع الظهور

مطلقاً ، مع عدم الحضور أولاً ، ومنع حجتيه - بحيث يعارض الأصل - ثانياً ، ودعوى - أنه به يكون البايع منكراً ، بناء على أنه ما وافق الظاهر ، فيقدم حينئذ يمينه يدفعها - مضافاً إلى ما عرفت - منع تسليم كون المنكر ذلك ، بل القول بأنه ما وافق قوله الأصل أقوى منه .

نعم لو فرض قرائن تشهد بكذب المدعي على وجه يحصل العلم للحاكم ؛ لم تسمع دعواه لذلك ، كما لو ادعى قبض حقه بعنوان أنها وزنة وكان من أهل الخبرة هذا . ولكن قد يقال : إن الأقوى منهما إكمال المدعي والمنكر إلى العرف ، ولعل صدقه على ما لو ترك ، لترك أتم ، ولاريب في أن المشتري هنا يصدق عليه ذلك ، فيكون مدعيًا وعليه البينة ، وعلى البايع اليمين ، وقد يؤيده أصالة الصحة في دفع المسلم وقبضه ، إذا فرض أنه قبض على أنه تمام الحق ، وصحة كل شيء بحسبه ، ونحو ذلك بل أظهر منه ، لو ادعى المشتري عيب المقبوض .

ولذا حكي عن التذكرة أنه فصل فقال : «يقدم قول مدعي التمام ، إن اقتضى النقص بطلان العقد ، كالصرف بعد التفرق والسلم ، وإلا فمدعي النقص» واحتمله في الدروس و لعله لا ندراج الأول في مدعي الصحة والفساد ، بخلاف الثاني وإن كان قد يناقش بمنع كون الأول كذلك ، بعد فرض عدم اعترافه بما يقتضي الحكم عليه بالصحة ، كما لو قال : قبضته باخبار البايع أنه تام ، والفرض تسليم البايع ذلك ، فإن مجرد ذلك لا يقتضي الحكم عليه بصحة العقد المشتروط فيه التقابض الذي مقتضى الأصل عدم حصوله ، وإن كان قد وقع العقد بمعنى الإيجاب والقبول ، إذ ذلك بمجرده لا يقتضي حصول الشرط المتأخر ، كما هو واضح ، خصوصاً بعدما لاحظت نفاذه مما يشترط في صحته القبض كالرهن والهبة ونحوهما ، ولعله لذا أطلق الأصحاب الحكم في المقام .

ولكن يرد عليه ما ذكرناه ، ويمكن دفعه بعدم قبضه بعنوان الانعاز بالتمامية ، على وجه يكون كالاعتراف ، بل المفروض أنه قبضه على إخبار البايع مثلاً ،

ج ٢٣ في أنه إذا ادعى المشتري نقصان المبيع وقد حضر الكيل أو الوزن فالقول قول البائع - ١٧٧ -

ولعلّ فرق الأصحاب بين الحضور وعدمه لذلك ، على معنى ، أن الحاضر منفصل بعنوان وصول تمام حقه إليه ، على وجه يكون كالمتعترف فعلا ، بخلاف غير الحاضر ولذا كان القول قول البائع مع الحضور والمشتري مع عدمه ، ولعلّ هذا تحقيق المسألة إن لم يكن إجماعاً على غيره .

وكيف كان فمما ذكرنا ينقدح الوجه فيما ذكره غير واحد ، بل هو المشهور ، بل عن التذكرة نسبتة إلى علمائنا ، بل في الرياض نفى الخلاف ، ﴿و﴾ أنه هو الحجة من أنه ﴿إن كان﴾ المشتري قد ﴿حضر﴾ الكيل والوزن ﴿فالقول قول البائع مع يمينه ، والبيّنة على المشتري﴾ خصوصاً مع اعتضاد قول البائع هنا بظهور الحضور ، في تمامية المقبوض ، واحتمال السهو والغلط ونحوهما لا ينافي الظهور المزبور ، بل قبضه مع حضوره ، بمنزلة اعترافه بتمامية الفعل ، فلا يسمع منه دعوى النقصان من دون ذكر وجه معتد به لما وقع منه ، نحو ما إذا وقع الاعتراف منه بذلك ، والاصل براءة ذمة البائع بعد حصول ذلك منه ، فيتفق حينئذ الاصل والظاهر ، والترك لو ترك في المقام ، ولا فرق في ذلك بين دعوى كثرة النقصان وقلته .

ولكن في التحرير وإن حضر فالقول قول البائع إن ادعى نقصاناً كثيراً ، والوجه قبول قوله في قليل يمكن وقوعه في الكيل ، وكأنه لاحظ عدم الظهور في الأخير ، بخلاف الاول ، وفيه منع ؛ مع أن العمدّة ما عرفت ، ومنه يعلم أنه لا وجه لتوقف بعضهم في الحكم المزبور ، وأنه لا دليل على اعتبار الظهور ورجمانه على الاصل أولاً ، ومنع الظهور ثانياً ، لاحتمال الغلط والسهو وغيرهما ، فإن لم ينعقد إجماع كان الوجه تقديم قول المشتري على كل حال ؛ إذ قد عرفت أن الوجه ما ذكرناه ، ولا يرد مثله في الاول ، لأن المقروض عدم حضوره ، بل كان قبضه مبنياً على إخبار البائع ، بل لو اعترف كان المراد من اعترافه البناء على ظاهر الإخبار . هذا كله إذا أبرز الدعوى بما ذكرنا .

أما لو ادعى المشتري عدم قبض جميع حقه كان القول قوله وإن كان حاضراً ،

للأصل السالم عن معارضة غيره؛ وحضوره أعم من قبض جميع حقه كما هو واضح، وهذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي الذي هو مبني على القواعد الظاهرة، والظاهر إتحاد الحكم المزبور في المعداد، ولو مزروعاً كالمكيل والموزون وإن اقتصر بعضهم على الثاني، وحضور الوكيل كحضور الموكل في وجهه، وكذا حضور الكيل لغيره، خصوصاً إذا كان هو المباشرة، وإن كان ظاهر بعض العبارات حضور الكيل للنفس، والمدار في الظاهر الذي يترتب عليه الحكم هو ما كان متحققاً في غالب الأفراد، لما اتفق باعتبار فرد خاص قد انضمت إليه بعض القرائن الحالية أو المقالية. فتأمل جيداً. والله أعلم.

المسألة (الخامسة: إذا أسلفه في طعام بالعراق) مثلاً وقلنا بانصراف إطلاق العقد إلى بلده (ثم طالبه بالمدينة) مثلاً (لم يجب عليه دفعه) بلا خلاف أجده فيه، للأصل، وكون الانصراف كالشرط الذي قد جعل الله المؤمن عنده (١) من غير فرق بين تساوى القيمة وتفاوتها، كما أنه لو دفعه إليه لم يجب على ذي الحق قبوله لذلك أيضاً نعم لو تراضيا عليه لا بأس بقطعاً (و) أمّا (لو طالبه بقيمته قيل) والقائل الشيخ وجماعة (لم يجزلاً) (ن دفعها عوضاً عنه) من بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه (وقد عرفت أن مذهبهم فيه الحرمة، بل البطلان) (و) فيه أولاً أن المتجه (على ما قلناه) نحن هناك أنه (يكره) هنا، وثانياً يمنع كون ذلك منه، إذ هو وفاء الحق بغير جنسه، لا بيع، وأقصى ما يسلم أنه معاوضة أعم من البيع، على أن ابن فضال (٢) قد كتب إلى أبي الحسن (عليه السلام) «في الرجل يسلفني في الطعام، يجيء الوقت وليس عندي طعام، أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم» وأرسل ابن أبان (٣) عن بعض أصحابنا عن الصادق (عليه السلام) في الرجل يسلف الدراهم في الطعام إلى أجل، فيحل

(١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب السلف الحديث ٨

(٣) الوسائل الباب ١١ من أبواب السلف الحديث ٥ عن ابن أبان عن عثمان مع اختلاف يسير

ج ٢٣ (في جواز المطالبة بالقيمة إذا أسلفه في طعام ولم يكن عنده حين الاجل) - ١٧٩.

الطعام ، فيقول : ليس عندي طعام ، ولكن انظر ما قيمته فخذ مني ؟ قال : لا بأس بذلك .
ولا ينافيهما صحيح العيص بن القاسم (١) سأل الصادق عليه السلام « عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطة ، حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام ، ووجد عنده دوا باو رقيقاً ومتاعاً يحلّ له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه ؟ قال : نعم يسمى كذا وكذا ، بكذا وكذا صاعاً » إذا المراد منه أنه حيث كانت القيمة عروضاً ، لا دراهم ؛ فلا بد من تشخيصها في مقابلة الطلب الذي له ، ليحصل بذلك استيفاء حقه ، فلا ينبغي التوقف حينئذ في الجواز مع التراضي .

إنما البحث في أن له حينئذ جبره على القيمة في بلد السلم ؟ المشهور نقلاً عن عدم الأصل ، ولأن القيمة فرع استحقاق ذبها ، لأنّها لم يجز عليها عقد ، ولأنّ دليل على استحقاقها ، وعن التذكرة أن له ذلك لأنّ الطعام الذي يلزم دفعه معدوم ، فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه ، وفيه منع ظاهر ، ولأنّ الطعام قد حلّ ، والتقصير من المسلم إليه ، حيث أنه لم يحضره في مكان التسليم عند الحلول ، ولا مانع من التسليم إلاّ كونه ليس في مكان التسليم الذي هو حق عليه ، فإذا أسقطنا حق المسلم من المطالبة بالطعام ، إرتفاقاً بحال المسلم إليه ، إنتقل حق المسلم له إلى القيمة في مكان التسليم ، جمعاً بين الحقيقين ، وفيه أنّ الحلول أعمّ من ذلك ، والتقصير مع إمكان فرض عدمه ، هو أعمّ منه أيضاً ولا تعارض بين الحقيقين ، حتى يجمع بينهما بذلك ؛ على أن الله قد جمع بينهما « بأن المؤمنين عند شروطهم » (٢) قال : « ولأنّ فيه من الضرر ما لا يخفى إن لم يكن له ذلك ، إذ ربما لا يريد العود إلى بلد السلف وربما احتاج في عوده إلى أضعاف السلم ، وربما كان المسلم إليه لا يوثق بعوده إليه و الظفر به هناك ، بل ربما يكون هرب من السلف ، فيكون منعه من مطالبته مفضياً إلى

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب السلف الحديث ٦

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب اليهود الحديث ٤

ذهاب حقه أبداً ، وطريقاً إلى مدافعة الغريم عن الحق المعال عليه » وفيه أن الضرر لا يدفع بالضرر؛ على أنه يمكن فرضه خالياً عن ذلك كله ، ولا نقول أنه ليس له المطالبة أصلاً ، بل له المطالبة في المدينة بالزامه بالتأدية في العراق ، والاحتمالات المزبورة بعد أن كانت إتفاقية الحصول ، إتجه الرجوع فيها بعد ثبوتها إلى الحاكم ليلزمه بوجه تخلوعه .

ومن ذلك يعلم ما في جامع المقاصد من أن التحقيق أن يقال : له المطالبة بالطعام مع المساوات لبلد السلم أو النقصان ، والافله المطالبة بقيمة بلد السلم ، لتعذر المثل ، بل قال : ولو أنه برهن أو ضمن وتنبأ للمسير معه مع أول رفقة ، فالظاهر عدم وجوب الصبر ، لما فيه من الضرر وتأخير الدين الحال ، إذ لا يخفى أن المساواة أو النقصان ، لا تسوغ له المطالبة في غير البلد الذي انصرف إليه العقد الذي بمنزلة الشرط ، على أن المسلم إليه قد يكون تحصيل عين الحق في تلك البلد سهلاً عليه ، بخلاف غيره ، كما أن حلول الدين لا يسوغ خلاف الشرط ، والفرض انصراف العقد إلى البلد المخصوص ، بل لو قلنا أنه يجب عليه في ذلك اليوم التسليم في العراق ، وهو متعذر فالمتجه فيه السقوط ، لقبح التكليف بما لا يطاق ، ومنع خطاب الوضع وهو ثبوت لأنه ينتقل إلى القيمة قياساً على تقدير المسلم فيه في بلد السلم ، بعد بطلان القياس عندنا ، والله أعلم .

﴿ولو﴾ فرض أنه ﴿كان﴾ ما في الذمة من الطعام مثلاً ﴿قرضاً﴾ في العراق لاسلماً ﴿جاز أخذ العوض﴾ أي القيمة ﴿بسر العراق﴾ قولاً واحداً ، لعدم كونه بيعاً لما اشتراه قبل القبض . إنما الكلام في أن له المطالبة بالمثل؟ الاظهر العدم ، وفاقاً للفاضل وثاني الشهيدين ، للاصل بعد انصراف عقد القرض إلى بلده فليس له المطالبة بالأداء في غيره ، كما أنه لو دفع إليه فيه ، لم يجب قبوله ، فاذا لم يكن له ذلك ، لم يكن له

المطالبة بالقيمة التي لم يجبر عليها عقد ، ولادليل عليها ، خلافاً للتحرير والتذكرة ومحكي المبسوط والقاضي وغاية المرام ، بل ربما لاح من الاخير عدم الخلاف فيه ، فيجبر على دفع قيمة العراق ولم نعرف له وجهها ، سوى ما سمعته في السلم و سمعت بطلانه ، وللمختلف فيجب دفع المثل بالمطالبة ، فان تعذر فالقيمة بسعر العراق ، و كأنه مبني على منع الانصراف المزبور ، كما مال إليه في الحدائق ، إلا أن المتجه حينئذ القيمة في ذلك الوقت.

وعلى كل حال فضعه واضح ، وخبر سماعة (١) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لى عليه مال فغاب عني ، فرأيت يَطُوفُ حول الكعبة ، فأَتَقاضاه ؟ فقال له لا تسلم عليه ولا ترعه حتى يخرج من الحرم» مع أنه لم يعلم كونه قرضاً أو غيره ، إنما هو مساق لبيان حرمة الحرم ، على أن له المطالبة في غير ذلك المكان ، بالتادية في بلد القرض ، وربما كان هارباً منه . فتأمل .

﴿ وإن كان ﴾ الطعام ﴿ غصباً ﴾ وقد تلف فعن المبسوط والقاضي أنه ﴿ لم يجب ﴾ عليه ﴿ دفع المثل ﴾ لو طال به في غير بلد الغصب ﴿ و ﴾ إن لم يكن فيه مانع السلم ﴿ جاز ﴾ له ﴿ دفع القيمة بسعر العراق ﴾ مثلاً لا القيمة وقت الاعواز ، بل يجبر عليها مع المطالبة ﴿ و ﴾ فيه أن ﴿ الاشبه ﴾ بعموم « من تلف » (٢) و « على اليد » (٣) وغيرهما ، جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان و ﴿ إن تعذر فليطالبه ﴾ بالقيمة الحاضرة عند الاعواز ﴿ لانه وقت الا يتقال إليها ، فمافي المختلف - من أنه يجبر على دفع المثل فان تعذر فقيمة بلد الغصب ، نحو ما سمعته عن المبسوط في القيمة ، لانه غصبه هناك ،

(١) الوسائل - الباب ٢٦ من ابواب الدين الحديث ١

(٢) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار ومن اراد الاطلاع على مداركها فليراجع القواعد

الفقهية ج ٢ للسيد البجنوردی .

(٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

فإذا تعذر المثل وجب عليه قيمته فيه - كما ترى.

المسألة السادسة : لو اشترى عينا بعين ، وقبض أحدهما ثم باع ما قبضه وتلفت العين الأخرى في يد بايعها * بعد البيع الثاني * بطل البيع الأول * من حينه ، لحصول التلف قبل القبض * ولا سبيل إلى إعادة ما بيع ثانياً * لوقوعه مصادفاً للملك ضرورة كون الفسخ بالتلف من حينه * بل يلزم البايع قيمته لصاحبه * إن كان قيمياً ، كما لو كان تالفاً ، بل الظاهر عدم وجوب فسخ البيع الثاني عليه لو كان له خيار مثلاً ، مع احتمال كالهبة قبل التصرف ، وعلى الأول ، فلو فسخ بعد دفع القيمة أو قبلها ، ففي وجوب دفع العين عليه وجه قوي ، لانه وإن كان للفسخ مدخل في الملك من حينه ، إلا أن المملك الأول له قد انفسخ ، ففسخ العقد الثاني يرجعه على مقتضى العقد الأول الذي فرضنا إنفساخه ، فيعود الملك إلى مالكه الأول بمجرد فسخ العقد .

نعم لو كان انتقاله إليه بعقد جديد كهبه ونحوها ، إتجه عدم وجوب دفع العين عليه ، و يحتمل عدم الوجوب خصوصاً لو كان قد دفع القيمة التي هي بمنزلة العوض عنه ، بل وإن لم يدفعها ، بناء على أن دخوله في الملك بالفسخ بمنزلة الملك الجديد . فتأمل جيداً وكيف كان فهل المعتبر قيمته يوم البيع ، أو يوم تلف العين الأخرى ؟ يحتمل الأول ، لانه وقت تعذر المثل ، والثاني لان القيمة حينئذ لم تكن لازمة للبايع ، وإنما لزمت بتلف العين الأخرى ، الموجب لبطلان العين ، وهو الأجود ، ولو جهل تاريخ كل من البيع الثاني ، والتلف ، إتجه البطلان ، بناء على أن مقتضى تعارض الأصلين الاقتران الذي لا ريب في البطلان مع تحققه ، وأما إذ اقلنا بعدم الاقتران ، وأن الأصل يقتضي عدمه أيضاً ، فيمكن الصحة تمسكاً بأصلاتها الناشئة من إطلاقات البيع وعموماته فتأمل . والله أعلم

﴿النظر الرابع: في اختلاف المتبايعين﴾

لكن ينبغي أن يعلم أولاً أنه ﴿إذا عين المتبايعان نقداً﴾ مخصوصاً أو عروضاً كذلك ﴿وجب﴾ الوفاء بما عيناه في العقد ﴿وإن أطلقا﴾ النقد مثلاً ، وكانا من أهل بلاد واحدة ﴿أنصرف إلى نقد البلد﴾ و ﴿إن﴾ لم يكن فيه إلا نقد واحد أو ﴿كان فيه نقد غالب﴾ صح قطعاً ، إذا وقع العقد في بلدهما المنصرف فيه إليه ، ضرورة كون الانصراف من التعيين ، بل وإن كانا في غيره ، ترجيحاً لعرف المخاطبين على مكان الخطاب ، ولو انضم عرف بلد العقد إلى أحدهما دون الآخر ، أمكن ترجيحده عليه ، سيما إذا كان البائع الذي يمكنه ترجيح عرفه على المشتري إذا وقع العقد في محل لا يعضد أحدهما ، لأن ابتداء الخطاب منه والمشتري قابل للمراد من خطابه على الظاهر واحتمال الخروج عن عرفهما معاً ، لاختلافه ، والرجوع إلى بلد العقد إذا فرض فيه نقد غالب - ضعيف ، وقد تحقق في الأصول في بحث تقديم عرف المخاطب على المتكلم أو العكس ، ما يشهد للمقام في الجملة ، وإن كان يمكن الفرق بينهما ، ولذا كان الأولى التعيين في المقام المقصود منه ذكر ما يرتفع به النزاع والشقاق في جميع صور الاختلاف المزبورة ، ولا ينبغي الاعتماد على مطلق الظن فيه .

﴿و﴾ كيف كان و ﴿إن﴾ لا يحصل تعيين ولا غلبة ونحوهما مما يكفى ، فيه ﴿كان البيع باطلاً﴾ للجهالة إلا إذا علم كل منهما قصد الآخر فانه يكفى ؛ إذا احتمال الذكر تعبداً لقطع النزاع ضعيف ، وأضعف منه ما عن الأردبيلي من احتمال الصحة إذا تساوت النقود ، إن لم يكن خلاف الإجماع ، مع أنه لم نجده لغيره ، وخلاف علم الهدى والشيخ فيما حكى عنهما في المشاهدة وكفايتها مقام آخر ، كالمحكي

عن ابي علي من تجويزه البيع بسعر ما باع ، ودعوى الملازمة يمكن منعها ، فانحصر التامل فيه ، مع احتمال أن يريد ما يحكى عن بعضهم من صحة البيع إذا تعددت النقود ، وتساوت في القدر والقيمة والمالية ، وإن اختلفت الافراد بحسب الرغبة ، فان القول به حينئذ لا يخلو من قوة إن لم يؤد التفاوت إلى الفرر والجهالة والنزاع والمشاجرة ، و لم يعلق البيع بالمشترك اللفظي . مريدا به مفهوم احدهما على جهة التردد لعدم معقولة الملك على هذا الوجه ، و من ذلك كله يعلم الحال في الذرع و الكيل ﴿ وكذا الوزن ﴾ ولو تعارف ذرع غير بلد العقد فيها ، أو وزنها ، أو كيلها لمبيع خاص ، إنصرف إليه فيها من العالم بالحال ، وإلا بطل العقد مع اختلاف القصد ، و يقدم قوله في الجهل بذلك ، إذا لم يكن هناك ظاهر بنفيه ، وإلا تعارض الأصل والظاهر .

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ إن اختلفا ﴾ أي المتبايعان ﴿ فبيئنا مسائل : الأولى : إذا اختلفا في قدر الثمن ﴾ سواء كان في الذمة ، أو معيناً في وجه تسمعه إنشاء الله تعالى ، ﴿ فادعى البايع زيادته ، والمشتري عدمها ، كان ﴾ القول : قول البايع مع يمينه إن كان المبيع باقياً ، وقول المشتري مع يمينه إذا كان تالفاً ﴿ على المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل عن ظاهر الغنية وكشف الرموز الإجماع عليه ، بل هو صريح محكي الخلاف ، وآخر مبحث الشرائط من السرائر ، وإن أنكره في موضع آخر منها غاية الإنكار ، لكن عن كشف الرموز أن المناقضة منه ليس ببدع ، ويدل عليه مضافاً إلى ذلك ، مرسل البرزنجي (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري : هو بكذا وكذا ، بأقل مما قاله البايع ، القول قول البايع إذا كان الشيء قائماً بعينه ، مع يمينه » المنجبر بما سمعت ، بل عن إيضاح النافع أن الرواية مقبولة عند أهل الحديث .

وعن الكفاية أنها مشهورة و متكررة في الكتب معمول بها بين الاصحاب ، مع

ج ٢٣ (في انه لو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البايع ان كان المبيع باقياً) - ١٨٥ -

ما عن عدة الشيخ من أن البزنطي لا يروي إلا عن ثقة ، وكشف الرموز أن الأصحاب عملوا بمراسيل البزنطي ، والرواية مقبولة عند أهل الحديث ، فلان مناس عن العمل بها منطوقاً ومفهوماً ؛ خصوصاً بعد تأيدها في الجملة ، بإطلاق الصحيح (١) « فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يمتاركا » الظاهر في بقاء العين أيضاً ، والنبوي (٢) « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البايع ، والمبتاع بالخيار » و بما أرسله في الخلاف من أخبار الفرق ، و المناقشة في مفهومه - بأنه أعم من كون القول قول المشتري مع التلف ، لا مكان التحالف - يدفعها بعد أن كان دعوى أنه خلاف المنساق الإجماع المركب إن لم نقل انه مقتضى الأصل ، وإلا كنا في غنية عن المفهوم كما أنا في غنية بما عرفت من الخبر المنجبر بالعمل ، عن تكلف جريان ذلك على القواعد بوجوه تصلح مؤيدة للدليل لادليلاً ، لوضوح عدم تماميتها ، كما لا يخفى على من لاحظها .

ومن ذلك ظهر لك أن ما عن الإسكافي - من تقديم قول البايع إن كانت في يده لكن للمشتري الخيار ، وقول المشتري إن كان العكس ، أو أحدث بها حدثاً إن ذهب يؤيد أيضاً ، وربما حكى عن أبي الصلاح وإن كنا لم نتحققه ، بل لعل المحقق خلافه - في غاية الضعف لما عرفت على أنه مع قطع النظر عنه غير موافق للضوابط ، وإن احتجوا له ، بأنه إذا كان في يد البايع ، فالمشتري يريد انتزاعه من يده ، فالقول قوله ، بخلاف ما لو كان في يد المشتري ، فإن البايع حينئذ يدعي زيادة على ما أقرب به المشتري ، والأصل عدمها ، لكنه كما ترى ، ضرورة عدم أثر ليد البايع بعد اعترافه بأنها يد أمانة ، والمشتري بعد اعترافه بأنها مبنية على يد البايع ، وكذا ما عن بعضهم - من أن القول قول المشتري يمينه ، لانه منكر للزيادة المدعاة بعد اعتراف البايع بأن العين ملكه ، فهو كمن ادعى عليه بمائة مثلاً فاعترف بخمسين ، إلا أنه لم نعرف قائله ، قبل الفاضل

في المختلف ، بل في المسالك لم يذكره أحد من أصحابنا في كتب الخلاف ، وذكره العلامة في القواعد احتمالا ، وحكاة في التذكرة عن بعض العامة وقواه ، لكن الذي يظهر أنه أقوى الأقوال إن لم يتعين ، العمل بالأول نظراً إلى الخبر والإجماع ، غير أن فيهما ما قد عرفت « قلت : بل إليه يرجع ما في المختلف وإن أطال فيه إلا أنه لا يخفى عليك ضعفه في خصوص المقام لما سمعت .

نعم لا بأس به في غيره لو أبرزت الدعوى باشتغال الذمة بالزائد وإنكاره ، أما لو أبرزت في تشخيص سبب الشغل بحيث يكون الاستحقاق تبعياً ، فقد يمنع تقديم قول المشتري فيه ضرورة كون كل منهما مدعياً ومنكراً ، ففي المقام مثلاً يدعى البائع أن ما وقع ثمناً في عقد البيع المخصوص مائة والمشتري خمسون ، فزاعهما في تشخيص العقد المشخص في الواقع ، ولاريب في كون كل منهما مدعياً فيه ومنكراً ، ولعله لذا احتمل التحالف الفاضل في كثير من كتبه ، بل عن ولده أنه صححه ، والشهيد الأول اختاره في قواعده ، وإن نسبته في دروسه إلى الندرة .

بل مال إليه هنا في جامع المقاصد قال ما حاصله : إن البائع لما لم يكن إعترافه بالملك مطلقاً ، بل كان على وجه إن ثبت ، ثبت به الثمن المخصوص ، كان منكراً لما يدعيه المشتري أيضاً ، ومدعياً عليه ثمناً مخصوصاً بإقتضاه عقد آخر ، والمشتري ينكره ويدعي عليه ثمناً مخصوصاً بإقتضاه عقد آخر ، فلا قدر مشترك بينهما محقق قد اتفقا عليه ، كي تتوجه الدعوى حينئذ إلى الزائد عليه وينتفي التحالف الذي ضابطه تنافي الدعويين ، وجمع الدعويين ؛ وإثبات ما اتفقا عليه وأقر به المشتري للبائع ، فيبقى الزائد الذي ينكره المشتري فيقدم قوله بيمينه - لا وجه له ؛ بعدما عرفت من تشخيص كل من الدعويين بما ينافي الأخرى ، وصيرورتهما بمنزلة دعوى كل منهما عقداً غير عقد الآخر التي لاريب في التحالف فيها ، كما لو قال المالك : آجر لك العين ، فأنكر الآخر وقال بعينها أو بالعكس ، ولا وجه لا احتمال كون القول قول منكراً دخول ملك العين لاتفاقهما على ملك المنفعة ، فيكون النزاع في الزائد ، فالقول قول منكراً كما لا يخفى ،

ومن ذلك يعلم أن الوجه التحالف فيما لو قال : وهبتي ، فقال : بل بعته بألف ، كما جزم به في التذكرة ، وإن كان في القواعد احتمله وتقديم قول مدعى الهبة مع اليمين ، وفي جامع المقاصد لا ريب في أرجحية التحالف ، إلا أن المتجه طرده في جميع المسائل أي التي منها ما في .

المسألة (الثانية) : وهي ما لو اختلفا في تأخير الثمن وتعجيله ، أو في قدر الاجل ، أو في اشتراطه الرهن من البايع على الدرك أو ضمن عنه ، فإن الجميع متحدة في المدرك إلا أن المصنف وغيره حكموا ﴿ ف ﴾ ﴿ فيها بأن ﴾ القول قول البايع مع يمينه ﴿ وقد عرفت اختلاف إبراز الدعوى ، فقد تبرز على وجه التحالف ، أو إنكار البايع أو المشتري ، فتأمل جيداً .

بل قديقال : إن القول قول مدعى الأقل على أي حال أبرزت الدعوى ، إذا كان المراد اشتغال الذمة بالاكتر ، ضرورة أن أقصاه الاختلاف في السببين ، أي السبب الموجب للأقل ، والسبب الموجب للاكتر ، ولا ريب في موافقة الأصل للأول ، فيكون هو المنكر ومن هنا أفتى به الأصحاب من غير خلاف يعتد به في سائر المقامات ، حتى في الجنايات الموجبة للمال ، لو وقع النزاع في السبب الموجب للأقل منها أو الاكتر فلا حظ وتأمل فإن ذلك هو التحقيق في المسألة ، بل هو الذي يوافق صدق المدعى فيها عرفاً .

وكيف كان فمحل البحث وثمرته في أصل المسألة إنما هو إذا لم ينفسخ العقد ضرورة ، أنه معه - بإقالة أو فسخ بأحد وجوهه أو بتلف قبل القبض - لا يظهر للنزاع ثمرة إن لم يكن البايع قبض الثمن ، بل وإن كان قد قبضه إذ هو حينئذ كالدين في ذمته أو الأمانة عنده ، فيقدم قوله في قدره فيه بلا خلاف أجده هنا ، وإن كان يمكن فرض صورة للنزاع بحيث تأتي الوجوه السابقة أو بعضها ، إلا أنها خارجة عن البحث ، كخروج فرض النزاع في تعيين الثمن أنه العبد أو الجارية عنه أيضاً ضرورة تعيين التحالف فيه ، بل لفظ القدر ونحوه في النص (١) و الفتوى ظاهر في خلافه ، ومن هنا خص بعضهم

محل البحث بما إذا كان في الذمة، وإن كان قد يناقش فيه بأعمية ذلك من المطلوب، إذ يمكن فرضه في الذمة مع وقوع الاختلاف في تعيينه، بحيث يتعين التحالف فيه، وبأنه يمكن فرضه في المعين أيضاً مع فرض الاختلاف في القدر، كما لو قال بعثك بهذين الدينارين أو الثوبين مثلاً، فقال: بل بأحدهما معينا، فإن الحكم فيه كالذمة في جريان ماسمعت ومنه يظهر رجوع تفصيل المختلف إلى ما في التذكرة كما عرفت فلاحظ وتأمل،

لكن الانصاف أن المتجه في هذا الفرض ما تقتضيه الأصول، لبعده اندراجاً في المنساق من النص والفتوى، كما أن المنساق منهما أيضاً اعتبار قيام العين في يد المشتري في تقديم قول البايع، فلما انتقلت عنه انتقالاً لازماً كالعتق والبيع والوقف ونحوها، لم يكن القول قوله، ضرورة كون المفهوم حينئذ بناء على ما ذكرنا عدم اعتبار قوله إذا لم تكن العين قائمة في يد المشتري؛ فيندرج فيه الفرض لذلك، لا لأن الانتقال اللازم تلف حكمي، حتى يرد عليه منع كونه كذلك، وإن من الجائز كون العلة، التلف الحقيقي الذي يمتنع معه الرجوع إلى العين في اعتبار ما يدعيه؛ من أن الحكم إنما تعلق في تقديم قول البايع على قيام العين من غير اعتبار بالعلة، وهو متحقق مع انتقالها عن ملكه بأي وجه فرض.

لكن قد عرفت اندفاع ذلك كله، بناء على ما ذكرنا، بل منه يظهر الحال في غير اللازم من الانتقال كالبيع في زمن الخيار ونحوه نعم لو كان قد فسخ قبل التنازع إتجه حينئذ تقديم قول البايع، لصدق القيام في يده، أمام عدمه فالمتجه ما ذكرناه إقتصاراً على المتيقن فيما خالف الأصل، ولذا كان المتجه كما في المسالك فيما لو تلف بعض المبيع تنزيله منزلة تلف المجموع، لا بقاؤه، ولا إلحاق كل جزء بأصله، ويؤيده عدم صدق قيام عين المبيع الذي هو مناط تقديم قول البايع.

ولو امتزج المبيع بغيره فإن بقي التميز، فعينه قائمة، وإن لم يتميز ففي المسالك احتمال بقاؤه كذلك لأنه موجود في نفسه، وإنما عرض له عدم التميز من

غيره ، والمفهوم من قيام عينه وجوده ، خصوصا عند من جعل التلف في مقابلته ، فإنه ليس بتالف قطعاً ، وفيه أن المنساق من القيام غيره مما يظهر عينه للحس ويمكن إرجاعه ، فالمتجه الاقتصار عليه ، هذامع مزجه بجنسه بحيث لا يخرج به إلى حقيقة أخرى ، كالزيت يخلط بمثله ، والنوع الواحد من الحنطة بمثله . أمّا لو خلط بغير جنسه بحيث صار حقيقة أخرى كالزيت يعمل صابوناً ، فإنه حينئذ بمنزلة التالف . والله أعلم .

المسألة الثالثة : لو اختلفا في قدر المبيع فقال البايع : بعثك ثوباً بدرهم مثلاً فقال المشتري : بل ثوبين أو قال البايع : هذا الثوب بكذا ، وقال المشتري : ذلك مع ثوب آخر معين به فقال قول البايع أيضاً لا صلة عدم انتقال غير ما اعترف به ، ولذا كان القول قول المشتري في قلة الثمن ، والبايع في كثرته عند من عرفت لولا الخبر المزبور (١) المفقود في الفرض ؛ والتحقيق إثبات البحث السابق هنا إذ لا نص في المقام يعارض ما يقتضيه الأصل ، فيبقى البحث في تعيين مقضاه من تقديم مدعى الأقل أو التحالف أو غيرهما ، وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً .

نعم هذا إذا كان الاختلاف في المبيع من حيث القدر فـ ﴿ بعثك هذا الثوب ﴾ بكذا فقال المشتري : بل هذا فنادعويان لا قدر مشترك بينهما فيتحالفان على نفي كل من قولهما ويبطل دعواهما لحصول ضابط التحالف ؛ وبترادان ، كما في النبوي (٢) « المتبايعان إذا اختلفا ، تحالفا وترادا » وكذا لو نكلا معا وبتدء باليمين من ادعي عليه أولاً ، كما في المسالك في نحو ذلك ، بل هو مقرب التذكرة ، ونفي عنه البعد في جامع المقاصد ، ولو تساويا في إبراز الدعوى ، فإن قلنا بتقديم من كان على يمين صاحبه ،

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب أحكام العقود الحديث ١-٢

(٢) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٣٣

إتجه ، حينئذ اليمين على الآخر ، وإلا فالقرعة ، لكن في الدروس البادى باليمين من يتفقان عليه فان اختلفا عين الحاكم ، وفي القواعد فسى نحوالمقام إحتمال استحباب تقديم البايع ، والمشتري ، والتساوى فيقرع ، ولعل ما ذكرناه أولى.

وعلى كل حال فالظاهر أن اليمين على النفي لاجامعة بينه وبين الاثبات ، وإن احتمله في القواعد، ووجهه بأنه أفضل للحكم وأسهل للحاكم ، إذ قد ينكل أحدهما فيغنى عن ردها تلك اليمين ، مضافا إلى ماورد من النهى عن تكرارها (٢) وفيه ان يمين الاثبات بعد النكول فلا تتقدم عليه كي تجدى في السقوط عند التوجه ،

و على كل حال فاذا حلفا سقطت الدعويان عندنا كما في التذكرة قال : « كما لو ادعى على الغير بيع شيء أو شرائه ، فأنكر وحلف ، سقطت الدعوى ، و كان الملك باقيا على حاله ، ولم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه ، ومن ذلك نسب إليه في المسالك القول بالبطلان من الاصل بعد التحالف ، وأنه ينزل البيع منزلة المعدوم ، خلاف ما اختاره في القواعد والدروس ، من أنه حين التحالف ، أو الفسخ ، لا من الاصل . وكيف كان فيشكك باتفاقهم على وقوع عقد ناقل للثمن أو المثلث ، وإن اختلفا في تعيين الاخر منهما ، ومن هنا إتجه جعل البطلان من الحين في المتفق عليه ثمنا أو مثمنا ، وأما المختلف فيه منهما فالمتجه فيه ما ذكره من البقاء على الملك وحينئذ فكل من إطلاقه في التذكرة والقواعد غير جيد ، وتظهر فائدة القولين في النماء ، و فيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين بعقد لازم كالبيع وشبهه ، أو الخروج عن الملك بعق أو وقف ونحوهما ، فعلى الاول يبطل العقود وغيرها ، ويرجع العين إلى صاحبها ، وبه قطع في التذكرة تفريعا على أصله ، وعلى الثاني يرجع إلى القيمة يوم الانتقال ، وبه قطع في القواعد تفريعا على أصله ، وأما التلف فيرجع معه بالقيمة .

وعلى كل حال ولعل الذي ألجأ الفاضل في التذكرة إلى ذلك ، هو تلازم حال

التمن والمتمن ، فإذا فرض أن أحدهما باق على حكم الملك ، كان الآخر كذلك ، ويدفعه جواز اختلافهما فى الحكم الظاهرى ، وإن تلازما فى الحكم الواقعى ، وكيف كان فالمراد من البطلان من الأصل أو من الحين ، هو جريان حكم ذلك عليه ، وأنه يكون حينئذ بمنزله مالم يجز عليه العقد ، لأنه كذلك حقيقة ، ولكن قال فى المسالك بعد البحث فى ذلك : « الظاهر أن العقد يبطل بمجرد التحالف وإن لم يفسخه فاسخ و به قطع فى التذكرة محتجا بما تقدم ، من أن يمين كل منهما يسقط دعوى الآخر ، فيكون الملك باقيا على حاله ، ولم يحكم بثبوت عقد ، حتى يحكم بانفساخه وهذا على القول ببطلانه من أصله ، وأما على القول ببطلانه من حينه ، فالظاهر أنه كذلك ، لانتفاء دعوى كل منهما بيمين صاحبه ، فينفسخ حينئذ ، ولأن إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر ، وعلى وفق أحدهما تحكم ، وهو ظاهر فتوى القواعد قلت : ذلك كله لا يقتضى الانفساخ باطنا للعقد اللازم الذى أقرابه و توافقا عليه ، و تعذر تسليم الثمن أو المتمن ظاهرا أخيرا لا يقتضى به .

نعم قديقال : بتسلط المحقق منهما على الخيار فى وجه تسمعه إنشاء الله تعالى ومما يؤيد ذلك ما ذكر فى التذكرة وغيرها قال فيما نحن فيه : « إذا حلف البايع على نفى ما يدعيه المشتري بقى على ملكه ، فإن كان فى يده ، وإلا انتزعه من المشتري ، وإذا حلف المشتري على نفى ما يدعيه البايع ، و كان الثوب فى يده ، لم يكن للبائع مطالبة به لانه لا يدعيه ، و إن كان فى يد البايع لم يكن له التصرف فيه ، لانه معترف بانه للمشتري ، وله ثمنه فى ذمته فإن كان قد قبض الثمن رده على المشتري وله أخذ الثوب قصاصاً ، كما أن له ذلك أيضاً إذا لم يكن قد قبض الثمن ، فإن زادت قيمته فهو مال لا يدعيه أحد ، و هو كالصريح فى خلاف ذلك كله ، ضرورة أنه لا وجه للمقاصة مع فرض الانفساخ ، وظاهر الدروس التردد ، فى ذلك ، كالمحكى عن الشافعى قال : « إذا حلفا أو نكلا إحتمل أن ينفسخ العقد إن إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر ، وعلى وفق أحدهما تحكم ، أى فيكون ذلك بمنزلة عدم وقوع البيع على أحدهما واقعاً ، تنزيلاً للظاهر منزلة الواقع ، كما هو مقتضى

قوله عَلَيْهِ السَّلَام «ترادا»، و يحتمل أن يتزلزل فيفسخه المتعاقدان أو أحدهما أو يرضى أحدهما بدعوى الآخر، أو يفسخه الحاكم إذا يئس من توافقهما وامتنعا من فسخه، لثلاً يطول النزاع» إلى أن قال: «ثم إن توافقا على الفسخ، أو فسخه الحاكم، إنفسخ ظاهراً وباطناً، وإن بدر أحدهما فإن كان المحق فكذلك، وإلا إنفسخ ظاهراً» قلت: لا ريب أن المتجه على مقتضى الضوابط الشرعية عدم الانفساخ بالتحالف بل ولا يتسلط الحاكم على ذلك. نعم إن توافقا عليه، وإلا فالظاهر إحصار الخيار في المحق على إشكال في بعض الاحوال؛ وهو حال ما بعد القبض، بل قديقوى عدمه. فيتجه حينئذ المقاصة على احكامها، هذا كله بحسب الواقع، والافالحكم الظاهري قد عرفت الحال فيه.

نعم قديقال: إن للغير التصرف في كل من الثوبين مثلاً وشرائهما، بل والتمن الذي يرجع إلى المشتري منهما أيضاً وإن علم أن الواقع ينافي ذلك، إلا أن الظاهر عدم اعتبار مثل هذا العلم في المنع عن العمل بما يقتضيه الحكم في الظاهر، وله نظائر كثيرة في الفقه، منها - العين المقسومة بين اثنين، لتعارض البينتين مثلاً. بل ومع العلم بأنها لواحد منهما، إذا لم نقل بالقرعة، فإن للغير شراء الجميع من كل واحد منهما وإن علم أن أحدهما غير مالك للنصف، إجراء للحكم الظاهري، بل إن لم يكن إجماع جرى مثله في النكاح لو فرض التداعي بين السيد مثلاً وآخر في تزويج أمته، فقال السيد: هذه وقال الآخر: بل هذه، وتحالفاً، فإن للغير التزويج بهما، وإن علم أن إحداهما ذات زوج عملاً بالحكم الظاهري.

وكيف كان فلا ينبغي منع كل واحد منهما من التصرف فيما وصل إليه بعد التنازع. وإن تردد فيه في الدروس من قيام الملك وتوقع زواله، فهو كالأرائل قال: «وأولى بعدم الجواز بعد التحالف، لتأكد سبب الزوال» وفيه ما عرفت، اللهم إلا أن يريد بحسب ظاهر الحال؛ وقلنا: بعدم الحاجة إلى حكم الحاكم بعد التحالف وإلا فلو تصرف المحق منهما فيما له على وجه لا يكون فيه هتك للحكم الظاهري، أمكن القول بالجواز، للعمومات التي لا ينافيها ذهب اليمين بما فيها في الظاهر.

نعم لو قلنا بالانفساخ منعاً قطعاً ، كما أنه مما قد منا يظهر لك الحال فيما ذكره فيها أيضاً من أنه لو تحالفا بعد هلاك العين ، ضمن مثلها أو قيمتها يوم الهلاك على الأقرب ولو عابت فأرسلها ، ولو أبق فالقيمة للحيلولة ، ثم يتراد أن إذا عاد ، وإن رهن أو أجر أو كوتب فالعقد باقية ، وينتقل إلى القيمة في الكتابة ، وفي الرهن والاجارة وجهان ، مبنيان على الحمل على الكتابة ، أو الأباق ، ولو رضى صاحب العين بتأخير الأخذ إلى فك الرهن ، أو فراغ الاجارة ، احتمل إجابته إن تسلم العين أو أسقط الضمان وجوزناه و الالم يجب وفي المسالك « أنه لو وجد العين أى التي وقع التحالف على ثمنها مستأجرة أو مرهونة ، انتظر انقضاء المدّة أو الفك ، وفي تخيره بينه وبين القيمة معجلة ، وجه « و في القواعد « لو كان المبيع أى الذى اختلف فى ثمنه تالفا وجبت القيمة عند التحالف يوم التلف ، ويحتمل يوم القبض ، ولو تلف بعضه أو تعيب ، أو كاتبه المشتري أو رهنه أو أبق أو أجره ، رجع بقيمة التالف وأرسل المعيب بقيمة المكاتب والمرهون والآبق والمستأجر ، وللبايع استرجاع المستأجر ، لكنه يترك عند المستأجر مدّة الاجارة والاجرة المسماة للمشتري ، وعليه أجره المثل للبايع ، ولو زالت الموانع - بأن عاد الآبق أو فك أو بطلت الكتابة بعد دفع القيمة ، - فالأقرب عود ملك البايع إلى العين ، فيسترد المشتري القيمة « وبعض ما ذكره لا يخلو من بحث ، كما أن ما ذكره فيها من أنه لو اختلفا في قيمة التالف بعد التحالف رجعا إلى قيمة مثله موصوفاً بصفاته ، فإن اختلفا في الصفة قدم قول المشتري مع يمينه ، أى إن كان هو المنكر كذلك أيضاً ؛ بل فى المسالك « أنه قد أغرب فى ذلك وهو بأصول العامة أليق ، نظرا إلى أن الوصف تفيد أهل الخبرة الظن بالقيمة ، فيكون مناسباً لرفع النزاع »

قلت : لا ريب أن المتجه على أصولنا كما فى الغصب وغيره تقديم منكر الزيادة ، لعموم قوله « واليمين على من أنكر » (١) ولأن للاعيان خصوصيات لا تعرف إلا بالمشاهدة ،

ولانفى الاوصاف بالقيمة كما هو واضح .

ثم إن الظاهر جريان التحالف فى زمن الخيار المشترك ، واحتمل فى الدروس عدمه ، لانهما يملكان الفسخ ، لكن إستوجه الاول مالم يفسخ أحدهما ، قال : «و الغرض من اليمين نكول الكاذب ، ودوام العقد باحلاف الصادق ، فان حلفا فالفسخ أمر ضروري ، شرع لتعذر إمضاء العقد ، وعليه يتفرع التحالف فى المضاربة ، ويجرى التحالف فى سائر العقود الجارية على هذا النمط ، وتنقيح هذه المباحث محتاج إلى إطناب تام . فلعل الله يوفق له »

﴿ولو اختلف ورثة البايع وورثة المشتري﴾ فى القدر ﴿كان القول : قول ورثة البايع فى المبيع وورثة المشتري فى الثمن﴾ وإن كانت عين المبيع قائمة لما عرفت من كون القول : قول مدعى الأقل فى الثمن والمثمن ، خرج من ذلك للنص (١) والفتوى صورة ما لو كان النزاع بين البايع نفسه والمشتري كذلك مع قيام عين المبيع ، دون غيرها من الصور التى منها محل البحث ، حتى صورة النزاع بين أحدهما ووارث الآخر ، ودعوى أن كل ما كان للمورث ينتقل للمورث مسلمة فى المال والحقوق التى تنتقل ، بخلاف محل الفرض الذى هو من الاحكام لامن الحقوق ، فما عن جماعة من أن حكم الوارث حكم المورث مطلقا فى غير محله ، وإن استحسنه فى المسالك . والله العالم .

المسألة ﴿الرابعة : إذا قال﴾ البايع مثلاً : ﴿بعثك﴾ مالى ﴿بعبد﴾ وشبهه مما يصح ثمننا ﴿فقال﴾ المشتري : ﴿بل بحرّ او﴾ قال : ﴿بخلّ فقال : بل بخمر﴾ او نحو ذلك مما لا يصح ثمننا ﴿او قال﴾ البايع مثلاً : ﴿فسخت قبل التفرق وانكر الآخر ، فالقول : قول من يدعى صحة العقد﴾ وبقاؤها ﴿بيمينه﴾ للاصل : بمعنى الظاهر ، او القاعدة ، او الاستصحاب ؛ ﴿و﴾ حينئذ فيكون ﴿على الآخر البيّنة﴾ بلا خلاف معتد به اجده ، لكن فى الكفاية فيه نظر ، ولعله لاعمية أصالة الصحة من كون المبيع عبداً ، و

ج ٢٣ (في أنه إذا اختلفا في صحة العقد وبطلانه فالقول قول من يدعي صحته) - ١٩٥ -

لا صلة عدم العقد الصحيح ، فيكون كإنكار البيع ، ولأن أصالة صحة العقد إنما هي بعد استكمال أركان العقد ليتحقق وجوده ، أمّا قبلها فلا وجود له ، والشك في المثال إنما هو في المعقود عليه الذي هو أحداً كان العقد ، وفيه إن ذلك من توابع العقد الصحيح الذي شخصه الأصل في المقام ، فهو في الحقيقة من لوازم خصوص هذا العقد من البيع ، لا مطلق عقده ، ومن الواضح الفرق بين المقام المعلوم وقوع العقد فيه ، و بين إنكار البيع فلا يقاس أحدهما على الآخر والعقد للأعم من الصحيح والفساد ، فتحققه لا يتوقف صدقه على كون المعقود عليه مما يصح العقد عليه ، وإنما يتوقف عليه الصحيح منه لأصله ، فمع التنازع فيه كما في المثال لا إشكال في جريانها كما هو واضح بأدنى تأمل .

ومن ذلك يعلم ما في الحواشي المنسوبة للشهيد على القواعد قال في الشرح نحو المتن : « هذا مخالف لما قاله الأصحاب والمصنف ، من قبول قول المشتري في مثل ذلك وإنما هذا من فروع المخالفين ، حتى لو أراد دعوى الفسخ ؛ إذا الفاضل والمصنف وغيره قد موافق منكره للأصل ، وإن كان قد احتمل في القواعد في بحث خيار المجلس تقديم قوله ، لأنه أعرف بنيته ، ولا ريب في ضعفه بعد حمل النية في كلامه على الفعل ، بقرينة وضوح عدم مدخلية النية » .

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت نعم قد يتجه تقديم مدعي الفساد لو كان الاختلاف في حرية المعين ثمناً أو مئناً ورقية ، ولم يكن سبيلاً إلى معرفتها ، فإن أصل الصحة لا يخص الرقية هنا قطعاً ، وكذلك الخلية والخمرية ، فيبقى أصل عدم النقل وأصل البرائة معاضداً لمدعي الفساد ، فيكون القول : قوله بيمينه ، ولعل هذا هو مراد نازي الشهيدين في مسأله ، قال : « وربما يستشكل الحكم مع التعيين ، كبعثك بهذا العبد ، فيقول : بل بهذا الحر ، فإن منكر نقل العبد إن كان هو المشتري فهو ينفي ثبوت الثمن في ذمته وإن كان هو البائع فهو ينفي إنتقال عبده عنه ، فالأصل معهما في الموضعين ،

ولأنه يرجع إلى إنكار البيع ، فيقدم قول منكره .

نعم لو لم يعينافي صورتين توجه ماذكر وإن كان لا يخلو من بعد ، إلا أنه أولى من حمله على إرادة الفرقين الكلي والمعين ، ولزمع اختلاف المتبايعين فيه ، بأن قال البايع مثلاً : بعثك بهذا العبد مشيراً إلى معلوم العبودية ، وقال المشتري : بل بهذا الحر مشيراً أيضاً إلى معلوم الحرية ، لعدم ما يصلح فارقاً كما هو واضح بأدنى تأمل .

ولو قال البايع مثلاً : بعثك وأنا صبي . فأنكر المشتري وقال : بعثني وأنت بالغ ففي القواعد « احتمل تقديم قول مدعي الصحة مع يمينه ، وتقديم قول البايع ، لأصالة البقاء » ثم قال : « ولو قال : كنت مجنوناً ولم أعلم له سبقه ، قدم قول المشتري بيمينه والا فكالصبي » وظاهره التوقف ، كالتذكرة والتحرير ، والدروس في المقام والإقرار ، وإقرار جامع المقاصد بل في إقرار الثاني « أن الصبي يحلف » لكن في الجامع هنا « أن الإحتمال الثاني في غاية الضعف ، لأن أصالة البقاء مندفعة بالاقرار بالبيع المحمول على البيع الصحيح شرعاً ، فإن صحته تقتضي عدم بقاء الصبوة فلا يعد معارضاً ، كما لا يعد إحتمال الفساد معارضاً لأصالة الصحة في مطلق الإقرار بوقوع عقد البيع ، فإن قلت : أصلاً قد تعارضاً ، للقطع بثبوت وصف الصبوة سابقاً قلت : قد انقطع هذا الأصل بالإعتراف بصور البيع المحمول على الصحيح ، كما يحكم بانقطاع أصالة بقاء ملك البايع ، بالإعتراف بصور البيع لو اختلفا في صحته وفساده ، ولو ثبت في هذه المسألة تعارض الأصلين ، لثبت تعارضهما فيما لو قال : تباعنا ، وادعى أحدهما الفساد ، والفرق غير واضح ، وكون الصبوة مستمرة لا دخل له في الفرق » ثم قال في شرح قوله ولو قال : كنت مجنوناً إلى آخره : « أي فيجىء فيه إحتمال تقدم جانب الصحة ، لأنها الأصل ، والفساد لأصالة بقاء مقتضيه ، وليس بشيء » لا نقطاع هذا الأصل كما قررناه في المسألة السابقة .

قلت : هو مناف لما ذكره في شرح قول الفاضل في باب الضمان ، لا يصح ضمان

ج ٢٣ (في انه لو اختلفا في صحة العقد وبطلانه فالقول قول من يدعي صحته) - ١٩٧.

الصبي وإن أذن له الولي ، فإن اختلفا قدم قول الضامن ، لأصالة براءة الذمة وعدم البلوغ ، وليس لمدعي الأهلية أصل يستند إليه ، ولا ظاهر يرجع إليه ، بخلاف ما لو ادعى شرطاً فاسداً ، وكذا البحث فيمن عرفت له حالة جنون ، قال : أي « فإن اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان حال الصبا أو حال الكمال . قدم قول الضامن في أنه كان صبياً وقت الضمان ، لأن الأصل براءة الذمة ، فيستصحب ، وكذا أصل عدم البلوغ ، وليس لمدعي أهلية الضمان حال وقوعه أصل يستند إليه ، ولا ظاهر يرجع إليه يكون معارضاً للأصلين السابقين ، فإن قيل : له أصالة الصحة في العقود ، وظاهر حال العاقد الآخر أنه لا يتصرف باطلا قلت : الأصل في العقود الصحة بعد استكمال أركانها ، ليتحقق وجود العقد ، أم قبله فلا وجود للعقد ، فلو اختلفا في كون المعقود عليه هو الحر أو العبد ، حلف منكر وقوع العقد على العبد ، وكذا الظاهر إنما يثبت مع الاستكمال المذكور ؛ واعترف شيخنا الشهيد في حواشيه بوجود أصالة الصحة في العقود ، لكن بمعارضة أصالة الصبي يتساقطان ، ويبقى أصل البراءة سليماً عن المعارض ، فكان له الأصل له ، وها ذكرناه أثبت »

ثم إنه في شرح قوله بخلاف إلى آخره قال : « لأن الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلاً ، وحيث كان المتعاقدان كاملين تحقق الظاهر المذكور . وأصالة صحة العقود » وشرح قوله وكذا البحث إلى آخره « أي ما سبق في الاختلاف في وقوع الضمان حال الصبا والبلوغ أت فيما عرفت له حال جنون بعين ما ذكر ، لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد في يوم الجمعة وكان فيه كاملاً ، وفي يوم الخميس قبله وكان بائناً فاقهما صبياً أو مجنوناً ؛ فهل هو كما سبق ؟ أو يحتمل بأصالة عدم التقدم ، كل ممكن » انتهى وهو كما ترى .

والتحقيق عدم الفرق بين البيع والضمان في تقديم مدعي الصحة ، لأصالتها القاطعة بجميع هذه الأصول ، بل هو كذلك وإن لم يعترف بأنه باع ثم ادعى أنه كان صبياً ، ويكفي ثبوت أصل الفعل فيه ولو بينة ، ثم يصححه الأصل ،

ومن الغريب دعوى تخصيصه أصالة الصحة بما بعد استكمال الأركان التي منها المعقود عليه ، مع أنه لم يعرف خلاف في أن القول : قول مدعي الصحة فيما لو تنازع المتعاقدان الكمالان في وقوع العقد على ما يصح ، أو ما لا يصح ، وقد كان ما هو فيه من تقديم قول الصبي في مسألة الضمان مستغنياً عن هذا الدعوى ، وكان يكفي فيه دعوى عدم تحقق موضوع أصالة الصحة ، وهو فعل المسلم الكامل ، وإن كان يدفعه منع كون الموضوع ذلك ، بل الأصل في الفعل نفسه الصحة ، وإنما يمنع منها عدم الكمال فمع عدم تحققه والفرض وقوع الفعل ؛ يحكم بصحته حتى يتبين خلافه ، إلا أنه لا يخلو من نظر فتأمل جيداً.

﴿ النظر الخامس : في الشروط ﴾

المذكورة في متن العقد دون ما بعده بل وما قبله ، إذ لم يكن بناء العقد عليه إلا فالصحة فيه قوية جداً ، وعلى كل حال فالمراد بها المرسومة فيه زائداً على الثمن و المضمن على وجه الالتزام ، دون التعليق الذي لإشكال في البطلان معه وإن كان بلفظ الشرط ، من غير فرق بين كون المعلق عليه محقق الوقوع في مستقبل الأزمنة أولاً ، لالأنه ينافي قصد إنشاء النقل والانتقال والرضا بهما لا مكان منعه ، خصوصاً بعدم مشروعية التدبير والنذر ونحوهما من الانشاء المعلق بل لانه مناف لما هو المعلوم من الشرع من تسبب هذه الصيغ وترتب الآثار عليها بمجرد تمامها ، فالتعليق المقتضى لتأخر الآثار ، وعدم إعمال السبب مقتضاه مناف لذلك .

ومنه يعلم أنه لا يقدح صورة التعليق بعد العلم بإرادة الالتزام منها ، لاحقيقته المنافيه لما عرفت ، بل ولا يقدح منه ما كان نحو بيعتك إذا كانت الشمس طالعة مع

في انه كل شرط لم يكن مؤديا إلى جهالة المبيع أو الثمن ولا مخالفا للكتاب والسنة فهو جائز ١٩٩

العلم بالطلوع ، وإن كان هو ظاهر بعضهم ، لكونه تعليقا في الظاهر والشك في السببية معه ، إلا أنه كما ترى . نعم لا يبعد البطلان مع الشك ، لاقتضائه توقف عمل السبب بعد تمامه على غيره مما لا مدخلية له في تسببيه مع احتمال الصحة لكون التعليق فيه للعلم بترتب الاثر ، لا للاثر نفسه ، فتأمل جيدا .

ولا خلاف كما لا إشكال في قبول عقد البيع وغيره من العقود اللازمة ، الشرائط في الجملة ، والنصوص مستفيضة فيه أو متواترة (١) بل لعل إطلاق الامر بالوفاء بالعقود (٢) « والتجارة عن تراض » (٣) كاف إلا أن منها ما ليس بسايع ، ومنها ما هو سايع * وضابطه * كما في القواعد والمعدة والروضة وغيرها ، بل عن أبي العباس نسبتها إلى علمائنا ، * ما لم يكن مؤديا إلى جهالة المبيع أو الثمن * كاشتراط تأجيل أحدهما مدة مجهولة * ولا مخالفا للكتاب والسنة * ضرورة وضوح بطلان الثاني ، وكذا الأول بعد ما عرفت من اعتبار المعلومية فيهما ، بل هو مندرج في الثاني ، ولذا إقتصر في النصوص على استثنائه في الصحيح (٤) « المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله تعالى فلا يجوز » و آخر (٥) « من اشترط مخالفا لكتاب الله عز وجل فلا يجوز على الذي اشترط عليه المسلمون عند شروطهم فيما يوافق كتاب الله عز وجل » والخبر (٦) « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما »

لكن يظهر من جماعة منهم الفاضل في القواعد أن من المخالف للمشروع إشتراط ما ينافي بمقتضى العقد ، كشرط عدم البيع أو الهبة أو العتق أو الوطي أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ، أو نحو ذلك ، بل في الغنية من الشروط الفاسدة بلا خلاف ،

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار والباب ١٥ من أبواب الحيوان والباب ٤ من أبواب

المكاتب وغيرها .

(٢) سورة المائدة الآية ١

(٣) سورة النساء الآية ٢٩

(٤) (٥) (٦) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢-١-٥

أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد ، مثل أن لا يقبض المبيع ولا ينتفع به .
وعن جماعة أن ضابط المنافي كل ما يقتضى عدم ترتب الاثر الذى جعل الشارع
العقد من حيث هو ويقتضيه ورثته ، وقد يشكل باشتراط عدم الانتفاع بالمبيع مثلاً
زماناً معيناً ؛ فإن مقتضى إطلاق العقد إطلاق التصرف فى كل وقت ، وباشتراط
إسقاط خيار المجلس والحيوان ، وما أشبه ذلك مما أجمع على صحة إشتراطه كما فى
المسالك ؛ واحتمال إرادة مالم يجعل العقد إلا لاجله من المقتضى كانتقال العوضين
فى البيع الذى هو الاثر الحقيقى له ، ينافى منع إشتراط عدم البيع ونحوه مما
سمعت منعه ، لأنه مناف .

ومن هنا قال فى جامع المقاصد « الحاسم لمادة الاشكال أن الشروط على أقسام ،
منها - ما انعقد الإجماع على حكمه من صحة وفساد ، فلا عدول عنه ، ومنها - ما وضح
فيه المنافاة للمقتضى ، كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع ، أو وضح مقابله ، ولا
كلام فى إتباع ما وضح ، ومنها - ما ليس واحداً من النوعين ، وهو بحسب نظر الفقيه ،
لكن لا يخفى عليك أن ما ذكره غير حاسم ، والاولى الاعراض عن هذه العبارة ، والرجوع
إلى ما سمعته من الكلية المنصوصة التى يندرج فيها جميع ما يشك فى جوازه ،
فيكون ذلك حينئذ هو المدار .

لا يقال : إن فيها إجمالاً أيضاً إذ لا يدري ما المراد بالحلال والحرام ، أهو ما كان
كذلك بأصل الشرع من دون توسط العقد ، أو ما يعم ذلك ؟ فإن أريد الاول ، نافى
ما نصوا عليه من بطلان اشتراط عدم البيع ونحوه ، إذ لا مانع فى الشرع من كون الشيء
مملوكاً ولا يباع أو لا يوهب مثلاً ، وإن أريد الثانى ، ففيه أولاً أنه مناف لما ذكره ، بل
قد عرفت دعوى الإجماع عليه فى المسالك من صحة اشتراط عدم الانتفاع مدة ،
وإسقاط خيار المجلس وإسقاط خيار الحيوان ونحوها مما عرفت ، مضافاً إلى ما سمعته من
النصوص الآتية فى جواز بيع الأمة بشرط عدم البيع والهبة ، المستلزم لحرمتها بعد

الشرط، مع أنهما حلال بواسطة العقد ، بل ظاهر هذا النصوص جواز اشتراط المنع من غيرهما إلا الإلزام خاصة من بينها ، وثانياً المنع من الهبة مثلاً الباطل اشتراطه ، لكونه محرماً ، حلالاً بواسطة العقد ، وإن أريد به بالنسبة إلى العقد المعرّى عن الشرط ، فهو وارد فى كل شرط ، لأنه مخالف لمقتضى العقد الخالي منه ، وإن أريد بالنسبة إلى العقد المتضمن له فهو غير واضح ، لأننا نقول : لا يخفى رجحان إرادة الأول ، لانسحاق حصول صفة الحل والحرمة قبل العقد ذى الشرط منه ، فالمراد بتحريم ما كان حلالاً بأصل الشرع ، أو بالعكس كاشتراط عدم الإرث ممن يرثه أو شرب الخمر أو الزنا ونحوها ، بل التأمل الجيد يقضى بكون المراد بذلك بيان أن الشرط من الملزمات بكل ما هو جائز للمكلف فعله أو تركه ، وأنه ليس مؤسساً للحكم الشرعي ومثبته ، حتى يكون محللاً للحرام أو بالعكس ، فيكون الضابط حينئذ فى السايغ منه ما كان جازماً للمشتراط عليه قبل الإشتراط وإنما أريد بالشرط الإلزام به وغيره ما لم يكن كذلك ، ومقتضى ذلك جواز إشتراط عدم البيع أو الهبة أو الوطى أو نحو ذلك ضرورة أن المشتراط عليه مع قطع النظر عن الشرط ترك ذلك كله .

ألهمم إلا أن ينعقد إجماع على عدم الجواز وهو محل شك ، بل فديقوى الظن بخلافه ، خصوصاً بعد استدلال جماعة على البطلان بالمنافاة لمقتضى العقد الذى هو كما ترى ؛ وخصوصاً بعد أن سئل الصادق عليه السلام فى الصحيحين (١) «عن الشرط فى الأمانة لاتباع ولا توهب فقال : يجوز ذلك غير الميراث ، فإنها تورث ، لأن كل شرط خالف الكتاب باطل» وفى الآخر (٢) «وهو مردود» ونحوهما غيرهما ، وهما مع صراحتيهما بجواز اشتراط عدم البيع والهبة ، قد اشتملا على الاستثناء المشعر بما ذكرنا من تفسير الحلال والحرام .

نعم لا ريب فى بطلان منافي مقتضى العقد بمعنى عوده عليه بالنقص ، كاشتراط عدم الملك فى المبيع ، بل هو عند التأمل راجع إلى الضابط الذى عرفت ، كما أن

البطلان في الشرط العائد إلى جهالة المبيع أو الثمن لإشكال فيه ، بعد النهي عن بيع الغرر (١) الشامل لمحل الفرض قطعاً .

نعم قد يتوقف في بطلان المجهول من الشرط مع الأول إلى العلم اذا لم تكن جهالته مؤدية إلى جهالة الثمن أو المثل ، لعدم دليل الشرطية بلامعارض ، ضرورة اختصاص دليل المنع بغير الشرط ودعوى - إلحاق أحكام المبيع و الثمن له ، لا ندراج كل شرط في اسم كل عقد وقع فيه واضحة المنع ، بعد صحة السلب عنه ، ولا دليل على المساوات في الحكم ، كدعوى استلزام جهالة الشرط ، الجهالة فيهما لأن له مدخلية فيهما ، إذ لا شاهد لها في العرف واللغة والشرع ، ومدخلية التي هي بمنزلة الداعي لا تقتضي ذلك قطعاً ، ولا يندرج بسببها في دليل منع الجهالة في الثمن والمثل كما هو واضح ، فهو حينئذ قسم من الملزمات مستقل برأسه وإن اعتبر في إلزامه وقوعه في ضمن عقد لازم ، ولذا صح " اشتراط ما لا يصح وقوع العقد المشترط فيه عليه ، كاشتراط المنفعة ونحوها في عقد البيع ، والعين في عقد الإجارة و تصفح ما ذكره الأصحاب من صحة اشتراط الرهن والضامن والعقود ونحو ذلك ، مع أن في مطلقها جهالة لا تقتفر في نظيره في البيع .

أما إذا كان جهالة لا تثول إلى العلم ، إتجه البطلان لأنه مثار النزاع ، ولم يعهد نظيره في الشرع بل المعلوم منه خلافه ، بل قد يقال - إن لم يكن إجماع على مثل هذا التسامح في الأول - بعدم الجواز أيضاً ، لأن دليل المنع وهو النهي (٢) عن الغرر في البيع ، شامل لعقد ذي الشرط المفروض فيه الغرر ، وإن لم يصدق على الشرط أنه مبيع أو منه ، أو ثمن أو منه ، ضرورة كون المراد النهي عن الغرر في عقد البيع ، ولو بالنسبة إلى ما فيه من الشرط ، كما هو واضح ، نعم لا يثبت في الشرط الأحكام الثابتة للمبيع مثلاً من حيث كونه كذلك لعدم صدقه عليه ، لا الثابتة للعقد الشامل للمشروط وغيره والله العالم .

﴿ وكيف كان فقد بان لك من ذلك كله أنه لا إشكال في أنه ﴾ يجوز أن يشترط

ما هو سائغ داخل تحت قدرته ، كقصارة الثوب و خياطته ، وحياته إلا أنه بناء على اعتبار المعلومية ، لا بد من بيان الثوب و كيفية الخياطة ﴿و﴾ نحو ذلك مما يرتفع به الجهالة ، كما أنه لا إشكال في أنه لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره ، كبيع الزرع على أن يجعله المشتري أو الله ﴿سنبلا والرطب على أن يجعله تمرا ، ولا بأس باشتراط تبقيته﴾ لدخولها تحت القدرة ، وفي المسالك وغيرها ، وهل يشترط تعيين المدة أم يحال على المتعارف من البلوغ؟ لأنه مضبوط عرفاً كما إذا لم يشترط ، الظاهر الاكتفاء بالثاني ، وإطلاقهم يدل عليه ، قلت : كما أنه يدل على ما ذكرنا من التسامح في الشرط ، وربما فرق بين أخذها شرطاً وعدمه ، فيعتبر ضبط المدة في الأول دون الثاني ، وهو جيد بناء على عدم اعتقاده الجهالة في الشرط ، وعلى أن التبقية عند عدم الاشتراط من دليل آخر ، لا من انصراف إطلاق العقد وإلا كان كالشرط مع إمكان منعه ، ضرورة وضوح الفرق بين ما يستفاد من الانصراف وبينه من الشرط ، في صدق الفرر في عقد البيع ولو بالنسبة إلى ما فيه من الشرط في الثاني ، بخلاف الأول .

وعلى كل حال فالتبقية مقدورة يصح اشتراطها ، ولعل من ذلك اشتراط حصول الأثر المعلوم توقفه على عقد أو إيقاع من دونه ، كاشتراط طلاق الزوجة - وحليته الوطى - من دون صيغتهما ، ضرورة عدم دخول ذلك تحت قدرته ، لكون المرجع فيه الشرع ، بل قد عرفت فيما سبق أن دليل الشرطية لا يفيد إلا أن الشرط من الملزمات للجائز ، كالنذر والعهد ؛ ومقتضاه حينئذ أن كل شيء شك في حكمه شرعاً فضلاً عما علم لم يصح اشتراطه .

نعم كل شيء علم حكمه شرعاً وشك في جوازه اشتراطه كان مقتضى العموم جوازه ، و فرق واضح بين المقامين ، فيجوز اشتراط الصيغة المقتضية للطلاق وحل الوطى ونحوهما ، ويجوز اشتراط الأعمال وإن لم يذكر صيغة ، بل يستحق العمل عليه بنفس الشرط ، لعدم توقف حل استيفائه منه عليها ، إذ لا ريب في جوازه تبرعه به وقبوله منه ، بل ربما

قيل أيضاً بجواز اشتراط ملك عين مخصوصة ، ويملكها بنفس الشرط ، من غير حاجة إلى تحديد عقد الهبة لأنها من العقود الجائزة التي لا يعتبر فيها لفظ مخصوص ، فيكفي حينئذ عبارة الشرطية مع القبول في تحقق أثرها ، كاشتراط الوكالة وغيرها ، إلا أنه قد يشكل حصول الملك قبل القبض ، لاعتباره فيها ، وحينئذ يكون المراد بما في الشرط من الملك ملك أن يملك .

ألهم إلا أن يقال أنها في الفرض كالهبة المعوضة ، بناء على عدم اشتراط الملك فيها بالقبض ، فتأمل جيداً فإن ذلك كله كما ترى ، ضرورة عدم وفاء دليل الشرطية بصحة اشتراط آثار العقود على وجه يلحقه حكم العقد الذي لا يتناول الشرط .

نعم قد يقال : بصحة اشتراط أثر العقد الذي لا دليل على انحصار سببه في العقد الذي هو من أسباب حصوله ، كالملك الذي ليس في الأدلة ما يقتضي انحصار سببه في الهبة ونحوها ، وإن كان الهبة تفيده ، لأنها منحصرة فيها ، فهو حينئذ ملك شرطي ، لا ملك الهبة التي هي اسم للعقد المخصوص ، المعلوم عدم كون الشرط منه ، بل لعل الحرية كذلك أيضاً ، فيصح اشتراطها على وجه يكون هو السبب في حصولها ، وليس ذلك من العتق الذي هو عبارة عن الإيقاع المخصوص ، وحينئذ فالضابط في الأمر الذي يجوز اشتراطه ، هو ما لا دليل على انحصاره في سبب خاص من عقد أو إيقاع ، وإن كان يحصل بهما ، فيشمله حينئذ عموم «المؤمنون» (١) وأما ما دل على انحصاره في السبب المخصوص الذي هو عقد أو إيقاع فلا يصح اشتراطه ؛ للتعارض من وجه ولا ترجيح ، والأصل عدم ترتب الأثر .

وأما اشتراط العقود والإيقاع فلا إشكال فيه ، فيجوز اشتراط البيع والهبة والتزويج والقرض وغيرها ، لكن لو شرط عليه البيع مثلاً من زيد بكذا فلم يقبل زيد

فهل يتسلط من له الشرط على الخيار لعدم الشرط أولاً؟ لأن المراد من هذا الاشتراط ما هو مقدور له ، وهو بذله له بذلك ، والا كان من غير المقدور الذي يبطل اشتراطه - وجهان ينقذ من أولهما أن المدار في غير المقدور الفاسد اشتراطه العرف وتجدد العجز لا يخرج من القدرة ، وإن سلط من له الشرط على الخيار ، نعم يمكن القول بالبطلان ، لو انكشف عدم القدرة عليه حال الاشتراط .

وعلى كل حال فالظاهر عدم خروج المثال بامتناع زيد عن وصف القدرة ، فيصح اشتراطه لذلك مراد به البيع حقيقة لا بذله ، ويتسلط على الخيار مع عدمه ، ولو كان شرط البيع مثلاً في عقد فاسد بجهالة ثمن ونحوه ، فباع المشتري عليه ، فلا ريب في صحة بيعه ، ولزومه مع علمه بالفساد بل الظاهر ذلك وإن لم يعلم ، وإن كان يقوي ثبوت الخيار له ، وقد يحتمل الفساد ، لأنه كدفع ثمن العقد الفاسد ، إذ دفع كل شيء بحسب حاله والأول أقوى ، بل لولا غروره وحصول الغرر ، أمكن القول بعدم الخيار له والله أعلم .

وكيف كان فمن ذلك أي اشتراط الإيقاع في العقد ما نبه المصنف بقوله ﴿ ويجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه ﴾ عن المبتاع بالاختلاف أجده فيه ، كما عن بعضهم الاعتراف به ، بل في المسالك الإجماع عليه ، وعلى صحة اشتراطه غير مقيد به ، كما عن المبسوط والمهذب البارع وإيضاح النافع الإجماع على صحة اشتراط عتقه ، لكن صحريه وبعضهم وظاهر آخرا أن جوازه لذلك ، ولأنه مبني على التغليب الذي منه ومن غيره يعلم عناية الشارع بفك الرقبة بأدنى سبب ، وإلا فهو مناف لمقتضى العقد ، فينبغي بطلانه ، وفيه ما عرفت من أنه لا دليل على البطلان بمثل هذه المناقاة بل ظاهر الأدلة خلافه .

بل في التذكرة يجوز اشتراط عتقه عن البائع عندنا خلافاً للشافعي ، لأنه شرط لا ينافي الكتاب والسنة لكن ظاهره في القواعد عدم الجواز كما هو خيرة الشهيدين في

السدروس والروضة والفاضل المقداد «لأنه لا عتق إلا في ملك» (١) وفيه أنه في الملك لكون المعتقد هو المشتري ، ولادليل على اشتراط ملكية المعتقد عنه على أنه لو سلم فهو اشتراط لا دخاله في ملكه ، ثم عتقه عنه ، و لا بأس به ، بعد إن لم يكن الشرط بيعه عليه الذي قد عرفت منعه فيما تقدم ، لعدم توقف العتق المشتراط عليه ، فالصحة حينئذ أقوى : ولو شرط في عتقه عن المشتري التبرع لزم الشرط ، وكذا المجانية ، أمّا لو شرط عتقه عن كفارة المشتري ، ففي المسالك «صح ، وفائدة الشرط التخصيص لهذا العبد بالاعتاق» قلت : بل فائدته عدم أجزاء العتق تبرعاً عن الشرط إذا كان للبايع غرض بذلك ، ومثله اشتراط العوضية في العتق بالخدمة ونحوها ، فلا -- تجزى المجانية حينئذ ، وإن كان قد يندرج فرض مصلحة للبايع في ذلك ، لغلبة كونها للمشتري ، فله حينئذ إسقاطها وعتقه مجاناً .

ثم إن ظاهر الشرط يقتضي إيقاعه مباشرة إختياراً ، بل في المسالك مجاناً أيضاً ، فلو شرط عليه عوضاً من خدمة وغيره المليات ، وقال : «وحيث يفوت الشرط يتخير البايع بين فسخ البيع والإمضاء ، لكن لو فسخ هنا رجع إلى القيمة ، كالتألف أيضاً ، لبناء العتق على التغليب ، مع احتمال فساده ، لوقوعه على خلاف ماوجب ، و يحتمل ضعيفاً سقوط الشرط هنا ونفوذ العتق » .

قلت : لا ريب في ضعفه إن أراد من الشرط الخدمة ونحوها المشتربة في العتق و كذا إن أراد به شرط البايع بناء على الظهور المزبور نعم يمكن منع ظهور الإطلاق في ذلك ، لصدق تحقق العتق ولو مع الشرط : ثم قال : «وهل يشترط وقوعه من المشتري مباشرة أم يكفي وقوعه مطلقاً ؟ وجهان ، وتظهر القائدة فيما لو باعه بشرط العتق ، فعلى الأول يحتمل بطلان البيع ، لأن شرط العتق مستحق عليه ، فلا يجوز نقله إلى غيره ، وصحته مع تخير البايع ، ثم إن أعق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ ، وقدر كالتألف وإلا أخذه ، وعلى الثاني يصح كما لو أعتقه بوكيله ، والذي يدل عليه الإطلاق والحكم

ج ٢٣ (في أنه لو باع العبد المشروط عليه عتقه تخير البائع بين الفسخ والإمضاء) - ٢٠٧ -

في باقى الشروط أنه لا يقتضى مباشرتها بنفسه إلا مع التعيين ، وهذا الشرط لا يزيد على غيره ، وفيه أولاً - أنه خلاف ما استظهره سابقاً بناء على اتحاد المراد بالمباشرة فى العبارتين ، وثانياً - أنه لا ريب فى ظهور الإطلاق فى المباشرة بالمعنى المزبور ، أى عتقه فى ملكه ولو بوكيله ، فلا يندرج حينئذ فيه المثال المزبور ، وثالثاً - أنه لا وجه لاحتمال البطلان على الأول ، وإن كان هو خيرة محكى التحرير والتذكرة ومهذب البار ، إذ لا ينقص عن بيعه من دون اشتراط العتق الذى صرح هو وغيره فى أنه للبائع إمضاءه .

قال فى القواعد والدروس ومحكى التذكرة وجامع المقاصد و الروضة : أنه لو باع العبد المشروط عليه عتقه ، أو وقفه تخير البائع بين الفسخ والإمضاء ، أى فإن فسخ بطلت هذه العقود ، بل قد يقال : بالصحة حتى مع الفسخ ، فتكون له القيمة حينئذ نحو ما سمعته فى الخيار اللهم إلا أن يقال إن ذلك إذا لم يكن الشرط فى العين المتصرف بها ، أماهى كالعبد المشروط عتقه مثلاً ، فقد يفرق بينهما بين الخيار بتعلق الحق فيه بالعين ، كالرهن بخلافه ، وحينئذ فعلى ذلك يتجه ما فى المسالك من البطلان ، بناء على إرادة عدم النفوذ منه كالرهن ، فتأمل جيداً ، فإنه قد يقال : إنه لا دليل على اقتضاء تعلق حق الشرط بالعين ، عدم تأثير البيع الذى يقتضى الإطلااق صحته وترتب أثره عليه .

نعم باعتبار ثبوت الحق فى العين بعده لاستصحابه ، يتجه تسلط من له الشرط على فسخ التصرف المزبور المنافى لنفوذ الشرط الذى جعل الشارع المؤمن عنده ، وقال : إن شرطه له ، فيفسخه حينئذ ويطالب المشتري بانفاذ شرطه ، كما فى غير من الحقوق السابقة على العقود المتعلقة بها ، كالشفعة وأرض الجناية وتعلق حق الدين بالتركة ونحو ذلك ؛ وبه يرجح حينئذ على ما دل على لزوم التصرف اللاحق الذى حصل فى العين مستحقاً فيها ذلك ، وحينئذ فيتجه بقاء البيع الأول على اللزوم بناء على اعتبار تعذر

الوفاء بالشرط^{في} تزلزله، لا مجرد عدم الوفاء به ، وربما كان ما ذكرناه محتمل عبارة الدروس قال: «ولو أخرجه أي العبد المشترط عتقه ببيع أوهبة أو وقف ، فللبايع فسخ ذلك كله، بناء على كون المراد أن له فسخ هذه التصرفات دون البيع الأول ، وله إمضاءها باسقاط حقه من الشرط .

نعم ظاهر غيره بل صريح بعض أن له فسخ هذه التصرفات بفسخ البيع الأول ، فيترتب عليه فسخها إن لم يسقط حقه من الشرط ، وهو لا يخلو من وجه ، بناء على ثبوت الخيار للبايع في البيع الأول بمجرد عدم وفاء المشتري بالشرط ، وحينئذ فالمتجه كونه مختيراً على الوجهين فتأمل جيداً ، فإن ذلك عين التحقيق في المسألة ، وهو الموافق للقواعد وإن لم أجده محرراً .

من وضح

ورابهاً - لا يخفى ما في قوله : والذي إلى آخره : منع كون الحكم في باقى الشرائط ذلك ، مع إرادة المعنى المزبور من المباشرة نعم هو كذلك بالنسبة إلى مباشرة الوكيل مثلاً فتأمل جيداً .

ثم إن الظاهر جواز عتق المشتري له عن كفارته مع الاطلاق ، لصدق امتثال كل منهما ، ضرورة ظهور إرادة المشترط عتقه كيف ما كان ، فهو كما لو صرح له بذلك إذ لا ريب حينئذ في الجواز ، لكن بنى في المسالك جوازه على أن العتق حق لله تعالى ، لأن فيه معنى القرينة و العبادة أوللبايع لتعليق غرضه به ، ولأن الشروط من جملة العوضين ، أوللعبد لاستلزامه زوال الحجر عنه وتحريره ، أوللجميع لعدم المنافاة بينها ، فيجوز اجتماعها ؛ ثم قال بعد أن جعل الأخير هو التحقيق : «ويتفرع على ذلك المطالبة بالعتق ، فمن كان الحق له ، فله المطالبة به ، وأما عتقه عن الكفارة ، فإن قلنا الحق فيده لله تعالى لم يجز كالمنذور وإن قلنا : إنه للبايع فكذلك إن لم يسقط حقه ، وإن أسقطه جاز ، لسقوط وجوب العتق حينئذ ، وكذا إن قلنا : إنه للعبد ، وعلى ما اخترناه لا يصح مطلقاً ، وشرط العتق مستثنى من الشروط القابلة لاسقاط مستحقها»
الجواهر - ٢٦ -

وفيه أنه لا ريب في كون الحق من حيث الاشتراط للبائع ، وإن كان المشتري من حقوق الله ، كصوم أو صلوة ونحوهما ، ولذا يجري عليه ما يجري على باقي الشرائط كالسلط على الخيار عند عدم الوفاء به ونحوه ، وكون العتق حقاً لله لا ينافي كون اشتراطه حقاً للبائع ، فالأقوى جواز عتقه عن الكفارة مع الإسقاط بل ومع عدمه بناء على ما ذكرناه من ظهور إرادة العتق كيف ما كان ، وكذا لو كان حقاً للعبد وما ذكره أخيراً من أن شرط العتق مستثنى من الشروط القابلة للإسقاط مستحقها وإن تبع به الشهيد في الدروس ، قال فيها : «ولو أسقط البائع الشرط جاز إلا في العتق لتعلق حق العبد وحق الله تعالى به ، لكن فيه نظر واضح ، ضرورة تبعية حق الله والعبد لحق الاشتراط كما عرفت ، وإحبال الأمة ، بل إيلادها لا يمنع من عتقها المشتري ، ويجزى عنه بخلاف التنكيل وإن كان يحصل به العتق ؛ إلا أن للبائع الفسخ والرجوع بالقيمة أو الامضاء والمطالبة بأرض الشرط في وجهه على ما ستعرف .

لكن في القواعد «وفي التنكيل إشكال» ولعله لصدق العتق ، ولا ريب في ضعفه ، ضرورة ظهور الشرط في غيره خصوصاً بعد عدم صحة اشتراطه **لكونه معصية** . نعم لو صرح المشتري بأن المراد حصول الحرية كيف ما كان ، أمكن القول بالاجتزاء ، وإن عصي المشتري عليه باختياره كما هو واضح ، وكسب العبد قبل العتق للمشتري ، كما أن قيمته لو قتل له ، لكن يقوّم مشروط العتق ، كما في التذكرة ، وإن كان فيه نوع تأمل ، بناء على رجوع البائع عليه لو فسخ بقيمته مطلقاً ، لعدم حصول الشرط له ، وبما اقتضاه شرط العتق من النقصان لو أمضى ، ولو أطلق اشتراط العتق من غير تعيين كونه عن المشتري صحّ وحمل عليه بناء على عدم صحته عن البائع ، أما عليها فيحتمل الصحة والاجتزاء بالمسمى حينئذ بناء على عدم قدح مثل هذه الجهالة ، خصوصاً مع علم إرادة المشتري العتق كيف ما كان والإبطال إن لم يعين والله أعلم .

﴿أو﴾ بشرط أن ﴿يدبره﴾ بلا خلاف مطلقاً أو معيناً ، ويتخير الأول بين

المطلق والمقيد ، إلا أنه إذا اختار الثائي ولم يتفق في تلك السنة وجب عليه التدبير ثانيا ، لأن الغرض ترتب العتق ولم يحصل ، واحتمل في المسالك العدم ، للقيام بالشرط المطلق ، ولا ريب في ضعفه كضعف ما فيها أيضاً من احتمال جواز رجوع المشتري في هذا التدبير نظراً إلى أصله ، ضرورة عدم صدق الوفاء بالشرط الظاهر في كون الغرض منه العتق بعد الموت ﴿أو﴾ بشرط أن ﴿يكتبه﴾ بخلاف أيضاً كتابة مطلقة أو مشروطة بقدر أو أجل معلومين ، ولو أطلق تخيير المشتري بين المطلقة و المشروطة ، كما في المسالك ، وهو مؤيد لما ذكرناه من اغتفار نحو هذه الجهالة .

ولو تشاح المشتري والعبد في القدر والأجل ، رجع إلى القيمة السوقية ، ولا يجب على المشتري النقصان عنها ، ولو طلب الزيادة أجبر على القيمة إن أمكن ، والانتخير البايع بين الفسخ والإمضاء ، والظاهر جواز رجوعه في المشروطة عند عجزه ، ضرورة إرادة الكتابة على حكمها من عبارة الشرط ، واحتمل في المسالك العدم ، ولا ريب في ضعفه والله أعلم .

﴿ولو شرط﴾ المشتري ﴿أن لا خسار﴾ عليه وأن يكون تلفه من البايع متى تلف أو إن غصبه غاصب رجع على البايع بالثمن ﴿أو شرط﴾ البايع في الأمة على المشتري ﴿أن لا يعتقها أو لا يبطأها﴾ أو لا يبيعها أو لا يبيعهها ﴿فيل يصح البيع ويبطل الشرط﴾ لكن قد سمعت المعتبرة (١) المتضمنة للجواز في الجملة ، إلا أنه في المحكي عن كشف الرموز ما رأيت أحداً عمل بها ، بل في مفتاح الكرامة أني لم أجد من تأمل أو خالف في بطلان الشروط الخمسة المتأخرة ، إلا الفاضل في التذكرة ، فإنه استشكل في بطلان اشتراط عدم البيع والعتق ، وظاهر النافع التأمل فيهما ، حيث قال : المروي الجواز ، وفي إيضاحه إن الجواز غير بعيد ، لأن بقاء الأمة عند المالك الصالح مطلوب اشتراط بقاء ملكه عليها ، وذلك لا ينافي كما في أم الولد ، ومنذور التصديق

به وهو جيد جداً إن لم يثبت إجماع ، وقد سمعت ما في الرياض من حكايته الجواز عن بعض وميله إليه ، وأما الثلاثة الأول فلاريب في البطلان مع إرادة اثبات الاستحقاق شرعاً بالشرط لما عرفت من أنه ملزم لامتثاله حكم. وسأل عبد الملك بن عتبة الرضا عليه السلام (١) «عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو متاعاً على أنه ليس منه على وضعية هل يستقيم ذلك وكيف يستقيم وما حد ذلك ؟ قال : لا ينبغي» ويمكن إرادة الكراهة منه إذا لم يكن المراد من الشرط ما يرجع إلى إثبات حكم شرعي ؛ و قلنا : بعدم قبح مثل هذه الجهالة فيه بل هذا التعليق ، إلا أن الجميع كما ترى ، ومنه يعلم الحال في الشرطين الأخيرين. وكيف كان فقد عرفت الضابط في الشرائط السائغة وغيرها ، وأنه لا يخرج عنه إلا بدليل كما هو مقتضى عموم قوله عليه السلام (٢) «المؤمنون عند شروطهم» وأن ما طفحت به عباراتهم من البطلان المنافي لمقتضى العقد ، أقصى ما يمكن تسليمه فيه اشتراط أن لا يملك ونحوه مما يعود عليه بالنقص ، وقد يلحق به مثل أن لا يتصرف به أصلاً ، قال في الغنية «من الشروط الفاسدة بلا خلاف أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد ، مثل أن لا يقبض المبيع ولا ينتفع به» وهو جيد إن أراد من الأمرين أمراً واحداً ، أما غيره مما هو في الحقيقة منافي لمقتضى إطلاق العقد لانفسه ، فلم يثبت بطلانه بل الثابت خلافه كما عرفت ، فلاحظ وتأمل .

إنما الكلام في صحة البيع المشتمل على الشرط الفاسد ، وبطلانه ؛ فالأول خيرة لا سكا في والشيخ والقاضي والعجلي وابن سعيد وأبي الأعلى ما حكى عن بعضهم وعن ابن زهرة موافقتهم ، والرياض وفي خصوص الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة ، محتجاً عليه بالإجماع ، وابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض ، كما لو شرط أكل الطعام بعينه أو لبس ثوب ونحوه ، والثاني خيرة الفاضل ولده والشهيدان والعليين وأبي العباس والأردبيلي والخراساني على ما حكى عن بعضهم وافقهم أبو المكارم في خصوص غير المقدور من الشرط ، كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمرأبل قال : «إنه فاسد مفسد بلا خلاف» وظاهر جماعة منهم المصنف التوقف ، وكان الأول لا يخلو من

(١) الوسائل الباب ٣٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ١-٣

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ١-٢

قوة ، للعموم وإجماع الغنية .

و صحيح الحلبي (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام «أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عايشة فأعتقتها ، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقال : إنشأت تقرّ عند زوجها ، وإن شئت فارقته ، وكان مواليها الذين باعوها شرطوا على عائشة أن لهم ولائها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الولاء لمن أعتق » . ومثله صحيحة عيص بن القاسم (٢) مؤيد بن بمارد في النكاح من الأخبار الدالة على صحة عقده وفساد الشرط فيه كصحيحة محمد بن قيس (٣) بل وخبر الوشا (٤) الذي اعترف في المحكي من نهاية المرام بدلالته على عدم فساد العقد بفساد الشرط ، وحمل الصحيحين الأولين على ما عند العامة من بطلان الشرط مطلقاً مع صحة العقد ، يدفعه وقوع الخلاف عندهم في ذلك ، حتى أنه من طريف ما يحكي عن محمد بن سليمان الدهلي (٥) قال : «حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال : دخلت مكة زادها الله شرفاً فرأيت فيها ثلاثة كوفيين ، أحدهم أبو حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، فصرّت إلى أبي حنيفة فقلت : ما تقول فيمن باع بيعاً وشرط شرطاً فقال : البيع فاسد والشرط فاسد فأتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال : البيع جائز والشرط باطل ، فأتيت ابن شبرمة فسألته فقال : البيع والشرط جائزان ، فرجعت إلى أبي حنيفة ، فقلت له : إن صاحبك قد خالفك فقال : لست أدري ما قال ، حدثني عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع وشرط ، فأتيت ابن أبي ليلى فقلت له : إن صاحبك قد خالفك ، فقال ما أدري ما قال ، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت : لما اشتريت بريرة جاريةتي شرط على

(١) الوسائل الباب ٣٧ من أبواب العتق الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ٣٧ من أبواب كتاب العتق الحديث ١

(٣) (٤) الوسائل الباب ٣٨ و ٣٩ من أبواب المهور الحديث ١ - ٢

(٥) المستدرک ج ٢ - ص ٢٧٢ .

مواليها أن أجعل ولائها لهم إذا أعتقتها ، فجاء النبي ﷺ وقال : الولاء لمن أعتق ، فأجاز البيع وأفسد الشرط ، فأتيت ابن شبرمة فقلت له : إن صاحبك قد خالفك ، فقال : لست أدرى ما قال ، حدثني مشعر بن محارب بن زياد عن جابر بن عبد الله قال : ابتاع النبي ﷺ مني بعيراً بمكة فلما نقدني الثمن ، شرطت أن يحملني إلى المدينة ، فأجاز النبي ﷺ البيع والشرط ، فحملها على التقية مع هذا الاختلاف كما ترى ، بل مارواه ابن أبي ليلى مؤيد لهما ، وإن توهم منه البطلان في سائر الشرائط ، كما أنه يؤيدهما أيضاً ما أرسله في الغنية : من خبر بريرة (١) بل الظاهر أنهم من المستفيض بين العامة والخاصة ، وهو ظاهر في المطلوب واحتماله أمراً آخر لا يرفع الظهور الذي هو مناط الأحكام ، كل ذلك مضافاً إلى أن مدخلية الشرط في الترضي لا تزيد على مدخلية الثمن والمثمن ، وبطلان العقد في أعضائها لا يسري إلى بطلان الآخر حتى فيما كانت الهيئة الاجتماعية مطلوبة وملحوظة ، بل أقصاه ثبوت الخيار للتضرر ، ولا بأس بالتزامه هناعم الجهل بالفساد ، بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصة يلتزمون بذلك وإن لم يصرحوا به ، ولعله لمعلومية .

ودعوى أن الشرائط في العقود ملحوظ فيها معنى الشرطية يدفعها معلومية بطلان التعليق فيها ، سواء كان للزوم أو الصحة أو للرضا ، مع أن مقتضى الأول انتفاؤه بانتفائه الصحة ، ومرجه إلى اشتراط الخيار بشرط ولو سلم صحته ، فمن المعلوم عدم إرادته كمعلومية عدم صحة التعليق عليه في الأخيرين ، ولذا حكى عن فخر المحققين أنه قال : إن كون هذه شروطاً مجاز ، لأنها تابعة للعقد ، والعقد سبب فيها ، فلا يعقل كونها شرطاً له ، وإلآدار ، بل هي من صفات البيع ، تختلف الأغراض باختلافها ، لكن في جامع المقاصد « لا محصل لهذا الكلام ، فإنها شروط للبيع الذي هو انتقال المبيع من البائع إلى المشتري ، لا شروط العقد ، وقد عرفت فيما سبق أن البيع ليس هو نفس العقد ؛ حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها مشروطاً له ، بل لا انتقال الذي هو أثره

وكيف يعقل أن هذه الشروط شروط للعقد الذي هو الإيجاب والقبول .

ثم قوله إن هذه صفات للبيع ليس بجيد ، إلا بناء على أن البيع هو العقد ، فكونها صفات له لا ينافي كونها شروطاً لأثره ، وأما إن فقدتها لا يستلزم أرشاً فلا دخل له فيما نحن فيه ، بل هذا ملتفت إلى أن الأمور المشتركة ، لما لم تكن داخلة في نفس مسمى البيع ، لم يكن بازاؤها شيء من الثمن ، لأن الثمن في مقابل المبيع وأجزائه وإن كان قد يزيد بوجود بعض الصفات ، لأن زيادته على أنه في مقابل المبيع ملحوظاً فيه مقابل الصفة المعينة ، فإن الثمن للمبيع باعتبار المقابلة ، وليس في مقابلة الصفة منه شيء .

وفيه أن كونها شروطاً لأثر العقد مستلزم للتعليل المنافي لسببية العقد أللهم إلا أن يريد كون الشرط ملك المشروط ، وهو أمر مقارن لأثر العقد يحصل معه بحصوله فليس من التعليل المنافي ، لكن فيه أن ذلك حكم الشرط المستفاد من قوله ﷺ (١) «المؤمنون عند شروطهم» لأنفس الشرط ، ضرورة كون الفعل المشروط لا ملكه ، وارتكاب هذا التجوز - مع أنه خلاف قصد المتعاقدين - ليس بأولى من إرادة الالتزام من الإشتراط ، كما هو معناه لغة ، وإليه أومى الفخر ، ومراده أن العقد إذا صار سبباً في لزومه ، لم يعقل كونه شرطاً له ولولا تأثيره الذي ذكره المحقق الثاني ، على أن المرجع في تأثير العقد الأدلة الشرعية التي دلت على تسببه ، فلا يعقل اشتراط حصول أثره بشيء من غير الشارع ، وأدلة الشروط قاصرة عن إفادة ذلك ، بل هي ظاهرة في إرادة أن كل ما يلتزمه المؤمنون في عقد من العقود اللازمة يلتزم به ، ردّاً على ما عن بعض العامة من بطلان الشرط في العقد خاصة ، أو هو مع العقد كما سمعته من أبي حنيفة وابن أبي ليلى .

وإليه يرجع ما عن المذهب البارع في الجواب عن الدور المقرر على تقدير

القول ببطلان العقد مع بطلان الشرط ، من أن لزوم الشرط وصحته فرع على صحة البيع ، فلو كانت موقوفة على صحته لزم الدور ، وقال في الجواب عن ذلك : « إن تسويغ الشرط ليس شرطاً في الحقيقة لصحة البيع حتى يلزم الدور ، بل هو من صفات البيع ، فما كان منها سائغاً داخلاً تحت القدرة لزم باشتراطه في العقد ، كما لو شرط صفة كمال في البيع وإن لم يكن سائغاً بطل العقد لامن حيث فوات شرطه ، بل من حيث وقوع الرضا عليه ، وشرط الصحة إنما هي الأمور المذكورة في أوائل الكتاب ككمال المتعاقدين ونحو ذلك » و مرجع ما ذكره أخيراً إلى ما قيل من أن التراضي إنما وقع على المبيع مع الشرط ، فمع إنتفائه ينتفى فلا يكون تجارة عن تراض ، فيبطل لكونه شرطاً في الصحة إجماعاً . وفيه - بعد الغض عن اقتضائه البطلان إذا لم يوف بالشرط السائغ - أن التراضي وقع معه ؛ لأمقيديه ، كما لو شرط كون العبد كاتباً مثلاً ، أو اشترى العبدین جميعاً ، فتبين أنه غير كاتب أو أن أحد العبدین ليس ملكاله ، كان البيع صحيحاً كما صرح به غير واحد ، بل قد يظهر من جامع المقاصد الإجماع عليه ، وإن كان يثبت له الفسخ ، مع أن التراضي لم يتحقق إلا على الوجه الذي ليس بواقع ، والفرق بين المقامين غير واضح بل قد اعترف في جامع المقاصد أن فيه عسراً ، و دعوى أن الأوصاف والإجتماع إذا أخذت قيداً كالشروط يبطل البيع أيضاً بانتفائها ، وإنما يثبت له الخيار إذا كانت لأعلى وجه القيدية - سفسطة لا محصل تحتها ، كالقول بأن منشأ البطلان في المقام أن الشرط له قسط من الثمن ، فإنه قد يزيد باعتباره وينقص ؛ فإن أبطل ، بطل ما بازائه من الثمن ، وهو غير معلوم فتطرق الجهالة إلى الثمن فيبطل البيع ، إذ هو بعد معلومية عدم توزيع الأثمان على الشروط ، وأنها كالأوصاف التي يزيد الثمن وينقص بها كما ترى ، خصوصاً بعدما سمعته من جامع المقاصد في توضيح عدم مقابلة الشرط للثمن . نعم قد عرفت إننا نقول بثبوت الخيار له ، لفوات الشرط كفوات الوصف من غير فرق في ذلك وفي غيره مما ذكرنا من جميع الشروط الباطلة ، سواء كان البطلان

لعدم القدرة أو غيره ، و نفى الخلاف عن بطلانه خاصة في الغنية لم تتحققه ، كظهور الإجماع من محكي إيضاح النافع ، حيث قال : عليه الفتوى ، وسواء كان المقصود بالذات الشرط الفاسد ، وجيء بالبيع تبعاً أو بالعكس ، وسواء كان مما لا يتعلق به غرض كأكل الهريسة وغيره ، بل في المحكي عن التذكرة أن الأول لا يقتضى فساد العقد عندنا .

نعم قد يتجه البطلان فيهما معاً لو كان البطلان لجهالة في الشرط ، بحيث تؤدي إلى أحد العوضين ، فيبطل العقد حينئذ للجهالة للبطلان الشرط ، بل كل شرط باطل يستلزم إنتفاء شرط من شرائط العقد المعلومة ، أو وجود مانع يقتضى بطلان العقد معه ، ولعل منه ما يعود على العقد بالنقص ، أما غير ذلك ، فلا قوى فيه ما سمعت ، وقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا حجة القول المقابل وجوابها ، وأضعفها الاستناد إلى أصالة عدم الإتيان التي يكفي في قطعها عموم الأدلة ، فضلاً عما عرفت هذا .

وقد يستفاد من مجموع ما ذكرنا خصوصاً ما سمعته في الرد على ما في جامع المقاصد أنه ينبغي أن يكون النزاع في الشرط المطلق ، أما إذا علم إرادة مجرد الإلزام به من غير تعليق ، فلا إشكال في عدم اقتضاء فساده فساد العقد ، كما أنه لا إشكال في اقتضائه ذلك إذا علم إرادة تعليق الصحة على ملكه على النحو الذي سمعته من ثانی المحققين لو سلمنا صحته بل التحقيق عدمها ، فمحل البحث في الشرط المطلق الذي لم يعلم إرادة المشترط منه أحد الأمرين ، ولا كان في العبارة دلالة على أحدهما فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ولو شرط في البيع﴾ مثلاً ﴿أن يضمن إنسان بعض الثمن﴾ معيناً أو مطلقاً إن قلنا بصحته ﴿أو كلكه صح البيع والشرط﴾ بخلاف ، للعموم ، وكذا لو اشترط الرهن أو الكفيل أو الشهادة ، إلا أن في القواعد الأقرب وجوب تعيين الرهن المشروط إما بالوصف أو المشاهدة ، و تعيين الكفيل بالاسم والنسب و المشاهدة ، أو الوصف كرجل موسر ثقة ولا يفتقر إلى تعيين الشهود ، بل الصابغ العدالة ، فلو عينهم فالأقرب

تعيّنهم وتبعه على ذلك كله غيره ، وقد يمنع وجوب التعيين للرهن والكفيل والضامن ، خصوصاً بناء على ما ذكرنا من اعتقار نحو هذه الجهالة فى الشرط ، بل وعلى غيره أيضاً ، فيصح الإطلاق حينئذ ، لكن يحمل على الصالح للإستيفاء ، كما صرح به فى الدروس و غير هابناء على الاجتزاء بالإطلاق ، لا أنه يجتزى بمسماه ، وإن احتمله فى المحكى عن الايضاح إلا أنه كما ترى .

واختلاف الرغبات فى الاعيان ، والناس فى الإستيفاء وسهولة البيع وشدة حاجة الراهن إلى الفك ونحو ذلك لا يوجب جهالة قاذحة ، وإلجاء مثله فى الشهود ، وعدم صحة رهن المجهول ، لا ينافى الجهل به حال اشتراطه وإن علم حال ارتقائه ، فالمراد كونه مجهولاً حال الاشتراط ، لا حال الارتقائه ، وهما غيران و يجوز رهن المبيع على الثمن من غير شرط قطعاً ، بل ومعه على الأقوى خلافاً للمحكى عن الشيخ والحلي للعموم ، وليس من رهن ما لا يملك ، ولا قبل ثبوت الدين ، إذ هو اشتراط لرهنه بعد الملك ، كهبته ، والموجود فى العقد اشتراط رهنه لارهنه كى يشترط فيه ثبوت الدين وملكية الرهن .

وليس البيع يقتضى ايفاء الثمن من غير ثمن المبيع ، بل أقصاه أنه لا يقتضى إيفاءه من ثمن المبيع ، وهو أعم ، فلا يناقض اشتراط الرهن المقتضى لايفاء الثمن منه ، كما أن رهائته عند البائع تخرجه عن كونه مضموناً على البائع ، فلا يتنافيان ، و ليست صحة البيع موقوفة على رهنه لو اشترط . نعم ملكية رهنه موقوفة على صحة البيع فلا دور حتى لو قلنا بتوقف لزومه على الرهن إذ الصحة غير اللزوم .

وكيف كان فلو اخل المشتري بما اشترط عليه من الرهن أو الكفيل أو الضامن أو غير ذلك ، تخير البائع بعد تعذرا لا يجبر كما استعرف ، وكذا يتخير لو هلك الرهن أو تعيب قبل القبض ، بناء على اشتراط القبض فى الرهن أو وجد به عيباً قديماً و ليس له المطالبة بالاببدال أو الارش اما لو هلك أو تعيب بعد القبض فلا خيار ، لأصالة اللزوم بعد الوفاء بالشرط كما هو واضح ، و لو اختلفا فى زمن حدوث العيب ففى تقديم قول الراهن و قول

المرتبه وجهان . والله أعلم .

﴿تفريع : إذا اشترط العتق في بيع المملوك ، فإن أعتقه ، فقد لزم البيع﴾
بلاخلاف ولا إشكال ؛ ﴿وإن امتنع ، كان للبائع﴾ إجباره كما في كل شرط على
الأقوى ، إن كان مما يجبر عليه ، لما إذا كان من صفات المبيع ، كما لو اشترط كونه
كاتباً وشاعراً ، لوجوب الوفاء به عليه كتاباً (١) وسنة (٢) وإجماعاً محكياً عن الغنية
والسرائر إن لم يكن محصلاً ، خصوصاً بعد ملاحظة كلامهم في باب القرض ، من أنه
لو أجبله في عقد لازم لزم ، لكن قال الشهيد في اللمعة : «لا يجب على المشتري عليه
فعله ، وإنما فائدته جعل البيع عرضة للزوال بالفسخ ، عند عدم سلامة الشرط ، و
لزومه عند الاتيان به » وهو كما ترى .

ونحوه ماعنه أيضاً في بعض تحقيقاته ، من أن الشرط الواقع في العقد اللازم ،
إن كان العقد كافياً في تحققه ، ولا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز إلا خلال به ،
كشرط الوكالة في العقد ، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد ،
كشرط العتق فليس باللازم ، بل يقبل العقد اللازم جائزاً ؛ وجعل السرفيه أن اشتراطه في
العقد كاف في تحققه كجزء من الإيجاب والقبول ، فهو تابع لهما في اللزوم والجواز ،
واشترط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد ، وقد علق عليه العقد ، والمعلق على الممكن
ممکن ، و هو معنى قلب اللازم جائزاً ، وإن كان هو أجود مما في اللمعة ، إلا أنهما
معاً مشتركان في اقتضاء الأدلة خلافهما ، و لعل منشأهما معاً تخیل التعليق في الشرط
هنا ، بل كاد يكون الثاني كالصريح في ذلك .

وقد عرفت أن ليس المراد منه هنا إلا الإلزام ، ولو سلم فقد سمعت ما ذكره المحقق
الثاني من أن الشرط حينئذ هو أن يملك عليه الأمر المشتري ، وهو حاصل بنفس العقد
من غير حاجة إلى أمر آخر ، وليس هو معلقاً على أمر ممكن ، بل قد علق على شيء
حصل بتمام العقد ، فالممكن حينئذ متعلق الشرط لا هو فتأمل جيداً .

(١) سورة المائدة الآية ١

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ١-٢-٣

بل لولا الاجماع - ظاهرأ على ثبوت الخيار في حال تعذر الإيجاب ، مضافاً إلى حديث الضرار (١) وخبر أبي الجارود (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «إن بعث رجلاً على شرط ، فإن أتاك بمالك ، وإلا فالبيع لك» بناء على أن المراد منه لزومه لك ، نحو قولهم عليهم السلام في غيره «فلا بيع له» - لأمكن عدم القول بثبوت الخيار أصلاً ، لما عرفت ولأن الشرط من طرف البائع مثلاً كالثمن ، فإن الإمتناع منه في غير التأخير ثلاثة أيام بالشروط السابقة لا يؤثر خياراً على الأصح ، لأصالة اللزوم ، ومن ذلك يعلم أن المتجه الإقتصار على المتيقن من ثبوت الخيار ، ولعله حال تعذر جبره على الحاكم لأعلى من له الشرط ، وإن كان قد يظهر من بعض الأصحاب سهولة الأمر في ثبوت الخيار ، حتى لو احتاج إلى رفع أمره إلى الحاكم والمراجعة والإنتظار ونحو ذلك لم يجب عليه ، وربما يشهد له خبر أبي الجارود ، وحديث الضرار ، إلا أن الأحوط ما عرفت .

وعلى كل حال فله أي البائع إذا تعذر إجبار المشتري على العتق **﴿خيار﴾** في **﴿الفسخ﴾** و رد المبيع مثلاً ، والإمضاء بالثمن ؛ وليس له أرش الشرط على المشهور بين الأصحاب لانه وصف في المعنى ، ولا يقابل بالثمن **﴿و﴾** كذا **﴿إن مات العبد قبل عتقه كان البائع بالخيار﴾** المزبور **﴿أيضاً﴾** إلا أنه إذا فسخ يرجع بالقيمة وقت الموت ؛ لانه وقت الانتقال أوحين القبض ، أو منه إلى الموت وجوه أقواها عند عدم الأولى ، لانه وقت قيام القيمة مقام العين في تعلق الحق الذي كان متعلقاً بالعين ، ولو كان متعلقاً على تعذر الفسخ ، ولم أجد من احتمل حال الفسخ هنا ؛ كما ذكره في بعض المباحث السابقة .

وعلى كل حال فالخيار بين الفسخ والإمضاء بالمسمى ، لكن في القواعد ولو مات أو تعيب بما يوجب العتق أي قهراً ، رجع البائع بما نقضه شرط العتق ، فيقال كم

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣-٥

(٢) الوسائل الباب ٧- من ابواب الخيار الحديث ٢

قيمته لو بيع مطلقاً و بشرط العتق فيرجع بالنسبة من الثمن ، و له الفسخ فيطالب بالقيمة ، وفي اعتبارها إشكال ، بل احتمال في التحرير أن له الأرض المزبور خاصة من غير خيار ، ولا ريب في ضعفه ، بل قد يظهر من المسالك الإجماع على خلافه ، كاحتمال عدم الخيار والأرض أصلاً ، حتى لو كان عدم الشرط بتفريط من المشتري ، أما الأول وإن قال الشهيد في حواشيه : إنه المنقول ، بل قيل إنه حكاه في المبسوط قولاً ، و وجه بأن الشرط يقتضي نقصاناً ولم يحصل ، و مقتضاه ثبوت الحكم في كل شرط تعذر الوفاء به .

ففيه - مضافاً إلى أن الشروط لا يوزع عليها الثمن ، وإن حصل باعتبارها نقصاناً ، كالأوصاف و التدليس الذي صرحوا بعدم الأرض فيه - أن الأرض لا يدرك به مصلحة الشرط ، ضرورة أنه برجوعه زائداً على المسمى على نسبة التفاوت بين القيمتين ، يصير كأنه باعه من دون اشتراط عتقه ، فلم يحصل به مصلحة الشرط ، و لعل هذا هو السر في عدم الأرض للشرائط و الأوصاف ، بخلاف العيوب التي ثبتت الأرض فيها أيضاً بالادلة .

نعم قد يقال : بالقيمة للشرائط القابلة للتقويم ، قال في التذكرة : « لو شرط على البائع عملاً سائغاً تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته ، وكان مما يتقوم كماله بشرط تسليم الثوب مصبوغاً ، فأثابه به غير مصبوغ و تلف في يد المشتري ولولم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ و الإمضاء مجازاً ، ولو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصنع له ثوبه ، فتلف الثوب تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء بقيمة الفائت إن كان مماله قيمة و إلا مجازاً وهو لا يخلو من وجه والله أعلم .

﴿النظر السادس في لواحق من أحكام العقود﴾

﴿الصبرة لا يصح بيعها إلا مع المعرفة﴾ ما يرفع جهالتها من ﴿كيلها أو وزنها﴾ أو عدها أو نحو ذلك مما هو شرط صحة البيع كما عرفت سابقاً ، فإذا عرفها صح بيعها أجمع وبيع جزء منها مشاع ثلث أو ربع ، وبيعها كل قفيز منها بدرهم ، وبيع قفيز منها ، أمّا بيع كل قفيز منها بدرهم ، فلا يصح ، للجهل بقدر المبيع المستلزم للجهل بقدر الثمن ، خلافاً للإسكافي ، فأجازه في المجهولة ﴿ف﴾ ضلاً عن المعلومة كما ستمسح و ﴿لو باعها﴾ إي الصبرة ﴿أو جزءاً منها مشاعاً﴾ أو كل قفيز منها بدرهم ﴿مع الجهالة بقدرها لم يجز ، وكذا لو قال : بعثك كل قفيز منها بدرهم ، أو بعثكها كل قفيز بدرهم﴾ خلافاً للإسكافي في الجميع و ظاهر الشيخ في الثالث ، إلا أن الأول حكى الفاضل في المختلف عنه بالنسبة إلى الصورة الأولى ، جواز بيع الصبرة تارة اكتفاء بالمشاهدة عن اعتبارها ، و أخرى أنه لا بأس ببيع الجزاف بالجزاف مما اختلف جنسهما ، لأن المقتضى وهو البيع موجود ، والمعارض منتف ، لأنه إما مانع ؛ الجهالة أو هو منتف بالجهالة ، هكذا وجد في المختلف والصواب «بالمشاهدة» أو مانع تطرق الربا وهو منتف باختلاف الجنس ، لكن لا ريب في ضعفه على كل حال ، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه ، فضلاً عن محكيه في المختلف عليه ، إذا الجهالة نفسها مانعة ، للنهي عن الغرر (١) والمشاهدة غير كافية في ذلك قطعاً .

وأما الصورة الثالثة ففي المختلف «أنه أطلق الصحة فيما إذا قال : بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، ولم يتعرض لكونها معلومة أو مجهولة» وعن ابن جنيد «أنه لو وقع البيع على صبرة بعينها ، كل كـ بكذا أو مائة كـ منها بكذا فقبض المشتري

البعض أولم يقبض ، ثم زاد السعر أو نقص ، كان باقى الصبرة أو المائة للمشتري بالسعر الذي قاطعه عليه ، وأما اذا اشترى كل كرم منها بكذا و لم يشترط جميع الصبرة ، ولا مقداراً معلوماً ، كان بقدر ما وزن بسعر يوم الشراء » وظاهر الصحة فيهما .

وفى المختلف « إن التحقيق الصحة إذا كانت معلومة المقدار ، وإلا احتمل البطلان فى الجميع ؛ والصحة فى قفيز واحد كما قاله أبو حنيفة ، أما بطلان البيع فى الجميع ، فلأنه مبيع مجهول المقدار ، والتمن فيه غير معلوم فكان باطلا ، وأما صحته فى قفيز فلان يبيع كل قفيز يستلزم بيع قفيز ما ، فيصح ، لتعينه و تعيين ثمنه » وقول الشيخ يقتضى الصحة فى الجميع ؛ لانه نقل كلام أبى حنيفة ولم يرتضه ، واختار كلام الشافعى ، ومذهبه صحة الجميع ، وعلى كل حال فضعف الجميع واضح ، وإن اختلفت مراتبه ، ضرورة صدق الفرر فيه ، الذي لا يزول بالتقدير المزبور قطعاً ، والصحة فى الواحد بعد أن لم يكن مقصودا لهما كما ترى ، نحو الصحة فى الصورة الرابعة التى لم يعلم قدر المبيع ﴿ و ﴾ لا قدر الثمن .

نعم ﴿ لو قال : بعتك قفيزاً منها ، أو قفيزين مثلاً صح ﴾ كالمعلومة . بخلاف ولا إشكال إذا علم اشتغالها عليه ، بل ظاهر اللعنة ذلك وإن لم يعلم إلا أنه يجبر نقص المبيع لو تحقق بالخيار ، وفيه أنه لا غرر أعظم من الشك فى الوجود ؛ ولعله لذا كان خيرة الأكثر العدم إلا أنه ينبغى تقييد بما إذا لم يكن هناك طريق شرعى يقتضى وجوده من أصل أو غيره ، ولعل من اعتبر العلم أراد ما يشمل ذلك ، بل يمكن إرادة ما يشمل الإطمينان منه والامر سهل .

إنما الكلام فى أنه هل ينزل على الإشاعة فى صورتين ، أو يكون المبيع ذلك المقدار فى الجملة و تظهر الفائدة فيما لوتلف بعضها ، فعلى الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة ، و على الثانى يبقى المبيع ما بقى قدره ، ويرجح الأول ، عدم معهودية ملك الكلى فى غير الذمة لاعلى وجه الإشاعة ، بل ينحل إلى جهالة المبيع وإبهامه ، وما تسمعه فى بيع الثمار من أن

استثناء البايع أرتالا معلومة ينزل على الإشاعة من غير خلاف فيه بينهم قالوا :
فلو خاست الثمرة بأمر من الله تعالى مثلاً ؛ وزع على النسبة وهو مثل المقام كما اعترف
به في الدروس .

لكن في الصحيح (١) « رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبار بعضهم على
بعض من أجمه واحدة والانباء فيه ثلاثون ألف طن ، فقال البايع : بعثك من هذا
القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري : قد قبلت ورضيت ، فأعطاه من ثمنه ألف درهم ،
ووكل المشتري من يقبضه ، فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف
طن ، وبقي عشرة آلاف طن ، فقال عشرة آلاف التي بقيت هي للمشتري ، والعشرون التي
احترقت من مال البايع ، وهو يؤيد الثاني وبه يفرق بين ما هنا ، وبين ما في بيع الثمار ،
إلا أنه قد يشكل صحة أصل البيع فيه بجهالة عين المبيع فيه الموجبة للضرر المنفي (٢)
الموجب لفساد المعاملة ؛ وصرح الأصحاب - فيما لو باع شاة غير معلومة من قطع -
بالبطلان وإن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياة لتفاوت أثمانها ، بل صرحوا بالبطلان
فيما لو فرقت الصبرة صيعانا متميزة ، واشترى مقداراً منها ، فالاطنان إن كانت قيمية
فمن الأول ، وإلا فمن الثاني .

أللهم إلا أن يلتزم الأخير ويكون البيع غير ملاحظ فيه خصوص ذلك التميز ،
وإنما المراد مقداره ، حتى لو أراد البايع تغيير الاطنان من غير نقصان للمقدار كان له
ذلك لأن المفروض أن الجميع من أجمّة واحدة ، فيصح حينئذ لأنه كبيع المقدار
المعلوم من الصبرة .

ولكن على كل حال فالمتجه الجمود على النص في خصوص البيع بالقرض المزبور
ولا يتعدى منه إلى غيره ، كالصلح وضمن الإجارة ومهر النكاح ونحو ذلك بناء على ما
سمعت من أن ملك الكلى في العين الخارجية لا يكون إلا على الإشاعة وفرض المسألة

(١) الوسائل الباب ١٩ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث - ١

(٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣ - ٥

كون المبيع في الذمة ، وشرط التأدية من الصبرة خروج عن موضوع البحث و مقتضاه عدم البطلان ، حتى لو تلفت الصبرة أجمع ؛ وإن تسلط على الخيار بانعدام الشرط .

بقي شيء و هو أن منشأ الوجهين على الظاهر ، الاختلاف في تعيين مراد المتعاملين من العبارة التي هي مورد العقد ، لأن ذلك حكم شرعي وإن لم يقصده ، فيخرج عن محل البحث حينئذ ما صرح فيه بقصد الإشاعة أو الكلي ، إلا أنه قد يشكل صحة الثاني ، بناء على عدم ملك الكلي في غير الذمة لأعلى وجه الإشاعة وخبر الاطنان (١) لادليل فيه على صحته ، بل هو أعم منه ومن الإشاعة ، وإن كان قد خولف مقتضاها بجعل التالف عن البايعة خاصة ، فيكون حكماً شرعياً تعديلاً لا يقاس عليه غيره .

بل قد يقال : إن هذا المعنى حكم مطلق يبيع الصاع من الصبرة ، أما لو صرح به فلا دليل على جوازه وقد يحتمل في أصل المسألة أن منشأ الوجهين الاختلاف فيما تقتضيه الأدلة الشرعية في بيع مطلق الصاع من الصبرة من غير مدخلية لتعرف قصد المتعاملين ، بل لو علم خلوهما عن الأمرين معاً ، جاء الوجهان أيضاً ولم يحكم بفساد المعاملة ، فتأمل جيداً ، فإن التحقيق التنزيل على الإشاعة ، ضرورة كونه كالمالين المختلطين ، أو كالمال الذي اشترى أبعاضه ، هذا كله فيما يتوقف رفع جهالته على الاعتبار .

﴿و﴾ أما ﴿بيع ما تكفى فيه المشاهدة﴾ فإنه ﴿جائز﴾ مع حصولها بلا خلاف ولا إشكال ، لحصول المقتضى وانتفاء المانع ﴿كأن يقول : بعتك هذه الأرض﴾ أو هذا الثوب ، ﴿أو هذه الساحة﴾ بالجيم ﴿أو جزء منها مشاعاً﴾ من غير مسح لها ، بناء على كفاية المشاهدة في الثلاثة كما هو الأقوى ، خلافاً للشيخ في المحكي من ظاهر خلافه ، فمنع في الأولين من دون مسح ، ولا ريب في ضعفه ، سيما بعد اقتضاء العمومات الجواز ولا عارض وكذا ما لا يكون العدم معتبراً في معرفته ، كقطع الغنم ، و جملة النخيل والشجر وصبرة الكتب ونحو ذلك ، فيصح شراؤه بعدم مشاهدة كل واحد مثلاً

على وجه يعلم به ، وإن لم يعرف عدّه ضرورة عدم كونه كالدرهم * ونحوها مما يتوقف معرفته على عدّه كما هو واضح .

نعم * لو أراد بيعها ذراعاً * قال : بعتكها كل ذراع بدرهم لم يصح إلامع العلم بذرعانها * بجملتها ، لحصول الجهالة في الثمن ، وإن كانت هي معلومة بالمشاهدة على وجه يصح بيعها ، وهذا هو الفارق بينها ، وبين الصبرة المعلومّة حيث صح بيعها كل قفيز بدرهم لأن معلوميّتها ، انما تكون من جهة الكيل ، فيستلزم العلم بقدر الثمن ، ولو اكتفينا بالمشاهدة فيها كما ذهب اليه ابن الجنيد ، اشترط في بيعها كل قفيز بدرهم ، معرفة ما تشتمل عليه منه ليحصل بذلك العلم بقدر الثمن .

* ولو قال بعتك عشرة أذرع منها وعين * ابتداء * الموضع * ومنتهاه * جاز * قطعاً بل في المسالك ومحكي التحرير الإجماع عليه ، لكونه معلوماً بالحد والمشاهدة ، فهي عين مشخصة لاجهالة في شيء منها ، ولو عين المبتداء أو المنتهى ، فقال : من هنا إلى حيث ينتهي ، أو إلى هنا من حيث يبتدى ، صح أيضاً مع فرض تشخص المبيع بدايته و نهايته في الواقع ، وإن جهل ذلك المتشخص ، إلا أن جهله ليس لصدقه على كثيرين ، بحيث تكون أفراداً له حتى يكون المبيع كلياً من بعض الجهات بل كان الجهل لعدم العلم بخصوص المعسل الذي تنتهي إليه العشرة ، ومثله غير قاذح للأصل سواء كانت أجزاء الأرض أو الثوب متساوية أو مختلفة لأن الفرض مشاهدته لها أجمع ، فارتفع الغرر من هذه الجهة ، وليست هي بأعظم غرراً من بيع الثوب والأرض برؤية بعضها الذي لا خلاف في جوازها ، ولا من بيع شيء مع عدم العلم بدخول ما يدخل فيه عرفاً ، مما يجوز معه النزاع ، بل هذه الجهالة عند التأمل ، كالجهالة بوزن العشرة أفقرّة مثلاً أو بعلو الصبرة التي تحصل منها أو نحو ذلك ، ما لا تعد جهالة في العرف ولذا استمر العمل على مقدار الأذرع من الثياب من دون علم بما ينتهي إليه ذلك المقدار من المذروع منه استمراراً يمكن تحصيل العلم بتقرير المعصوم منه .

فما في الدروس وعن المبسوط والخلاف وابن ادريس والقاضي والمقدس الاردبيلي من الصحة حينئذ قوي جداً ، بل قيل إنه خيرة الارشاد وشرحه لولده ، لكن عن غاية المراد أنه حكى ولد المصنف عن والده إصلاح صح «بلم يصح» حتى يوافق ما في كتبه وفي المسالك «إن الأجود الصحة مع تساوي الأجزاء أو تقاربها ، وإلا فالبطلان أجود» وكأنه أخذ ممان غاية المراد من أنه قد ينصر الشيخ بأن هذا الاختلاف غير قاصح لأنه اختلاف مقاربة لا مفارقة مع غلبة تساوي الأجزاء المتجاوزة ، وحينئذ فالأولى أن يحمل قوله تساوي أجزاء الأرض غالباً أو تقاربها ، وفيه أنه بناء على ما ذكرنا لافرق بين تساوي الأجزاء واختلافها ، لأن جهالتها تتبع الكلي إذالم يكن مشاعاً منها ، أما إذا كان شخصياً مشاهداً فلا جهالة فيه .

فالأولى بناء كلام الشيخ على ذلك ، لا على ما ذكرناه وإلا لانتج الصحة وإن لم يعين المبدأ ولا المنتهى كما في الصبرة ، لكون الفرض التساوي ، أو التقارب ، وقد صرح غير واحد بعدم الجواز بناء على عدم تساوي الأرض وكذا الثوب ، ولذا قال: في المتن «ولو أبهمه» أي الموضع «لم يجز لجهالة المبيع ، وحصول التفاوت في أجزائها ، بخلاف الصبرة» نعم في الدروس أنه لو باعه ذراعاً من ثوب معلوم المساحة وقصداً معيناً أو أن يختار أحدهما ما شاء ، بطل ، وإن قصد الإشاعة صح ، وهو كذلك ، إلا أنه غير ما نحن فيه .

ومن ذلك كله ظهر لك أنه لو عين المبدأ وكان المبيع عشرة أذرع كلية بالنسبة إلى غير محل الابتداء لم يصح قطعاً كما إذا لم يعين مبدأ المبيع ، وإن عين ما فيه المبيع بداية ونهاية بناء على اختلاف أجزاء الأرض على وجه لا يمكن رفعها بالكلية ، وإن شوه جميع أفراد الدائرة بينها ، اللهم إلا أن يقصد الإشاعة ، فقد يقال: بالصحة ، كما سمعته من الدروس وإن لم يعلم مساحة الأرض ، إذا كان المبيع أذرعاً معلومة ، لكون المبيع حينئذ حصّة مشاعة مقدرة بالعشرة أذرع مثلاً ، والجهل

بنسبتها إلى المجموع حال العقد غير قادح ، بعد الضبط بالأذرع ، فيملك حينئذ في كل جزء من الثوب على حسب نسبة العشرة إلى المجموع ، نحو ماسمعتة في بيع الصاع من الصبرة ، على تقدير التنزيل على الإضاءة ، واختلاف الأجزاء وتساويها لامتدخية لها في علم المبيع وجهاته ، فإذا صح بيع الصاع من الصبرة منزلاً على ملك حصّة من الصبرة مشاعة تعلم بنسبة الصاع إلى المجموع ، ولا يقدح جهاتها حال العقد ، فكذلك المقام .

بل قد ينقدح من ذلك ومما سمعته سابقاً في بيع الصاع من الصبرة من انصراف مطلقه عندنا إلى الإضاءة ، صحة نحو ذلك في المقام ، وإن لم يصرح بقصدها ، فينزل حينئذ على الإضاءة المزبورة ، ويكون صحيحاً ، وماعساه يوهمه إطلاق بعض العبارات من عدم جواز مثل ذلك ، بل والصورة السابقة ، يمكن دفعه بظهور الإطلاق في غير ذلك ، وأن المراد منه بيع مقدار مخصوص لأعلى جهة الإضاءة ، ولا يرب في بطلانه خصوصاً في مختلف الأجزاء فتأمل جيداً .

فإن الظاهر البطلان مع قصد النسبة بما ذكره من العدد على وجه يكون المبيع الكسر الذي يطابق النسبة المزبورة في الواقع ، لجهالة المبيع التي لا يرفعها ضبط النسبة المزبورة ، وإلا لصح ذلك في القيمي كأن يبيعه من العبد مثلاً ما يقابل عشرة من النسبة إلى مجموع قيمته ، وهو معلوم الفساد ، ولا ينافي ذلك القول بتنزيل الصاع من الصبرة على الإضاءة ، فإنه لا يراد منه وقوع البيع على الكسر الذي يكون نسبة الصاع إلى مجموع ، بل المراد منها أن المبيع كلي شايع في مصاديقه في الصبرة كشروع كلي الشاة في الزكاة في الأربعين في وجه ، وهذا وإن لم يكن من الاشتراك على اشتراك الكسور كالنصف ونحوه ؛ ولكن حكمه حكمه بالنسبة إلى توزيع التالف على المجموع باعتبار عدم تعيين كلي كل من المالكين في فرد مخصوص ، بل هو مصداق لكل منهما وحينئذ فالتحقيق صحة بيع الكلي في الشايع في الأفراد الخارجة ، ولكن مع تساوى

الاجزاء كالصاع من الصبرة على الوجه الذي ذكرنا ، وكذا الأرض و الثوب مع فرض تساوى الاجزاء ، ولا يصح مع اختلافها ، أما يبيعه على وجه النسبة بمعنى كون المبيع الكسر من الصبرة أو الأرض المقدر بنسبة الصاع أو الذراع إلى المجموع فغير جائز في متفق الاجزاء ومختلفها ، ولعله بذلك تعرف الوجه في إطلاقهم والله أعلم .

﴿ولو باعه أرضاً﴾ مثلاً ﴿على أنها جربان معينة﴾ مصرحاً بذلك أو بنى العقد عليه ﴿فكانت أقل فالشترى بالخيار﴾ باختلاف ولا إشكال ، إلا أن الأكثر نقلاً و تحصيلاً بل في الرياض أنه حكى الشهرة عليه جماعة على كون الخيار ﴿بين فسخ البيع﴾ واسترجاع الثمن إن كان قد قبضه البائع ﴿و بين أخذها بحصتها من الثمن ، و قيل: بل بكل الثمن﴾ كما هو خيرة الشيخ والقاضى والفاضل ولده وأبى العباس والصيمرى على ما حكى عن بعضهم ، بل هو ظاهر الوسيلة والنافع و جامع المقاصد ، وقواء في الميسية على ما قيل ، واستوجه في المسالك ﴿والأول أشبه﴾ بأصول المذهب و قواعده ، إذا المذكور وإن كان بصورة الوصف والشرط الذين لا يوزع عليهما الاثمان لكنهما أجزاء من المبيع حقيقية خارجية فيفوت بفواتها بعض المبيع حينئذ فيثبت الخيار المزبور لتخلف الوصف الذى هو بعض من المبيع ، و بذلك افترق عن بعض الاوصاف التى لا ترجع إلى أجزاء من المبيع ، فكان الخيار فيها بتخلف الوصف بين الفسخ والقبول بتمام الثمن ، لكون الفاتئ ليس جزء مبيع يقابل شيئاً من الثمن ، بل وصفه ، وما نحن فيه ليس من ذلك قطعاً ، بل هو لا ينقص عن وصف الصحة الذى يثبت الخيار بفقداه بالعيب بين الرد والقبول بالأرض ، مضافاً إلى خبر عمر بن حنظلة (١) المنجبر بما سمعت قال فيه : «رجل باع أرضاً على أن فيها عشرة أجربة ، فاشترى المشتري منه بحدوده ، ونقد الثمن ، وأوقع صفقة البيع و افترقا ، فلما مسح الأرض ، فأذا هي خمسة أجربة ، قال : إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض ، وإن شاء رد المبيع و

أخذ ماله كله ، إلا أن يكون إلى جنب تلك له ايضاً أرضون ، فليوفيه ، ويكون البيع لازماً ، وعليه الوفاء بتمام المبيع ، فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع ، فان شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله ، وإن شاء رد الأرض و أخذ المال كله» واشتماله على ما نقول به مع إمكان تأويله ، لا يمنع من العمل بالباقي ، و إشكال ذلك كله - بأن ما فات لا قسط له من الثمن ، لاستحالة تقسيط الثمن على الأجزاء أو العلم ، لعدم الفائت ، وعدم المماثل له ، فاستحال تقويمه ، فاستحال ثبوت قسط له ، خصوصاً إذا كانت الأرض المشتراة مختلفة الاجزاء ، وفرض الفائت من الجيد أو الردي تحكماً ، فاتضح أن الفوات هنا كفوات صفة كمال ، وهو كم ، والكم عرض فكان كالتدليس ، وفرق بينه وبين ما إذا باع عبيدين ، فبان أحدهما مستحقاً ، لأنه فى هذه لم يسلم المبيع ، وهو مجموع العبيدين ، وهنا قد سلم المبيع وهو مجموع الأرض ، وإنما فقد منها كونها بقدر الجريب الواحد عشر مرات مثلاً ، وهذا وصف يعد كمالات ، ولا يعد نقصه عيباً ، و بأن التقسيط يؤدي إلى جهالة الثمن فى الجملة والتفصيل - يدفعه إمكان كون طريق التقويم بأن هذه الأرض المشخصة من غير زيادة عليها ولا نقصه على فرض أنها عشرة اذرع ، ولو للاشتباه فيها ، قيمتها كذا و على فرض أنها خمسة قيمتها كذا ، فينسب إحدى القيمتين إلى الأخرى ، ويؤخذ من الثمن بنسبته ، فلا يحتاج حينئذ إلى إضافة شيء إليها كى يستشكل بأنه يستحيل تقويمه لعدم المماثل ، حتى يجاب عنه بأن الغالب فى الأرض التساوي ، فيفرض كونه مساوياً لها ، مع أنه قد يستشكل بأنه قد يفرض كونها مختلفة ، فيلتزم كون الفائت مختلفاً على نسبة اختلافها ، إذا جميع كما ترى ، ولا جهالة حال العقد بعد الإقدام منهما على مقابلتها بالثمن على أنها عشرة ، كما أنه لا يقدح الجهالة فى التقسيط بعدم معلومية المقابلة فى الجملة .

ومن ذلك ظهر لك الوجه فى قول المصنف ﴿ولو زادت كان البايع بالخيار بين الفسخ والإجازة بجميع الثمن ، وكذا كل ما لا يتساوى أجزاؤه﴾ لعدم موجب التقسيط

هنا ضرورة اختصاص ايجاب التبويض ذلك بالمشتري ، فلم يبق إلا جهة تخلف الوصف الموجب ضرراً على البائع لو كان البيع لازماً فثبت له الخيار بالطريق المزبور وإلزام المشتري هنا بإعطاء ما يخص الزيادة على نسبة الثمن ، أو تخيره بين ذلك وبين الفسخ لا يوافق الضوابط الشرعية ؛ كاحتمال بطلان البيع كما في القواعد .

وعن المبسوط بل عن التبصرة أنه الوجه عندي لجهة البيع ، لكون الزيادة غير معينة ، إذ فيه أن المبيع بحسب الصورة هو المجموع ، وقد تجد دكون الزائد ليس منه بعد الحكم بصحة العقد ، على أن ذلك مبني على كون الزيادة للبائع ، وهو خلاف التحقيق كما استعرف ، بل قد عرفت أن مبني كلام المصنف ، ومن عبر كعبارته على ذلك ، ومن هنا كان لا يرد على المتن بقرينة ذيله ، أن ايجابه التقييد في الأول قاض بالتبويض ، وإثباته الخيار المزبور هنا قاض بأنه من تخلف الوصف فيتدافع ، إذ قد عرفت اجتماع الحثيتين في الأول بخلاف الثاني .

لكن قد يناقش بأنه وإن كان التبويض لا يوجب تقييداً بالنسبة إلى البائع ، إلا أن مقتضاه كون الزيادة للبائع كما صرح به بعضهم ، واحتمله آخر ولا يكون له خيار حينئذ واحتماله - حينئذ للتضرر بعيب الشركة - يدفعه أولاً أنه هو الذي غرر بنفسه ، وثانياً عدم الضرر عليه بعد أن كان قادماً على مقابلة الجميع بالثمن ، فظهور الشركة في الحقيقة نفع لا ضرر عليه ، والتسلط بمثله على الخيار محل شك ، بل منع لأصالة اللزوم .

نعم لا بأس به بالنسبة للمشتري حينئذ لأنه أقدم على كون الجميع له ، فظهور الشركة فيه عيب بالنسبة إليه ، بل لا يسقط حتى لو بذل البائع الزيادة ، لعدم وجوب القبول عليه ، فلا ريب حينئذ في ضعف الاحتمال المزبور ، وأضعف منه حمل المتن عليه ، ضرورة ظهوره في كون متعلق الخيار بمجموع الأرض ، بجميع الثمن .

فالتحقيق كون الزيادة والنقيصة من واحد ، والظاهر أنه من تخلف الوصف

ج ٢٣ (في أنه لو باع أرضاً على أنها جربان معينة فكانت أقل فالمشتري بالخيار) - ٢٣١-

فيهما؛ لأن المفروض كون المبيع عيناً مشخصة محددة غير قابلة للزيادة والنقصان إلا أنه وصفها البائع بمقدار مخصوص، وأخذها المشتري على ذلك الوصف فتخلف، فحصل الضرر منه على البائع أو المشتري، فيثبت الخيار؛ فليس في الحقيقة فواته مفوتاً لجزء من المبيع، لما عرفت من أنه محدد مشخص غير قابل للزيادة والنقصان. لكن الخبر المزبور (١) الذي عمل به جماعة من الأصحاب أوجب التوزيع في صورة النقصان، ولا محيص عن العمل به إن لم يحمل بقرينة ذيله على كون المبيع عشرة معينة الإبتداء إلى أن تنتهي، بناء على صحة ذلك، فبان قصورها عن العشر، فإن التوزيع هنامتجه، ضرورة كون مورد البيع المعدود من حيث العدد، إلا أنه خلاف الظاهر، وذيله - بعد أن انفرد الشيخ بالعمل به في النهاية التي لم تعد للفتوى، فلا جابر له بالنسبة إلى ذلك - لا بأس بطرحه أو تنزيله على ما يوافق الضوابط وإن بعد، ولا يمنع من العمل بما تضمنه من التوزيع المزبور.

﴿و﴾ منه يعلم حينئذ الحال فيما ﴿لو نقص ما يتساوى أجزاؤه﴾ فإنه يثبت الخيار للمشتري بين الرد وأخذه بحصته من الثمن ﴿ووفقاً للشيخ والفاضل في بعض كتبه والشهيد في الدروس واللمعة وغاية المرام على ما حكى عن بعضها، بل عن الأخير أنه المشهور، بل هو لازم لجميع من عرفته ممن قال به في مختلف الأجزاء ضرورة أولويته منه بذلك، ولذا أرسله بعضهم في ضمن الاستدلال إرسال المسلمات، بل ظاهر المقداد في التنقيح أوصريحه، أنه لا كلام فيه لا مكان توزيع الثمن فيه على أجزائه، فلا مانع فيه من هذه الجهة، بل إذا كان منه ما لا يضبط إلا بالوزن ونحوه، ولا تكفي فيه المشاهدة، كما هو الغالب فيه بكون التقدير فيه ملاحظاً في المبيع أولاً وبالذات، فكانه باعه المقدّر من حيث التقدير، فيفوت البعض بفواته.

إلا أن الأناصاف كون العمدية إلحاقه بمضمون الخبر المزبور (١) وإلا فمتساوى الأجزاء ، وإن كان يمكن توزيع الثمن عليه ، وليس فيه المانع المزبور ، لكن بعد أن كان عينا مشخصة لا تزيد ولا تنقص صار التقدير المفروض فيها وصفاً أيضاً ، حتى لو كان وزناً ونحوه ، إذ هو طريق إلى المعلوماتية المسوغة للإقدام على البيع كالوصف ، لأنه بعض مبيع ؛ ولذا كان خيرة الفاضل في القواعد التخيير فيه بين الرد أو الأخذ بالثمن ، بل هو المحكي عن ولده في الإيضاح ، وعن الشهيد في حواشيه ، والميسية والكفاية أنه أقوى ، وفي المسالك أنه متجه ، ومال إليه في جامع المقاصد ، إلا أن فيه إعراضاً عن الخبر المزبور ، المنجبر بما عرفت ، فال توزيع هو الأقوى .

نعم هو متجه فيما لو زاد ، فيتخير البائع بين الرد والقبول بالثمن المسمى ؛ كما سمعته في مختلف الأجزاء وفقاً للفاضل في القواعد ، والمحكي عن ولده في شرح الإرشاد ومال إليه المحقق الثاني والمقدس الأردبيلي علي ما حكى عنه ، بل ربما قيل إنه لازم لكل من قال به في مختلف الأجزاء ممن عرفت ، فحينئذ يكون الزيادة للمشتري ، ولا خيار له حينئذ ، لأن المتضرر بقوات الوصف البائع دونه ، خلافاً للمبسوط والتحرير والإرشاد والتبصرة والتنقيح وظاهر موضع من الدروس ، فجعلوا الزيادة للبائع على ما حكى عن بعضها ، بل في مجمع البرهان لاشك في أنها له ، بل في التنقيح لا كلام فيه ، ولعله لا يخلو من قوة فيما يعتبر فيه الوزن والكيل والعدد ، إذا التزام دخول الصبرة المبيعة بعنوان أنها وزنة في ملك المشتري وإن كانت وزنتين لا يخلو من صعوبة .

وعلى كل حال فالمتجه ثبوت الخيار للمشتري ، لأنه خلاف ما قدم عليه ، وللتضرر بالشركة دونه ، نحو ما سمعته في مختلف الأجزاء فمن الغريب ما في القواعد والتحرير من عدم الخيار له على هذا التقدير ، ولعله لعدم التضرر ، فهو كالصاع من الصبرة إلا أنه

كما ترى ، فتأمل جيداً في جميع ما ذكرنا ، فإن منه يظهر لك الخلل في جملة من كلمات الأصحاب في مواضع متعددة والله أعلم.

﴿ولو جمع بين شيئين﴾ مثلاً ﴿مختلفين﴾ في كون كل منهما مورد عقد مخصوص ﴿في عقد واحد بثمان واحد كبيع وسلف﴾ فقال : بعتك هذا العبد وعشرة اقفرة حنطة موصوفة بكذا مؤجلاً إلى كذا بمائة درهم ﴿أو إجارة وبيع﴾ فقال : آجرتك الدار وبعتك العبد بكذا ﴿أو نكاح وإجارة﴾ فقال : أنكحتك نفسي وآجرتك الدار بكذا ﴿صح﴾ بخلاف أحده فيه ، وإن أوهمه نسبة بعضهم إياه إلى الآخر بل قيل صرح في المبسوط بأن فيه خلافاً عندنا ، لكنه احتمل إرادته من العامة .

نعم عن الأردبيلي أنه تأمل فيه ، ولعله للشك في نقل مثل هذا العقد الذي لا يدخل في اسم كل منهما ، وإلا اعتبر فيه ما يعتبر فيهما ، ولأن الجهالة والغرر وإن ارتفعا بالنسبة إلى هذا العقد ، إلا أنهما متحققان بالنسبة إلى البيع والإجارة ، وقد نهى الشارع عنهما في كل منهما (١) وارتفعا بالنسبة إلى مجموع العقد غير مجد ، وليس هو كالبيعين الذين فسد البيع بالنسبة إلى أحدهما ، للإكتفاء فيه بمعلومية ثمن المجموع الذي هو مبيع والجهل بالتقسيط غير فادح ، بعد أن كان بالنسبة إلى جزء المبيع لا إلى مجموعه ، بل لعل مثل ذلك غير فادح حتى مع العلم بالفساد من أول الأمر ، لصدق معلومية ثمن المبيع ، ولو كان البيع في بعضه فاسداً بخلاف المقام الذي ثمن تمام المبيع فيه مجهول ، وإن كان هو معلوماً بالنسبة إلى مجموع العقد .

ألهم إلا أن يقال : إن المعلوم من قدح الجهالة ، إذا كان البيع عقداً مستقلاً لاجزاء عقد ، فاطلاق الأدلة بحاله ، كما أن عموم قوله تعالى (٢) «أو فوا بالعقود» كاف في ثبوت مشروعيته ، بعد ظهور اتفاق الأصحاب عليه ، الذي يكفي في ثبوت معهوديته ، فتشمله الآية

١ - الوسائل الباب ٢٠ من أبواب آداب التجارة الحديث ٢ المستدرج ج ٢ ص ٢٧٠ .

(٢) سورة المائدة الآية ١

وإن قلنا بأن اللام إشارة إلى العقود المتعارفة ، إذ لا طريق لنا إلى ذلك إلا كلام الأصحاب ، فيكفي حينئذ معلومية العوض لهذا العقد الذي هو في الصورة عقد واحد وفي المعنى عقدان أو عقود ، ولذا يجري عليه حكم كل منها لنفسه من غير مدخلية للآخر نحو خيار المجلس وغيره ، كما هو واضح ، إلا أنه من حيث اتحاد القبول فيه باعتبار عدم الدليل على اعتبار القبول بعد العقد على وجه لا يشاركه غيره في معناه واحد .

﴿و﴾ حينئذ فإن احتيج إلى أن ﴿يقسط العوض﴾ لتعدد المالك ، أو غيره قسط ﴿على قيمة المبيع وأجرة المثل﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿و﴾ على ﴿مهر المثل﴾ بلا خلاف أيضاً إلا أنه أشكل بأن المفوضة ترجع إلى مهر السنة لو زاد مهر المثل عنه ، وهنا لما لم يتعين لها مهر مقدر ابتداء ، أشبهت المفوضة ، فلا يتم إطلاق مهر المثل ، ويدفع بأنها هنا ليست مفوضة بل مسمأة المهر ، غايته عدم العلم بقدر ما يخصه ابتداء ، على أن الرجوع إلى مهر السنة على تقدير زيادة مهر المثل محل تأمل أو منع .

نعم هو - سلم بالنسبة إلى مفوضة البضع ، وهذه ليس منه قطعاً كما هو واضح ، ولو كان أحد الأعواز مؤجلاً ، قسط عليه كذلك ، فلو باعه عبداً يساوي عشرة حالا ، وعشرين مؤجلاً فباعه مؤجلاً ، وأجره داره مدة سنة بعشرين ، والعوض عشرون ، فإنه يقسط بينهما بالسوية ﴿وكذا يجوز﴾ بلا خلاف بل ولا إشكال ﴿بيع السمن بظروفه﴾ مع العلم بوزن المجموع الكافي عن معلومية وزن كل منهما ، بعد اقدام المشتري على الرضا بكون سعر الظرف سعر الدهن ، فإذا احتيج إلى التقسيط قسط على ثمن مثلها ، بأن يقال : قيمة الظرف مثلاً درهم ، وقيمة السمن تسعة فيخص الظرف عشر الثمن ﴿ولو قال : بعثك هذا السمن بظروفه كل رطل بدرهم﴾ بعد العلم بوزن المجموع ﴿كان جائزاً﴾ أيضاً لما عرفت

من وجود المقتضى وارتفاع المانع ، والتقيط فيه بأن يوزن الظرف منفرداً وينسب إلى الجملة ، ويؤخذ له الثمن بتلك النسبة ، وبذلك افترق هذا المثال عن الأول كما هو واضح والله أعلم .

﴿ الفصل الخامس : في أحكام العيوب ﴾

﴿ من اشترى مطلقاً أو بشرط الصحة إقتضى سلامة المبيع من العيوب ﴾ بخلاف ولا إشكال في الثاني ؛ بل والأول إن كان المراد الإقتضاء شرعاً ، أما عرفاً فلا يخلو من إشكال ، خصوصاً بعد عدم الانصراف في مثل التكليف والوصايا ونحوهما وأصالة السلامة لا تقتضى إرادة السالم من الإطلاق ، والإلاقتضت في الجميع ، بل لم يكن المعيب بعض أفراد المبيع لو كان كلياً .

أللهم إلا أن يفرق بينها وبين البيع بل جميع عقود المعاوضات ، والإطلاق إنما يقتضى السلامة في المبيع ، لأن المبيع السالم ، فلا ينافي كون المعيب فرداً هذا . ولكن مع ذلك لا يخلو الانصراف المزبور عرفاً من تأمل في بعض الأحوال ، خصوصاً بالنسبة إلى بعض العيوب والأمور سهل ، لكن صريح جماعة أن الشرط المزبور بعد تسليم الانصراف المذكور مؤكد بل لم أجد قائلًا بغيره .

نعم في المسالك «وربما قيل : إن فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وإن تصرف لو ظهر عيب ، فيفيد فائدة زائدة على الإطلاق كاشتراط الحلول » وهو متجه ، وإن قال بعض مشايخنا إني لم أجد هذا القول لأحد من العامة والخاصة ، ضرورة أنه لا بأس باجتماع الجهتين عملاً بالدليلين الغير المتنافيين ، نعم قد يتوقف في أصل صحة اشتراط ذلك كسائر الصفات في الأعيان الشخصية ، لظهور أدلة الشرط في أنه مما يكلف المشتري عليه بالوفاء به ، وفي الفرض لا يتصور ذلك على تقدير عدم الانصاف ، إلا أنه قد يمنع اعتبار ذلك في الشرط ، وإن كان فائدته حينئذ أنه في مثل ذلك قلب اللازم جازراً ،

فتأمل جيداً والله أعلم .

و كيف كان ﴿ فان ظهر به عيب سابق على العقد فالمشتري خاصة بالخيار ،
بين فسخ العقد وأخذ الأرض ﴾ اجماعاً محصلاً ، ومحكياً مستفيضاً ، صريحاً وظاهراً ،
وهو الحجة مضافاً إلى ما أرسله - في محكي الخلاف من الأخبار و خبر الضراد (١) و
فقه الرضا (٢) بناء على حجته « إن خرج في السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار إليه
إن شاء ردّو إنشاء أخذاً ورد عليه بالقيمة أرض المعيب » والظاهر زيادة أو فيه كما عن بعض
الأجلة ، ولعل المراد « الهمزة » - وإلى المعتبرة التي منها رسل جميل (٣) عن أحدهما عليه السلام
« في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً قال : إن كان قائماً رده على صاحبه
وأخذ الثمن ، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أوصبغ رجع بنقصان العيب » وغيره
إلا أنه ليس فيها جميعاً ذكر الإمضاء مع الأرض ، بل ظاهرهما الرخصة كما اعترف به
في الرياض ، لكن قال : « إن الإجماع ولو في الجملة كاف في التعديّة » .

قلت : إن لم يثبت أولوية ثبوت الأرض قبل التصرف المزبور منه بعده ، لوضوح
منعها ، أو أن ثبوته - لأنه عوض جزء من المبيع - قد فات ، فهو كمقابل أحد المبيعين من
الثمن لو بطل البيع فيه ، بناء على مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن ، ويكون إستحقاق
المشتري له على القاعدة ، كما في تبعض الصفقة ؛ وفيه أنه أوضح منعاً من الأولوية المزبورة
لعدم ثبوت التوزيع المزبور قصداً ولا شرعاً على وجه يتناول الحكم المذكور ، بل
تصريحهم بأنه يسقط بالإسقاط بعد العقد ، بحيث لا يصح الرجوع منه بعده كما استعرف
ينافيهِ ضرورة عدم صحة تسلطه على الأعيان ، ولو كان بمنزلة الهبة جاز الرجوع فيها ،
فالعمدة حينئذ في ثبوته ما عرفت .

وقد يظهر من المتن وغيره ، أن الخيار المزبور عند ظهور العيب ؛ لأنه كاشف عن

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٥

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الخيار الحديث ٣

ثبوته حال العقد؛ لكن يمكن عدم إرادة ذلك منها، وإن اقتضاه ظاهر التعبير المساق إلى بيان أن ثمرته عند الظهور، لعدم تصور فائدة له قبل العلم غالباً، لكن فيه إن له ثمرات منها - إسقاطه بالتصرف قبل ظهوره، ولولا أنه ثابت لم يتصور سقوطه به، إلا أن يكتفى بوجود سببه وكذا إسقاطه، ومنها - أنه لو فسخ قبل ظهوره أثر الانفساخ حينه ولو تأخر الظهور عن ذلك فتأمل جيداً، والظاهر ثبوت الخيار المزبور في العيب في الثمن، وإن خلت عنه أكثر النصوص والفتاوى إن لم يحمل المبيع فيها على ما يشملهما، وهو كما ترى، ولا ينافي ذلك قول المصنف خاصة ضرورة كون المراد ذلك بالعيب في المبيع والله أعلم به.

﴿و﴾ كيف كان ﴿ي﴾ يسقط الرد ﴿والأرض﴾ بالتبري من العيوب ﴿بأن يقول﴾: بعثك هذا بكل عيب، أو وأنا بريء من كل عيب، أو نحو ذلك مما لا يفرق فيه بين العيوب ظاهرة أو باطنة، معلومة أو غير معلومة، حيواناً كان المبيع أو غيره، إجماعاً محكياً صريحاً عن الخلاف والغنية والتذكرة، وظاهر في غير ما إن لم يكن محصلاً، ضرورة كون المراد البرائة ممارتب الشارع عليه من الحكم، وهو الرد أو الأرض، فهو حينئذ شرط مندرج فيما دل على الشرائط، حتى لو ذكره قبل العقد، وبناء عليه بناء على أنه حينئذ كالصرح به فيه، ولأن المشتري حينئذ راض به على ذلك، فهو كما لو علم به وأقدم عليه، بل يشمله دليل ذلك، بل قد يقال: إن في شمول أدلة الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك، بل ظاهرها خلافه، فيبقى أصالة لزوم العقد وأصالة برائة الذمة من الأرض بلامعارض.

مضافاً إلى مفهوم الحسن أو الصحيح (١) «أما رجل اشترى شيئاً فيه عيب أو عوار، ولم يتبرء إليه منه ولم يبين له، فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً وعلم بذلك العيب وذلك العوار أنه يضمن عليه المبيع، ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» وخبر جعفر بن عيسى (٢) قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الخيار الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادي ، فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه ، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن ، فربما زهد فاذاهد فيه ادعى عيوباً وأنه لم يعلم بها ، فيقول له المنادي قد تبرئت منها ، فيقول المشتري : لم أسمع البرائة منها ، أصدق ؟ فلا يجب عليه الثمن ، أم لا يصدق فيجب ؟ فكتب عليه الثمن ، الذي يمكن تقرير الدلالة فيه على المطلوب بوجهين .

ويصح التبري من العيوب المتجددة ، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه ، لأن المراد التبري من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد ، فليس براءة مما لم يجب ، على أنه يمكن منع عدم صحته على جهة الشرطية . ثم على الصحة فالظاهر شمول إطلاق البراءة من العيوب لها ، وإن كان المنساق أولاً إلى الذهن العيوب الموجودة حال العقد .

❦ وكذا يسقطان ❦ بالعلم بالعيب قبل العقد ❦ بخلاف أجده ، لأن إقدامه معه رضاً منه به ، ولا خلاف في الغنية في سقوط خيار العيب به حينئذ ، مضافاً إلى أصلي لزوم العقد وبراءة الذمة من الأرض ، ضرورة ظهور أدلة الخيار المزبور في غير الفرض وإلى مفهوم خبر زرارة (١) المتقدم المتمم بعدم القول بالفصل بين عدم الأرض والرد معه ، بل قد يقضى إطلاقه كالفتاوى السقوط به فيما لو علم به ثم نسيه ، وهل يصح شرائه من العالم مصرحاً ببقاء خيار العيب له ؟ ونحو ذلك مما يرفع دلالة العلم على الرضا به معيباً ؟ الأقوى ذلك ، لأنه كالشرط حينئذ ، بل لو اقتصر على خصوص الرد من مقتضى العيب صح أيضاً لذلك ، وأما لو اقتصر على الأرض فقد يحتمل البطلان ، لتجهل الثمن حينئذ ، ويحتمل الصحة اكتفاء بعلم الثمن بالجملة كمالو باع ما يصح وما لا يصح مع العلم به .

❦ ويسقط الخيار المزبور أيضاً ❦ بإسقاطه بعد العقد ❦ بخلاف ، لأنه من الحقوق التي تسقط بالإسقاط ، كما عرفت في الخيارات السابقة ، فيسقط الرد حينئذ

﴿وكذا الأرض﴾ ، لأنهما هنا متعلقاه ، فأسقاطه إسقاطهما معاً ، ولو اقتصر على إسقاط أحدهما صح وإن اتحد سبب استحقاقهما كما هو واضح ، ويمكن استفادته من العبارة .

﴿وبسقط الرد﴾ خاصة ﴿باحداثه فيه حدثاً كالعتق وقطع الثوب﴾ بخلاف معتد به بل في المختلف وعن شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه ﴿سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده﴾ على نحو ما سمعته في الخيارات السابقة؛ ضرورة اشتراكه معها في أن له الفسخ وإن زاد عليها بالأرض ، فيسقط ما به الاشتراك ما يسقطها ، ولذا كان البحث السابق في التصرف المسقط آتيا هنا مضافاً ، إلى مرسل جميل (١) وخبر زرارة (٢) السابقين الدالين على ثبوت الأرض لعدم دلالة التصرف على اسقاطه شرعاً ولا عرفاً ، خلافاً لما عن ابن حمزة في الوسيلة فاسقط الأرض به إذا كان بعد العلم به ، ولا ريب في ضعفه للأصل وإطلاق النص (٣) .

بل في صريح الغنية أظهارها الاجماع عليه ، مؤيداً بالتبعية لفتاوى الأصحاب صريحها وظاهرها ، بل عن شرح الارشاد للفخر الاجماع على ثبوت الأرض ، على أن فيما حضرني من نسخة الوسيلة «وإن علم بالعيب ثم تصرف فيه لم يكن له الرد والأرض ، لأن تصرفه ليس بموجب لرضاه» وتعليقه إنما ينطبق على أن له الأرض ، ولعل الاسقاط من النسخ ، والا فلا ريب في ضعفه ، كضعف ما عن المبسوط من أن التصرف قبل العلم لا يسقط الخيار ؛ للأصل المنقطع بما عرفت ، ومفهوم خبر زرارة المحتمل لأن يكون المراد منه أنه لو أحدث فيه شيئاً لم يعلم به لم يكن له الخيار ، لأن الحدث إذا كان بعد العلم ينفي الخيار ، حتى يستدل بمفهومه على أن الحدث قبله لا ينفيه ، بل لعل المراد منه أنه لا يتحقق ثبوت الخيار إذا لم يكن علم به ، فتأمل جيداً ، وما عنه أيضاً من أنه إن كان بيع المشتري له قبل علمه بالعيب وعاد إليه فله رده ، وما عنه أيضاً والمقنعة و النهاية من أن الهبة والتدبير لا يمنعان من الرد لأن له الرجوع فيهما بخلاف العتق ، لما عرفت من إطلاق النصوص والفتاوى ومعاقده الاجماعيات والله أعلم .

﴿و﴾ كذا يسقط الرد ﴿بمدوث عيب بعد القبض﴾ غير مضمون على البائع بخلاف أجده فيه، بل عن شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه، وفي محكي الخلاف الاجماع والأخبار على أنه ليس له رده إلا أن يرضى البائع بأن يقبله ناقصاً فيكون له رده، وأنه يكون له الأرض إن امتنع البائع من قبوله معيباً، وعن موضع من المبسوط «إذا باع عبداً وقطع طرف من أطرافه عند المشتري، ثم وجد به عيباً قديماً سقط حكم الرد إجماعاً ووجب الأرض» وعنه أيضاً «نفى الخلاف عن أن له الأرض إذا امتنع البائع من قبوله» ولعل مراده من الشرط أن له رده إن أرادته إذا لم يمتنع البائع من قبوله، لانفى الأرض حينئذ وإن اختاره.

لكن في التحرير «لو تعيب عند المشتري لم يكن له رده، فلو اختاره البائع جاز وأوآراد المشتري الأرض حينئذ قال الشيخ: ليس له ذلك، والوجه عندي أن له الأرض إن اختاره ولو امتنع البائع من قبوله معيباً كان للمشتري حق الأرض قولاً واحداً» وفي الدروس «وثاني الأمور المسقط للرد دون الأرض، حدوث عيب عند المشتري مضمون عليه، إلا أن يرضى البائع برده مجبوراً بالأرض أو غير مجبور، ولا يجبر البائع على الرد وأخذ الأرض، أي أرض العيب الحادث، ولا يتخير المشتري بينه وبين المطالبة بأرض السابق، ولو قبل البائع الرد لم يكن للمشتري الأرض بالعيب الأول عند الشيخ» وقد فهمنا منه الخلاف في ذلك، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه، للأصل وإطلاق الأدلة والاجماع السابق المعتضد بقاوى الأصحاب، بل إن لم يثبت إجماع على سقوط الرد به مطلقاً لأمكن المناقشة فيه، إذا لم يكن من جهته بحيث يعد تصرفاً فيه، لعدم معارض للأدلة المزبورة؛ خصوصاً مع عدم سقوط غيره من الخيار بذلك، بل قد عرفت عدم سقوطه فيما تولف بأقفة سماوية في وجهه، فضلاً عن التعيب، وتعليل غير واحد من الأصحاب السقوط هنا بأنه لما كان مضموناً عليه كان بمنزلة إحداثه فيه حدثاً، ولو كان من غير جهته فنقصانه محسوب عليه، فيمنع الرد ﴿ويثبت الأرض﴾ حينئذ لذلك كما ترى، وإلا لجري في غيره من الخيارات.

نعم يتجه جبره بالأرث لو أراد رده لنفي الضرر، ولعله لذا قال في الغنية: «فإن لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أرث العيب المتقدم دون الحادث إن اختار ذلك، وإن اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث هو فيه حدثاً وظاهره عدم سقوط الرد بذلك وهو جيد على الوجه الذي قلنا إن لم يثبت إجماع على خلافه أو يدعى دلالة مرسل جميل (١) المشتمل على اشتراط الرد بقيام الثوب بعينه، وأنه متى قطع أو خيط أو صبغ تعين الأرث أو يدعى أن مفهوم الرد لا يتحقق إلا مع عدم تعيب العين، والجبر بالأرث لا يصير رداً حقيقة مضافاً إلى أصالة لزوم العقد التي يجب الاقتصاد في خلافها على المتيقن وهو غير الفرض.

نعم يمكن القول ببقاء الرد بالعيب السابق إذا كان العيب الحادث من البايع، وإن كان قد شمله المتن ونحوه، بل ومن وصف العيب بكونه غير مضمون على البايع؛ ضرورة كون المراد إخراج صورة الخيار ونحوها مما كان العيب فيه مضموناً عليه، لا مثل الفرض الذي كان الضمان فيه عليه نحو ضمان الأجنبي لو كان جانياً، إلا أن المتيقن من إطلاقها وإطلاق معاهد الاجتماعات السابقة غير ذلك، فيبقى على أصالة الرد هذا وفي القواعد لو كان العبد كاتباً أو صائفاً فأنسيه عند المشتري لم يكن له الرد بالسابق ولعله لأن نسيان الصنعة عيب، أو أنه مغير للعين تغييراً يمنع من ردها، ومثله نسيان الدابة الطحن والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان ﴿و﴾ لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد ﴿و﴾ بالعيب السابق قطعاً، بل يمكن تحصيل الإجماع فضلاً عن محكيه؛ لكونه مضموناً على البايع، ولذا كان للمشتري الرد به، فضلاً عن العيب السابق بخلاف، بل حكى الإجماع عليه غير واحد.

نعم اختلفوا في ثبوت الأرث به، وقد تردد المصنف فيه سابقاً، وذكرنا التحقيق فيه فيما تقدم فلاحظ، إنما البحث الآن في العيب السابق ولا إشكال في ثبوت الرد بالأرث

به معه ، كما عرفت ، ومثله حدوث العيب من غير جهة المشتري في الثلاثة لو كان المبيع حيواناً ، لأنه أيضاً مضمون على البائع ، فلا يمنع حكم العيب السابق ، وكذا كل خيار مختص بالمشتري ، بناء على إلحاقه في ثلاثة الحيوان في الضمان لما يحدث فيه ، كما تقدم تحقيق الحال فيه ، والظاهر تعدد سبب استحقاق الرد حينئذ ، وتظهر الثمرة في أمور ، فماعتن المصنف - من أن له الرد بأصل الخيار ، لا بالعيب الحادث ، وابن نما بالعكس - في غير محله ، بل مقتضى الجمع بين الدليلين الحكم بالنسبين كما هو واضح ، نلى أنه لم نتحقق هذه الحكاية عنهما في المقام .

نعم ستمتع كلامهما في حدوث العيب في ثلاثة الحيوان وتحقيق الحال فيه ، وهو غير المقام ، اللهم إلا أن يراد جريان نظيره هنا ، لكنه لا يتم في المحكي عن ابن نما هناك من إيجاب الرد والأرش ، لكن يمكن البحث في المسألة لنفسها ، بفرضها في العيب المتجدد قبل القبض مثلاً ، و كان معيباً سابقاً ، فهل يتعدد سبب الخيار في الرد بهما لكونهما سببين ، أو يخص بالأول ، لأنه المؤثر ، ولأنه للثاني لكونه تحصيل الحاصل لأن جنس العيب اتحد أو تعدد هو السبب ، أو يخص بالثاني باعتبار انقطاع حكم الرد بحدوث العيب ، وإن كان مضموناً على البائع لا إطلاق دليله ، ويبقى حكم الرد للثاني ، إلا أنه لا يخفى عليك ضعف الأخير ، بل يمكن تحصيل إجماع على خلافه كما عرفت .

وأما الثاني فله وجه لو كان دليل الخيار به مستفاداً من دليل الخيار بالأول ، ضرورة كونه حينئذ كتعدد القديم في ظهور عدم تعدد الخيار به ، على وجه يصح إسقاطه من جهة واحد دون الآخر ؛ لكون المجموع بعد وجدانها دفعة أو تدريجاً سبب واحد .

نعم قد يقال : لو وجد أحدهما ثم رضى به ثم وجد آخر كان له الرد به ؛ لظهور الأدلة في سببية الثاني حينئذ ، ضرورة كونه كما رضى بالعيب قبل العقد فوجد غيره ؛ لكن

من المعلوم عدم ظهور هذه الأدلة في المتجدد ، بل هي كالصريحة في السابق ، وحينئذ يكون السابق صنفاً ، والمتجدد آخر فيعمل كل مقتضاه ، وسقوط الرد من أحدهما لا يقتضي سقوطه من آخر ، فتأمل جيداً فإن المسألة محتاجة بعد إلى تنقيح .

فقد تلخص لك من ذلك ما يسقط الرد والأرض ، والأول خاصة ، لكن كان عليه ذكر الانعتاق قهراً من القسم الثاني ، كما لو اشترى أباه ثم وجد به عيباً فإنه يتعين الأرض هنا لعدم التمكن من الرد اللهم إلا أن يتكلف إدراجه في التصرف أو غيره أو يقال بثبوت الرد فيه ، لكن بدفع القيمة عوضاً عنه لمعلومية بدليتها ، وإن كان قد يدفع الأخير ما استعرفه من أن التلف هنا مسقط للرد بالعيب ، ويبقى الأرض ، فلا نعتاق قهراً منزل منزلته ، والأمر سهل .

وقد يسقط الأرض ويبقى الرد فيما لو اقتصر على إسقاطه دون الرد ، وفيما لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح أو ساوتها ، كما لو ظهر العبد خصياً ، فإن المشتري يتخير بين الرد والإمساك مجاناً ، لعدم الإطلاع على قدر نقص القيمة الذي هو المدار في نقص المالية ، بل أصالة براءة الذمة كافية في نفيه ، بعد ظهور أدلة ثبوته أو صراحتها في غيره من العيوب التي تنقص القيمة ، ولا يجري مثله في الرد بعد فرض كونه عيباً بخلاف أجده فيه .

بل ظاهر التذكرة وجامع المقاصد الإجماع على ثبوت الخيار به ، بل هو مقتضى ما رواه ابن مسلم (١) لابن أبي ليلى في الشعر على الركب ، فالرد به حينئذ لا إشكال فيه ، وإن احتمل بعض متأخري المتأخرين عدمه ، كالأرض للأصل ، و ظهور نصوص الرد (٢) في العيب المنقص للقيمة لا ما زاد فيها ، لكن فيه منع واضح بعد ما عرفت ، بل قد يظهر من إطلاق الفتاوى كون العيب ما زاد عن الخلقة أو نقص ، وأن فيه الرد والأرض ثبوته فيه ، ولذا استشكل فيه غير واحد من المحققين ، ولعل طريق تأريشه حينئذ الغاء

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب أحكام الغيوب الحديث ١

(٢) الوسائل ١ - ٨ من أبواب أحكام الغيوب

ما يترتب على الخصامن المنفعة التي هي بالنسبة إلى بعض أفراد الناس .

كالحكام والسلاطين ، ثم تقويمه فحلاصا لحال النسل ، ولما يقدر عليه الفحول من الاشغال، ولا ريب في حصول النقص حينئذ وإن كان قد يناقش بأن ذلك إضرار أعلى البايع خصوصا إذا كان حيوانا يراد منه كثرة لحمه وشحمه ، وحرمة الفعل في الآدمي بل وفي غيره كما عن نهاية الاحكام ؛ نسبه إلى علمائنا ، لاتنافي زيادة المال من جهته ، وربما لا يكون البايع فاعلاله ، بل قيل أن المصرح بجوازه في غير الآدمي كثيرون ، خلافا للقاضي والتقاضي خاصة فلم يجوزاه .

وكيف كان فالأرض محل نظر ، سيما في شعر الركب ونحوه مما لا طريق إلى الفرض المزبور فيه . نعم يمكن القول بعدم سقوط الردها بالتصرف قبل العلم فيه ، و بحدوث عيب لا من جهته للضرر معه ، ومن هنا قال في الدروس : « لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح كما في الخصى احتمل سقوط الأرض ، وبقاء الرد لا غير ؛ وقد يشكل مع حصول مانع من الرد كحدوث عيب أو تصرف ، فإن الصبر على العيب ضرار ، والرد ضرار » ونحوه في المسالك « وزاد ويمكن ترجيح البقاء اعتبارا بالمالية وهي باقية » قلت لا طريق بعد عدم السبيل إلى التاريش لعدم معرفته ، إلا القول بعدم سقوطهما الردها ، بعد جبر العيب الحادث بالأرض من المشتري أو التزام كما هو واضح .

ومما يسقط فيه الأرض ، خاصة ما لو اشترى ربويا بجنسه وظهر عيب فله الرد دون الأرض حذرا من الربا ، ومع التصرف أو حدوث عيب ، فيه البحث المذكور ، وقال في الدروس هنا : « لو اشترى ربويا بجنسه وظهر فيه عيب من الجنس ، فله الرد بالأرض حذرا من الربا ، ومع التصرف فيه لا إشكال ، ولو حدث عنده عيب آخر احتمل رده ، وضمان الأرض كالمقبوض بالسوم ، واحتمل الفسخ من المشتري ، أو من الحاكم ويرجع الثمن ، ويغرم قيمة ما عنده بالعيب القديم ، كالتالف من غير الجنس ، والأول أقوى ، لأن تقدير الموجود معدوماً بخلاف الأصل » وهو جيد جداً ، إلا أن الأول يجري في

التصرف - وفي الخصي أيضاً لا في خصوص حدوث العيب في الربوي كما هو واضح .
 واعتبر في المغرم من القيمة كونه من غير الجنس حذراً من الربا ، وقد سبقه في ذكر الاحتمالين ، الفاضل في القواعد «و لو كان المبيع حلياً من أحد النقيدين بمساويه جنساً وقدرأ ، فوجد المشتري عيباً قديماً ، وتجدد عنده آخر لم يكن له الأرش ولا الرد مجافاً ، ولا مع الأرش ، ولا يجب الصبر على العيب مجافاً ، فالطريق الفسخ والزام المشتري بقيمته من غير الجنس ، معيباً بالقديم سليماً عن الجديد ، ويحتمل الفسخ مع رضا البائع ، ويرد المشتري العين وأرشها ولارباً ، فإن الحل في مقابلة الثمن ، والأرش للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم » .

لكن فيه أن الفسخ لا يتقيد برضا البائع ، وإنما المشتري به رد العين مع الارش ، لا مكان عدم وجوب قبول ذلك عليه ، كما نص عليه بعضهم . نعم قديقوى الوجوب بعد الفسخ لعود المال إليه ، والعيب يجبر بالأرش الذي قد سمعت عدم الربا بعد الفسخ ، وأنه كأرش عيب المقبوض بالسوم إذا كان ربوياً ، ضرورة أن الربا في المعاوضات لا الغرامات .

وقد ينقدح من ذلك وجه آخر حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية ، ونفى عنه البأس ، بل عن جامع الشرايع حكايته عن بعض أصحابنا ، وهو رجوع المشتري بأرش العيب ولاربا ؛ لأن المماثلة في ماله إنما تعتبر في ابتداء العقد ، وقد حصلت ، والأرش حق ثبت بعد ذلك ، ودعوى أن الأرش لفوات مقابلة من المبيع واضحة المنع ، ضرورة اقتضاها انفساخ العقد بالنسبة إلى ذلك ، وأنه يستحق خصوص الثمن ، وأن نماءه له ، إلى غير ذلك مما لا يمكن التزامه ، بل لا بأس حينئذ بأخذ الأرش من الجنس ، ولا يشترط كونه من غير الجنس فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿و﴾ وكيف كان ؟ ﴿إذا أراد بيع المعيب ؛ فالأولى﴾ والأفضل ﴿إعلام المشتري بالعيب أو التبري من العيوب مفصلة﴾ من غير فرق بين الخفي منه والظاهر ،

لأصله براءة الذمة من وجوب الإخبار بعد انجبار الضرر بالخيار ، لكن قيده جماعة من المتأخرين بالظاهر الذي يمكن للمشتري الإطلاع عليه من دون إعلام البائع .

أما الخفى فيجب الإخبار به ، وإلا كان غشا وتديسا ، بل ينبغي بطلان البيع في نحو شوب اللبن بالماء ، لأن المبيع المقصود غير معلوم القدر للمشتري ، وعليه نزل ما عن الخلاف «من باع شيئا وبه عيب لم يبينه فقد فعل محظورا و كان للمشتري الخيار» و المبسوط وفقه القرآن للراوندى «وجب أن يبين للمشتري عيبه ، أو تبرئ اليه من العيوب ، والأحوط الأول» والتحرير «وجب الإشعار أو التبرئ من العيوب» لكن ظاهر الأخيرة أوصريحها سقوط وجوب الإعلام حتى بالخفى إذا تبرئ من العيوب ، كما هو صريح الدروس قال : «يجب على البائع الإعلام بالعيب الخفى على المشتري إن علمه البائع ، لتحريم الغش ، و لو تبرئ من العيب سقط الوجوب» قال الشيخ : «والاعلام أحوط» بل عن إيضاح النافع أنه المشهور ، وكان وجهه الأصل بعد عدم صدق الغش معه .

وعلى كل حال فلا خلاف في عدم وجوب الإخبار بالظاهر بعد تنزيل العبارات المزبورة على ما سمعت ، ولعله لذا قال في الرياض : « ويجوز بيع المعيب وإن لم يذكر عيبه مع عدم الغش بلا خلاف في الظاهر ، بل قد يظهر من إطلاق المتن والقواعد وغيرها عدم وجوبه حتى في الخفى ، ولعله للأصل و عدم كونه غشا بعد أن لم يكن من فعله ، ولا أخبر بسلامته .

نعم هو كذلك في مزج اللبن ، ولعل كلامهم في غيره . ثم على الوجوب فالظاهر صحة البيع ، لأن النهي عن أمر خارج ، بل لا يبعد ذلك حتى في اللبن الممزوج ، كما احتمله في المسالك قال : «ولاجتهالة بعد علم مقدار الجملة ، فهو كما لو باع ماله وماله غيره وله الخيار حينئذ» وفيه أنه مناف لما فرضه أولا من كون عنوان المبيع اللبن منه لا -

المشاهد ، ولذا أبطله كالجهالة ، ولا يجدى العلم بالجملة بعد أن كانت مبيعا و غير مبيع ؛ فالوجه الصحة في الفرض إلا أن الظاهر كونه خيار عيب لا تبعث لصدق اسم اللبن على المزوج ، وإلا كان خارجاً عن موضوع المسألة التي هي بيع ذى العيب الخفي المنافي صدق اسم العنوان عليه ، ويتجه فيه البطلان مع فرض جعل العنوان اللبن منه للجهالة ، ولو جعل المشاهد صح للعلم بالجملة حينئذ و لو كان بعنوان أنه لبن .

﴿ولو اجمل﴾ في البراءة بأن قال : برئت من عيبه أو من جميع العيوب أو من العيوب ، ﴿جاز﴾ وكان كالتفصيل في الحكم ، لعموم المقتضى الذى قد عرفته فيما مضى من الإجماع وغيره ، فليسقط به حينئذ الخيار في الرد والأرش ، ويسقط به أيضاً وجوب الإخبار بالخفى ، بناء على سقوطه بالبراءة المفصلة ، خلافاً لما عن بعض الأصحاب فأوجب التفصيل فلا يبرء حينئذ إلا بجمال و لا يسقط به الخيار ، بل قضيته ما استدله به في المسالك « من أنه يبيع مجهول البطلان ، إلا أنه كما ترى ، إذ لا جهل مع المشاهدة ، واعتبار ما يجب اعتباره في صحة البيع ، والعيب الحاصل فيه غير مانع من صحة البيع ولا يشترط معرفة الباطن ، لأنه يعتبر ويكفى فيه أصل السلامة ، حتى يقال : يذهب الوثوق به بالتبرى ، فيكون كبيع المجهول ، على أنه قد عرفت في اشتراط سقوط خيار الرؤية ما يؤكده ذلك ، فلاحظ وتأمل كل ذامع ضعف الخلاف المزبور ، وإن حكى عن ابن ادريس إلا أنه غلط قطعاً .

نعم حكاه في المختلف عن أبي علي وحكى فيه عن القاضى ما يقتضى ذلك ويمكن دعوى مسبوقيتهما بالاجماع وملحوقيتهما به ، فمافى الدروس «من أن فى التبرى مجعلاً قولين أشهرهما الاكتفاء سواء علم البايع بالعيب أم لا » مما يوعم أنه قول مشهور فى غير محله والله أعلم .

﴿وإذا ابتاع شيئين صفقة﴾ من مالك واحد بشمن واحد ﴿ثم علم بعيب فى

أحدهما ، لم يجز ردّ المعيب منفردا و﴿ لكن ﴾ له ردهما ﴿ معاً ﴾ أو أخذ الأرض ﴿ ﴾ بخلاف أجده فيه ، بل في الغنية الإجماع عليه ، كما عن الخلاف أن دليله إجماع الفرقه وأخبارهم ، لأن رده خاصة موجب للتبعض الذي يتضرر به البائع ، إذ يمكن جبره بتسلط البائع على الخيار حينئذ ، بل لظهور الأدلة في تعلق حق الخيار بالمجموع لأفنى كل جزء منه ، لأقل من الشك ؛ ضرورة عدم الوثوق بإطلاق فيها على وجه يشمل الغرض والأصل للزوم ، ومنه يعلم حينئذ عدم الفرق في الحكم المزبور بين ما ينقصه التفريق كمصراعي باب أولاً ، ولابن حصول القبض وعدمه .

نعم لو تصرف فيهما أو في أحدهما مثلاً ، سقط الرد وتعين الأرض ؛ لأنهما بمنزلة مبيع واحد ، بالنسبة إلى ذلك ، ولا يقاس الخيار على الشفعة التي قيل أنهم صرحوا في بابها في الوبايع حصّة من الدار والبستان صفقة بأن لشريكه فيهما أخذ أحدهما بالشفعة وإن تبعضت الصفقة ، والظاهر اتحاد الحكم في باقي الخيارات ، فليس له في خيار المجلس رد بعض المبيع والالتزام بالباقي ، لما عرفت ، وإثباته لكل من الورثة في حقه على القول به لمدرّك آخر كما أشبعنا الكلام فيه فيما تقدم .

و على كل حال فقد ظهر عدم التفريق في الصفقة الواحدة ، ومنه ما لو اشترى حاملاً وشرط الحمل أو قلنا بدخوله فوضعت ، ثم ظهر على العيب ، فليس له إفرادها بالرد ، لالتحريم التفرقة ، بل لا اتحاد الصفقة ، من غير فرق بين الأمة والدابة ، ولو كان الحمل عنده لا يتصرفه فالحمل له وإن فسخ ففي الدروس « ردّ الام مالم تنقص بالحمل أو الولادة » وأطلق القاضي « أن الحمل يمنع من الرد ، إما بفعله أو بإهماله المراعاة حتى ضربها الفعل وكلاهما تصرف » قلت : لا ريب في قصور حملها على وجه لا يعد تصرفاً ، إلا أنه يمكن القول بمنعه مطلقاً من الرد إذا كان في غير زمن الخيار ، لأنه عيب حدث عنده ، لما استعرفه من عدّهم الحمل عيباً ، وعدم نقصها به لا يرفع كونه عيباً فتأمل والله أعلم .

ج ٢٣ (فى أنه إذا ابتاع شيئين صفقة ثم علم بعيب فى أحدهما لم يجوزده منفردا) - ٢٣٩ -

﴿وكذا﴾ فى عدم جواز الاختلاف ﴿لو اشترى إثنان شيئا﴾ متحدا أو متعددا على جهة الشركة فيهما بثمن كذلك نعم ﴿كان لهما﴾ معاً ﴿ردّه أو إمساكه مع الأرض وليس لأحدهما ردّ نصيبه دون صاحبه﴾ على المشهور بين الأصحاب ، نقلا و تحصيلا من غير فرق بين علم البائع بتعدد المشتري وجهله ، ولابن إتحاد العين و تعددها ، ولابن اقتسامها قبل التفرق وعدمه ، لالتضرر بتبعيض الصفقة والشركة مع المشتري الآخر ، انقد عرفت إمكان دفعه بجبره بالخيار ، مع أنه لا يتم فى صورة علم البائع بالتعدد ، بل لما سمعت من أصالة عدم الخيار على هذا الوجه ، بعد انصراف أدلته إلى غيره .

ودعوى تنزيل تعدد المشتري منزلة تعدد العقد واضحة المنع بالنسبة إلى ذلك خلافا للمحكي عن شركة المبسوط والخلاف وأبي علي والقاضى والحلي وصاحب البشرى وفخر الاسلام ، فجوزوا اختلافهما فى ذلك ، واستوجهه فى المسالك ، ونفى عنه البعد فى التذكرة ، لاطلاق الأدلة وكونه بمنزلة عقدين وإقدام البائع على الشقص ، وللتحرير والكركي فيجوز مع علم البائع بالتعدد لامع جهله ، واستحسنه صاحب المسالك ، وضعفهما معاً واضح بعد ما عرفت من انصراف الاطلاق إلى غيره ، ومنع التنزيل وتأثير الاقدام ، بل الأخير منهما أوضح ضعفاً ، ضرورة عدم مدخلية العلم والجهل فى تعدد العقد واتحاده نعم لهما مدخلية فى ثبوت الخيار للبائع بالتبعيض وعدمه كما هو واضح .

و لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحدة منهما معينة و لو بما ينقصها من الثمن لو كان كلياً ، فالظاهر جواز التفريق ، للتعدد حقيقة ، مع احتمال العدم ، بل فى المسالك «إمكان تمشى الخلاف فيه نظرا إلى اتحاد العقد إلا أن الأول أقوى» ، ولو ظهر العيب فى الأول فى الثمن فإن كان فى جميعه فلا إشكال فى التخيير ، وإن كان فى بعضه فالظاهر عدم جواز ردّه حتى على القول بجواز

التفريق في المشتريين ، لوضوح الفرق بينهما ، بأن المشتري الذي يرد إنما يسرد تمام حصته ، فيكون كأنه رد تمام المبيع نظراً إلى تعدده بالنسبة إليه ، وهذا لا يأتي في الثمن لأن البائع إذا رده ، إنما يرده عليهما معاً إذا فرض كونه مشتركا بينهما فأذا رد المبيع فقد رد على مستحقه بعض حقه ، وبقي البعض الآخر عنده ، فهو في التحقيق من قبيل المسألة الأولى التي قد عرفت عدم الخلاف في عدم جواز التفريق فيها .

فما عن بعض الأصحاب - من جواز التفريق فيه في رد المبيع منه ويطلب ما قبله من المبيع حينئذ نظر إلى كون العقد بمنزلة المتعدد باعتبار تعدد المشتري فيه - واضح الضعف ، وإن جعله في المسالك وجهاً ، نعم لو دفع كل من المشتريين جزءاً من الثمن متميزاً ، واشترى بالمجموع شيئاً مشتركاً ، فظهر بأحدهما عيب ، وكان المبيع مساوياً لحصّة صاحبه ، أمكن جواز رده خاصة لمالكه ، لتحقيق التعدد حينئذ ، كما أن الظاهر إن لم يكن مقطوعاً به جواز التفريق لو اشترى عينيّن كل منهما بثمن مستقل لأعلى وجه الشركة ، وإن كانت الصفقة واحدة في الصورة لإعلى احتمال تسمعه من المحقق الثاني هذا كله في تعدد المشتري .

أما لو تعدّد المستحق مع اتحاد المشتري ابتداء كما لو تعدد وارث خيار العيب ، ففي القواعد «أنه لا إشكال في وجوب التوافق» ولعله لا اتحاد العقد ، لكن قال فيما تقدم في الخيارات : «وهل للورثة التفريق ؟ نظر أقربيه المنع» واحتمله في المسالك هنا ، وقد عرفت التحقيق في ذلك فيما تقدم ، فلاحظ وتأمل .

ولو تعدد البائع واتحد المشتري جاز التفريق ، سواء اتحد العقد أو تعدد ، بل في الدروس وعن ظاهر التذكرة و تعليق الارشاد الإجماع عليه ، حيث قالوا جازله له الرد قطعاً ، ولعله لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد ، ولعدم التبعض على المردود عليه ، لكن في جامع المقاصد «قديقال : إذا اتحد العقد ؛ جاء الإشكال السابق في المشتريين صفقة ، لصورة الصفقة هنا أيضاً ، قيل : وفيه أن الفرق بين تعدد المشتريين

وتعدد البايعين واضح، لأنه يلزم في الأول تبعض الصفقة على البايع ولا كذلك الثاني. نعم يجيء الإشكال في بعض الصور، منها ما إذا اشترى اثنان من اثنين دفعة في صفقة واحدة، لأن كل واحد من المشتريين قد اشترى ربع العبد مثلاً من كل واحد من البايعين فلورد الربع على أحدهما تبعضت الصفقة عليه.

قلت: بعد الاغضاء عما ذكره يمكن القول بكون الوجه في عدم جواز الرد في في تعدد المشتري عدم تناول الأدلة له، فبقى أصالة اللزوم بالامعاض، ونحوه يأتي هنا أي تعدد البايع مؤيداً بدعوى ظهور الأدلة في كون الخيار في نفس العقد، فمع اتحاده لا يتصور التفريق فيه إلا أن الأقوى ما ذكرناه أولاً فتأمل جيداً والله أعلم

﴿وإذا وطئ الأمة ثم علم بعيها﴾ الذي هو ليس بحبل ﴿لم يكن لردّها﴾ عندنا وتعين له الأرض بالاخلاف لإلزام الجعفي كما في الدروس، ولا اشكال نصاً (١) وقوى بل الاجماع بقسميه عليه ﴿فإن كان العيب حبلاً جاز لردّها و يرد معها نصف عشر قيمتها لمكان الوطئ﴾ إجماعاً محكياً في الاستبصار والغنية إن لم يكن محصلاً، وهو الحجة بعد المعبرة المستفيضة أو المتواترة في ردّها وأنه لا يمنع منه الوطئ وفي صحيح ابن سنان (٢) ومعتبر عبد الملك بن عمرو (٣) وخبري سعيد بن يسار (٤) وفضيل مولى محمد بن راشد (٥) «يرد معها نصف العشر» وفي خبر عبد الرحمن (٦) «يرد معها شيئاً» وفي صحيح محمد (٧) «يكسوها» وتأولهما الشيخ بمطابقة نصف العشر، ولكن روى عبد الملك بن عمرو (٨) عن الصادق عليه السلام «في الرجل يشتري الجارية وهي حبلى

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام العيوب .

(٢، ٣، ٤) الوسائل الباب ٥- من ابواب احكام العيوب الحديث ١-٣-٩

(٥، ٦، ٧، ٨) الوسائل الباب ٥- من ابواب احكام العيوب الحديث ٨-٥-٦-٧

فيطأها قال : يردّها و يرد معها عشر ثمنها إذا كانت حبلى » و حمله في التهذيبين على الغلط من الناسخ أو الراوي بإسقاط لفظ نصف ليطلق ما رواه هذا الراوي بعينه ، وغيره .

وقديويده ما في الدروس « من أنه ذكر الصدوق (١) هذا الخبر برجاله ، وفيه نصف العشر » كما أنه يمكن حمله على كون عشر الثمن نصف عشر قيمتها ، أو على البكر بحمل الحمل من السحق أو وطى الدبر بناء على أنه منفذ ، مؤيداً بما في الكافي بعد أن ذكر خبر عبد الملك المتضمن للنصف قال : في رواية أخرى (٢) « إن كانت بكراً فعشر قيمتها ، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها » وبالمعلوم من وضع الشارع العشر لوطى البكر في غير المقام .

وعلى كل حال فقد عرفت من ذلك مستند ما عن الحلبي من إطلاق رد العشر ، وما عن ابن ادريس والفاضل والكركي والقطيفي والميسري والشهيد الثاني وبعض متأخري المتأخرين من رد ذلك إذا كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً ، إلا أن الأول - مع اتحاده واحتماله ما عرفت ، وذكره عشر الثمن ، لا القيمة ، وظهوره في كون الوطى مع العلم بالحبل الذي ستعرف خروجه عما نحن فيه ، ومخالفته للمعلوم من وضع الشارع نصف العشر لوطى الأجنبي ، فضلا عن المقام الذي كان الوطى فيه من المالك - قاصر عن معارضة النصوص السابقة المعتضة بعمل الأصحاب من وجوه ، فلا ريب حينئذ في ضعف القول .

أما التفصيل فإنه وإن أمكن حمل الخبر المذكور عليه ، ويشهد له المرسل المزبور (٣) المؤيد بمعلومية وضع هذا التقدير للوطى في غير المقام ، إلا أن إطلاق النصوص (٤) الكثيرة والفتاوى على خلافه ، ألهم إلا أن يدعى إنصرافه للحامل

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٣٩ الحديث ٥٠ الطبع الحديث النجف :

(٢-٣) الوسائل الباب ٥ - من أبواب أحكام العيوب الحديث ٢

(٤) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب .

التي ذهبت بكارتها كما هو الغالب ؛ وفيه بعد إمكان منع عدم تناول الحامل له وإن ندرسببه بالسحق ونحوه، أن المتجه حينئذ خروج البكر الحامل عن موضوع المسألة كما احتمله في القواعد في الحامل بالمساحقة فتبقى حينئذ على القواعد ، لأن الجرعة على إخراجها عنها بالمرسل المزبور الذي لا جابر له ، مع أنه بأضعف وجوه الإرسال . كما ترى خصوصاً مع إمكان دعوى عدم جواز الرد فيها بفوات جزء من العين وهي البكارة فهي كما لو تصرف فيها بغير الوطىء معه . فإنه لا إشكال في خروجها عن موضوع المقام حينئذ وبقيائها على مقتضى القواعد ، كالتي وطأها المشتري في دبرها ، بناء على انصراف الوطىء في النصوص والفتاوى إلى الغالب من الوطىء بالفرج ، فلا ترد حينئذ ، و على تقديره فالظاهر رد نصف العشر لو كانت بكراً وفاقاً لجماعة ، لظهور توظيف العشر لزوال البكارة ، والفرض بقاؤها ، مضافاً إلى إطلاق النص بنصف العشر مع احتماله ، لصدق الوطىء البكر ، إلا أنه ضعيف كضعف احتمال ردها بلا شيء ، لترتب العشر ونصفه على الوطىء المنصرف إلى النبل ، وطريق الاحتياط في جميع ذلك غير خفي .

و كيف كان فلا إشكال في الرد بالجبل مع الوطىء بنصف العشر في الجملة ، خلافاً للمحكي عن أبي علي فمنعه مطلقاً ، ووافق الفاضل في المختلف والسيد في الرياض ، وحملوا إطلاق النصوص والفتاوى على الحامل من المولى ، فيكون بيعها باطلاً ، ورد العقر حينئذ عوض وطيء ملك الغير ، فلا مخالفة فيها لقاعدتي «عدم رد المعيب بالتصرف ، وعدم العقر للوطىء في الملك » على أن الموظف منه للبكر العشر ، وقد أطلق في النص والفتوى نصف العشر ، المعتمد أولهما بالمعتبرة المستفيضة الدالة على عدم جواز رد الجارية إذا وطئت بالعيب السابق وإتمامه الأرض وفي صحيح محمد بن مسلم (١) « معاذ الله أن يجعل له أجراً » قال في أولهما « سئل أحدهما عليه السلام عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها فيجد فيها عيباً بعد ذلك ، قال : لا يردها على صاحبها ، ولكن تقوم ما بين العيب والصحة ويرد على المبتاع معاذ الله أن يجعل لها أجراً » وفي الآخر (٢) عن (١ و ٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب الحديث ٨٥٤ لكن الثاني عن محمد بن ميسر .

الصادق عليه السلام « قال : كان علي عليه السلام لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت ، ولكن يرجع بقيمة العيب ، وكان علي عليه السلام يقول : معاذ الله أن أجعل لها أجراً » .

وفيه أنه يشبه أن يكون اجتهدا في مقابلة النصوص والفتاوى بلا شاهد ، بل اقتصارهما على خصوص الوطىء شاعدا بخلافها ، ضرورة عدم الفرق في رد الحامل من المولى بين التصرف فيه بوطىء وغيره ، لفساد البيع ، ودعوى تخصيصه لكونه الغالب في مشترى الأمة واضحة المنع كما أن تعبير أكثر الأصحاب بجواز الرد شاهد على الخلاف أيضاً ، إذ على الفرض المزبور يجب الرد .

نعم عن نهاية الطوسي يلزمه الرد ونحوها عن المراسم والوسيلة ، إلا أنها في جنب غيرها من إطلاق الأصحاب وتصريحهم كالعدم ، والنصوص وإن اشتمل بعضها على الأمر بالرد إلا أنه في مقام توهم الحظر ، لمعلومية عدم رد المعيب إذا تصرف فيه وخصوصاً الجارية إذا وطئت ، والأجر في الصحيحين للرد على بعض العامة القائلين برد الجارية غير الجبلى مع الأجر إن وطئت ، لأن المراد به ما يشمل العقر المزبور ، كما أن المراد بالعيب فيهما غير الجبل ؛ بل كما يكون صريح صحيحى ابن سنان (١) ووزارة (٢) منها ، مع أنه لا استنكار في تقييد المطلقات وتخصيص العمومات بمثل هذه النصوص المستفيضة المعمول بها عند الأصحاب قديماً وحديثاً .

ومنه يعلم أنه لا حاجة إلى ما في الدروس وغيرها من تكلف كون الفسخ هنا ورد كاشفاً عن الفساد من الأصل حينئذ ، فيكون الوطىء بغير الملك ، فيتجه إعطاء العقر ، مع أن الكشف خلاف الأصل أولاً وخلاف المعهود في باقي الخيارات ثانياً ، فالزام رد العقر وإن كان الوطىء في الملك لهذه النصوص أولى قطعاً ، وقد ورد مثله في التصرية كما استسمع ، وإطلاق نصف العشر في النص والفتوى مشترك الإلزام ، ضرورة عدم تماميته على تقدير كون الحمل من المولى ، كما أن الجواب عنه - بانصراف الحامل إلى فاقدة البكارة على ما هو الغالب - مشترك بينهما .

بل ربما يجاب عنه على المشهور ، باستثناء هذه البكارة من وطىء البكر لمكان الحمل الذي بسببه كانت بكارتها بمنزلة العدم ؛ وإن كانت من سحق ونحوه فأرشها حينئذ على البايع على أن ذلك إنما يتم على من أطلق ، أما من فصل بين البكر وغيرها فلا يرد عليه ذلك ، فلا ريب حينئذ في ضعف الحمل المذكور ، مع أن المحكي عن ابن الجنيّد الذي هو الأصل في الخلاف ، أنه قيد الحمل بكونه من المولى ، وهو أعم من بطلان البيع ، إذ يمكن حمله على حمل منه بحيث لا يقتضي ذلك ، كمالو حملت من رائحة منته مثلاً قال في الدروس : «وقيد ابن الجنيّد بكون الحمل من المولى ، و يلوح من النهاية ، وحينئذ يتوجه لزوم الرد ، للحكم ببطلان البيع ، ويتوجه وجوب العقر ؛ ولو حمل على حمل لا يلزم منه بطلان البيع لم يلزم الرد وأشكل وجوب العقر لأنها ملكه حال الوطىء ، إلا أن يقول : الرد يفسخ العقد من أصله ، أو يكون المهر جبراً لجانب البايع كما في لبن الشاة المصرة أو غيرها عند الشيخ ، والأخبار مطلقة في الحمل وهو الأصح » قلت : بل ما فيها من شبه التفصيل بين عيب الحمل وغيره ، كالصريح في إرادة الحمل من غير المولى والله أعلم .

هذا ﴿و﴾ قد ظهر لك مما ذكرنا أنه ﴿لا ترد﴾ الأمة ﴿مع الوطىء﴾ قبل أو دبراً ﴿بغير عيب الحمل﴾ وأنها ترد به إذا وطئت ، لكن قد يظهر من المتن وغيره اشتراط ذلك بعدم العلم بالحمل حال الوطىء ، فلو وطأها عالماً لم يكن له الرد ، وبه صرح في الدروس والمحكي عن غيرها فقال : «ولو وطىء بعد العلم بالحمل تعين الأرش ، ويظهر من التهذيب جواز الرد ، ويلزمه العشر عقوبة وجعله محملاً لرواية العشر ، وأكثر الأخبار مقيدة بعدم العلم » قلت هو كذلك إلا أنه في أسئلتها : بل في صحيح ابن سنان (١) عن الصادق عليه السلام «قال على عليه السلام لا ترد التي ليست بحملٍ إذا وطأها صاحبها ، ويوضع عنها

من ثمنها» إلى آخره، وفي خبر زرارة (١) عن الباقر عليه السلام «كان علي بن الحسين عليهما السلام لا يرد التي ليست بجملتي إذا وطأها» ومفهومها مطلق، بل خبر عبد الملك (٢) كالظاهر في الوطى مع العلم وعدم القول بما تضمنه من رد العشر لا ينافي العمل به بالنسبة إلى ذلك، إلا أن الحكم لما كان مخالفاً للعمومات والإطلاقات، وجب الاقتصاد فيه على المتيقن.

وهل يلحق بالوطىء مقدماته من اللمس ونحوه، ففي الدروس «نظر من التنبيه ومن النص على إسقاطها خيار الحيوان، ولأن الوطىء مجبور بالمهر بخلاف المقدمات» وفي المسالك بعد أن ذكر الوجهين أيضاً من الإقتصار فيما خالف الأصل على مورد النص، ومن الأولوية واستلزامه لها غالباً قال: «وتوقف في الدروس وله وجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها وبين الوطىء، ولو اختص التصرف بها فلا لحاق به من باب مفهوم الموافقة وإن كان استثنائها مطلقاً متوجهاً للملازمة».

قلت: قد تمنع الأولوية إذا اختص التصرف بها لأعلى إرادة الوطىء، بل وعلى إرادته ولم يقع، ولا تلازم بين العقوبتين، أما إذا وقع فقد يقوى عدم منعها من الرد، لفحوى الرد بالوطىء الذى يقارنه غالباً هذه المقدمات مع ترك الاستفصال.

ثم إن ظاهر نصوص المقام وفتاواه كون الحمل عيباً فى الأمة، بل الظاهر ذلك وإن قلنا بتبعيته للمبيع، إذ الزيادة حينئذ للمشتري من هذا الوجه لا تنافي فى النقيصة من آخر، وإلا لم يجرى المبيع المعيب إذا كان فيه صفة أخرى لم يشترطها المشتري على البائع، وهو مخالف لإطلاق النصوص، لكن قد سمعت فيما سبق مافى الدروس، وعن الخلاف والغنية والتحرير أنه لو حملت الأمة عند المشتري ردها بالعيب السابق دون الولد، بل مدعيها فى الأولين الإجماع عليه، ونحوه عن المبسوط والتذكرة إلا أنهم أقيدها بما إذا لم تنقص بذلك، وإلا تعين لد الأرض.

(١) الوسائل الباب ٤ - من أبواب أحكام العيوب الحديث ٥

(٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الحديث ٣

وفي القواعد «لو كان المبيع غير الأمانة فحمل عند المشتري من غير تصرف ، فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق ، لأن الحمل زيادة» ومقتضى تعليقه كون الحكم كذلك في الأمانة أيضاً ، بل لو اشترىها حاملاً غير عالم بذلك ، وقلنا بتبعية الحمل للمبيع كان المتجه أيضاً عدم الرد به وإطلاق النصوص حجة عليه ، بل لا يبعد كونه عيباً في الدابة فضلاً عن الأمانة ، فلا يرد معه بالعيب السابق ، لحدوث العيب إذا فرض حملها في غير زمن الخيار ، كما عن فخر المحققين وأول الشهيدين في الحواشي ، والكركي لانتقاص الانتفاع بها ، وكونها معرضاً للتلف بما يخشى منه على الحامل ، بل قديقال باندراجها في الضابط الآتي لكن لا يضاف عدم خلو المسألة بعد عن الإشكال ، فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها .

بقي شيء وهو أن الحامل التي وطأها المشتري ولما يعلم إذا وجدها معيبة بغير الحمل أيضاً فقدينساق إلى الذهن أنها أولى بالرد من المعيبة بالحمل خاصة ، بل إطلاق النص شامل لها ، لكن قديقال : إن المتجه لقاعدة الاقتصار عدم الرد بعد انسياق غير المعيبة إلا بالحمل من نصوص الرد بالوطىء . ولعله لذا قال المصنف : فإن كان العيب الحمل مضافاً إلى إطلاق غير واحد من النصوص ، عدم الرد مع الوطىء إذا كانت معيبة ، والمتيقن في الخروج منه ما إذا لم تكن معيبة إلا بالحمل فتأمل جيداً .

ولو اشتبه الحمل فلم يعلم كونه عند البائع أو المشتري ، فأخرج بالقرعة بناء على ذلك وألحق بمن كان وطأه من زوج أو غيره عند البائع - ففي جواز الرد نظر ، من اقتضاه اللحقوق السابق ، ومن أنه حكم شرعي لا يقتضي تنقيح عنوان فوجدها حاملاً ، وقاعدة الاقتصار تقتضي الثاني .

✽ القول في أقسام العيوب والضابط ✽ فيها على ما طفحت به عباراتهم مع اختلاف يسير ، بل عن مجمع البرهان الإجماع وفي الرياض الظاهر الاتفاق

عليه عليه السلام أن كل ما كان من أصل الخلقة، فزاد أو نقص فهو عيب، فالزيادة كالاصبع الزائدة والنقصان كفوات عضو عليه السلام والأصل في ذلك، واقعة ابن أبي ليلى مع محمد بن مسلم، ففي الكافي (١) عن الحسين بن محمد عن السيارى قال: «روي عن ابن أبي ليلى أنه قدم إليه رجل خصماله، فقال: إن هذا باعني هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفها شعرا» أي العانة وزعمت أنه لم يكن لها قط، فقال ابن أبي ليلى إن الناس ليحتانون إلى هذا بالحيل حتى يذهبوا به، فما الذي كرهت، فقال: أيها القاضي إن كان هذا عيبا فاقض لي به، فقال: اصبر حتى أخرج إليك، فإني أجد أذى في بطنى، ثم دخل وخرج من باب آخر حتى أتى محمد بن مسلم الثقفى، فقال له: أى شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعرا، يكون ذلك عيبا؟ فقال له محمد بن مسلم: أما هذا نصاً فلا أعرفه، ولكن حدثنى أبو جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه وآله أنه قال: كلما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب، قال له ابن أبى ليلى: حسبك، ثم رجع إلى القوم، فقضى لهم بالعيب ولا يقدح ضعف سنده بعد إلا نجبار بعمل الأصحاب الذين عبر كثير منهم بلفظه، وآخر بما يرجع إليه من أنه الخروج عن المجرى الطبيعى لزيادة أو نقصان، ومراد الجميع كما قيل عدم الزيادة والنقصان أو صفة عن أكثر نوع ذلك المعيب.

نعم قيده الفاضل في بعض كتبه، بالموجب لنقصان المالية كالمحكي عن يحيى بن سعيد، وأطلق غيره بل صريح ثنائى الشهيدين وغيره، بأنه لا يجب أن يكون موجبا للنقص، للاتفاق على أن الخصى عيب مع إيجابه زيادة، وكذا عدم الشعر على الركب، ومن هنا اعترضه في جامع المقاصد بأنه كان عليه أن يقيد بقوله غالباً، ليندرج فيه الخصى والجب، فإنهما يزيدان في المالية، مع أنهما عيبان، فيثبت بهما الرد قطعاً، وفي الأرض إشكال.

ولعل الذي دعاه إلى التقييد بالنقص ، القطع بعدم العيب فيما لو زاد بحيث لا يعد عيباً عرفاً ، كزياده بعض الاسنان وبعض الثالول ونحو ذلك ، بل ربما يزيد زيادة تزيد في حسنه كالشعر في الأهداب والحواجب ، وكذلك نقص نقيصة لاتعد عيباً عرفاً كبعض الأجزاء ، إلا أنه كان الأولى ايكال ذلك إلى العرف ، لا الاحتراز عنه بنقص المال ، لما عرفت من أن بعض العيوب عرفاً كالخصا ونحوه لا تنقص قيمة المال ، بل لعله يغني عما في جامع المقاصد «من أنه ينبغي أن يكون المراد بالمجرى الطبيعي ما جرت به العوائد الغالبة ، ليندرج فيه الأمور التي ليست مخلوقة أصلاً ، ليكون على نهج مقتضى الطبيعة أملاً ، ككون الضيعة ثقيلة الخراج ومنزلة الجنود» .

قلت : إذا جعل المدار على العرف استغنى عن ذلك كله ، ضرورة أن عيب كل شيء بحسبه ، ﴿و﴾ لا حاجة إلى تخلف دخول ﴿نقصان الصفات كخروج المزاج عن مجراه الطبيعي ؛ مستمر اكان كالممرض ، أو عارضا ولو كحمى يوم﴾ في الخلقة ، مع أنه يمكن دعوى غير ذلك منها ، ولا تكلف غير ذلك ، على أنه لا ظهور في الخبر في حصر العيب بذلك ، والمراد بحمى اليوم المحكي عن التذكرة الاجماع عليه يوم البيع أو قبل القبض مثلاً فضلاً عن حمى الود والغب .

وقد ظهر من ذلك كله أنه لا إشكال بل ولا خلاف في أن الجذام والبرص والجنون والعمى والعرج والقرن والفتق والرتق والقرع والصمم والخرس وأنواع المرض والإصبع الزائد والحوول والخصو والسبل ؛ هو زيادة الأجفان والتخنيث وهو كونه خفثي والجب والخصا ونحوها عيوب ، والمشهور أن بول الكثير أي الذي لا يبول مثله في العادة عيب ، خلافاً للشيخ ، واعتياد الزنا والسرقه ، بل ترك بعضهم الاعتياد ، وعن المبسوط إذا وجد سارقاً كان له الخيار اجمعاً ، وفي جامع المقاصد «ظني أن الاعتياد غير شرط ، لأن الإقدام على القبيح مرة يوجب الجرء ، ويصير للشيطان عليه سبيل ؛ ولترتب وجوب الحد الذي لا يؤمن معه الهلاك» وعلى هذا يكون شرب الخمر والنبيذ عيباً كما في التحريرو والدروس ، بل في الجامع ايضاً «ولو حصلت التوبة الخالصة المعلوم

صدقها ، ففي الزوال نظر» وإن كان هو كمتري

لكن على كل حال فلا ريب في أن اعتياد السرقة والزنا ونحوهما من المفسدات عيوب ، أمّا المرة الواحدة فيشكل ثبوت العيب بها ، وقد يحمل عليه ما عن الخلاف من أن العبد والأمة إذا وجدتهما زائنين لم يكن له الخيار ، والفسق ليس عيباً قطعاً لكن مقتضى ما سمعت قديقال : إنه إذا كان بارتكاب الكبائر يكون عيباً ، لأنه يقتل صاحبها في الثالثة أو الرابعة كما أنه قديقال بعدم العيب من حيث استتفاق الحد بكل ما يوجب بناء على حرمة إقامته في هذا الزمان أو قلنا بجواره وقطعنا بعدم وقوعه ، ومنه يعلم الأشكال في عدّهم استحقاق الحدّ عيباً بلا خلاف كما تسمعه .

وأطلق جماعة كون البخر والصنان عيباً ، وقيدوه في القواء بما لا يقبل العلاج ، ولعلّ التقييد بالزائد على المعتاد منه أولى ، إلا أنه ومع ذلك لا يخلو من إشكال في بعض أفراد العبيد ، وعن الخلاف والمبسوط أنه لا يثبت بالبخر الخيار ، وعن المختلف أنه عيب في الجارية دون العبد ، لكن يثبت به الخيار فيه ، لأنه خارج عن الأمر الطبيعي كالعيب ، وفيه ما لا يخفى ، ولعل ما ذكرناه من الإحالة إلى العرف يغني عن تحقيق ذلك ، كما أنه يغني عما ذكره في القواعد ، وعن التذكرة من كون الضيعة منزل الجنود وثقلية الخراج عيباً ، وليس عدم النختان في الصغير والأمة والمجلوب من بلاد الشرك مع علم المشتري بجلبه عيباً قطعاً ، أمّا الكبير فقد صرح الفاضل والشهيد بكونه عيباً ، خلافاً لما عن المبسوط والخلاف ، ولا خلاف أجده في أن استحقاق القتل أو القطع أو غيره من أنواع الحدّ والتعزير المخوف ، والاستسعاء في الدين عيب ، بل عن التذكرة الإجماع عليه في الجملة وفي الدروس «الأقرب كونه لزنية أو عسر أي يعمل بيساره عيب ، ويقوى ذلك في الكفر» واستشكل في القواعد في الثاني ، وجزم بعدم في الأول والثالث ، بل ربما قيل إنه المشهور في الأخير ولعل من عدّه عيباً نظر إلى الخروج عن الطبيعي به للولادة على الفطرة .

أما النزويج والاحرام والصيام والحجامة والحيابة والاعتداد ومعرفة الغناء والنوح والقمار ونحوها ، وعدم معرفة الصنایع والطبخ والخبز ونحوها فليس عيبا ، و لو ظهر تحريم إلا أنه على المشتري بنسب أو رضاع أو مصاهرة ففي الدروس « في كونه عيبا نظر ؛ من نقص انتفاعه ، وعدم صدق الحد عليه مع بقاء القيمة السوقية ولو كانت الأمة مستحاضة قيل إنه عيب أيضا ، وقيل منه أيضا الحمق البين ، ونجاسة ما يحتاج تطهيره إلى مئونة أو كان منقصا للعين وكثرة السهو والنسيان »

وبذلك كله وغيره يظهر لك الاحتياج إلى مراعاة العرف ، وصعوبة الاكتفاء بالخبر المزبور (١) ألهم إلا أن يقال لا بأس بالتعويل عليه وخروج بعض الأمور التي لا تنطبق عليه بالاجماع ونحوه ، واحتمال أن له موضوعاً شرعياً ، أو مراداً كذلك و أنه لا عبرة بالعرف كما ترى ، هذا . وقد يقال : بعد ملاحظة اتفاقهم ظاهراً على جعل مضمون الخبر المزبور ضابطاً للعيب وعدمه ، وملاحظة عدم اندراج جملة مما ذكرنا فيه الخيار للعيب فيه ، وملاحظة جملة مما سمعته من كلماتهم المشوشة التي في بعضها ثبوت الخيار مع نفى المعيبية ، أن الضابط المزبور للعيب الذي يثبت به الخيار ، وإن لم ينقص به قيمة المال ، كالجب والخصا وعدم الشعر على الركب ، وغير ذلك مما هو نقص في الخلقة أو زيادة فيها ، بمعنى الخروج عن مستوى الخلقة بنقصان أو زيادة ، فإنه عيب يثبت به الرد وإن زادت قيمة المال .

وأما الزيادة التي يزداد بها حسننا كسر الاهداب ونحوها ، فهي من الكمال في مستوى الخلقة لا الخروج عنها ، فلا يرد على الضابط المزبور ، أمّا غير ذلك من العيوب التي لا تندرج في الضابط المزبور نحو كون القرية ثقيلة الخراج ومنزل الجنود ، و كون العبد قاتلاً أو سارقاً أو نحو ذلك مما يوجب الحد والقصاص ، فمدار الخيار فيه على نقص المالية الموجب للتضرر ، ولعل إطلاق اسم العيب عليه باعتبار اللغة ، لأنه

فيها لمطلق الوصمة ، أولاً أنه عيب في المعاملة باعتبار اشتغالها على الضرر ، أو غير ذلك ، بل قد يناقش في ثبوت الارش لجملة منها كما يفصح عنه حكمهم بثبوت الخيار في العبد الجاني ، وفي الدار المستاجرة لو بيعت من دون ذكر أرض ، وبذلك يتم الامر ، ويظهر لك ما في جملة من الكلمات ، والله الهادي هذا كله فيما يعدّ عيباً .

﴿و﴾ أمّا فوات مالٍ يمكن كذلك فقد عرفت في بحث الشروط أن ﴿كل ما يشترطه المشتري على البائع مما يسوغ ، فأخلّ به﴾ أولم يحصل ﴿يثبت به الخيار وإن لم يكن فواته عيباً ؛ كاشتراط الرجوع في الشعور التأشير﴾ بالشين المعجمة ﴿في الأسنان ، والزجج في الحواجب﴾ والاسلام ؛ والبكارة ومعرفة الطبخ أو غيره ، وكونها ذات لبن ، أو كون الفهد صيوداً ، ولو شرط غير المقصود ، وظهر الخلاف ولم يكن غرض يعتدّ به ، فلا خيار على الأقوى ، وليس منه شرط الكفر أو الثوبة أو كون الدابة حائلاً فبانت حاملاً لتعلق الأغراض بذلك ، ولو شرطها حاملاً صحّ ولو شرط الحلب كل يوم شيئاً معلوماً ، أو طحن الدابة قدراً معيناً ، ففي القواعد لم يصح . وكيف كان فالمراد من الخيار المزبور الرد والالتزام بالأرض إذا لم يكن فواته عيباً كما عرفت البحث فيه فيما تقدم ، كما أنك عرفت كون المقصود من اشتراط هذه الصفات التي لا ترجع إلى فعل المشتري تعريض العقد للجواز إذا لم تحصل فلاحظ و تأمل جيداً كي يظهر لك جملة مما له تعلق بالمقام . والله أعلم

﴿وهاهنا مسائل﴾

﴿الأولى : التصرية تدليس﴾ إذا المراد بها جمع اللبن في الضرع أياماً ليظن الجاهل بذلك أنها حلوب ، وفي المحكي عن نهاية الاثرية المصرية : الناقة أو البقرة

أو الشاة يصري اللبن في ضرعها أى يجمع ويحبس ، ثم قال : أيضاً قد تكررت هذه اللفظة في الأحاديث منها قوله عليه السلام (١) «لاتصروا الابل والغنم» فان كان من الصر فهو بفتح التاء وضم الصاد وإن كان من الصري فيكون بضم التاء وفتح الصاد وروي أيضاً (٢) من اشترى مصراة فهو بخير النظرين» والمصباح المنير «صريت الناقة، فهي صرية من باب تعب إذا اجتمع لبنها في ضرعها، ويتعدى بالحركة والتضعيف مبالغة وتكثيرا فيقال: صريتها صرية إذا تركت حلبها» والصحاح «صريت الشاة صرية إذا لم تحلبها أياماً؛ والشاة مصراة فلم يذكر غير الشاة» والقاموس «ناقة صريا محفلة والصري: كربي المصراة والشاة المحفلة» انتهى وحفلت الشاة بالثقل، تركت حلبها حتى اجتمع اللبن في ضرعها فهي محفلة، وكان الاصل حفلت لبن الشاة، لأنه هو المجموع فهو محفل هذا

ولكن لم أجده هذه اللفظة في شيء مما وصل إلينا من النصوص، إلا ما عن الصدوق في معاني الأخبار (٣) «عن محمد بن هارون الزنجاني عن علي بن عبد العزيز عن أبي عبد الله عليه السلام رفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله لاتصر والابل والغنم، فإنه خداع، ومن اشترى مصراة فإنه يتخير بأحد النظرين، إن شاء ردها ورد معها صاعاً» وقد قيل: الظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور، لعدم وجوده في كتب الأخبار، بل وكذا ما عن هداية الحر لاتصر والابل والغنم من اشترى مصراة فهو باخرى النظرين إن شاء ردها ورد معها صاعاً تمر أو روي أيضاً (٤) «من اشترى محفلة فليرد معها صاعاً بل لم اعثر في النصوص على

(٢٠١) النهاية الاثيرية ج ٣ ص ٢٨٤ الطبعة الخيرية بمصر

(٢٠٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخيار الحديث - ٣٠٢ مع اختلاف يسير في الاول

ما يفيد معناها وإن لم يكن بهذا اللفظ، سوى حسن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها، قال: إن كان في تلك الأيام يشرب لبنها ردمعها ثلاثة أمداد؛ وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» ولادلالة فيه على أنها كانت مصرأة؛ وبذلك يظهر أن إسناده بعض الأصحاب في بعض أحكام التصرية إلى إطلاق النصوص إنما يراد به النصوص العامة (٢) المروية في كتب فروع الأصحاب التي قد سمعت بعضها، وتسمع فيما يأتي الباقي

لكن يهون الخطب أنه لا إشكال في كونه تدليسا محرماً إجماعاً محصلاً و محكي في المسالك (و) وغيرها كما أنه لا إشكال في كونه في الشاة (يثبت به الخيار بين الرد والإمسك) بل الإجماع محصله ومحكيه مستقيماً جداً إن لم يكن متواتراً عليه، بل في محكي الخلاف. أن أخبار الفرقه عليه أيضاً، فذلك مضافاً إلى خبر الضرار (٣) الذي هو مستند أصل الخيار في التدليس، بعد اتفاق الأصحاب ظاهر أكاف فيه، ولا أرش فيه كما صرح به بعضهم، بل الإجماع إن لم يكن محصلاً فهو محكي عليه، مضافاً إلى الأصل بعد أن لم يكن عيباً، واندفاع الضرر بالخيار.

نعم لو كان المدلس عيباً أتجه الأرش فيه من حيث العيب، كما أن المتجه حينئذ تعدد جهة الخيار كما هو واضح (و) أما أنه إذا رد الشاة (يردمعها لبنها) الموجود حال العقد فهو على مقتضى الضوابط لكونه بعض المبيع، ولذا نفى الخلاف عنه في المحكي عن كشف الرموز، بل فخر الإسلام الإجماع عليه، لكن عن المبسوط «أنه إذا كان لبن التصرية باقياً لم يشرب منه شيئاً، فإن أراد رده مع الشاة لم يجبر البائع عليه، وإن قلنا أنه يجبر عليه لأنه عين ماله كان قويا» بل في المختلف «عن ابن البراج الجزم بأنه لا يجبر على أخذه، وأن له أخذ الصاع من التمر أو البر، فإن تعذر فقيمه

(١) (٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الخيار الحديث ١-٣

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٥

وإن بلغت قيمة الشاة ، بل عن المذهب البارع أن فيه أقوالاً ثلاثة ، الأول رده ، والثاني رده ورد صاع معه من حنطة أو تمر ، ونسبه إلى أبي علي ، الثالث أنه يردّ صاعاً من برّ ونسبه إلى القاضي في المذهب وإن كان فيه أن المحكي عن أبي علي في المختلف (١) أنه قال : حكم النبي ﷺ في المصراة إذا أكرهها المشتري فردّها بأن يرد معها رضاً عما حلب منها صاعاً من حنطة أو تمر ، وقد سمعت ما حكاه فيه عن ابن البراج ، وتنزيل هذه على صورة التعذر لا يخلو من بعد ، ولعل مستندها إطلاق النصوص العامة ، وفيه مع أنه لا تعرض فيها لللبن الموجود حال العقد ، بل يمكن بناء إطلاقها على الغالب من تلفه ، وأن الصاع عوضاً كما سمعته من مرسل أبي علي (٢) - لا جابر لها بالنسبة إلى ذلك فالقول حينئذ يرد الصاع عوضاً عنه وإن كان موجوداً أو رده معه ، كما ترى ، بل المتجه رد اللبن نفسه من دون شيء لأصالة البراءة ، وليس للبايع حينئذ عدم قبوله ﴿و﴾ المطالبة بالصاع كما هو واضح . أما لو تلف فقد قال المصنف : إنه ﴿و﴾ يرد معها مثل لبنها ، أو قيمته مع التعذر ﴿و﴾ وهو المشهور بين المتأخرين ، بل عن ظاهر مجمع البرهان الإجماع عليه ، لأن اللبن من المثلي فمع تلفه وجوب رده يضمن بمثله ، كما في غيره ، ومع تعذر المثل ينتقل إلى القيمة ، لأنها أقرب حينئذ إلى العين ؛ وبالجملية فحكم المثليات ، فلا ينبغي إطالة الكلام في ذكر أحكامها هنا ، خلافاً للإسكافي والشيخ والقاضي وأبي المكارم وابن سعيد على ما حكى عن بعضهم ، فيرد صاعاً من تمر أو برّ ، بل عن الخلاف أن عليه إجماع الفرق وأخبارهم ، كما في الغنية الإجماع عليه أيضاً .

﴿وقيل﴾ كما عن الشيخ بل في التحرير أنه نسبه إلى جماعة ولم نجد واحداً منهم ، ولعله من العامة ﴿يرد ثلاثة أمداد من طعام﴾ إلا أنه لم نجد له شاهداً سوى حسن الحلبي (٣) المتقدم الذي قد عرفت عدم الدلالة فيه على التصرية ، مع أنه معارض بأدلة

(١) (٢) المختلف الجزء الثاني ص ١٩٢ .

(٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الخيار الحديث ١ -

الطرفين كما أنه لم نجد سابقه شاهد بعد الاجماعين الموهوبين ، بخلاف المتأخرين ، بل قيل والشيخ في النهاية سوى الجمع بين خبري أبي هريرة (١) وعبد الله بن عمر (٢) اللذين مع في إطلاقهما من المخالفة كما عرفت لاجاب لهما في المقام سوى الإجماع المزبور الذي قد عرفت حاله ، ويمكن حملهما على التراضي بكون ذلك قيمة له . هذا كله في اللبن الموجود حال العقد .

أما المتجدد فقد يظهر من المتن مساواة حكمه للموجود ، بل قيل إنه ظاهر المقنعة و النهاية والسرائر والتحرير والمفاتيح أو صريحهما أو صريح اللمعة وإيضاح النافع ، بل عن الفخر نسبتته إلى إطلاق الأصحاب كما عن الأردبيلي أنه ظاهر عبارات المتون ، وقد استشكل فيه جماعة ، لكن لم أجد ما يقتضي مخالفة قاعدة كون النماء للمالك التي قد عرفت عدم الكلام فيها في سائر مباحث الخيار وغيره ، سوى دعوى إطلاق الأخبار العامة التي ليس في شيء منها تعرض للبن الموجود والمتجدد ودعوى أن الفسخ رافع للعقد من أصله المخالفة للقواعد أيضاً ولما عليه الأصحاب في غير المقام أيضاً .

فقد ظهر لك من ذلك أن المشهور أقوى فحينئذ ، إذا امتزج مع الموجود حال العقد ، اشتركا بالسوية إذ لم يعلم زيادة أحدهما على الآخر ، وإلا اصطلاحاً ولو تعيب اللبن المبيع عنده ، وجب ردّه مع الأرش كما في القواعد والدروس وجامع المقاصد والروضة والمسالك ، لكونه مضموناً عليه ، إذ هو جزء المبيع ، وربما احتتمل رده مجاناً والانتقال إلى البديل وهما معاً ضعيفان .

نعم قد يتجه أولهما إذا كان لا من قبل المشتري ، باعتبار أن العيب في مدة الخيار مضمون على البائع إذا فرض بقاء خيار الحيوان في الشاة المصراة ، وأنه لا يسقط بالاختبار ، ومثله يجري في التلف الذي قد ذكرنا ضمانه بالمثل ومع التعذر بالقيمة . فينبغي تقييده بما إذا كان من قبل المشتري ، وإلا فلا ضمان عليه كغيره مما تالف في

زمن الخيار ، ولو اتخذ اللبن جبناً أو سمناً ففي الدروس « الظاهر أنه كالتالف »
وفيه أن عين المال موجودة ، فالمتجه حينئذ ردها إليه ، وإن استحق المشتري
عليه الأجرة .

لكن فيها أيضاً إنه على تقدير الرد له ما زاد بالعمل ، و وافقه ثانی الشهيدین
مصرحاً بصيرورته معه شريكاً بنسبة الزيادة ، ولعل ما ذكرناه أولى ، ضرورة احتياج
ما ذكره إلى الدليل وليس ، بل لعل الدليل على خلافه قائم ، ولو تحفلت الشاة بنفسها
لنسيان المالك حلبها أو غيره ففي القواعد وغيرها أنه لا خيار له ؛ ولعله لا تنفاء للتدليس ، و
الأصل للزوم ، وقد يقوى ثبوته ، لأن ضرر المشتري لا يختلف ، فكان بمنزلة ما وجد
بالمبيع عيباً لم يعلمه البائع ، والله أعلم .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ تختبر المصرة للعلم بتصريتها التي لم يقر بها البائع و
لا قامت بها البينة ﴿ بثلاثة أيام ﴾ كما في القواعد والتذكرة واللمعة والارشاد ، فإنها
غالباً بها ينكشف حالها وأنها مصراة أولاً ؟ بل أغلب أحوال عيوب الحيوان تنكشف
فيها ، فضلاً عن التصريه ، ولذا وضع الشارع أرفاقاً بالمشتري ثلاثة أيام للخيار فيه ؛
ولعل إطلاق المصنف ومن عبّر لعبارته ظاهر في عدم تحديد الاختبار فيها بحدٍّ مخصوص ؛
قر بما كانت معرفتها مصراة ، متوقفة على النقصان عن الحلبة الاولى في تمام الثلاثة ، و
ربما كانت بأقل من ذلك ، كما أن معرفة عدم تصريتها تارة يحصل بمساواة حلبها في
الثلاثة للأولى أو زيادته ، وأخرى بأقل من ذلك ، فالمراد أن الثلاثة حينئذ غالباً بها
ينكشف الحال ، ويرتفع الإجمال ، وإلا فقد تعرف التصرية أو عدمها قبل الثلاثة .

وإليه أومى الشهيد في المحكي عن غاية المراد قال : « إن التحديد بالثلاثة في النص »
لمصلحته ، لتجوز أن تحلب في اليومين حلباً متساوياً ثم تنقص عنه في الثالث ، فانه
يثبت له الخيار « وقال في المسالك : « إن اتفقت الحلبات في الثلاثة ، أو كان ما عدا
الاولى أزيد لم تكن مصراة ، وإلا بأن كانت ما عدا الاولى أقل فهي مصراة ، وكذا لو

كان بعضها ناقصاً والآخراً إذا » وقال في الدروس : « وثبتت باعتراف البائع ونقص حلبها في الثلاثة عن الحلب الأول ، فلو تساوت الحلبات في الثلاثة أوزادت اللاحقة فلا خيار ، ولو زادت بعد النقص في الثلاثة لم يزل الخيار » فانه مع تعليق الظرف الاخير فيه بزادت يكون ظاهراً في ثبوتها قبل انقضاء الثلاثة ، بل هو ظاهر ما سمعته من عبارة المصنف والقواعد وغيرهما ، إذ حملهما على خصوص الإقرار أو البينة خلاف الظاهر . بل لعله على ذلك يحمل ما في التذكرة قال : « وتختبر التصريه بثلاثة أيام ، ويمتد الخيار بامتدادها ، كما في الحيوانات للخبر ، لأن الشارع وضع هذه الثلاثة لمعرفة التصرية ، فانه لا يعرف ذلك قبل مضيتها لجواز استناد كثرة اللبن إلى الأمانة فإنها تتغير ، أو إلى اختلاف العلف ، فإذا مضت ثلاثة أيام ظهر ذلك ، فيثبت الخيار حينئذ على الفور ، ولا يثبت الخيار بالتصرية قبل انقضائها ، لعدم العلم بالتصرية .

لكن في جامع المقاصد استظهر من نحو عبارة الكتاب اعتبار استمرار النقصان إلى الثالث بل جعله صريح التذكرة ، ثم قال : « وهل يعتبر نقصان اليوم وحده ؟ أي عند العلامة في التذكرة تعليقه بإمكان زيادة اللبن حيث زاد لاختلاف الامكنة والمرعي يقضى بعدم اعتباره ، لأن ظاهر هذه أنه لابد من التكرار ، ليوثق بكون النقصان لا لمرعاض ، وقوله بعدم الثبوت قبلها لأنها هي المدة المضروبة ، وقد يقتضى الثبوت بالنقصان في اليوم الثالث ».

قلت : قد عرفت أن التحقيق عدم انضباط ذلك ، إلا أن الغالب انكشاف حالها في ضمن الثلاثة ، ومنه يعلم ما في جامع المقاصد من الميل إلى النقصان في الثلاثة مطلقاً مثبتاً للتصرية ، مدعي أن المفهوم من النص وإطلاق كلامهم أن نقصان اللبن في جزء من الثلاثة موجب للخيار ، إذ هو واضح المنع ، بل لا يبعد عدم انحصار معرفتها بالثلاثة ، إذ ربما عرض لها فيها ما يمتنع معه معرفة التصرية ، ولعل إطلاق كلام الاصحاب مبني على الغالب ، قال في التذكرة « لو عرفت التصرية في آخر الثلاثة أو بعدها ، فألقرب ثبوت

الخيار، لأنه عيب سابق ، والتنصيص على الثلاثة لمكان الغالب ، بل قيل: إن ظاهر المقنعة والنهاية والسرائر والغنية و المفاتيح عدم اعتبار الثلاثة ، لعدم ذكرهم لها فتأمل جيداً . وكيف كان فقد قيل: إنه - بناء على عدم اشتراط استمرار النقصان - ينحصر معرفة التصريفة بالاختبار ، إذ لا أثر للبينة والافراد ما لم يتحقق النقصان ، لأنه هو الموجب للتخيير ، ضرورة سقوط الخيار لورّد اللبّن بعد التصريفة هبة من الله تعالى على وجه صار لها عادة مثلاً ، وإذا تحقق النقصان لم يكن لهما أثر ، للاكتفاء به حينئذ عنهما في ثبوته .

أمّا على اشتراط الاستمرار ، فيمكن القول بشبوتها بهما إذا اقترن بنقصان ما ، وإن كان بدونهما لا بد من الاستمرار ، وفيه أنه يمكن القول بشبوتها بهما على الأول من غير حاجة إلى تحقق نقصان ، فيفسخ حينئذ بذلك ، بناء أصالة عدم تغير حالها ، و ان كان ينكشف عدم اثر الفسخ لو انفق صيرورة ذلك عادة لها ، فانه حينئذ مانع من صحة الفسخ ، لأن النقصان شرط له ، وفرق واضح بين الامرين ، على أنه يمكن المناقشة في الاكتفاء بنقصان ما ، بشبوتها بعد ان كان ذلك غير مثبت لها بنفسه ، لاحتمال كونه من عارض العلف ونحوه ، فهو أعم منه ، وربما كان مافى التحرير مبنيًا على ما ذكرنا قال : «لوعلم بالتصريفة قبل حلبها ، إمّا بالاقرار أو بالبينة ردّها من غير شيء » إذ لم يقيد به باشتراط النقصان ، ونحوه ما سمعته من عبارة التذكرة . فتأمل جيداً ، فانه بذلك يظهر لك مافى كلام بعض الأساطين ، منهم الشهيد الثاني في المسالك ، وإن كان يمكن تنزيله بنكلف على ما ذكرنا . والامر في ذلك كله سهل .

إنما الكلام في أمور بها ينكشف جملة من كلمات الاصحاب ، الاول أن المصراة التي أريد معرفة نصريتها بالاختبار يبقى فيها خيار الحيوان لكونها أحد أفرادها ، وأنه يسقط بالتصرف الذي هو اختبار التصريفة ، فديظهر من عبارة التذكرة السابقة الأول ، بل هو أيضاً ظاهر التحرير ، قال «فيه مدة الخيار في المصراة ثلاثة أيام فغيرها من الحيوان ، ويثبت على الفور ولا يسقط بالتصرف ، ولا يثبت قبل إنقضاء الثلاثة على إشكال » بل وكذا ما عن المبسوط والخلاف من أن مدة الخيار فيها ثلاثة أيام مثلها في سائر الحيوان ، مستدلاً في الثاني

منهما على ذلك باجماع الفرقة على ثبوت الخيار في الحيوان ثلاثة أيام شرط أو لم بشرط وهذا داخل في ذلك.

قال: وخبر أبي هريرة (١) وابن عمر (٢) صريح في ذلك مشير أبه إلى ما روي من قوله عليه السلام (٣) من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها؛ وصاعاً من تمر وفي الآخر أبو بل قد يظهر منهما من الكتابين الأخيرين أنه لا خيار من حيث التصرية، وإنما هو خيار الحيوان، - وخصوصية التصرية حينئذ عدم سقوط خيار الحيوان باختبارها، ولعله إليه أومى في الدروس بقوله «يتقيد الخيار بالثلاثة لمكان خيار الحيوان» صرح به الشيخ ومن هنا احتاج بعض متأخر الأصحاب إلى ذكر الفرق هنا بين خيار الحيوان والتصرية، فقال إن خيارها بعد الثلاثة إذا كان ثبوتها بالاختبار بخلافه، فإنها فيها وإن ثبت قبل الثلاثة بالاقرار مثلاً وقلنا بفوريته كان هو الفارق حينئذ بينهما، وإلا لم يتقيد بالثلاثة، على أنه لا مانع من تعدد الأسباب، وتظهر الثمرة حينئذ بالايسقاط ونحوه، وهو جيد، إذا احتمل عدم الخيار بالتصرية بعدما سمعت من الاجتماعات السابقة وأنه تدليس وغير ذلك مما دل على الخيار من هذه الحثية كما ترى بل ينال فيه إطلاق الاختبار ثلاثة، ضرورة أنه لا يجمعها حيث لا تثبت بدونه، والحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة، بل قد يقال: بسقوط خيار الحيوان إن لم ينقضي إجماع عاي خلافه، وبقاؤه من حيث التصرية، بناء على سقوطه بمثل هذا التصرف، إذا استثنأؤه من بين التصرفات لادليل معتد به عليه، خصوصاً مع شرب اللبن الموجود حال العقد الذي هو بعض المبيع، خلافاً لجامع المقاصد حيث قال: «والذي ينبغي علمه هنا هو إمتداد الخيار بامتداد الثلاثة، لأنه خيار الحيوان كما صرح به الشيخ، وتصرف الاختبار مستثنى دون غيره فمضى علم بالتصرية فشرط بقاء الخيار عدم التصرف، فإذا انقضت الثلاثة فالخيار على الفور» وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطة

بما مضى ويأتي.

نعم لا يسقط خيار التصرية باختبارها بشرب اللبن، للإجماع وغيره، لامطلق الخيار، ولذا لو كان فيها عيب واختبر تصريتها لم يكن له الرد بذلك العيب، وكان له الأرش خاصة، ومن هنا قال في الدروس «لورضي بالتصرية فوجد بهاعيباً قبل الحلب فله ردها، عند الشيخ مع الصاع، ولو حلبها غير مصراة ثم اطلع على العيب فله ردها عنده، إن كان اللبن باقياً ولا فلا، لتلف بعض المبيع، أما اللبن الحادث فله، ولا يمنع حلبه من الرد، ومنع الفاضل من الرد في الصورة الأخيرة، لمكان التصرف ويحتمل المنع في الأول أيضاً لأن الحلب إنما يغتفر في الرد بالتصرية وعلى كل حال فالمتجه حينئذ استقلال خيار التصرية عن خيار الحيوان

الثاني - الظاهر عدم مدة مخصوصة لهذا الخيار للأصل السالم عن المعارض، إلا الخبر العامي (١) السابق الذي لم يجمع شرائط الحجية بالنسبة إلى ذلك، لكن في التذكرة لو عرف التصرية قبل الثلاثة أيام بإقرار البائع أو بشهادة الشهود ثبت به الخيار إلى تمام الثلاثة لأنه كغيره من الحيوان، أما لو أسقط خيار الحيوان فإن خيار التصرية لا يسقط، وهل يمتد إلى الثلاثة أو يكون على الفور إشكال، وللشافعية وجهان، وفيه ما عرفت وإليه أومى في الدروس «فإنه قال بعد العبارة السابقة نفياً: وروى العامة الثلاثة؛ لمكان التصرية، ويظهر الفائدة لو أسقط خيار الحيوان.

نعم يتجه في هذا الخيار البحث في أنه على الفور أو التراخي كغيره من الخيارات التي لم يظهر من الأدلة المخصوصة توسعته بالخصوص، وقد قدمنا سابقاً أن الفول بالتراخي مالم يؤد إلى الضرر على البائع، لا يخلو من قوة، وقد يظهر من عبارة التذكرة السابقة وغيرها التفصيل هنا بين ثبوته في ثلاثة الحيوان أو ثبوته بعدها، ففي الأول يمتد إلى انتهائه، وفي الثاني على الفور، واليه أومى في الدروس بقوله «هذا الخيار على الفور

إذا علم به، والظاهر امتداده بامتداد الثلاثة إن كانت ثابتة، وإلا فمن حين العلم وكأنه بناء على أن منشأ الفور الاقتصار على المتيقن في مخالفة ما يقتضى لزوم العقد، أما إذا كان جازيًّا كما في الفرض فلامقتضى للفور، وفيه أن التوسعة من جهة أخرى لا تقتضى التوسعة من غير تلك الجهة كما هو واضح، فالمتجه حينئذ فوريته بناء عليها وإن كان في الثلاثة، فإن لم يفعل سقط، وإن بقي الخيار من الجهة الأخرى وستسمع ما في القواعد. الثالث: قد ظهر لك مما ذكرنا أنه ثبت الخيار متى ثبت التصرية، ولا يتوقف على مضي الثلاثة، وما في التحريم من أنه لا يثبت قبل انقضاء الثلاثة على إشكال، يمكن أن يكون مبنياً على إمكان ثبوت التصرية قبلها وعدمه، لأنه يشترط مضي الثلاث، وإن عرف التصرية، ولذا صرح فيه قبل ذلك بأنه لو علم بالتصرية قبل الحلب بالقرار أو البينة ردّها من غير شيء، وقال في القواعد «ولو كان المشتري عالماً بالتصرية فلا خيار، ولو علم بها قبل الثلاثة تخير على الفور».

لكن في الدروس «لو علم المشتري بالتصرية فلا خيار بها، ولو علم بها بعد العقد قبل الحلب تخير، قاله الفاضل مع توقفه في ثبوت الخيار قبل الثلاثة لو حلبها» قلت لعل وجهه ما عرفت، وقد تلخص من جميع ما ذكرناه أن خيار التصرية يستقل عن خيار الحيوان، ولأمدته له، بل هو على البحث في نظائره أنه على الفور أو التراخي، من غير فرق بين الثلاثة وما بعده، وأن الاختبار المذكور لا دليل شرعاً عليه حتى يترتب الحكم على إطلاقه، بل هو يبين على نحو غيره من الموضوعات العرفية، فلا يتقيد بالثلاثة، وخصوصاً مع إرادة النقصان في جزء منها المحتمل كونه للمكان أو للمرعى أو غيرهما، وبذلك مضافاً إلى ما سمعته في مطاوى البحث، يظهر لك النظر في جملة من كلمات الأصحاب كالشيخ والفاضل والشهيد والكركي وغيرهم فلا حظ وتأمل.

وكيف كان فقد ظهر أن الخيار في التصرية مخالف لقاعدة السقوط بالتصرف

المكلف لبعض المبيع وغير ذلك ، فينبغى الاقتصار فيه على المتيقن ، ومن هنا قال المصنف ﴿ وثبت التصريفة فى الشاة قطعاً ﴾ و إجماعاً بقسميه ونصوصاً (١) منجبرة بالعمل وإن كانت عامية ﴿ و ﴾ أما ﴿ فى الناقة والبقرة ﴾ فـ ﴿ على تردد ﴾ لما عرفت من الاقتصار على المتيقن حيث لانص من طرقنا يشملها ، إلا أن المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً الحاقهما بها ، بل عن الشيخ فى الخلاف الإجماع عليه ، بل قيل أن الإجماع يلوح أيضاً من السرائر والتذكرة ، بل قد سمعت ما يدل عليه فى الأبل من النصوص العامة (٢) المتبعة بعدم القول بالفصل بينها وبين البقر ، مضافاً إلى دعوى المساواة لها فى العلة الموجبه للخيار ، وهى كون اللبن مقصوداً مع التدليس ، وإلى التعليل فى الخبر بأنه خداع (٣) وإلى خبر الضرار (٤) إلا أن الانصاف إن لم يتم الإجماع ، عدم خلو الإلحاق بعد ، بحيث يثبت لهما ما سمعته من احكام التصريفة من إشكال ، لعدم اقتضاء جملة مما ذكرنا ذلك نعم ينبغى الجزم به من حيث التدليس إذا كان اللبن هو المقصود ، أو بعضه بل ومع الإطلاق ، لأن لبنيهما ما يقصد

﴿ ولو صرى أمة لم يثبت الخيار مع إطلاق العقد ﴾ لعدم النص مضافاً إلى شهرة الأصحاب ، بل عن كشف الرموز وظاهر السرائر والتذكرة وغيرهما الإجماع على عدم ثبوت التصريفة فى غير الثلاثة .

نعم له الخيار مع الشرط كما فى المسالك لكن قال « إن لم يتصرف ولو بالحلب وإلا فلا أرض » وفيه انه لأرشد للشرط إذا لم يكن فقده عيباً ، كما أن الخيار لفقد الشرط لا يسقط بالتصرف ، كما هو ظاهر المتن هنا ، على ما اعترف به فى المسالك ، كما أن

(٢١) سنن يهقى ج ٥ ص ٣١٨ و ٣٢١

(٣) المستدرک ج ٢ ص ٢٧٢

(٤) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٥٣

القول بثبوت الخيار فيها للتدليس حيث يكون المقصود لبنها متجه وإن لم يثبت لها أحكام التصرية ، وإليه يرجع ما عن تعليق الإرشاد، من أنه إن أريد بثبوت الخيار فيها لو ثبت تصرّيتها فهو متجه ، وإن أريد ثبوت الخيار مع التصرف وكون الثلاثة محلاً لثبوته بنقصان اللبن فيها فهو خلاف الأصل ، ولم يثبت بنص ولا إجماع ، بل وما في الدروس قال « ومن التدليس التصرية في الشاة والناقاة والبقرة على الأصح ، ونقل فيه الشيخ الاجماع ، وطرده ابن الجنيد الحكم في الحيوان الادمي وغيره » وليس بذلك البعيد ، للتدليس إذ الظاهر إرادة ثبوت الخيار بذلك ، لا ثبوت الاحكام التصرية ومن هنا قال بعد ذلك : « ولو قلنا بقول ابن الجنيد في تصرية الآدمية ، والأثان وفقد اللبن لم يجب البر والتمر ولو أوجبناه في الشاة والبقرة لعدم النص ، وعدم الانتفاع به فيما ينتفع بلبن المنصوص ، فمراده ثبوت حكم التدليس على الظاهر ، وإلا كان محلاً للنظر ؛ بل لا يبعد الحاق حبس ماء القناة و الرحي وإرساله عند البيع والاجارة حتى تخيل المشتري كثرته بالتصرية من حيث الخيار ، كما صرح به في الدروس ومحكي التذكرة ضرورة كونه تدليسا موجبا له كتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجيده ، وإرسال الزنبور في وجهها فيظنّها المشتري انها سمينة » وكذا » البحث فيما » لو صرى البائع أنا » بفتح الهمزة أي حمارة لا شرا كما مع الأمة في جميع ما ذكرناه حتى في الاجماع المحكي على نفي التصرية فيها .

« ولو زالت تصرية الشاة » الثابتة بالاقرار أو البينة أو بالإختبار بناء على ما قد مناه من إمكان ثبوته » وصار ذلك عادة قبل انقضاء ثلاثة أيام » هبة من الله تعالى بحيث علم صيرورة ذلك عادة لها » سقط الخيار » لا تنفاه الضرر الذي أوجبه ، وإطلاق الخيار بهافي النصوص العامة منزل على الغالب ، فالقول به حينئذ ضعيف جداً إذ هو حينئذ من قبيل بعض العيوب السريعة الزوال .

﴿و﴾ أمّا ﴿لو زالت بعد ذلك﴾ أى الثلاثة ﴿لم يسقط﴾ الخيار لحصول موجبيه فيستصحب ، والمراد ببقائه حينئذ بناء على فوريته استمرار صحة الفسخ ، وإن تحقق الزوال بعد ذلك ، بمعنى أن الزيادة المتجددة لا تكون كاشفة عن بطلانه ، ولا مبطله له ، إذ المراد بالنسبة إلى خصوص جاهل الفورية ، والخيار بناء على عدم سقوطه معه هذا ، وقد أشكل على بعضهم إطلاق العبارة وما مائلها زوال التصرية قبل ثلثة ، بناء على عدم معرفتها إلا بمضى الثلاثة ، فحمل العبارة على خصوص معرفتها بالإقرار والبيّنة ، فإنه يتصور حينئذ فيها ثبوت التصرية وزوالها ، وإن قلنا بتوقف الثبوت بهما ، أى الإقرار والبيّنة على نقصان ما إذا يكفي حينئذ نقصان الحلبة الأولى ، لكن بناء على الفورية فيه حتى في الثلاثة يجب إرادة عدم استمرار صحته من السقوط في المتن ، بمعنى أنه ينكشف بذلك عدم الخيار ، أو أنه يبطل به ، أو أن المراد علم بهما بعد زوالها ، فإنه يسقط حينئذ كما يسقط الخيار بالعيب القديم ، إذا علم به بعد زواله ، وكذا لو لم تعلم الأمة بالعق حتى عتق زوجها .

لكن لا يخفى عليك ما في حمل العبارة على ذلك من الخفاء ، بل حملها على ما ذكرنا من أنه يمكن ثبوت التصرية وزوالها في الثلاثة بالاختبار أيضاً أولى ، إلا أنه قد يشكل بأنه لا دليل حينئذ على سقوط الخيار ، الثابت سببه بمجرد الزوال في الثلاثة بخلاف ما بعد ، وإن قل ، ويمكن حمل العبارة على إرادة زوال التصرية بأن صار ذلك عادة لها أى صريت فلم تنقص أبداً ، ويكون المراد حينئذ بسقوط الخيار عدم ثبوته من أصله ، وكيف كان فالأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحكم مما ذكرناه سابقاً على كل تقدير .

ولو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلسة ففي القواعد وعن غير ها فلا شيء له لامتناع الردّ بالموت والأرض بعدم العيب ، وقد يشكل بما كان الفسخ ودفع القيمة خصوصاً بعدما ذكره هو من بقاء الخيار فالمبيع الذي كذب في الإخبار عن رأس ماله ،

إذ لافرق بين المقامين على الظاهر، وقد تقدم في الأبحاث السابقة في الخيار ما يؤكد ذلك فلا حظ وتأمل فإنه قد تقدم لنا في خيار الغبن ما يقتضي أن الأصل اعتبار وجود العين في الخيار، إلا ما خرج، ولعله لظهور التخيير بين الرد والامساك في ذلك.

لكن قد يقال هنا أن الخيار إنما هو في العقد ورد العين، إنما هو من توابعه، وحكمهما في كل مقام يراد منه الرد، الانتقال للمثل أو القيمة، وأولى من ذلك ما لو تعينت عنده قبل علمه بالتدليس، لكنه قال في القواعد: «إنه لشيء له أيضاً»، وعلمه في جامع المقاصد بالاختصار على موضوع الوفاق، وبأن هذا العيب من ضمان المشتري، بل قال: «إن التقييد بقولية علمه غير ظاهر، لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك، إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه، الآن لثبوت خياره» قلت: التعليان الأولان معاً كما ترى، إذ لا دليل على أن حدوث العيب مانع من الرد في غير المعيب.

نعم ما ذكره من التعليل أخيراً جيد وإن كان هو غير موافق لما أسلفناه سابقاً، لكن منه ينقدح أن عدم سقوط خيار التصرية بالاختبار لتقدمه على حصول سببه، فلا ينا في حينئذ ما دل على سقوط الخيار بالتصرف، ضرورة ظهوره فيما كان منه بمذبذبات الخيار، خصوصاً إذا قلنا بذلك لدلالته على الرضا، بل قد ينقدح من ذلك أن أحكام التصرية على القاعدة، وأنها فرد من خيار التدليس والله أعلم.

المسألة الثانية: الثبوت ليس عيباً في الإماء كما هو صريح جماعة، ومقتضى نفى الخيار به وحصر العيوب في غيره من آخرين، بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل عن كشف الرموز لاختلاف بين الأصحاب في أن الثبوت ليس عيباً يوجب الرد، وإنما اختلفت عباراتهم في اشتراط البكارة، وفي التحرير لا نعلم خلافاً في أن الثبوت ليس عيباً؛ وعن إيضاح النافع أن عليه الفتوى، لأن البكارة صفة كمال بالنسبة إلى غير العاجز وليس عيباً، ونسبه أيضاً إلى الأصحاب، وفي المسالك اطلاق الأصحاب، والاکثر من غيرهم أن الثبوت ليس عيباً ولعله لأصالة اللزوم بعد غلبة ذلك فيهن، وصيرورته

بمنزلة الخلقة الأصلية ، وإن كانت عارضة إذ قلَّ ما يوجد فيهن الأبيكار ، فلا اغترار بأصالة السلامة التى هى بمعنى الغلبة ، بل قد عرفت أن خبر محمد بن مسلم (١) المشتمل على تعريف العيب مداره الزيادة والنقيصة على أصل خلقة أغلب ذلك النوع ، لاقلَّ من الشك ، مع أنه لا جابر له فى خصوص المقام ، مضافا إلى خبر سماعة (٢) « سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجد » كذلك ، قال : لا تردّ عليه ، ولا يجب عليه شىء ، إنه قد يكون تذهب فى حال مرض أو امر يصيبها المنجبر بما سمعت .

لكن قديقال : بمنع عدم صدق العيب عرفا بعد أن كانت البكارة مقتضى الطبيعة والخلقة الأصلية ، فى جميع النوع ، وغلبة العروض فى خصوص المجلوب منها لا ينافى ذلك ، كما أن خبر سماعة - مع أنه ظاهر فى الشرط الذى ستمع شهرة الأصحاب إن لم يكن إجماعهم على ثبوت الخيار له ؛ ولذا حملوه على الجهل بكونها عند البائع ؛ لغلبة زوالها بالعوارض ، بل ربما كان التعليل فيه ألصق بهذا من غيره ، ومعارض لخبر يونس (٣) ومحمتم لكون عدم الردّ للتصرف فىكون المنفى فيه عدم شىء مخصوص من العشر ونحوه ، لا الأرض - لادلالة فيه على عدم العيب ، ضرورة إمكان كون عدم الردّ به للغلبة التى تصيره كالعيب الذى أقدم عليه المشتري أو تبرأ منه البائع ؛ وأنه بهما يرتفع الاغترار بأصل السلامة ؛ ولا ينزل إطلاق العقد على السالم فيبقى حينئذ أصل اللزوم بحاله .

ويمكن تنزيل كلام الأصحاب على ذلك ، بإرادة نفي العيب الموجب للردّ للأرض ، كما سمعته من معقد نفى خلاف كشف الرموز ، ويؤيده ما سمعته من أن المشهور ثبوت الأرض مع الشرط ، ولولا أنه عيب ، لم يتجه ذلك ، بناء على ما عرفت من عدم توزيع الثمن على الشرائط ، واحتمال أنه لخبر يونس الاتى (٤) لأنه عيب كما ترى .

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب احكام العيوب الحديث ١ -

(٢) (٣ - ٤) الوسائل الباب ٦ - من أبواب احكام العيوب الحديث ١ و ٢ -

ومنه حينئذ ينقذح دلالة خبر يونس الاتي على المطلوب ، كما أنه ينقذح مما ذكرنا كون المدار حينئذ في عدم ترتب حكم العيب عليه الغلبة المزبورة ، فمع فرض انتفائها كما في الصغيرة والإماء المستولدة في بلاد الاسلام ونحو ذلك ، يتجه حينئذ ترتب حكم العيب عليه بل المتجه بناء على ما ذكرنا أيضاً لزوم البيع لو عرض الثيبوبة عند المشتري بغير تصرف منه ، لأنه من حدوث العيب المانع من الرد المعين ، للأرض إلى غير ذلك .

بل قد يظهر لك مما عن مذهب القاضى كونه عيباً مطلقاً ، قال : «إذا لم يشترط الثيبوبة ولا البكارة فخرجت ثيباً أو بكرأ لم يكن له خيار ، وكان له الأرض إذا الأرض لا يكون إلا للعيب» ولعل عدم الخيار حينئذ لتصرفه بها ، إذ الغالب معرفة ذلك بالوطني فيكون حينئذ عنده عيباً ، وما إلى المقادير مطلقاً ، واحتمله الشهدان ، بل مال إليه ثانيهما وبعض من تأخر عنه في الصغيرة ، والتحقيق ما عرفت من أن المداه على الغلبة المزبورة .
 ﴿ نعم لو شرط البكارة فكانت ثيباً كان له الرد ﴾ مطلقاً ﴿ ان ثبت أنها كانت ثيباً ﴾ عند البائع كما هو مقتضى تخلف كل شرط ، مضافاً إلى ما عرفت من أنه عيب عندنا ، إلا أنه منع من ترتب مقتضاه حال عدم الشرط ، الغلبة المزبورة ، أما معه فيترتب عليه حكمه مع أنه لا أجد خلافاً بين الأصحاب في الخيار مع الشرط ، إلا ما يحكى عن النهاية من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً لم يكن له ردّها ، ولا الرجوع على البائع بشيء من الأرض ، لأن ذلك قد يذهب من العلة والقرّة ونحوه عن الكامل ويمكن إرادتهما غير صورة الشرط على معنى شرائها بتخييل البكارة ، وأظهر من ذلك إرادتهما ما لو جهل بكونها عند البائع ، كما يؤمى إليه التعليل .

والخلاف إذا اشترى جارية على أنها بكر فكانت ثيباً ، روى أصحابنا أنه ليس له الرد وهو مع أنه غير مخالف ، يمكن إرادته غير صورة الشرط ، وأنه تصرف فيها ، والمبسوط إن شرط أن تكون بكرأ فخرجت ثيباً روى أصحابنا أن ليس له الخيار وله الأرض ، ونحوه

عن مذهب القاضي والاستبصار بل قيل : أنه اختاره ابن ادريس أولاً ثم عدل عنه ، وقد يريدون حال التصرف .

والتذكرة قال : أصحابنا إذا اشتراها على أنها بكر فكانت ثيباً لم يكن له الرد ، لما رواه سماعة (١) وساق الخبر المتقدم ، وقد يحتمل أيضاً ما عرفت .

وعلى كل حال فلا إشكال في ثبوت الخيار بل لا إشكال في أن له الأرض إذا اختار الإمساك كما نسبته في الدروس والمسالك إلى المشهور ، بل لعل عدم ذكره في المتن ونحوه لا لعدم ثبوته ، بل لأنه في معرض ثبوت أصل الخيار .

ولا يشك بأن الثمن لا يوزع على الشرائط ، لما عرفت من أن الأرض من حيث كونه عيباً لا من حيث أنه شرط . مضافاً إلى خبر يونس (٢) «في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال : يرد عليه فضل القيمة ، إذا علم أنه صادق» بناء على حملها على صورة الشرط ﴿و﴾ علم سبق ذلك قبل البيع بالبينة ، أو الإقرار أو قرب زمان الاختيار لزمن البيع ، أو كونه بعده في زمن ضمان البائع ، ضرورة أنه لأرض لو علم تأخره عن زمان ضمان البائع ، بل ﴿إن جهل ذلك لم يكن له الرد لأن ذلك قد تذهب بالخطوة﴾ ونحوها ، فيحتمل كونه في زمن ضمان المشتري ، لأصالة تأخر الحادث لما تقرّر فيه من الإشكال حتى بالنسبة إلى معلوم التاريخ ، بل لأصالة لزوم العقد وبراءة ذمة البائع ، بعد التسليم الظاهر في أنه تمام الحق ، كما هو واضح .

ولو شرط كونها ثيباً فبانت بكراً كان له الخيار بين الرد والإمساك مجاناً على الأقوى ، وفقاً لجماعة عملاً بقاعدة الشرط ، ضرورة كون ذلك منه ، إذ قد يتعلق له غرض به لعجزه عن اقتضاض البكر ، أو غيره خلافاً لما عني المبسوط والتحرير ، فلا خيار ، لكون الضد صفة كمال ؛ وفيه ما عرفت نعم لا أرض من هذه الجهة والله أعلم .

المسألة الثالثة ﴿لا خلاف ولا إشكال في أن﴾ الإباق الحادث عند المشتري ﴿

الذي لم يكن مضمونا على البايع ﴿لا يرد به العبد﴾ ولا يستحق به أرش كما في سائر العيوب الحادثة كذلك من غير فرق بين الصغير والكبير، والذكر والانثى؛ للاصل وقول أبي جعفر عليه السلام في مرسل ابن أبي حمزة (١) «ليس في الإباق عهدة» وقال في خبر محمد بن قيس: (٢) «إنه ليس في إباق العبد عهدة إلا أن يشترط المبتاع» ﴿أمالو أبق عند البايع﴾ كان للمشتري رده عليه السلام وإن لم يكن أبق عنده، بخلاف أجده كما اعترف به في التحرير قال: «الإباق عيب لا نعلم فيه خلافا في الأمة والعبد، والصغير والكبير»، بل عن المبسوط الإجماع على أن الخيار، ومقتضاه أنه عيب، بسل لعل العرف كذلك أيضاً ضرورة كونه بحكم التالف بل هو أبلغ من السرقة لغيره، لأنه سرقة لنفسه، بل لعل خبر محمد بن مسلم (٣) شامل له، بناء على إرادة ما يشمل نقص الصفات الغالبة في النوع منه؛ وفي خبر أبي همام (٤) «أن محمد بن علي قال للرضا عليه السلام: الإباق من أحداث السنة؟ فقال: ليس الإباق من هذا إلا أن يقيم البينة أنه كان أبق عنده».

وقد يظهر منه كالمتمن وغيره، بل هو صريح التذكرة وجامع المقاصد الاكتفاء بالمرة الواحدة عند البايع، لأن الإقدام ولو مرة يوجب الجرئة عليه، ويصير للشيطان عليه سبيل، ولتحقق صدق العيب بها عرفاً؛ خلافا لما عن بعض الأصحاب من اشتراط الاعتقاد، وإن قال بعض مشايخنا إنهم يتحققه، وربما لاح مما عن المبسوط واختاره ثاني الشهيدين وقال: أقل ما يتحقق بمرتين.

وعلى كل حال ففيه بحث وإن كان يشهد له أصالة اللزوم ولو للشك في كونه عيباً بها.

نعم ينبغي تقييد الرد به بالمرة الواحدة، بما إذا لم يظهر بعدها التوبة

(٢١) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب أحكام العيوب الحديث ١-٢

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ٢ - من أبواب أحكام العيوب الحديث ٢

ج ٢٣ (في أنه إذا أمة لا تحيض في ستة أشهر ومثلها تحيض كان ذلك عيباً) - ٢٨١ -

الصادقة وملكة الطاعة ، بل لا بد من هذا التقييد على تقدير اعتبار الاعتياد أيضاً ، ثم إن الظاهر من المتن أنه بذلك يكون عيباً يجري عليه حكمه من الرد والارش ، لا أن له الرد خاصة على كل حال ، كما عساه يوهمه الاقتصار عليه ، كما أن ظاهر خبر محمد بن قيس (١) صحة اشتراط عدم الابق ولعله لأبأس به إذا كان شرطاً للخيار في مدة مخصوصة كاشتراطه برد الثمن ونحوه فتأمل.

المسألة (٢) الرابعة (٣) المشهور بين الاصحاب نقلاً وتحصيلاً أنه (٤) إذا اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر ، ومثلها تحيض (٥) فيها (٦) كان ذلك عيباً لانه لا يكون إلا لعارض غير طبعي (٧) وهو المدار في ثبوته عرفاً ، بل لاختلاف أجده فيه إلا من العجلي ؛ ولأريب في ضعفه ، للصدق عرفاً ولانه من نقص الصفات ، ولصحيح داود بن فرقد (٨) (٩) «سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر ، وليس بها حمل ، فقال : إن كان مثلها تحيض ، ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد به» بل في المسالك (١٠) «إن في دلالة على اعتبار الستة أشهر نظراً لانه إنما علق الحكم على حيض مثلها ، وأراد به نفى الصغر والياس وإن كان ذلك مستفاداً من إثبات الادراك ، ونفى كونه عن كبر فان من المعلوم أن مثلها تحيض في تلك المدة وأقل منها ، والسؤال وقع عن تأخير الحيض ستة أشهر ، والجواب لم يتقيد به ؛ وحينئذ فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد كان حسناً »

قلت : وهو جيد بل هو مقتضى ما سمعت من التعليل و يمكن تنزيل عبارات الاصحاب على ما لاينا فيه ، ومنه ينقدح أنه لا ينبغي أن يكون مجرد بلوغ تسع سنين والتاخر ستة أشهر موجبا لذلك ، لانه قد عرف بالتجارب التاخر عن عشر سنين ،

١- الوسائل الباب ١٠ من ابواب احكام العيوب العيوب الحديث ٢

٢- الوسائل الباب ٣- من ابواب احكام العيوب الحديث ١-

بل عن أزيد من ذلك ، فالمتبع حينئذ النظر إلى أمثالها سماع الاتفاق في البلد والمزاج في الجملة ، فان وجد فيها دونها يكون عيباً .

ثم إنه لا بد من تنزيل الخبر وعبارات الاصحاب على إرادة علم سبق ذلك عند البائع ، وإلا فمع احتمال عروض العارض عند المشتري لارد ولا ارش ، كما أنه يجب تقييد الرد بما إذا لم يتصرف في هذه المدة ، وإلا كان له الارش كغيره من العيوب ، إذ احتمال إستثناء ذلك منها بأن التصرف لا يسقطه لاطلاق الرد في الصحيح المزبور (١) مع استبعاد عدم التصرف في هذه المدة مخالف لظاهر الفتاوى وللادلة السابقة على تعيين الارش معه المرجحة بها عليه ، وإن كان التعارض من وجه ، كما هو واضح ،

المسألة ﴿ الخامسة من اشترى زيتاً أو بزراً ﴾ بفتح الباء وكسرها و لعله افصح زيت الكتان وأصله محذوف المضاف أي دهن البزر ﴿ فوجد فيه ثقلاً ﴾ بالضم ما استقر تحت الشيء من كدرة ﴿ فان كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا أرش ﴾ لانه ليس عيباً أو لان جريان العادة يجعله كعلم المشتري به أو إسقاط البائع له ﴿ وكذا لو كان كثيراً ﴾ قد ﴿ علم ﴾ المشتري ﴿ به ﴾ قبل العقد ، لما عرفت من أن ذلك رضا منه به فلا رد ولا أرش ، ولا يشكل صحة البيع بالجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر وإن شوهد لعدم الاكتفاء بها ، لما عرفت مكرراً بأن العلم بالجملة كاف في رفع ذلك .

أما إذا لم يكن عالماً بكثرة الثفل فظاهر المصنف وغيره أن له حكم العيب بل لأجد فيه خلافاً لكونه عيباً عرفاً ، ولكونه على غير أصل الخلقة ، وقال ميسر بن عبد العزيز (٢) لابي عبد الله عليه السلام : « الرجل يشتري زق زيت فيجد فيه دردياً ؟ فقال : إن كان يعلم ان الدردي يكون في الزيت فليس عليه ان يردّه ، وإن لم يكن يعلم فله ان يردّه »

(١) الوسائل ٣ - من ابواب احكام العيوب الحديث ١ -

(٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العيوب الحديث ١ - باختلاف يسير

وعبر بمضمونه في التحرير، بل قيل والنهية والسرائر وجامع الشرايع، ولعل المراد من الجميع ما في المتن وغيره يجعل جريان العادة بمنزلة العلم، كما أنه يحتمل العكس؛ بحمل ما في المتن على إرادة العلم بجريان العادة، بل لعله أولى عند التأمل، إلا أن يكون شيئاً يسيراً لا يعد مثله عيباً في العادة؛ فإنه لا خيار حينئذ وإن لم يعلم وكيف كان فلا دلالة في الخبر على أنه مع عدم العلم عيب يستحق به أرشالو أو إرادته أو مع التصرف، أو الرد فيه أعم من ذلك ومن كونه من تبعض الصفقة، باعتبار خروج بعضه دردباً غير سمن، وقد يشهد له الصحيح (١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه إلى علي عليه السلام فقال له على عليه السلام لك بكيل الرب سمناً فقال له الرجل: إنما بعته منك حكرة، فقال له عليه السلام: إنما اشترى منك سمناً، ولم يشتر منك ربا،» إلا أنه يجب حمله بعد أن كان المبيع شخصياً لا كلياً على إرادة أن له من الثمن بقدر ما يقابل الرب من السمن، ومنه يعلم حينئذ صحة البيع في نحو ذلك بعنوان أنه سمن وإن بان الخلاف، بل يثبت الخيار للتبعض، مضافاً إلى عدم الجهالة بعد العلم بالجملة، وكونها المبيع ولو بزعم العنوان خطأً.

والتحقيق التفصيل بين ما يعد بمزجه عيباً في الممزوج معه وعدمه في العرف، وهو مختلف بالنظر إلى الكم والكيف، ولعله لذا قال في التحرير «الدردى في الزيت والبرز عيب موجب للرد أو الارش مع عدم علم المشتري به» وقال أيضاً «لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره، تخير بين الرد واخذ ما وجد من السمن بنسبة الثمن، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمناً بازاء الناقص، وإن كان سمناً» ومن ذلك يعلم أنه قد يجتمع للمشتري خياران من التبعض والعيب إذا فرض أنه يثبت بالخلط أيضاً.

المسألة ﴿السادسة﴾ لا إشكال بل ولا خلاف في أن كلامنا ﴿تحمير الوجه﴾

ووصل الشعر وما شابهه* يثبت به الخيار إذا شرط فبان الخلاف ، بل في المسالك الإجماع عليه لما عرفت سابقاً مما دل على ذلك ، إلا أنه بين الرد والإمساك مجاناً ضرورة عدم كونه عيباً ، فلم يبق إلا جهة الشرطية.

نعم لو كان المشترط مما يكون فقده عيباً إنتاجه ذلك كما هو واضح ، أما إذا لم يشترط واشترها محمّرة ذات شعر فبان أنها ليست كذلك ، فالمشهور بين الأصحاب أنه* (تدليس ، فيثبت به الخيار)* بين الرد والإمساك مجاناً ، من* (دون الأرض)* إذا لم يكن قد بان عيب فيها كغيره من أنواع التدليس الذي لم اجد خلافاً في ثبوت الخيار به ، بل قد سمعت الإجماع بقسميه على ثبوته بالتصريح التي هي فرد منه ، مضافاً إلى خبر الضرار (١)

* (وقيل)* كما عن الخلاف أنه* (لا يثبت به الخيار)* ذكر ذلك في الجعد والتحميم والتبييض ، ولعل وصل الشعر مثلها عنده ، بل قيل إنه ظاهر التحريم والارشاد والدروس ، وإن كان قد يناقش فيه باحتمال نفيه من حيث العيب ، ردّاً على ما يفهم مما عن المبسوط ، بل لعله ظاهرها أو ظاهر بعضها لا من حيث التدليس ، بل لعل ما في الخلاف كذلك ، لكن لم يحضرني فيرفع الخلاف حينئذ من أصله .

* (و)* على تقديره فلا ريب في أن* (الأول أشبه)* بأصول المذهب وقواعده ، إذ لا مجال لاحتمال كونه غير تدليس ، كما أنه لا مجال لعدم ثبوت الخيار به على تقديره ، بل لا يبعد ثبوت الخيار وإن لم يكن من فعل المولى : لحصول الضرر على المشتري بذلك دون البائع ، لعدم وجود الصفة في مبيعته في الواقع ، والله أعلم .

بقي* (القول في لواحق هذا الفصل ، وفيه مسائل ، الأولى : إذا قال البائع بعثك بالبرائة)* من العيوب* (وأكر المبتاع ، فالقول قوله مع يمينه ، إذا لم يكن للبائع يئنة)* بلا خلاف يعرف ، كما اعترف به بعضهم لقوله والله أعلم (٢) اليئنة على

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٥

(٢) الوسائل الباب ٢٥- من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ٣

المدعى واليمين على من انكر» إذ هو مدعى حتى لو قلنا أنه الذى «يترك لو ترك» لأن المراد به بالنسبة إلى تلك الدعوى نفسها وهو هنا كذلك ، فلا ينافيه الفسخ حينئذ من المشتري ، على أنه لا يتوقف على عدم دعوى البايع البرائة ، بل هو يحصل بموجبه ، فأثبت البرائة ينكشف فساد الفسخ ولو كان مورد النزاع فى حال العقد الواقع ، أمكن التحالف كما تقدم فى نظائره .

ولو كان كيفية الدعوى استحقاق المشتري الفسخ ، و البايع ينكره من غير ذكر سبب خاص أمكن القول حينئذ بكون البايع المنكر ، ولعله عليه ينزل ماء-ن المبسوط- «من أنه قد يكون البايع منكر أكان يدعى المشتري ابتياعه السلعة وبه عيب ، فيقول البايع : بعته بريئاً من هذا العيب فله أن يحلفه والله لا يستحق رده على* ، لأنه قد يبيعه وبه العيب ، ثم يسقط الرد بالرضا بالعيب » ، بناء على إرادة البرائة من استحقاق الرد بقرينة آخر كلامه ، لا أن المراد نفى الاستحقاق باشتراط البرائة من العيوب وإلا كان من المسألة المفروضة فى المتن التى عرفت عدم الخلاف فيها ، وأنه لا إشكال للخبر المزبور الذى لا يصلح لمعارضته مكاتبة جعفر بن عيسى (١) لأبي الحسن عليه السلام المتقدمة فى المسقطات من وجوه ، منها أن المفهوم من سياقه أن إنكار المشتري لسماع البرائة وقع مدالسة ، لعدم رغبته فيه وإلا فهو عالم بتبرى البايع ، ولذلك ألزمه الامام عليه السلام بالثمن .

وكيف كان فعن الشهيد فى حواشيه أن يمين المشتري هنا على نفى العلم ، ولعله لأنها على نفى فعل الغير مضافاً إلى إيماء قوله فى خبر جعفر (٢) لم اسمع إليه . وفيه ان مرجعه إلى ما وقع عليه العقد إذ لا أثر للبرائة التى لم يسمعها المشتري ومن هنا قال فى المحكى عن النهاية والسرائر يحلف أنه لم يبرأ إليه من العيوب وباعه مطلقاً أو على الصحة ، والأمر سهل ، وكدعوى التبرى دعوى العلم بالعيب أو الرضاء به بعد العقد أو نحو ذلك ، وعن التذكرة أن مثلها أيضاً دعوى التفسير فى الرد ، وفى المسالك

«أنه يتم في الخيار الفوري لافي خيار العيب» ، قلت لعله فرعه على القول بأن خيار انعيب فوري كما صرح به في الغنية على ما ستعرف إن شاء الله والله اعلم .

المسألة الثانية إذا قال المشتري : هذا العيب كان عند البائع * أو قبل القبض مثلاً * فلي ردّه ، وأنكر البائع ، فالقول قوله مع يمينه * بلا خلاف أجده فيه لأن المشتري هنا هو المدعى باعتبار مخالفة دعواه أصالة للزوم و« يترك لو ترك » فيكون البائع منكراً يقبل قوله مع يمينه ، لكن * إذا لم يكن للمشتري بينة * وإلا وجب الأخذ بها * ولا شاهد حال يشهد له * يفيد القطع للحاكم بصدق دعواه ، مثل أن يكون العيب أصبغاً زائداً أو قطع إصبع قد اندمل موضعه ، وقد اشتراه من يومه أو أمسه ، وإلا كان القول قوله بلا يمين ، كما أنه لو كان كذلك بالنسبة إلى إنكار البائع كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع ، قبل قوله بلا يمين .

أما إذا لم يفد القطع فظاهر الدروس وغيرها ممن قيد القرينة بإفادة القطع عدم اعتباره ، واستحسنه ثانی المحققين ، لان القرائن المثمرة للظن الذي لم يثبت من قبل الشارع اعتباره يبعد المصير إليها ، قال : ويستفاد من ذلك التعويل على ما أثمر القطع واليقين في كل موضع كالشياخ إذا بلغ مرتبة التواتر ، فأثمر اليقين ، قلت ، قد يظهر من إطلاق المتن والنافع والقواعد والارشاد الاكتفاء بما يفيد الظن أيضاً ، إلا أنه لا بد من اليمين معه ، لان أقصاه لو كان مع المشتري انقلاب البائع مدعياً باعتبار مخالفته للظاهر ، و المشتري منكراً لموافقته إياه ، فيقبل قوله مع اليمين ، ولا ثمرة له حينئذ لو كان مع البائع ، لان القول قوله بيمينه بدونه .

وعن حواشي الشهيد إن كان شاهد الحال للبائع لا بد من اليمين ، لانه منكر ، وإن كان للمشتري فلا يحتاج إلى يمين ، لان الحال تشهد له بسبق العيب على العقد ، كالبينة التي تشهد له بسبق العيب ، وفيه ما لا يخفى سواء أراد الظن منه أو القطعي . وكيف كان فيمين البائع على نفي العيب إذا كان مختبراً للمبيع مطالعاً على

ج ٢٣ (إذا قال المشتري هذا العيب كان عند البائع وانكر البائع فالقول قوله) - ٢٨٧-

خفاياه قبل البيع ، لأعلى نفى العلم بلا خلاف أجده بل في الرياض قولاً واحداً ، و مقتضاه عدم الاكتفاء به لو حلف كذلك ، وهو لا يخلو من إشكال ، سيما إذا كان جوابه به ، أما إذا لم يكن قد اختبره فقد يقال : إن له الحلف على القطع عملاً بأصالة العدم ، بناء على ظاهر السلامة ، كما يحلف على عدم النجاسة في الماء استناداً إلى أصالتها .

وعن التذكرة والميسية وغيرهما الاكتفاء حينئذ بنفى العلم : وفي المسالك « وهو حسن لاعتضاده بأصالة عدم التقدم فيحتاج المشتري إلى إثباته ، » قيل ومعناه أن هذا الحلف لا يسقط الدعوى بالكلية ، بل لو ظفر بعد ذلك ببيّنة أقامها ، و سمعت وهذا أحد الاحتمالين أو القولين في مثل المسألة ، ولعل الأقرب أنه لا يكفي بذلك منه ، فيرد الحاكم اليمين على المشتري ، فيحلف فيردّ أو يأخذ الارش ، قلت : وهو متجه بناء على عدم الاكتفاء بالحلف على نفى العلم في الصورة الأولى ، إذ لا أثر للاختبار وعدمه ، في كون حق المدعى اليمين على نفى العلم ، فالمتجه إتحادهما في الحكم ؛ وأنه يكفي فيهما معاً اليمين على نفى العلم حتى إذا كان الجواب بنفى العيب ، ويكفي ذلك في نفى استحقاق المشتري الرد الذي يشترط فيه معلومية السبق ولو بطريق شرعي ، فتأمل جيداً فإن المسألة لا تخلو بعد من نظر ، وقد أشبعنا الكلام فيها في كتاب القضاء فلاحظ ، هذا كله إذا كان الجواب بنفى العيب . أما إذا كان الجواب بلا يستحق الرد على بهذا العيب فهو جواب صحيح يجب على الحاكم إستماعه وإحلافه على ذلك ، كما عن المبسوط من غير حاجة إلى نفى العيب أو العلم به ، وما عن النهاية والسرائر من إطلاق أنه كان على البائع اليمين بالله أنه باعه صحيحاً ، لا عيب فيه ، منزل على غير ذلك ، كما أن ما عن أبي علي من أنه إن ادعى البائع أنه حدث عند المشتري أحلف المشتري إن كان منكراً ، منزل على المقام أيضاً فتأمل جيداً .

ولوباع الوكيل فالمشتري يرد بالعيب على الموكل و لو انكر سبق العيب لم يقبل إقرار الوكيل عليه ، و كان للمشتري الرد على الوكيل إذا كان جاهلاً بالوكالة ولم يتمكن الوكيل من إقامة البينة على وكالته و إقرار الموكل بها لا يجدى في جواز الرد عليه .

نعم كان للوكيل تحليف الموكل على نفى العيب دفعاً للظلمة عن نفسه، ولو أنكر الوكيل المجهولة وكالته سبق العيب حلف على النفي دفعاً للغرامة عن نفسه ، فان نكل ردّ عليه ، وفي جواز رده حينئذ على الموكل وجهان مبنيان على أن اليمين المردودة كالإقرار فلا يرد ، أو كالبينة فيرد ، وربما أشكل بناء الوجهين على ذلك ، بأن البينة على سبق العيب غير مسموعة من الوكيل على الموكل ، بعد إنكاره سبق ، لانه معترف بكون المشتري ظالماً ، وقد يدفع بأن المراد كونها كالبينة من الراد ، لامن التاكل فهي حاكمة عليها ، لكن في اقتضاء ذلك جواز الرد من الوكيل نظر .

نعم للمشتري الرد بها بعد اعتراف البائع بالوكالة، أو يقال بأن إنكاره لسبق العيب على وجه الاستناد إلى الأصل بحيث لا ينافي ثبوته ولا دعوى ثبوته كأن يقول في الجواب لاحق لك على من جهة هذه الدعوى ، إذ ليس في المبيع عيب لك على الرد به ، فلا يمتنع حينئذ تخريج المسألة على القولين والله اعلم .

المسألة الثالثة * إذا أراد المشتري أخذ الارش حيث يكون له ، فطريق معرفته أنه * يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً وينظر في نسبة النقص من القيمة فيؤخذ من الثمن بنسبتها * أي ما بين القيمتين ، لأنه هو الذي فات عليه بسبب العيب ، لا أنه يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين ، وإن أطلق في النصوص وعبارات بعض القدماء ذلك ، الا أنه يجب تنزيله على كون الثمن قيمة المثل لا مطلقاً والاجمع في بعض الاحوال بين العوض و المعوض وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا يجمع بين

ج ٢٣ (في أنه طريق معرفة الارش أنه يقوّم المبيع صحيحاً ومعيباً فيؤخذ بنسبتها). ٢٨٩-

العوض والمعوض لواحد « على أن المراد جبر مافات عليه بسبب العيب لا غيره ، مما أقدم عليه أو غبن فيه أو غير ذلك ، والذي فات عليه بسببه ما ذكرناه مضافاً الى ما سمعته من الصحيح أو الحسن (١) السابق المراد من قوله فيه » ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك » ما سمعته قطعاً ، والالام يكن وجه للتقييد بالثمن كما هو واضح ، وحينئذ فما عن بعض الجمهور من أن الارش نقص قيمة المعيب من الأغلاط

نعم هو متجدد في الارش بالنسبة الى الغاصب ونحوه ، بل و الى البايع حيث يفسخ بخياره مثلاً ، وكان قد تعيب في يد المشتري عيباً مضموناً ، فانه ياخذ حينئذ تفاوت ما بين القيمتين ، لامن الثمن بالنسبة مع احتماله ، لا إقدامه على الضمان بالثمن ، إلا أن الاول أقوى ، وعن الشهيد في الحواشي أن الارش يطلق بالاشتراك اللفظي على معانٍ آخر ، منها - نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعي ومنها - ثمن التالف المقدر شرعاً بالجناية ، كقطع يد العبد ، ومنها - أكثر الامرين من المقدر الشرعي والارش ، وهو ماتلف بجناية الغاصب ،

ثم ان الظاهر مراعات القيمة حال العقد لان الثمن يؤمّن قايلاً بالمبيع ، وهو وقت دخوله في ملكه ، ووقت استحقاقه الارش ، لا يوم القبض باعتبار أنه يوم دخول المبيع في ضمانه ، ويوم استقرار الملك ، لانه لا دخل لذلك في اعتبار القيمة ، ومنه يعلم ضعف احتمال أقل الامرين من يوم العقد الى يوم القبض ، لان القيمة ان كانت يوم البيع أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري ، ولان يوم البيع وقت الاستحقاق ، و ان كان يوم القبض ، أقل فالنقص من ضمان البايع ، لأنه وقت الاستقرار ، ولعل احتمال

كون المدار على القيمة حال استحقاق الارش باختياره أو بحصول المانع من الرد أولى منهما ، لان ذلك الوقت هو وقت استحقاق الارش اذ قبله كان البائع مخيراً بين الرد و الارش ، فهو غير مستحق على التعيين ، و لذا لا تشتغل به ذمة البائع حينئذ بخصوصه الامع أحد الامرين ، ولو كان العيب الذى يراد أرشه حادثاً فى زمن الخيار مثلاً بناء على استحقاق الارش ، فالمتجه ملاحظة القيمة حين حدوثه او حال تعيين استحقاقه بالاختيار أو التصرف مثلاً فتأمل جيداً

و يعتبر فى المقوم العدالة والمعرفة والتعدد والذكورة و ارتفاع التهمة ، كما نص عليه فى الدروس وغيرها ، الا انه مع ابتناؤه على أن التقويم من باب الشهادة لا يخلو بعضها عن نظر ، خصوصاً مع تعذرها و انحصار المقومين فى فاقديها ، وعلى تقدير الاشتراط ، فالمتجه حينئذ عند التعذر الرجوع إلى الصلح بما يراه الحاكم ، كما أن المتجه هنا سؤال الحاكم ممن يتمكن من المقومين وإن لم يجمعوا الشرائط ليكون على بصيرة فى حكمه ، وأما احتمال التعطيل حتى يحصل مقومون جامعون للشرائط ، ففيه تعطيل الحق عن مستحقه ؛ كما أن احتمال الاقتصار على المتيقن و نفى الزائد بأصالة البرائة فيه ضرر على من له الارش ، فالاولى ما ذكرنا .

كما أنه يمكن أن يقال ﴿إن اختلف أهل الخبرة فى التقويم﴾ أو اختلف القيم ، لأفراد ذلك النوع المساوية للمبيع ، فان ذلك قد يتفق ولو نادراً ، يتعين الصلح أيضاً إذ الاقتصار على الأقل و نفى الزائد بأصل البرائة والرجوع إلى القرعة أو التخيير للحاكم أو نحو ذلك ، مما يظهر بعضه مما ذكره فى تعارض الامارات ، لكن المفيد و المصنف و الفاضل و الشهيدين والعليين وغيرهم على ما حكى عن بعضهم على أنه ﴿يعمل على الأوسط﴾ الذى هو هنا عبارة عن قيمة منتزعة من مجموع القيم ، نسبته اليه كنسبة الواحد الى عدد تلك القيم من القيمتين نصف مجموعهما ومن الثلاثه و

هكذا حتى تكون عملا بالجميع في الجملة ، وذلك لانتهاء الترجيح لقيمة على أخرى ، فالمراد من الوسط حينئذ القيمة المتوسطة بين الجميع بحيث لا تكون الى واحدة أقرب منها الى أخرى ، لا الوسط بالمعنى المنساق ، ضرورة انتفاؤه في نحو القيمتين ، والاربعة ونحوها مما لا وسط لها .

وحاصله مراعاة نقيضة كل قيمة وزيادتها ، فلو قوم صحيحاً مثلاً باثنى عشر ومعيباً بعشرة وقومهم آخر صحيحاً بثمانية ، وخمسة معيباً كان تفاوت قيمته صحيحاً أربعة ، فتقسم بالنصف إعمالاً لكل من البينتين ، فيكون قيمته صحيحاً عشرة وتفاوت قيمته معيباً مثلاً خمسة فتقسم أيضاً بالنصف إعمالاً لهما ، فيكون قيمته معيباً سبعة ونصفاً ، فالتفاوت حينئذ بين قيمة الصحيح والمعيب المنتزعين الربع ، فيؤخذ ذلك من الثمن ، وهذا معنى قولنا يؤخذ من القيمتين نصف مجموعهما ، ومن الثلث ثلثها ، محافظة على ذلك

وكذا قول بعضهم في طريق ذلك ، بوجه أسهل من الأول ، إنه تجمع القيم الصحيحة ، والقيم المعيبة ، ثم تنسب ويؤخذ بنسبتها من الثمن ، بل هو بعينه الرجوع إلى نصف مجموع القيمتين ، ضرورة كون النسبة بين المجموعين هي النسبة بين أجزائهما مع اتحاد الاجزاء في الاسم كالنصف مثلاً ، فالنسبة بين العشرين والخمسة عشر مثلاً هي النسبة بين العشرة والسبعة ونصف ، وبالنسبة بين الستة والثمانية ، كالنسبة بين نصفيهما كما هو واضح ، ومرجع الجميع إلى ما ذكرنا

نعم يحكى عن الشهيد طريق آخر للجمع بين القيم ، بل عن إيضاح النافع أنه الحق ، وهو أن ينتسب معيب كل قيمة إلى صحيحها ويجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبة القيم كنصفه إن كانتا اثنتين وثلاثة لو كانت ثلاثة وهكذا ، وهو قد يتحد

مع الطريق الأول، وقد يختلف، وكشف الحال يحصل بصور، الأولى أن يختلف المقومون فيها معاً بأن قالت إحدى البيهقيين إن قيمته إثنى عشر صحيحاً وعشرة معيماً والأخرى ثمانية صحيحاً وخمسة معيماً، فالتفاوت بين مجموع الصحيحتين ومجموع المعيتين الربع، فيرجع ربع الثمن فلو كان إثنى عشر فالأرش ثلاثة وكذا إذا أخذت نصف مجموع الصحيحتين وهو عشرة ونصف مجموع المعيتين وهو سبعة ونصف، يكون التفاوت ربعاً أيضاً وعلى ما ذكره وهو عشرة الشهيد يؤخذ تفاوت الأولى وهو السدس، والثانية وهو ثلاثة أثمان ثم يقسم ذلك بالنصف لأن الفرض أنهما قيمتان، فيكون نصف سدس وثمان ونصف ثمن ثم يسقط ذلك من الثمن فإذا كان هو إثنى عشر سقط منه ثلاثة وربعه التي هي نصف السدس وثلاثة أثمان أى ستة ونصف، ولو كانت القيم ثلاثة إحداهما كالأولى والثانية عشرة صحيحاً وثمانية معيماً والثالثة ثمانية صحيحاً وستة معيماً فعلى الأول يكون التفاوت الخمس، لأن مجموع القيم الصحيحة ثلاثون، والمعيبة أربعة وعشرون، فالتفاوت ستة هي خمس، فيرجع بخمس الثمن وهو إثنان وخمسان، من الإثنى عشر، وعلى الثاني يجمع سدس الثمن وهو إثنان من الإثنى عشر، وخمسه وهو إثنان وخمسان، وربعه وهو ثلاثة، فيكون المجموع سبعة وخمسين، فيسقط من الثمن ثلثها وهو إثنان ثم يخلص خمسان وثلث الخمس، وبه يزيد على الأول وقد يتحدان كما لو كانت إحدى القيمتين إثنى عشر صحيحاً وأربعة معيماً، والأخرى ستة صحيحاً وإثنان معيماً فإن التفاوت الثلثان على كل منهما، وكذا لو كانت الأولى ستة معيماً والثانية ثلاثة معيماً، فإن التفاوت النصف على كل منهما لو كانت الأولى ثمانية معيماً والثانية أربعة، فإن التفاوت الثلث على كل منهما.

وهكذا الصورة الثانية: إن تتفق قيمة الصحيحة وتختلف المعيبة فلو كانت قيمته إثنى عشر صحيحاً عند الجميع وقيمته معيماً بعشرة عند قوم، وستة عند آخرين. والطريق على الأولى تنصيف مجموع قيمتي المعيبة ونسبته، إلى الصحيحة ويسقط من الثمن بالنسبة، وهو الثلث هنا أو تضعف الصحيحة وينسب المجموع إلى المجموع؛ وهو هنا الثلث أيضاً، وعلى ما ذكره الشهيد يجمع السدس والنصف من الثمن، ويسقط نصفه وهو الثلث

هنا أيضاً ، وكذلك لو كانت القيم فى المعيب ثلاثة بأن قالت الثالثة إن قيمته ثمانية معيباً ، فإنك ان كررت الصحيحة ، أو أخذت ثلث مجموع قيم المعيبة ونسبته إلى الصحيحة ، أو جمعت السدس والتصف والثلث وأسقطت ثلثه من الثمن ، كان التفاوت الثلث أيضاً .

الصورة الثالثة : ان تتفق قيم المعيبة دون الصحيحة ، بأن كانت قيمته ستة معيباً عند الجميع وثمانية صحيحاً عند قوم ، وعشرة عند آخرين ، والتفاوت الثلث إن ضعفت المعيبة ، ونسبتها إلى مجموع القيمتين أو أخذت نصف الصحيحتين ، ونسبتها إلى المعيبة ، وعلى ما ذكره الشهيد يجمع التفاوت وهو الربع والخمسان وهى من الاثنى عشر المفروض كونه ثمانية ، أربعة وأربعة أخماس ، ثم يسقط نصفهما من الثمن وهو ثلثان ونصف وخمسان ، وبه يحصل الاختلاف بين الطريقين ، ولو كانت القيم ثلاثة بأن كانت الثالثة اثنى عشر صحيحاً صار التفاوت خمسين ، سواء أخذت ثلث مجموع الصحيحة وهو عشرة ، ونسبته إلى المعيبة أو ضعفت المعيبة ثلاثاً فتكون ثمانية عشر وتفاوتها مع الثلاثين خمسان .

أما على ما ذكره الشهيد يجمع الربع وهو ثلاثة من الاثنى عشر والخمسين وهو أربعة وأربعة أخماس والتصف وهو ستة فيكون المجموع ثلاثة عشر وأربعة أخماس فيسقط ثلثها من الثمن وهو أربعة وثلث وخمس وثلث الخمس ، إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك ، بعد الإحاطة بما ذكرنا . نعم قد يشكك ذلك كله بأنه لا دليل عليه ، وقاعدة الجمع بين البيّنات يمكن منعها فالمتجه حينئذ ما ذكرنا من القرعة ، أو الإقتصار على الأقل ، أو نحو ذلك مما سمعت الذى لا يخلو القول بالقرعة فيه من قوة ، ومع تلك القاعدة ، فالأولى ما ذكره الشهيد من إعمال كل من البيّنتين ببعض ما قامت عليه من التفاوت على وجه لا يفصل أحدهما عن الآخر ، ضرورة كونه هو الذى اختلفت البيّنات فيه ، والتقويم مقدمة له ، لأنه ينتزع قيمة جديدة خارجة عن المجموع كما هو مقتضى الطريق

الأول ، إذ هو ليس جمعاً فيما اختلفت فيه البيّنات من التفاوت الذى هو مقتضى احدها الثلث مثلاً ، ومقتضى الاخرى الربع مثلاً ، بل اللائق بعد القطع بانحصار التفاوت فى أحد الأمرين ، ولم يعلم به على الخصوص تنصيف مقتضى كلّ من البيّنتين والحكم بكونه الارش إعمالاً لكل منهما فى النصف فتأمل جيداً

اللهم إلا أن يقال انهم أخذوا ذلك مضافاً إلى ما سمعت من خبر عبد الله بن عمر (١) الوارد فى الاضاحى قال : «كنا بمكة فأصا بنا غلاء فى الاضاحى فاشترينا بدينار ثم بدينارين ثم بلغت سبعة ، ثم لم توجد بقليل ولا كثير فوقع هشام المكارى إلى أئى الحسن عليه السلام فأخبره بما اشترينا وانالم نجد ، فوقع عليه السلام انظروا إلى الثمن الاول والثانى والثالث فأجمعوا ثم تصدقوا بمثل ثلثه» وقد عمل به الاصحاب فى محله بل قالوا الضابط أن تجمع القيمتان أو القيم ويتصدق بقيمة منسوبة إلى القيم بالسوية ، فمن الثلاث الثلث ، ومن الاربعة الربع ، وهكذا واقتصار بعض على الثلث تبعاً للرواية وإلا فالمراد ذلك ، وهو قريب إلى ما قلنا به ، بل لعل اختلاف البيّنات هو تعدد القيم باعتبار تفاوت الرغبات فيكون كالشئ الواحد الذى له قيم متعددة ومقتضى العدل الجامع بين حقى المشتري والبايع هو ما ذكره الاصحاب ، وتضمنه الخبر المزبور ، فليست المسألة حينئذ من تعارض البيّنات كى يجرى فيها حكمه

ولو كان الثمن عروضاً استحق المشتري قيمة نسبة التفاوت منه كما أنه لو كان نقداً لم يستحق الارش فى خصوص ما دفعه منه ، لان التحقيق كون الارش من الغرامات فالثمن حينئذ ملك البايع على كل حال ، ولو كان العيب فى الثمن وكان عروضاً استحق البايع على المشتري قيمة نسبة التفاوت من المبيع فمع فرض كون التفاوت النصف استحق عليه قيمة نصف المبيع

وقد يحتمل أنه يستحق عليه تفاوت ما بين النسخة والعيب ، ولا جمع هنا بين العوض والمعوّض عنه بحال ، لان الغابن إن كان هو المشتري فالامر واضح ، وإن كان هو المغبون ، فليكن كذلك فى الثمن وأرشه ، ضرورة أن الارش ليس هو إلا جابراً للعيب ، بحيث يصيره صحيحاً ؛ وهو الغبن الاول الذى قد أقدم عليه ، وفيه أن مثله يأتى فى عيب المبيع مع أنك قد عرفت أنه يرجع على الثمن بنسبة التفاوت ودعوى - الفرق بينهما يكون الثمن قيمة للمبيع ، بعد أن تراضيا عليه ، فيكون التفاوت بالنسبة وملاحظة القيمة الواقعية إنما هو لمعرفة قدر التفاوت - يدفعها أنه كما أن الثمن قيمة للمبيع بالتراضى كذلك المبيع قيمة الثمن لذلك أيضاً ، فالاولى ملاحظة النسبة فى كل منها ، فتأمل جيداً

المسألة ﴿الرابعة إذا علم بالعيب﴾ بعد العقد ﴿ولم يرد لم يبطل خياره ولو تطاول إلا أن يصرّح باسقاطه﴾ أو يحصل ما يقتضيه مما عرفته فيما تقدم ، إن هو على التراخى على المشهور بل ربما ظهر من بعضهم الاتفاق عليه فضلاً عن عدم الخلاف فيه ، وفي المسالك «أنه المعروف فى المذهب ولا نعلم فيه خلافاً» نعم جعله فى التذكرة أقرب وهو يشعر بخلافه ، لكن لا نعلم قائله وإنما خالف فيه الشافعى فجعله على الفور وهو محتمل إن لم يثبت الإجماع بتقريب الدليل السابق فى نظائره ،

قلت الاستصحاب وإطلاق الأدلة بل ظهور بعضها إن لم يكن صريحة بنفى الاحتمال المزبور ، فضلاً عن الاجماع المذكور ، وإن كان هو قول ابنى زهرة وحمزة فى الغنية ﴿و﴾ الوسيلة بل نفى الخلاف عنه أولهما ، إلا أنه غريب فلا ريب حينئذ فى التراخى كما أنه لا ريب فى أن ﴿لفسخ العقد بالعيب سواء كان غريمه حاضراً أو غائباً﴾ خلافاً للمحكى عن أبى حنيفة من اشتراط الحضور

المسألة ﴿الخامسة إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري

رده ﴿ قطعاً ﴾ وفي الارش تردد ﴿ وخلاف قد تقدم الكلام فيه سابقاً في التسليم ﴾ ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث ﴿ العيب ﴾ كان الحكم كذلك فيما لم يقبض ﴿ لأنه مضمون على البائع واتحاد الصفقة يباحق المقبوض به في ذلك بل لا يجوز له الاقتصار على رد غير المقبوض لما عرفت مفعلاً في المعيب بعيب سابق إذا المسألة من واد واحد.

لكن في المسالك هنا أنه ربما قيل بجواز الاقتصار على رد المعيب خاصة نظراً إلى أن سبب الرد هو العيب الحادث في البعض وقد حدث حين كان ذلك البعض مضموناً وحده فيتمتع به جواز الرد دون المقبوض ، وفيه أن حدوث العيب في غير المقبوض مقتضى لجواز رده في الجملة لارده وحده ، لأن كون المقبوض غير مضمون لا يمنع رده كما لا يقتضيه ، فيبقى مقتضى اتحاد الصفقة الذي هو عدم جواز تبعضها إلا بالتراضي بحاله من غير معارض ، بل لو أراد المشتري رد الجميع ولم يرض البائع إلا برد المعيب وحده لم يكن له ذلك ، لأن المعيب يرد بعينه الحادث في وقت كونه مضموناً ، والباقي حذراً من تبعض الصفقة كما هو واضح .

﴿ و ﴾ أما ﴿ ما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد في الثلاثة ﴾ لأنه مضمون على البائع فيها ، فلا ينافي الخيار الثابت فيها كما أنه لا يمنع الرد بالعيب السابق ولو فيما بعد ، لما عرفت من أن ثبوت الخيار به على التراخي والحادث لا يصلح مانعاً له ، بعد أن كان مضموناً على البائع نعم ظاهر العبارة أنه هو لا يوجب خياراً كما حكاه أول الشهيدين عنه في الدروس قال : « وهو ينافي حكمه في الشرايع بأن الحدث في الثلاثة من مال البائع مع حكمه بعدم الأرش فيه » وكأنه يريد أنه إذا كان مضموناً على البائع كالجملة أزمه الحكم بالأرش ، إذ لا معنى لكون الجزء مضموناً لا يثبت أرشه ، لأن الارش عوض الجزء الفائت أو التخييري بينه وبين الرد ، كما أن ضمان الجملة يقتضي الرجوع بمجموع عوضها وهو الثمن .

ومن هنا كان خيرة الشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم أن له الردّ بالعيب العنادث بل صرح بعضهم بأن له الأرض إن اختاره ، إذ هو باعتبار ضمانه على البايع كالعيب السابق ، وهو المنقول عن شيخ المصنف نجيب الدين ابن نما فيكون له في الثلاثة حينئذ الخيار في الردّ من جهتين ، ولأمانع ، لأن علل الشرع معارفات يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد ، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن اذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفرق ، وتظهر الفائدة في المقام في الاسقاط وفي ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة ، ولعدم تقييد خيار العيب بها ، وإن اشترط حصوله في الثلاثة فما قبلها وقد تقدم في العيب قبل القبض ما يظهر منه المطلوب هنا ، لاتحادهما في كيفية الدليل ، فيأتي في الأرض والردّ حينئذ ما سمعته سابقا .

وقد ينتصر للمصنف بأن الأصل للزوم ولامعارض له سوى ما دل على أن التلف في الثلاثة من مال البايع ، وهو ظاهر في الانفساخ وألحق به العيب ، إلا أن الإجماع على عدم الانفساح به ، فيمكن أن يكون المراد بكونه من مال البايع أنه إذا فسخ المشتري بخياره الذي هو الثلاثة تستقر غرامة العيب على البايع ، لا أنه يردّ به ، أو أن له الأرض للأصل السائم عن المعارض ، ولا ينتقض ذلك بالعيب قبل القبض لأنه لا أرض له عنده أيضاً ، وأما الردّ به فلعله للإجماع ونحوه ، وبذلك يرتفع التنافي عن كلام المصنف والله أعلم بحقيقة الحال

المسألة السادسة : روى ﴿ اسمعيل ﴾ ﴿ أبو همام ﴾ بن همام في الصحيح ﴿ عن الرضا عليه السلام ﴾ (١) قال : ﴿ سمعته يقول ﴾ ﴿ يردّ المملوك من أحداث السنة : من الجنون والجذام والبرص ﴾ فقلت : كيف يردّ من أحداث السنة قال : هذا أول السنة ، فإذا اشتريت مملوكا به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة فردّه

على صاحبه» * وفي رواية على بن اسباط عنه عليه السلام * أيضاً (١) «و أحداث السنة ترد بعد السنة قلت و ما * أحداث السنة * قال * الجنون والجذام و البرص و القرن * فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم أن * يرد * على صاحبه * إلى تمام السنة من يوم اشتراه * وفي معناه رواية محمد بن علي * الذي احتمل فيه أنه الحلبي (٢) * عنه عليه السلام * أيضاً * قال * سمعته يقول يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص والقرن قال: قلت: كيف يرد من أحداث السنة فقال : هذا أول السنة يعني المحرم فإذا اشتريت مملوكاً فحدث فيه من هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة رددت على صاحبه» وفي خبر ابن فضال (٣) «ترد الجارية من أربع خصال من الجنون والجذام والبرص والقرن والحذبة » وعن الكافي (٤) والقرن الحذبة إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر » وفي موققه (٥) عن أبي الحسن عليه السلام «في أربعة اشياء خيار سنة الجنون و الجذام والبرص والقرن » و في حسنة عبدالله بن سنان (٦) «وعهدته السنة من الجنون فما كان بعد السنة فليس بشيء» وروى الوشا (٧) «أن العهدة في الجنون وحده إلى سنة» ولا محيص عن العمل بما تضمنه الصحيح الاول بعد اعتضاده بما سمعت ، وبالإجماع في الغنية ومحكي السرائر الذي يشهد له التتبع لكلمات الأصحاب فإنني لم أجد خلافاً في الرد بها إلى سنة كما عن التذكرة الاعتراف به في الجنون، بل قيل إن ظاهر الإجماع فيه وفي الأخيرين فما عن الأردبيلي من التوقف في خصوص البرص منها لما في حسنة عبدالله بن سنان (٨) «من

(١) (٢) الوسائل الباب ٢ - من ابواب احكام العيوب الحديث ٢ - وفي ذيل الحديث ٢ -

(٣) (٤) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العيوب الحديث ١ - وفي ذيله ٢

(٥) (٦) (٧) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العيوب - ٣٧ ٦

(٨) الوسائل الباب ٣ - من ابواب الخيار الحديث ٧

أنّ العهدة فيه ثلاثة أيام» في غير محله ، ضرورة قصورها عن معارضة ماسمعت من وجوه خصوصاً بعد احتمال تصحيف المرض فيها بالبرص ، للتقارب في النقش ، كما أن الاشكال في المسالك في الجذام بانه يوجب العتق على المالك قهراً ، وحينئذ فان كان حدوثه في السنة دليلاً على تقدمه على البيع ، لما قيل في تعليل الرد بهذه الأحداث ؛ من أن وجودها في السنة دليل على حدوثها قبل البيع ، لأنها تكمن في البدن سنة لم تخرج ، فيكون عتقه على البايع ، فيكشف ظهوره عن بطلان البيع فلا يتجه الخيار ؛ وإن عمل على الظاهر كان حدوثه في ملك المشتري موجباً لعتقه قبل أن يختار الفسخ إذ ليس له اختياره ، حتى يتحققه ، ومتى تحققه حكم بعتقه شرعاً قبل الفسخ ، فيشكل جوازه بعد العتق - في غير محله .

وإن قال : ويمكن حله بأن الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل ، كما هو ظاهر النص ، ولا يكتفى بوجوده في نفس الامر ، فلا يعتق على البايع قبل بيعه لعدم ظهوره ولا بعده قبل الفسخ ، لعدم ملكه ، وعتقه على المشتري موقوف أيضاً على ظهوره ، وهو متأخر عن سبب الخيار فيكون السابق مقدماً فيتخير ، فإن فسخ عتق على البايع بعده ، وإن اختار الامضاء عتق على المشتري بعده ، فينبغي تأمل ذلك ، قلت : فيه أولاً أنه لا إشعار في شيء من النصوص بأن الفسخ بهذه العيوب لمكان ظهور سبقها عند البايع ، حتى يتجه القول بسبق الخيار ، قال : ابن ادريس الذي هو الاصل في الاشكال المزبور ؛ فيما حكى من سرائره أن الدليل على ذلك الاجماع ؛ وما بنا حاجة إلى ما قاله شيخنا في مقنناته ، من أن أصول هذه الأمراض يتقدم ظهورها سنة ، ولا يتقدمها بأكثر من ذلك ، لأن هذا يؤدي إلى بطلان البيع ، لأن البايع باع ما لا يملك ، لأن الرقيق ينعق بالجذام من غير اختياره ملكه ، وإنما الشارع حكم بأن الرقيق يرد من هذه العيوب ما لم يتصرف فيه ما بين شرائه من سنة ، وثانياً أنه يمكن القول كما في

الحدائق بأن الانعقاد بالجذام ونحوه إنما هو في الملك المستقر الذي لا يتعقبه خيارو
لافسخ ، بخلاف مانحن فيه الذي هو مراعى بمضي السنة ، فلا بأس حينئذ بتزويل خبر
السكوني (١) الدال على الانعقاد به على غير الفرض ، خصوصاً مع قصوره عن معارضة
هذه النصوص من وجوه ، فلا وجه حينئذ للتفصيل بين فسخه ، فينتق على البايع و
عدمه ، فينتق على المشتري ، لوضوح بعده عن هذه النصوص ، وإن كان قد يناقش
فيه بأن التعارض بينها وبين خبر السكوني إنما هو في هذا الحال ^{غيب} ، فيترجح عليه ، أمّا
غيره فيبقى بلا معارض .

نعم قد يقال أنه لا تنافي بين انعقاده وبين استحقاق المشتري الرجوع على
البايع ، إلا أنه ^{يمكن أن} يكون انفساخاً للعقد لأنه قد تلف بعيب مضمون على البايع ، فهو كما
لوعى في الثلاثة ، فالمراد بالردّ حينئذ في النصوص هنا الأعم منه ومن الردّ بالخيار ؛
ويحتمل أن لا يكون انفساخاً فله الخيار حينئذ بين فسخ العقد والرجوع بالثمن ، و
بين الامضاء والمطالبة بالأرض ، لكن يجب حينئذ عدم ملاحظة الحرية فيقوم عبداً
صحيحاً وعبداً مجزوماً ، إذ على تقدير ملاحظتها لا تبقى له قيمة ، فلا جهة للأرض ، بل يتعين
كونه انفساخاً ، كما في كل عيب مذهب للمالية ، ولعل ذلك لازم على ما ذكره في المسالك
أيضاً فيما لومنع من رده من حدوث عيب ونحوه ؛ ثم أجزم فإنه لا محيص له حينئذ
عما ذكرنا من القول بالانفساخ قهراً واختيار الأرض على الطريق الذي ذكرناه ، هذا
كله في العيوب الثلاثة .

وأما القرن فقد ألحقه في الدروس ومحكي جامع الشرايع والإسكا في فيما
حكى عنه ، لكن في المسالك نسبته إلى الشهرة ، ولم تتحققها بل لم نعرف القول به لغير
من عرفت ، فالقول به لا يخلو من تأمل ، وإن تضمنه الأخبار المزبورة المحتاج بعضها

إلى جابر، كما أن اقتصار الأكثر على غيره يوهن الآخر، على أن في خبر كافى (١) منها ما يقضى بأنه الحذب، وهو خلاف المعروف بين الفقهاء واللغويين، إنه عندهم شيء كالسن يكون في الفرج يمنع من الجماع، وعلى ما رواه غيره (٢) يكون الحذب معطوفاً على الأربعة، إلا أنه لم نعثر على مفت به ولا على نص آخر به، واحتمال دخولها في القرن باعتبار اشتراكها معه في النشو، وإن كان هو في الفرج وهي في الصدر كما ترى

وكيف كان فالظاهر مساوات الخيار بهذه العيوب له في غيرها سقوط الرد بالتصرف وحدوث العيب ونحوهما مما عرفت، وبالسقوط في الأول فضلاً عن غيره صرح الفاضل والشهيد أن وغيرهم، بل لعل من تركه هنا تكالفاً على ما ذكره في حكم العيب، ولذا قال في الغنية: «يرد بهما ما لم يمنع مانع» وقال ابن إدريس فيما حكى من سرائره «أن خطر بالبال وقيل الفرق بين هذه العيوب وغيرها أنه لا يسقط الرد بها بالتصرف بخلاف غيرها، قلنا له: هذا خلاف إجماع أصحابنا؛ ومنها لأصول المذهب، لأن الإجماع حاصل على أن التصرف يسقط الرد بغير خلاف بينهم، والأصول مثبتة مستقرة على هذا الحكم، بل ظاهره الإجماع على ذلك إلا أنه أشكله بعضهم بأنه يبعد تنزيل إطلاق الإخبار على عدم التصرف في المملوك الذي يشترى للخدمة في مدة هذه السنة، فلا يبعد القول بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرف كالمصرأة؛ وقد يدفع أولاً بأنه لا يستبعد في حمل الإطلاق عليه بعد أن لم يكن جواباً للسؤال عن أمر واقع، وثانياً أنه قد يقال إن المسقط للرد إنما هو التصرف بعد حصول سبب الخيار لاقبله، والنصوص لو سلم ظهورها فهو في الثاني، لا الأول كما هو واضح

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

ولعله إليه أومى المصنف بقوله ﴿فرع هذا الحكم يثبت مع عدم الاحداث فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الارش وسقط الرد﴾ وان اعترضه فى المسالك بأن مطلق التصرف مانع من الرد كغيرها من العيوب وان لم يوجب تغييرا، لكن قد يقال ان المصنف أراد أن التصرف إذا لم يكن يقتضى أحد الأمرين ولا مخرجاً عن الملك، لا يسقط الرد بالعيب الحادث بعده؛ أما ما فيسقطانه وإن حصل قبله لاشتراط الرد فى المعيب بكون العين قائمة، أى غير متغيرة ولو صفة، ولذا كان حدوث العيب مانعاً من الرد، بل قد تقدم احتمال توقف حقيقة رد العين عليه، وكذا يسقطه مطلق التصرف وإن لم يكن مغيراً لو كان بعد حصول سبب الخيار

وعلى كل حال فلا ينبغي التامل فى ثبوت الأرش هنا مع حصول المانع من الرد، وإن استشكل فيه فى التحرير، إلا أنه فى غير محله، ضرورة عدم نقصان هذه العيوب عن غيرها بالنسبة إلى ذلك؛ وعدم التعرض له فى نصوص المقام إكتفاء بما تضمنته من بيان زيادة هذا العيوب على غيرها بالرد بها لو حدثت فى ضمن سنة، فالتأبى لما عداها ثابت لها بطريق أولى. نعم قد يستشكل فى الأرش إذا حدثت هذه العيوب فى المملوك فى ضمن السنة، لكن بعد انتقاله إلى غيره على وجه لا يرد بها عليه، لظهور المراد فى نصوص المقام كون المملوك باقياً على الملك، مضافاً إلى الإقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن.

لكن الأقوى ثبوت الأرش أيضاً، والرد فى النصوص محمول على ما إذا كان باقياً على الملك، وأولى من ذلك ما إذا كان انتقالها بوجه يرد بها عليه، وأولى منه لوردت فعلاً بها عليه، فظهر أن المتجه حينئذ مساوات هذه العيوب لغيرها فى ذلك كله، ومنه يعلم أن الرد بها وإن اشترط بحصوله فى السنة، إلا أنه لا يتقيد بها كما هو مقتضى إطلاق الأدلة؛ بل قيل ان خبر على بن اسباط (١) «صريح فيه، ولا ينافية

ذيله بعد أن كانت الغاية فيه للإحداث لا إلى الرد ، فيكون المراد من قوله فيه بعد السنة أن له الرد مع حدوثها في السنة ، من حال حدوثها إلى ما بعد السنة ، لا أن المراد اشتراط الرد بما بعدها ، ثم إن الظاهر إرادة مقدار سنة مبدأها يوم الشراء ، لأن المراد تمام تلك السنة التي مبدأها المحرم حتى أنه لو وقع الشراء مثلاً في ذى الحجة كان العهدة من هذه العيوب تمامه ، لأن به تتم السنة ، وإن أو همد بعضها. نعم قد يظهر منها اعتبارها هلالية لاعددية ؛ وإن وقع الشراء في المنكر والله أعلم

﴿ الفصل السادس ﴾

﴿ في المراجعة والمواضعة والتولية ﴾ التي هي بجميعها قسيمة للمساومة لما قيل : من إن البائع ، إما أن يخبر برأس ماله أولاً ، والثاني المساومة والأول المراجعة إن باع بربح والمواضعة إن باع بنقص ، والتولية إن انتفيا معاً فالمرابحة حينئذ كما في القواعد البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه ، ومنه يعلم تعريف البواقي ، وزاد أول الشهيدين «التشريك» وهو إعطاء بعض المبيع برأس ماله ، بأن يقول شركتك في هذا المتاع نصفه مثلاً بنصف ثمنه ، بعد العلم بقدره ، وتبعد ثاني الشهيدين بعد اعترافه بأنه لم يذكره كثير ، قال : وفي بعض الأخبار دلالة عليه

قلت : ومقتضاه عدم تصور المراجعة فيه ، وهو التشريك بالربح ولا المواضعة ، وفيه نظر ، وعلى تسليمه يمكن اندارجه في التولية ، بدعوى تعميمها حينئذ لجميع والبعض ، فتكون قسمة الأصحاب حينئذ بحالها ، قال : في التذكرة ولو كان المشتري قد اشترى شيئاً وأراد أن يشرك غيره فيه ليصير له بعضه بقسطه من الثمن جاز ، بلفظ البيع والتولية والمراجعة والمواضعة ثم إن نص " على المناصفة وغيرها فذاك ، وإن أطلق الاشتراك احتمل فساد العقد - للجهل بمقدار العوض ، كما لو قال : بعثك بمائة

ذهباً وفصة والصحة وتحمل على المناصفة كمالو أقربشيء لائنين ، و للمشافعية وجهان كهذين ، والإشتراك في البعض ، كالتولية في الجميع في الأحكام السابقة لكن قد يقال : أن المراجعة مثلاً البيع بنفس رأس المال مع زيادة كذا قال العلامة (١) « قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يريد أن يبيع البيع فقال : أبيعك بده دوازه فقال لابس : انما هذه المراجعة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة » و ظاهره حصرها في ذلك ، و هو لا يأتي في التشريك ، لان القسط من الثمن ليس ثمناً ولذا لم تحصل المراجعة العرفية في أبعاض المبيع المعينة بالقسط عليها الثمن كما ستعرف انشاء الله

و كذا الكلام في التولية و المواضعة نعم قد يقال : ينبغي إرادة القصد فيها مع ذلك ، بعدم جريان أحكام المراجعة على البيع بالزيادة مع قصد عدمها بل وبدون قصدها ؛ إلا أنه لا يخلو من نظر ، فتأمل ولو اختلفا في القصد فالظاهر البطلان ، ولو ادعى المشتري إرادة المراجعة ، فأنكر البائع كان القول قوله بيمينه ، إذا لم يكن ظهور في اللفظ ، لانه كدعوى الشرط على البائع حينئذ ؛ ولعل المفاعلة في المراجعة و المواضعة لتوقف العقد على الرضا والضيعة من الجانبين ، فكان كلا منهما فاعل للربح وإن اختص بملكية أحدهما

وعلى كل حال ففي الدروس «قد يتفق المراجعة وقسماها في مبيع واحد ، كما لو اشترى ثلاثة ثوباً بالسوية لكن ثمن أحدهم عشرون و الآخر خمسة عشر و الآخر عشرة ثم باعوه بعد الاختبار ؛ بخمسة واربعين ، فهو مواضعة بالنسبة إلى الاول ، و تولية بالنسبة إلى الثاني ، ومراجعة بالنسبة إلى الثالث ، وكذا لو باعوه مساومة و لا يقسم على رأس المال ، هذا مع تعدد العقود ، ولو كان العقد واحداً بالخمسة والاربعين ، كان الثمن

مقسوماً على رأس المال ، و لو تشخص في العقد الواحد ثمن كل ثلاث فهو كالعقود المتعددة ، والظاهر أن مراده بقوله هذا إلى آخره . بالنسبة إلى الثلاثة الذين اشتروا الثوب بالسوية اذ القسمة على رأس المال متجهة فيهم لو كان العقد واحد ، أولم يذكر ثمن كل ثلاث ، ولو اشترى خمسة ثوباً بالسوية لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون ، والآ خر خمسة عشر ، والثالث عشرة ، والرابع خمسة ، والخامس لم يتبين ، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين ، بعد إخبارهم بالحال ، والرابع شرك في حصته فهو بالنسبة إلى الاول مواضعة ، وإلى الثاني تولية ، والثالث مرابحة ، والرابع تشريك ، والخامس مساومة ، واجتماع قسمين وثلاثة وأربعة منها على قياس ذلك ، إلا أنه ينبغي مراعاة القصد الذي ذكرناه .

﴿و﴾ كيف كان ، ف﴿الكلام﴾ في المراجعة و توابعها يقع في مقامين ، أحدهما ﴿في العبارة و﴾ الثاني في ﴿الحكم﴾ أما العبارة فان يخبر برأس ماله ﴿بما تسمعه من إحدى العبارات الآتية وشبهها إذا لم يكن المشتري عالماً ، وإلا كفى الاعتماد على علمه ، كما صرح به في التذكرة ، واحتمال وجوب الذكر تعبدًا ليكون قائماً مقام ذكره في العقد بعيد ، فالأخبار في المتن وغيره محمول على الغالب من إنحصار طريق معرفة المشتري فيه ، ثم ﴿يقول﴾ بعد الإخبار ﴿بعتك أو ما جرى مجراه﴾ مما تقدم في الصيغة ﴿بربح كذا﴾ و جريان المراجعة ولو احقها في غير البيع من عقود المعاوضة كالصلح والاجارة لا يخلو من قوة ، بل صريح بعضهم جريانها في الاجارة ، بل السيرة القطعية على جريانها في المعاطة ، على أن التحقيق كونها من الاباحة بعوض ، وحينئذ يكون ذكر المراجعة في البيع كذكر النقد والنسيئة ، لا لإرادة اختصاصها به ، هذا كله بالنسبة إلى نقل المال إلى المشتري .

أما إنتقاله إلى البائع فلا يعتبر فيه البيع قطعاً ، بل يكفي فيه الصلح ونحوه ، بل قد يقال : بكفاية جميع ما يغرم في تلك الحال ، كإحياء أرض ، أو معدن ، أو نحو

ذلك ، وقد أراد بيعها مرابحة ، جاعلاً ما غرمه على ذلك رأس مال مخبراً بقبولهم نحوه فتأمل : ولا يتعين لفظ ربح ، بل يجري مجراه كل ما أفاد فائدته من لفظ الزيادة وغيرها ، نعم قد يفرق بينه وبينها بصراحته أو ظهوره في نفسه ، في إرادة عقد المرابحة بخلاف لفظ الزيادة فإنه يحتاج معه إلى ضم غيره معه في إرادة المرابحة ، لما عرفت من أعمية البيع بالزيادة منها ، ولعله على هذا ينزل خبر ميسر ببيع الزطى (١) الفارق فيه بين اللفظين ، فلا حظ وتأمل ، قال : «قلت : لأبي عبد الله عليه السلام إننا نشترى المتاع نظرة ، فيجيئني الرجل ، فيقول : بكم تقوم عليكم ؟ فأقول : بكذا وكذا ، فأبيعه بربح ، فقال : إذا بعته مرابحة ، كان له من النظرة مثل مالك قال : فاسترجعت ، وقلت : هلكننا ، فقال : مم قلت ؟ لأن ما في الأرض من ثوب أبيعه مرابحة ، يشتري مني ، ولو وضعت من رأس المال ، حتى أقول تقوم بكذا وكذا ، قال فلما رأى ما شق عليّ ، قال : أفلا أفتح لك باباً يكون لك فيه فرج منه ، قل : قام عليّ بكذا وأبيعك بزيادة كذا ولا نقل بربح » بل وخبر عبيد بن عبد ربه (٢) قال : «قدم متاع لأبي عبد الله عليه السلام من مصر ، فصنع طعاماً ودعى له التجار ، فقالوا : ناخذ به دوازه ، فقال : لهم أبو عبد الله عليه السلام وكم يكون ذلك ، فقالوا : في كل عشرة آلاف ألفين ، فقال أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً ، فباعهم مساومة » الذي يكشف عن المراد ، بخبر محمد بن مسلم (٣) «قال أبو عبد الله عليه السلام : إني أكره بيع عشرة بأحدى عشرة ، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة ، وقال : أثنى متاع من مصر فكرهت أن أبيعك كذلك وعظم عليّ ، فبعته مساومة » بناء على أن المراد إضافة الزيادة مع الأصل ثم يبيعه مساومة ، ولا بد أن يكون رأس ماله معلوماً ، وقد ربح معلوماً عندهما حال البيع ، بخلاف أجده فيه ، بل في التذكرة لو كان المشتري جاهلاً برأس المال بطل البيع إجماعاً ، وكذا لو كان البائع

(١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام العقود الحديث ١

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أحكام العقود الحديث ٤٠١

جاهلا به والمشتري عالم به ، أو كانا جاهلين ، وعن المبسوط لوعلمنا قدر رأس المال وجهلا الربح مثل أن يقول : رأس المال كذا ، والربح ما نتفق عليه بطل ، قلت : لا ريب في البطلان مع هذه الجهالة ، في رأس المال ، أو الربح ضرورة ، رجوعها إلى جهالة الثمن التي هي مانع من صحة البيع من أصله ، فضلا عن خصوص المراجعة منه ، والأول إلى العلم غير كاف فيه قطعاً ، نعم في جامع المقاصد والمسالك «أن المراد بذلك وجوب علمهما حالة البيع ، فلا يكفي علم أحدهما ؛ ولا تجدد علمهما بعد العقد ، وإن اقتضاه الحساب المنضبط ، كما لو علمنا بالثمن وجعلنا ربح كل عشرة درهماً ، والحال أنهما لا يعلمان ما يتحصل من المجموع حالة البيع ، ولعله كذلك إذا فرض جهلها أو جهل أحدهما بمقدار الثمن عشرات مثلاً ، أما إذا علماه إلا أنهما لم يستحضرا المجموع ، فقد يقال : بصحته خصوصاً إذا لم يكن محتاجاً إلى طول نظر ، لعدم الجهالة في مثله عرفاً فيتناوله العمومات ، بل قد تحتمل الصحة في الأول أيضاً ، لانه وإن كان مجهول الجملة إلا أنه معلوم عند التفصيل .

قال : في المختلف «ولو أخبره برأس المال وزاد في كل عشرة درهماً ، ولم يعلمنا وقت العقد كمية الثمن احتمل البطلان ، للجهالة ، والصحة لا مكان العلم ، فإنه يستخرج بالحساب» وعلل في التذكرة كراهة نسبة الربح إلى الثمن في المراجعة ، بأنه قد لا يعلم قدر الثمن في حالة العقد ويحتاج في معرفته إلى الحساب ، بل قد عرفت فيما سبق صحة بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ، مع أنها مجهولة الجملة ، بل جواز الفاضل في القواعد ، بعتك هذه السلعة بأربعة إلا ما يخص واحداً إذا علماه بالجبر والمقابلة ، كل ذلك مضافاً إلى إطلاق النصوص خصوصاً المتضمن منها جواز بيع ده بدوازه ، فالقول بالصحة حينئذ في صورتين خصوصاً الأولى لا يخلو من قوة .

نعم قد يقوى البطلان لو فرض عدم علمه بمسمى العشرة مثلاً إذ هو غرر محض ؛ وكونها عدداً مضبوطاً في نفسه وإن لم يعرف مصداقها غير مجد ، ولعل منه الشراء بوزن

بلد مخصوص لا يعلمه أو كيله ، ثم إن الظاهر كون المراد من العلم برأس المال الذى هو شرط فى الصحة ، عدم إناطة البيع به ، ثم البحث عنه بعد ذلك ، أما إذا لم يكن كذلك بل فرضاً له رأس مال وعتيقه ربحاً صح مع تراضيهما ، كما أنه يصح لو اقتصر البائع على المتيقن من رأس المال . نعم قد يمنع صدق اسم المراجعة عليه مع أن فى ذلك بالنسبة إلى بعض الصور نظر ، فتأمل جيداً والله اعلم .

﴿و﴾ كذا ﴿لا بد من ذكر الصرف والوزن إن اختلفا﴾ مع الاختلاف لحصول الجهالة بدون ذلك إذا فرض تعدد النقود ، واختلف صرفها ووزنها ، بأن كان صرف بعض الدينارين عشرة دراهم ، وبعضها أكثر ، وكذا الوزن لو كان الثمن دراهم مثلاً معروفة بالوزن ، أما لو اتخذ النقود لم يقتصر ، كما صرح بذلك كله ، فى جامع المقاصد والمسالك ، وزاد فى الأول «يمكن أن يراد أنه يجب الجمع بين ذكر صرف الدراهم مع الوزن إن فرض الاختلاف ، بأن يكون صرف الدراهم المختلف وزن أنواعه واحداً ، فإن ذكر الصرف حينئذ لا يغنى عن ذكر الوزن» ، قلت : كما أنه لا يغنى ذكر الوزن للدراهم المختلف صرفها مع اتحاد وزنها ولو فى بلدين إذا كان الشراء فى ذات الصرف الزائد . كما يؤمى إليه خبر اسماعيل بن عبد الخالق (١) «قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام إنا نبعث بالدراهم لها صرف إلى الأهواز ، فيشتري لنا بها المتاع ، ثم نلبث فأبناعه وضع عليه صرفاً ، فإذا بعناه كان علينا أن نذكر له صرف الدراهم فى المراجعة و يجزينا عن ذلك؟ فقال : لا بل إذا كانت المراجعة فأخبره بذلك ، وإن كانت مساومة ، فلا بأس» وفى الوافى تحريزنا عن ذلك بالمهملتين ، أى تعمدنا الاعراض عنه و طلبنا ما هو احرى ، وفيما حضر فى من نسخة الوافى عن التهذيب ، روايته نحو ذلك لكن فيه بدل ثم نلبث ، فإذا باعه ثم يكتب روزنامچه يوزع عليه صرف الدراهم فإذا بعناه فعلىنا أن نذكر صرف الدراهم فى المراجعة ، و تجزينا عن ذلك ؟

قال : اذا كان مرابحة فأخبره « إلى آخره و لعله أصح ، والموجود في نسخة معتبرة من الكافي ، تجزينا « بالجيم والراء المعجمة » وكذا في نسخة معتبرة من التهذيب عنه ، لكن مع زيادة الواو في قوله تجزينا ؛ ولعل عدمها أولى ، وحينئذ يحتمل أن يكون ابتداء السؤال على جهة الاستفهام من قوله ، كان أو كونه تجزينا عن ذلك ، على معنى ؛ هل يجزينا عن غيره ؟ وهو الاقتصار على أصل الثمن ، اذا كان دوايق ، مثلاً ودفعنا عنه في تلك البلد دراهم ، لها صرف أى فضل عن الدراهم في بلد بيع المرابحة قال : لا يجزي إلا أن نخبره بالحال ، فإن الدراهم وإن لم تكن ثمننا لكن لمسا دفت عنه صار كانه متشخص بها ؛ لان النقد يقوم بعضه مقام بعض ففى عرف التجار ، بخلاف العروض ، و يمكن أن يكون هذا من جملة المراد بقولهم يجب ذكر الصرف ، خصوصاً مع ملاحظة إرادة وجوب ذلك من حيث المرابحة ، بخلاف ذكر الصرف في الدراهم المفروض اختلافه وكونها ثمناً ، فإن ذلك مانع من صحة البيع ولو مساومة ، للجهالة ، لامن حيث المرابحة فتأمل جيداً بل لعل مراد من تعرض لا اعتبار ذكر الصرف الاشارة الى ما فى الخبر المزبور .

أما الوزن فمع فرض اختلافه لا بد من ذكره ، إختلف الصرف أم اتحد لعدم إلتصاف الفرض في الصرف ، إذ يكون المراد صوغه حلياً و نحوه مما للوزن فيه مدخلية . والله اعلم ﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ ف ﴾ اذا كان البائع لم يحدث في المبيع حدثاً ولا غيره ﴿ عما كان عليه عند البائع ، ولا حصل ذلك من غير المشتري ، بل كان المبيع على الحال التى انتقل اليه فيها ﴾ فالعبارة عن الثمن أن يقول اشتريته بكذا أو رأس ماله كذا أو تقوّم عليّ ، أو هو عليّ ﴿ أو نحو ذلك من العبارات المفيدة للمطلوب ، ﴾ وإن كان قد عمل فيه ما يقتضى الزيادة ﴿ فى قيمته ﴾ قال : رأس ماله كذا ، وعملت فيه بكذا ﴿ ونحوه إشتريته أو تقوّم عليّ أو هو عليّ ، ضرورة عدم الفرق هنا بين الجميع بعد أن ذكر العمل بعبارة مستقلة .

نعم ظاهر المتن وغيره أنه ليس له تقويم عمله ، وضمه إلى رأس المال ويعتبر عنه باحدى العبارات المزبورة غير مخبر بحقيقة الحال و هو كذلك ، إذ لا ريب في الكذب لو عتبر بالأولين وكذا الآخرين ، ونحوه لو كان العامل غيره بلا أجرة ، كما أن ظاهر المتن جواز بيعه مرابحة مع ذكره العمل بكذا ، سواء كان أزيد من قيمته أولا ، بل هو صريح التذكرة . وقد يشكل بخبر وجهه عن وضع المربحة الذي يعتبر فيه ذكر ما يغرمه البائع على المبيع من حيث التجارة و الفرض عدم الغرامة هنا ، و يدفع بمنع اعتبار الاقتصار على ذلك فيها ، لاطلاق الأدلة الذي لا ريب في شموله للفرض الذي هو زيادة في الربح في الحقيقة عند التحليل ، وإن جعله صورة في مقابل العمل ، كما هو واضح .

لكن قديقال : بثبوت الخيار للمشتري لو أخطأ البائع أو كذب في تقويم عمله ، إن أراد بقوله عملت فيه بكذا التقويم ، أما لو أراد الاقتراح فلا خيار ، ولو أطلق احتمال قويا تنزيله على الاول ﴿ و إن كان عمل فيه غيره بأجرة ﴾ مسماة ﴿ صح أن ﴾ يضمها إلى الثمن من غير إخبار ، لكن ﴿ يقول : تقوّم على أو هو على ﴾ ولا يجوز اشتريته ، أما رأس مالي ففي الدروس والمختلف يجوز ، لأنه عبارة عما لزم عليه ، وعن المبسوط لا يجوز ، وتبعه في التذكرة وجامع المقاصد ، و الظاهر إختلاف ذلك باختلاف الامكنة والازمنة ، ففي بعضها لا ينساق منه إلى الثمن ، وفي آخر يراد منه ما غرمه عليه ، ولو كان العمل بأعيان كالصبغ بأشياء اشتراها بثمن معلوم صح ضم ذلك إلى الثمن ، ولو لم يكن قد اشتراها ففي ضم قيمتها مع الاكتفاء بتقوم ، و هو على وجه ، والأولى ذكر ذلك للبائع .

و مكذا له مع التعبير بالعبارتين ضم جميع المؤن التي قصد بالتزامها عرفا الاسترباح من الدلالة ، وأجرة البيت والكيال والحارس والحمال و القصار والصباغ ، ولو كان قدغب فيها لم يجب الإخبار بها ، بناء ، على عدم وجوب الاخبار به لو كان بالنسبة

إلى المبيع ، حتى مع علمه به وإقدامه عليه ، أمالو دفع عنها بعد اشتغال ذمته بأجرة المثل ما يزيد على ذلك سماحة ، أو لغرض من الأغراض ، وجب ذكر ذلك للمبايع إذا لم يرد الاقتصار على أجرة المثل ، وإلا كان لهضمها وإن أبرأه منها أو بعضها من كانت له ، ولعل منه مالو صالحه عنها بالأقل ، أما المؤن التي فيها بقاء الملك كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة ، ففي القواعد لا تدخل في العبارتين ، ولعله لأن هذا الأمور من ضروريات بقائه ، وليست مقصودة لغرض الاسترباح ، ولأنها في مقابلة خدمة العبد وركوب الدابة ، بخلاف نحو الأقمشة المذكورة للاسترباح فقط ، وقد يشكّل بأن جميع ذلك قد يلتزم إلا لغرض الاسترباح .

نعم ربما يفرق بين ما يمكن تحصيل مؤنه بالانتفاع بدوما لا يمكن فتنعه الأولى مؤنة محضة لتحقيق ما يقابلها بخلاف الثانية ، وعلى كل حال فالظاهر إن هذا في غير الزائد من العلف والنفقة التي لا يقصد بها الإزيادة القيمة كالعلف للسمن ، وزيادة ترفيه العبد بالمأكل والملبس ، لزيادة قوته وبدنه ، فإن هذه كغيرها من مؤن الاسترباح ، لهضمها إلى الثمن مخبرا بالعبارتين ، بل لعل من ذلك أجرة الطبيب إن كان قد اشترى مريضاً ، لزيادة القيمة بزوال المرض ، ولوعرض المرض عنده فأجرة الطبيب كالثمن ، والمراد من عدم ضم مؤن البقاء إلى الثمن عدم الاكتفاء بالعبارة المزبورة مع ضمها ، أما لو صرح فلا يبعد الجواز ، لا لحلاله إلى إرادة زيادة ربح ولا مانع منه ، لا أنه لا يجوز البيع مرابحة حينئذ ، لا اعتبار الإقتصار على الزيادة على رأس المال وما يغرمه للاسترباح فيها ، إذ يمكن منع اعتبار ذلك فيها ، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة ؛ ولو كان من جملة ثمن المبيع عمل قد استاجر عليه البايع غيره صح لهضم ما بذله من الأجرة إلى الثمن ، وقال أحد العبارتين ، ولو عمله هو فالأولى ذكر ذلك للمشتري بما يفرض له من القيمة ، حتى لو كان العمل معروف القيمة ، لعدم صدق إحدى العبارات الأربع على ما يشمله من دون ذكره .

نعم قد يقوي عدم انحصار الأمر فيها ، فإذا عبّر عن الثمن بما يشمله صح

﴿ولو اشترى بئمن﴾ معيباً ﴿ورجع بأرض عيبه أسقط قدر الارش و أخبر بالباقي ، بأن يقول رأس مالي فيه كذا﴾ أو تقوم عليّ أو هو عليّ ، ولا يقول اشتريت به أي الباقي للكذب ، إن المراد بهما وقع في العقد ، وليس هو الباقي .

نعم لا يبعد عدم جريان تسلط المشتري مرابحة على الخيار بنحو هذا الكذب ، كما أن المتجه تسلطه عليه لو باعه مرابحة مخبراً بالثمن الذي وقع في العقد ، ولم يذكر ما رجع إليه من الارش ، وإن كان صادقاً بقوله اشتريته بكذا ، إلا أنه لما كان ظاهراً في أنه دفع ما اشترى به ، وأنه لم يرجع إليه منه شيء و الفرض أنه ليس كذلك ، إتجه تسلطه على الخيار حتى لو أسقط الارش عن البائع بعد أن ثبت استحقاقه له ، بل لا يبعد ذلك أيضاً لو أسقطه قبل تعيينه له ، كما في حال التخيير بينه وبين الرد ، بل لعله كذلك لو أسقط الخيار الذي هو أحد فرديه ، بل لو صالح البائع المشتري عليه بما هو أنقص منه لو رجع به نفسه ، أمكن القول بوجوب ذكره ، هذا وقد يقال بعدم وجوب الإسقاط عليه إذا لم يرجع وان كان مستحقاً بل لعله هو ظاهر التقييد بالرجوع في المتن ؛ وكأنه لعدم كون الارش مالا يثبت في الذمة ، وإن كان لصاحبه الرجوع به لو اراده ، فمع إسقاطه يسقط الحق ، لا أنه إبراء ، و حينئذ فيتحقق صدق تقوّم ، و عليّ ، واشتريته بكذا فتأمل ، ولو فرض كونه بزائد لم يجب حط الزيادة من الثمن في وجه قوي ، كما أنه يقوي فيما لو صالحه عنه بشيء مع الجهل بقدر التفاوت إسقاط المصالح به من الثمن و الإخبار بالباقي ، و لو لم يتمكن المشتري من إثبات سبق العيب احتمل الإخبار بماعدا الأرض في الواقع ، وبالجميع ، لأنه هو الثمن ؛ ولم يعد إليه شيء ولو صولح عن إسقاط الدعوى به ، أمكن احتساب ثمن الصلح خاصة من الثمن ، من ذلك كله ينقدح الوجه في كثير من الفروع المتصورة في المقام .

﴿و﴾ عليّ كل حال ف﴿لو جنى العبد ففداه السيد، لم يجزله أن يضم الفدية إلى

ثمنه﴾ مخبراً بما جدى العبارات السابقة بلا خلاف بيننا ولا إشكال ، لأنه غرامة

متجددة لمدخلية لها في تقويمه، نعم لا يبعد جواز ضمها مع التصريح بالحال والبيع مرابحة، فيكون مرجعه إلى زيادة الربح، ويمنع صدق المrabحة عليه لامكان دعوى المستفاد من النص والفتوى أنها تؤدي بالعبارات المزبورة، بل ربما كان ذكرهم لها للإشارة إلى أن الميزان في تحققها صدق أخذها، والفدية ونحوها مما لا تندرج فيها، ضرورة عدم كونها من مؤن الاتجار، فإذا ذكرها وأراد مع ذلك البيع مرabحة لم يترتب عليها حكمها، مع فرض أن فيها أحكاماً خاصة وإن كان البيع صحيحاً في نفسه، وصورته صورة المrabحة، وكذا الكلام في نظائر المسألة ﴿و لو جني عليه فأخذ أرش الجناية لم يضعها من الثمن، وكذا لو حصل منه فائدة كنتاج الدابة وثمره الشجرة﴾ وغيرها من النماء التي لا مدخلية لها في ثمن المبيع بلا خلاف ولا إشكال.

نعم لو تعيب شيء من ذلك وجب الاخبار به كما هو واضح، ﴿و﴾ وكيف كان ف﴿يكره نسبة الربح إلى﴾ أجزاء رأس المال ﴿و﴾ وفقاً للمشهور بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه، بأن يقول بعتك بمائة وبيع كل عشرة، درهم، ولو قال بعتك بمائة وعشرة، أو وبيع عشرة لم يكن مكروهاً، وعلى كل حال فلا حرمة ولا بطلان للأصل؛ والإطلاقات سيما إطلاق نصوص المrabحة كخبر علي بن سعيد (١) «سأل عن رجل يبتاع ثوباً فطلب منه مرabحة ترى في بيع المrabحة بأساً إذا صدق في المrabحة، وسمى ربحاً دانقين أو نصف درهم؟ قال: لا بأس» خلافاً للمحكي عن المقنعة والنهاية والمراسم والتقوى والقاضي ففي الأولين لا يجوز، وفي الثالث لا يصح، ولم أجد لهم دليلاً صالحاً لذلك عدا الصحيح (٢) «الرجل يريد أن يبيع البيع فيقول أبيعك بده وازده أو ده يازده فقال: لا بأس به، إنما هذه المrabضة فإذا

١- الوسائل الباب ١٢ من أبواب أحكام العقود الحديث ١

٢- الوسائل الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود الحديث ٥-

جمع البيع جعله جملة واحدة» لظهوره في وجوب الجمع المزبور، بان يقول: بعتك هذه السلعة بدوازده أو يازده نحو ما فعله مولانا الباقر عليه السلام فيما روى عنه الصادق عليه السلام في الصحيح (١) «قال: قدم متاع لابي من مصر فصنع طعاماً ودعي له التجار فقالوا نأخذ منك بده دوازده فقال عليه السلام و كم يكون ذلك فقالوا في كل عشرة آلاف ألفين فقال: إني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً، «بل عدوله عليه السلام عن إجراء الصيغة بنحو ما ذكره إلى ما ذكره، ظاهر في المنع.

وفيه أن الصحيح محتمل لإرادة التخلص عن الكراهة، على أن الخصم لا يقول بوجوب الجمع جملة واحدة، فإنه لا بأس كما عرفت، بأقر أدرا أس المال عن الربح من دون ملاحظة النسبة؛ فلا بد حينئذ من إرادة الرجحان منه، ويرتفع الاستدلال في وجهه، وفعل الباقر عليه السلام يمكن أن يكون فراراً من أصل المراجعة إلى المساومة التي هي أفضل، كما يؤمى إليه تنمة الصحيح المزبور على ما عن الكافي (٢) «فقال، لهم إني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألف درهم فباعهم مساومة، «بل في الصحيح أو الموثق كالصحيح (٣) «إني أكره بيع عشرة باحدى عشرة وعشرة باثني عشر أو نحو ذلك من البيع، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة» ما يقضي بكراهة المراجعة مطلقاً وإن لم أجد قائلًا به.

نعم في الرياض «قد ذكر بعض الأجلة أن الظاهر من المعتبرة هنا كراهة المراجعة وأولوية المساومة لا الكراهة، في موضوع المسألة، قال: وهو كذلك لولا المخالفة لفهم الطائفة، وعلى كل حال فلا دلالة في عدوله عليه السلام على الحرمة قطعاً، فيبقى حينئذ مادل على الجواز بلا معارض، مضافاً إلى الصحيح أو الموثق المزبور، المشتل على لفظ الكراهة؛ وعمومه لغير موضوع المسألة لو قلنا باختصاصه بهما غير قادح، كما أن احتمال إرادة الحرمة من لفظ الكراهة بناء على عدم تعارفها في الصدر الأول بالمعنى المصطلح يدفعه بعد التسليم. ترجيح إرادته هنا بالشهرة، والاجماع المحكي وغيرهما، وكذا الكلام في الخبر الآخر (٤) أكره بيع ده يازده وده دوازده، ولكن أبيعك بكذا وكذا وكيف

(١) الوسائل الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود الحديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود الحديث ١-٢-٣

كان فلا ريب في عدم الحرمة والبطالان ، كما أنه لا ريب في الكراهة بعد التسامح ، للاجماع المحكي وغيره ، إن قصرنا على خصوص موضوع المسألة ، وإلا فمطلق للخبرين السابقين ، والله أعلم . هذا وربما جعل مدار الكراهة على نسبة الربح للمال في مقابلة نسبته إلى السلعة على معنى عدمها لو قال بعثك بكذا مع ربح للمبيع ده دوازه ولكن الالصق بالنصوص ما ذكرناه والله أعلم . هذا كله في العبارة .

﴿ وأما الحكم ففيه مسائل ﴾

قد تقدم البحث في ﴿ الأولى ﴾ منها وهي ﴿ من باع غيره متاعاً جازاً أن يشتريه منه بزيادة أو نقيصة حالاً ومؤجلاً بعد قبضه ، ويكره قبل قبضه إذا كان مما يكال أو يوزن على الظاهر ﴾ ، وكان المصنف أعادها كالفاضل في القواعد ، لبناء ما بعدها عليها ، إلا أنه كما ترى ، لمدخلية لها فيه أصلاً ﴿ ولو كان شرط في حال البيع أن يبيعه لم يجز ﴾ كما سمعت الكلام فيه مفصلاً ﴿ وإن كان ذلك من قصدهما ولم يشترطه لفظاً كره ﴾ كما في القواعد والتحرير والإرشاد والتذكرة ؛ وإن قلنا أن الشرط المضمحل كالموجود إلا أنه يمكن تخصيص ذلك بالجائز منه ، لكن فيه منع واضح ، ضرورة إتحداهما في المقتضى ، فيتجه حينئذ بطلان العقد مع قصدهما الاشتراط ، وبناءهما العقد عليه ؛ وإن لم يذكر اه لفظاً بناء على فساد العقد بفساد الشرط .

نعم لو لم يكن قصد الاشتراط بل عزم على التعاكس واستوثق أحدهما من الآخر صح على كراهة عند بعضهم ، وإن كان الدليل عليها لولا التسامح لا يغلو من إشكال ، والأم سهل ، بعد أن كان الحكم الصحة ، ولا يرد أن مخالفة القصد لللفظ تقتضي بطلان العقد ، لأن العقود تتبع القصد ، لأن من المعلوم عدم اعتبار مثل هذا العزم في العقد ، ضرورة كون العزم فعلاً خارج العقد ، لكن في المسالك « وأجيب بأن القصد وإن كان معتبراً في الصحة فلا يعتبر في البطلان ؛ لتوقف البطلان على اللفظ

والقصد، وكذلك الصحة ولم توجد في الفرض « وهو كما ترى غير مستقيم ، بل ليس له محصل يعتد به ، و التحقيق ما سمعت ، وأعمل في عبارة المجيب سقطاً قبل قوله لتوقف البطلان ، وهو بخلاف المقام ، وحينئذ يكون الفرق بين اعتبار القصد في صحة العقود الذي يكفي في البطلان عدمه ، كما في الناييم وغيره بخلاف المقام ، وهو الشرط المعتبر في شرطية القصد و اللفظ سواء كان صحيحاً أو مبطلاً للعقد ، فإن شرطية متوقعة على ذلك ، ومنه يظهر عدم توجه ما أورده في المسالك عليه ، فلاحظ وتأمل .

﴿ إذا عرفت هذا فلو باع غلامه ﴾ الحر ﴿ سلعة ثم اشتراها منه بزيادة جاز أن يخبر بالثمن الثاني إذا لم يكن شرط إعادته ﴾ من غير تقييد لها بالبيع ﴿ ولو شرط ﴾ ما فباعها منه بزيادة للاخبار بها ﴿ لم يجز ﴾ قطعاً بل لا خلاف أجده فيه ﴿ لأنه خيانة ﴾ عرفاً ، إذا المشتري لم يترك المماكسة ، إلا اعتماداً على ما كسبه لنفسه ، وثوقاً باستقصائه في النقيصة لنفسه ، فكان ذلك خيانة ؛ بل لا يبعد ذلك أيضاً وإن لم يشترطه ، بل كان القصد الشراء بالزيادة للاخبار بها وفاقاً للشهيدين والعلمين على ما حكى عن بعضهم إذ هو غش وخديعة وتدليس وخيانة عرفاً ، والصدق في قوله إشتريت قد لا ينال في ذلك ؛ بل قد يدعى انصراف الشراء في الفرض إلى غير ذلك .

وفي المسالك « إن قوله ولو شرط لم يجز لأنه خيانة يقتضي التحريم مع عدم الشرط ، إذا كان قصدهما ذلك ؛ لتحقيق الخيانة ، ومجرد عدم لزوم بيعه عليه على تقدير عدم شرطه لا يرفع الخيانة مع اتفاقهما عليها بل ينبغي فرض التحريم في صورة عدم شرط الاعادة ، لأن التحريم لا يتحقق إلا مع صحة البيع ، ويمكن فرض الزيادة ، و مع شرط الاعادة يقع البيع باطلاً ، كما سلف عن قريب ، فلا يتحقق الزيادة ولا التحريم » قلت : قد يدفعه ما سمعته منافي تفسير العبارة ، ولا حاجة إلى قوله في الجواب عنه و ، يمكن أن يقال بالتحريم وإن قلنا بفساد العقد نظر إلى قصد الغرور والسعي إلى تحصيل المحرم ، كما يقال في النجش والربا أنه حرام ، يفسد العقد مع أنه قد يندش بأن المراد

لم يجز الاخبار بالثمن الثاني ، ومع فرض كون البيع فاسداً بالشرط لا ثمن حتى يخبر عنه فتأمل جيداً. هذا كله مع قصد الحيلة بالشراء بالزيادة ، فلو اشتراه منه ابتداءً من غير مواطاة جاز ، ولا فرق في تحريم الحيلة بين الغلام والولد والأجنبي والله اعلم .

المسألة (الثانية لو باع مرابحة فبان رأس ماله أقل) * بالإقرار أو البينة صح البيع بلا خلاف على الظاهر ، للأصل والإطلاقات ، ضرورة أولويته من تغلف الوصف والشرط والجملة ، بل الظاهر ذلك إن لم يكن لرأس مال أصلاً ، فضلاً عن كونه أقل نعم لأجل الكذب في الإخبار * كان المشتري بالخيار بين ردّه وأخذه بالثمن * المسمى في العقد ، ولا تعليق للرضا والقصد ولا الصحة على الصدق في الاخبار قطعاً بل هو أشبه شيء بالداعي إلى قصداً اتفاقاً عليه ، بل لولا الإجماع على الخيار في الظاهر هنا لما كان المناقشة فيه كما في غير المقام مما كان الداعي فيه الكذب بنحو ذلك ، مما لا يرجع إلى العيب ولا إلى التدليس الذي هو بمعنى كتمان صفة وإظهار أحسن منها ، ودعوى أن المراد عندهم بالتدليس ما يشمل المقام لو سلمت لا تجدى لعدم تعليق الخيار عليه في شيء من النصوص كي يدور الحكم عليه ، بل دليله فحوى نصوص التصرية ونحوها ، وأما خبر الضرر (١) وقاعدة رجوع المغرور على من غره ، ونحوه فمع احتياج ثبوت الخيار به أيضاً إلى الإيجاب ، قد يمنع تناوله للمقام ، باعتبار ظهور قاعدة الغرور في الضمان ، وخبر الضرر في العقد الضروري ، لافي مثل المقام الذي ضرره نشأ من اعتماده على خبره ، ولا يبعد ثبوت الخيار في الكذب بكل ما يختلف الثمن به ؛ بل الظاهر ثبوته بعدم الإخبار بما يختلف الثمن به فضلاً عن الكذب لما عرفت .

وعلى كل حال فما عن الرد يلى من التأمل في الصحة في غير محله ، كما أن

التامل في ثبوت الخيار له كذلك أيضاً ، وكذا الكلام لوبان غلطه في الاخبار ، إلا أنه لا إثم عليه ، وقد ظهر لك مما ذكرنا أن الخيار في مفروض المسألة للاجماع ، وإلا فليس هو مندرجاً في أحد الخيارات السابقة ، مع فرض عدم اتحاد بيع المراجعة بصورة تحلف الوصف أو الشرط ، ودعوى أنها لا تكون إلا كذلك ممنوعة ، فإنه يمكن فرضها مجردة عن ذلك ، وإن كان الداعي للمشتري إخبار البائع برأس المال مع إرادة ربح كذا وحينئذ يكون هذا الداعي من بين الدواعي مسلطاً على الخيار ، للإجماع ونحوه . ﴿ وقيل ﴾ والقائل أبو علي فيما حكى عنه والشيخ أن المشتري ﴿ ياخذ ﴾ أى المبيع ﴿ باسقاط الزيادة ﴾ من الثمن مع ربحها ، إلا أن المحكي من خلاف الشيخ في مبسوطه وخلافه النص على ذلك في صورة الغلط ، ولعله لا فرق بينها وبين الكذب ، كما أنه لا فرق في ثبوت ذلك بين الإقرار والبيئة ، لكن فى محكي المبسوط أنه قيل : إن بان ذلك أى الغلط بقول البائع لزوم المشتري الثمن باسقاط الزيادة وربحها ، وإن قامت به البيئة كان المشتري بالخيار .

وكيف كان فلا دليل على شيء من ذلك إذ البيع إنما هو برأس المال الذى أخبر به ، لا بما هو فى نفس الامر ، ومنه يعلم الاستدلال على التفصيل بأنه إن أقر كان مأموناً بخلاف ما إذا قامت به البيئة ، فلا ريب فى أن الترجيح لما ذكرنا ، خصوصاً بعد عدم ما يصلح ملزماً للثمن الناقص ، إذا انعقد الواقع أن كان صحيحاً لزوم ما فيه وإلا بطل مطلقاً ، وعلى كل حال فلا خيار للبائع عندنا كما عن التحرير ، للأصل وقد يحتمل للضرر فى بعض الأحوال ؛ كما أن الظاهر عدم الخيار للمشتري على قول المبسوط ، لارتفاع مقتضية باسقاط الزيادة مع ربحها ، ولأنه رضى بالاكتر قبلاً قل أولى لكن احتمال فى مسالك ثبوته لهايضاً بالخيانة ، ولأنه قد يكون لغرض بالشراء بهذا الثمن لإبرار قسم أو إنفاذ وصية وهو كما ترى ، نعم يمكن أن يكون ذلك مؤيداً للمختار ضرورة عدم ارتفاع الضرر الناشئ عن الكذب حينئذ باسقاطه الزيادة فتأمل ،

جيداً، هذا وفي القواعد «وهل يسقط الخيار بالتلف فيه نظر» وعن المبسوط اسقاطه به و
بالمصرف، وعن الشهيد أنه حكاه عن ابن المتوج، لأن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين، ولحصول
الضرر على البائع بالانتقال إلى البدل قهراً لكن قوى ثانی المحققين والشهيدین عدم
السقوط لحصول المقتضي وانتفاء المانع، إذ ليس الآتلف ولا يصلح للمانعية، اذ مع الفسخ
يثبت المثل أو القيمة، ولعموم المغرور يرجع على من غره، والكذب في الاخبار مقتض
للخيار ولم يثبت اشتراطه بالعلم بذلك قبل تلف المبيع، فمع التلف وانتقاله عن ملكه
انتقالاً لازماً أو وجود مانع من رده كالاستيلاء، يردّ على البائع مثله أو قيمته، وبأخذه
الثلث أو عوضه مع فقده، وقد تقدّم في خيار الغبن وغيره ماله نفع في المقام فلا حظ و تأمل،
﴿ولو قال﴾ البائع بعد البيع ﴿اشتريته باكثر لم يقبل منه﴾ إذا لم يعلم صدقه ﴿ولو أقام بينة﴾
لأنه قد كذبها باقراره ﴿و﴾ حينئذ ﴿لا يتوجه﴾ له ﴿على المبتاع يمين﴾ لعدم سماع دعواه
بعد معارضة اقراره السابق لها ﴿الأن يدعى عليه العلم﴾ فتقبل حينئذ بينته ويتوجه له عليه
اليمين على عدم العلم لعدم منافاة اقراره السابق لها، بل لورد اليمين عليه كان له الحلف، سواء
قلنا ان اليمين المردودة كالبينة أو كالقرار من المنكر، لانهما معاً هنا مسموعان اما الثاني
فواضح، واما الاول فلما عرفت من أن دعواه العلم لا تنافي كذبه باقراره السابق، واولى
من ذلك لو قلنا انها أصل براسه، فماعن بعضهم من ان في رد المشتري اليمين على البائع هنا
وجهين يلتفتان الى انها كالبينة، أو كالقرار المنكر، فعلى الثاني تردّ و على الاول لا
تردّ لا يخلو من نظر، بل قد يناقش في اطلاق عدم سماع بينته في الاول ايضاً
اذا أظهر لاقراره الاول تاويلاً محتملاً، مثل أن يقول ما كنت اشتريته بل اشتراه وكيلي
واخبرني أن الثمن مائة فبان خلافه؛ او ورد على كتابه فبان مزوراً أو كنت راجعت
جريدتي فغلطت من متاع الى غيره .

ضرورة رجحان البينة حينئذ على الاقرار الاول بعد فرض ذكر التاويل المزبور

له، ولعله لذا قيد السماع بذلك جماعة منهم الفاضل في جملة من كتبه، والمحقق الثاني وغيرهم، بل قد يقال برجحائها أيضاً وأن لم يذكر التأويل المزبور بل احتمال له كاف في مرجوحيته بالنسبة الى البينة، لقوة البينة وانها بمنزلة العلم بخطأه فلا يصلح الاقرار السابق لمعارضتها بعد تعقيبه بما يقضي بخطأه فتأمل جيداً.

ومن هنا بان لك أن ماعن المبسوط من قوة عدم سماع البينة وان ذكر تأويلاً محتملاً لا يخلو من نظر، كما أن اطلاق المصنف والفاضل في بعض كتبه عدم السماع لذلك، وكيف كان فاذا علم غلطه بأي طريق كان له الخياريين الفسخ والأداء بالمسمى، وربما تخرج على قول الشيخ اضافة الزيادة مع ربحها، ولو كان قد تبين كذبه وأنه تعمداً الى ذكر النقصان فلا يبعد عدم الخيار له لانه هو الذي قد ضيع ماله فتأمل جيداً

هذا وفي التحرير في نحو مفروض المسألة تخير المشتري بين الاخذ بالزيادة على إشكال والفسخ، ولو قيل أن الزيادة لا تلحق بالعقد فيتم تخير البائع كان وجهها؛ وهل يلزم مع القبول نصيب الزيادة من الربح الوجه ذلك اذا نسب الربح الى الثمن، مثل أن يقول بربح كل عشرة درهم، ولو قال بربح عشرة لا غير لم يثبت، ولو اخذها بالزائد ونصيبه من الربح لم يكن للبائع خيار، وكذا الواسط الزيادة عن المشتري انتهى، وفيه نظر من وجوه والله اعلم.

المسألة الثالثة اذا حط البائع بعض الثمن جاز للمشتري ان يخبر بالاصل لعدم الخيانة فيه اذا كان ذلك تفضلاً منه. لا لدعوى عيب او غبن أو نحوهما، من غير فرق في ذلك بين كونه في زمن الخيار وعدمه. للصدق في الاخبار على الحالين ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وابن زهرة في ظاهر الغنية أو صريحها ﴿إذا كان﴾ الحط قبل لزوم العقد صححت ﴿الحطية﴾ وألحق بالثمن واخبر بما بقي وان كان بعد لزومه كانت هبة مجددة وجاز الاخبار باصل الثمن ﴿قيل﴾ وكانه مبني على ان المبيع انما ينتقل بانقضاء مدة الخيار وفيه أنه لا مدخلية لذلك اذا الثمن ما وقع عليه العقد ولا اثر لو فت انتقال الملك، بل الظاهر عدم الفرق في الاخبار بين رأس مالي أو اشترت أوقام علي أو هو علي أو نحو

ذلك نعم ليس لدأن يقول أدت أو نحوه وربما احتمل ذلك أيضاً في قام على ونحوه والله اعلم.

المسئلة ﴿الرابعة من اشترى أمتعة صفقة لم يجز بيع بعضها مباحة﴾ بل ومواضعة وتولية ﴿تمائث او اختلفت وسواء قوتها أو بسط الثمن عليها بالسوية﴾ بلا تقويم ﴿و﴾ سواء ﴿باع خيارها﴾ بالاقبل أو لا ﴿الابعد أن يخبر بذلك وكذا﴾ في عدم الجواز ﴿لو اشترى دابة﴾ مثلاً ﴿حاملاً فولدت وأراد بيعها منفردة عن الولد﴾ كل ذلك على المشهور وشهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً، بل عن الخلاف الاجماع عليه بل يمكن تحصيله في المختلف قبل وفي غيرها إذ لم يحك الخلاف فيها الا من الاسكافي والقاضي فجوزاه فيما لا نفاضل فيه كالمعدود المتساوي وهما غير قادحين في الاجماع، بمعنى القطع بالحكم المخالف لما ذكره خصوصاً بعد تفاوت القيم والاعراض وكون التوزيع لثمن خرص وتخمين يتطرق اليه الخطأ غالباً وخصوصاً بعد أن سأل ابو حمزة أبا جعفر عليه السلام (١) «عن الرجل يشتري المتاع جميعاً بالثمن ثم يتقوم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس المال جميعاً يبيعه مباحة فقال له: لا حتى يبين له أنه إنما قوته» ونحوه صحيح محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليه السلام

نعم ظاهرهما جواز البيع مباحة اذا اخبر بذلك كما هو مقتضى قوله في المتن الابدان يخبر بذلك، بل واكثر عبارات الاصحاب، بل زاد في التذكرة بعد أن حكى خلاف الشافعي في أنه يجوز البيع مباحة بالتقسيط وان لم يخبر به، قال: اما لو اخبر بالحال فقال اشترت المجموع بكذا، وقوته مع نفسي فاصاب هذه القطعة من الثمن كذا فإنه يجوز اجماعاً لكن عن ابن ادريس أنه حكى الاستثناء المزبور الظاهر في جواز البيع مباحة بعد الاخبار، واعترضه بأنه ليس بيع المباحة لان وضعه في الشرع ان يخبر بالثمن الذي اشترى وهذا ليس كذلك.

ورده في المختلف «بان» هذه المنازعة لفظية كما قال في النافع انه لو اخبر جاز لكن يخرج عن وضع المباحة، وفي جامع المقاصد والمسالك وغيرهما ان اطلاق المباحة عليها مجاز للمشكلة في الصورة. قلت قد يناقش في ذلك بمنع حصر المباحة

فيما لا يدخل فيه التقويم، ضرورة صدق اسم رأس المال والقيام عليه ونحوهما. نعم لا يصدق اشتريته ونحوه عليه، وقد تقدم صحة المراجعة فيما لو عمل فيه عمل قد ذكره بكذا وفيما لو رجع بارش العيب، كما أن من الواضح صحتها فيما لو تلف بعض الصفقة قبل القبض، ورجع بحصته من الثمن ورضي بالبيع في الباقي، وفيما اذا ظهر مستحقا، وفي التذكرة «لو اشترى عبدا بثوب قيمته عشرون واراد بيعه مراجعة بلفظ الشراء أو بلفظ القيام، ذكر انه اشتراه بثوب قيمته كذا ولا يقتصر على ذكر القيمة، لان البائع بالثوب يشدد أكثر مما يشدد البائع بالنقد ولو كان قد اشترى الثوب بعشرين ثم اشترى به العبد، جاز أن يقول قام على عشرين، ولا يقول اشترى به عشرين، بل قال فيها ايضاً «لو انتقل اليه بغير عوض كالهبة لم يجزيه مراجعة، سواء قوماً بمن مساو أو أزيد أو أنقص الا أن يبين الحال في ذلك، ولا يكفي بيان قدر القيمة من غير تعريف الحال» الى أن قال «ولو آجر داره بعبد أو نكحت المرأة رجلاً على عبد أو خالعت زوجته عليه، أو صالح عن الدم عليه لم يجز بيع العبد مراجعة بلفظ الشراء، ولو اخبر بالحال جاز بما قام عليّ و يذكر في الاجارة مثل اجرة مثل الدار، وفي النكاح والخلع مهر المثل، وفي الصلح عن الدم الدية ومقتضاه التوسعة في المراجعة بازيد من محل البحث وإن كان لا يخلو من نظر.

وفي القواعد لو اشترى يائوب بعشرين ثم اشترى أحدهما نصيب صاحبه باحد عشر اخبر باحد وعشرين» قلت مع أن نصيبه كان بعشرة بالتقسيط الى غير ذلك مما لا إشكال في جواز البيع مراجعة مع التقويم والتقسيط، ومنه مالهو تعدد المشتري والمبيع واتحد الثمن، بل في جملة من النصوص ظهور إن لم يكن تصريح بجواز البيع مراجعة مع التقويم، مضافا الى النصوص السابقة، وكيف كان فحيث لا تجوز المراجعة لوباعا بقصدها ولو للجهل منهما أو من أحدهما، أمكن القول بالصحة بيعا للاصل، وخروج وصف المراجعة عن حقيقة البيع، وقد يحتمل البطالان لانها صنف خاص منه، ولتبعية العقود المقصود،

فلو صح غيرها وقع مالم يقصد، وما قصد لم يقع، والأول أقوى، وربما يشهد لهما سمعته
هنا من الجواز ممن عرفت لو اخبر بالحال وان لم يكن مرابحة مما ظاهره ذلك، و
ان قصد المتعاملان المرابحة ولو للجهل منهما بموضوعهما، بل منه يظهر الوجه فيما ذكرناه
سابقاً من ثبوت الخيار لو كذب البائع في رأس المال إذا لم يكن له رأس مال بل كان
موروثاً أو متبهاً، ضرورة ابتناؤه على صحة البيع، وربما انقذ منه ثبوت الخيار
في كل ما فعل بعنوان المرابحة فبان عدم موضوعها، إذ لعل له غرضاً بذلك كوفاء
نذر أو انفاذ وصية ونحو ذلك فتأمل جيداً والله اعلم.

المسألة (الخامسة اذا قوم التاجر على الدلال متاعاً وبيع عليه أو لم يربح ولم يواجبه
البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحة) على ما قوم عليه بلا خلاف أجده فيه، لأن الغرض
عدم الشراء، ولما رواه في الكافي عن الكنانى والفقيه عنه وعن سماعة و التهذيب
عن الكنانى وعمر بن عيسى عن سماعة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يحمل المتاع
لاهل السوق وقد قوموا عليه قيمة فيقولون بيع فما ازددت فلك؟ قال: لا بأس بذلك، ولكن
لا يبيعهم مرابحة» ونحوه ذلك صحيح زرارة (٢) الآتى، وحينئذ فان فعل كان آنما، بل يمكن
فساد بيعه (الابعد الاخبار بالصورة) قبل البيع، فإنه يصح بيعه حينئذ وإن لم يكن
مرابحة حقيقة، لعدم الشراء من البائع، إلا أنها بصورة المرابحة، لكن لا يبعد جريان
الخيار فيها لو فرض كذب الدلال فيما ذكره من التقويم الذى هو بمنزلة رأس المال،
لفحوى ما عرفت (و) على كل حال (لا يجب على التاجر الوفاء) لو قال له بعه بذلك و
الرائد لك، للأصل اذ ليس هو إلا وعداً، ولا يجب الوفاء به، ضرورة فساد كونه إجارة
وجعالة للجهالة، وعدم ملك الزيادة حال القول، ولأنها يبيع الدلال انتقلت إلى التاجر
باعتبار كونها عوض ملكه، ولا مقتضى للانتقال عنه إلا القول الاول الذى لم يثبت كونه
ناقلاً لمثلها، كما انه لم يثبت كونه مقتضياً لانتقالها إلى الدلال من أول الامر بل الثابت من
قاعدة تبعية ملك الثمن للمؤمن خلافه، فلا شيء حينئذ للدلال (بل الربح) جميعه (له) أي

(١) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب احكام العيوب الحديث ٣ -

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب احكام العقود الحديث ٢ لكن ليس فيه ولكن لا يبيعهم مرابحة

التاجر ﴿و﴾ لكن ﴿للدلال أجرة المثل﴾ لا احترام عمله ﴿سواء كان التاجر دعاه﴾ الى البيع المزبور ﴿أو الدلال ابتداه﴾ لا شتر اكهما في جميع ما ذكرنا كما هو واضح لكن في المقنعة «واذا قوم على الواسطة المتاع بدراهم معلومة، ثم قال له: بعه بما تيسر لك فوق هذه القيمة وهو لك، والقيمة اي جاز، ولم يكن بين التاجر والواسطة بيع مقطوع فان باعه بدونها، كان عليه تمام القيمة لصاحبه وان لم يبعه كان له رد» ولم يكن للتاجر الامتناع من قبوله، ولو هلك المتاع في يد الواسطة، من غير تفريط له فيه كان من مال التاجر ولم يكن على الواسطة فيه ضمان، فان قبض الواسطة من التاجر المتاع على ما وصفنا، لم يجز ان يبيعه مرابحة ولا يذكر الفضل على القيمة في الشراء.

واذا قال الواسطة للتاجر خبير ني بتمن هذا المتاع واربح علي فيه شيئاً لا يبيعه ففعل التاجر ذلك وباعه الواسطة بزيادة على رأس المال و الربح كان ذلك للتاجر دون الواسطة، إلا أن يضمه الواسطة ويوجبه على نفسه، فان فعل ذلك جاز له اخذ الفضل على الربح، ولم يكن للتاجر إلا ما تقرر بينه وبينه فيه، ونحو ذلك في النهاية إلا أنه قال: «في الصورة الثانية للدلال أجرة المثل لا أكثر من ذلك» وكان نظرهما إلى الخبر المزبور، وصحيح محمد بن مسلم (١) المروي عن الكافي والتهذيب عن الصادق عليه السلام «أنه قال في رجل قال لرجل: بعه لي ثوباً لي بعشرة فما فضل فهو لك ليس به باس» وصحيح زرارة (٢) المروي عن الكتب الثلاثة قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل يعطي المتاع فيقول: ما ازددت علي كذا وكذا فهو لك؟ فقال: لا باس بذلك، ولكن لا يبيعه مرابحة» وموثقه (٣) عن أبي جعفر عليه السلام سأله من الرجل يعطي المتاع فيقال له ما ازددت علي كذا وكذا فهو لك قال لا باس، لكن عن ابن ادريس بعد أن حكى ذلك عن الشيخ قال: إنه غير واضح وأنه لا يستقيم على أصول مذهبنا، إذ هو ليس بيع مرابحة ولا إجارة ولا جعالة، محقة» إلى أن قال: «وانما أورد أخبار الاحاد في هذا الكتاب إيراداً لا اعتقاداً على ماوردت به الفاظها صحيحة كانت أو

فاسدة على ما ذكره . واعتذر به في خطبة مبسوطة ، وردة في المختلف بأن كلام الشيخ محمول على الجعالة على التقدير الأول ، لكن يبقى الاشكال في الجعالة إذا تضمنت عوضاً مجهولاً ، ويحتمل أن يقال هنا بالصحة ، لانا إنما منعنا جهالة مال الجعالة لادائه إلى التنازع وهو منتف هنا ، إذ بواسطة إنزاد في الثمن مهما كانت الزيادة له ، وإلا فلا شيء له ، لأنهما إنما تراضيا على ذلك ، بخلاف الجعالة المجهولة المؤدية إلى التنازع ، وهذا القول لا باس به عملاً بالأحاديث الصحيحة ، أمّا الصورة الثانية ، فانه لا جعالة هناك فهذا أوجبنا على التاجر أجره المثل ، وتبعه في الدروس قال بعد أن حكى عن الشيخين أن الزيادة للدلال إذا قوم التاجر عليه : « وابدأ الدلال بطلب التقويم ، فله الاجرة لا غير ، وسوى الحكميون بين الامرين ففى الاجرة ، والاول اثبت ، لانه جعالة مشروعة ، وجهالة العوض غير ضائرة ، لعدم افضائه إلى التنازع ، وروى ابن راشد (١) » في من اشترى جوارى وجعل للبايع نصف ربحها بعد تقويمها أنه يجوز ، فان أحبل المالك احديهما سقط حق البايع »

ونحوه في جامع المقاصد إلا انه زيد فيه « عدم شيء للدلال على التاجر إذا لم يشترط له شيئاً فينبغى أن لا يكون له أجره المثل أيضاً لمثل ذلك » ثم قال « إن ظاهر العبارة قد يشعر بتخييل فرق بين أن يبتدأ الدلال التاجر ، وان يمتدئ التاجر الدلال ، وبه صرح في الدروس وهو غير واضح ، فان الابتداء بعدمه مع حصول التراضي سواء في الحكم ، فان من قال لمن ذهب عبده أرد عبدك ، على أن لي نصفه ابتداء منه ، فقال مولى العبد نعم لك ذلك يستحق ما عين له ، إن جوزنا كون الموضع مجهولاً ، وأجره المثل إن لم نجوزه فلا يفترقان .

والظاهر أن الشيخ إنما حكم بعدم شيء في الثانية ، لان التاجر لم يلتزم بشيء أصلاً ، ولا يستحق الدلال أجره عليه ، والروايات لادلالة فيها على الفرق بين الابتداء أولاً والرضا آخر ، والذي يقتضيه النظر أنهما إذا تراضيا على ذلك سواء تقدم بالقول الدلال أم التاجر ، اذا وقع ما يدل على الرضا من الآخر فانه يكون جعالة ، فيصح ، ولو أبطلنا أوجبنا أجره المثل في الموضعين ، ولو ان التاجر لم يصرح بشيء لم يكن للدلال شيء إلا أن يأمره

بذلك ويكون كالعادة على مثل هذا اجرة^٣.

وتبعه في كثير من ذلك في المسالك، وفي الجميع ما عرفت من عدم صحة الجعالة فضلا عن الاجارة، لعدم شمول الربح للمالك حين الجعل، والمضاربة شرعت لدليلها، مع أن العامل يملك جزاء، من المال بظهور الربح فيه، بل لو جاز في الجعالة نحو ذلك لكانت المضاربة قسماً منها على أنه ليس في الجعالة عموم يشمل الفرض بناء على أنها ليس من العقود كي تندرج في عمومها؛ اذ قلنا أنها عبارة عن الايجاب والقبول، لما استمر فيه في محله إنشاء الله من قوة القول بان الجعالة من قسم الايقاع، والمتيقن مما جاء فيها كتاباً ^{وسنة} كون الجعل مملوكاً دمة أو خراجاً، بل هو المناسب لانشاء تمليك، وإن كان لا يملكه إلا بعد تمام العمل، وحينئذ فلا فرق في عدم جواز الربح جعلاً بين كونه لعمل آخر كدعبد ونحوه وبين كونه لذلك العمل نفسه كما لو قال بالزيادة ^{لعمري} وهي لك وغير ذلك

وما تسمعه انشاء الله في باب الجعالة من التوسعة فيها أتمها في امر آخر لا ما يشمل المقام فلا حظ وتأمل بل الالتزام به مضمون النصوص المزبورة وإن كان مخالفاً للقواعد أولى من ذلك وينبغي حينئذ الجمود على ما فيها من ابتداء التاجر الدلال أما العكس فلا دلالة في النصوص حينئذ؛ فيبقى على القواعد من استحقاق اجرة المثل ولعله لذلك فرق الشيخان فيهما وإن أبيت من ذلك فحمل النصوص حينئذ وكلام الشيخين على توكيل التاجر الدلال على قبول المتاع بما فرضه من القيمة على نفسه عند اعادة البيع فيكون بيع المتاع حينئذ له والزيادة له أولى، فهو أشبه شيء بقول المالك أذنت لك ببيع مالي لك وعليك قيمته فإذا باعه تعلقت قيمته، في ذمته بل في عبارتي المقنعة والنهاية ما يشهد له.

ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر بذلك أو الدلال، وليس في كلام الشيخين ظهور في الفرق المزبور الذي لا يكاد يحصل له وجه معتد به كما اوضحه فيما سمعته من جامع المقاصد. نعم الظاهر ان منشاء الفرق فيما ذكره من صورتين عدم تعرض الدلال والتاجر للزيادة، وانما طلب الدلال الاخبار بالثمن ومقدار الربح كي اذا باعه به فصاعداً يستحق

أجرة عمله، ولا يكون للتاجر طريق عليه بانك لم تبعه على ما أريد، ومن هنا صرح الشيخ في هذه الصورة بالرجوع باجرة المثل كما سمعت، وبذلك يظهر لك وجه النظر فيما سمعته من جامع المقاصد وبعض من تأخر عنه، كما أنه لا يخفى عليك مما ذكرنا ان الأقوى ما ذكره المصنف والفاضل في جملة من كتبه من وجوب أجرة المثل في المفروض المسألة لما عرفت من بطلان ذلك اجارة وجعالة، والنصوص وان كثرت وصح "جملة منها وتعاضدت إلا ان اعراض المعظم عنهما مع ذكرهم لها يذهب الوثوق بها والعامل بها يظن أنها جعلالة ليس عمالها حقيقة، بل هو توهم أن مفروضها كذلك، وقد عرفت فسادها، بل لعل الشيخين بعد ما عرفت من عدم فرقهما بين ابتداء التاجر والدلال لذلك أيضاً، بل هي أجمع غير صريحة في لزوم ذلك، بل ولا ظاهرة ظهوراً يعتد به، إذ من المحتمل كون المراد نفى الباس عما وقع بينهما مستمراً عليه التراضي منهما، نحو نفى الباس في صحيح عبد الرحمن (١) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر فنُدفع إليه الورق ونشترط عليه إنك إن تأتي بما تشتري فما شئت أخذته، وما شئت تركته، فيذهب ويشتري ويأتي بالمنازع فيقول خذ ما رضيت، ودع ما كرهت؟ قال: لا بأس. والله العالم.

﴿وأما التولية﴾

التي قد تضمنتها جملة من النصوص كصحيح منصور بن حازم (٢) وخير علي بن جعفر (٣) وخبر معاوية بن وهب (٤) وخبر سماعة (٥) وخبر أبي بصير (٦) وغيرها

(١) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب أحكام العقود الحديث ٢-

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب أحكام العقود الحديث ١-١٢

(٣-٤-٥-٦) الوسائل الباب ١٦ من ابواب أحكام العقود الحديث ٩-١١-١٥-١٦

وكثير من عبارات الأصحاب كالشيخ وغيره ، ﴿فهي أن يعطيه المتاع برأس ماله من غير زيادة﴾ وقد يقوى جريان جميع ماسمعه في المراجعة مما يدخل قيمته في رأس المال من الأعمال وغيرها ، لكن في التذكرة «لا بد من كون الثمن مثلياً لياخذ المولى» مثل ما بذله ، فلو اشتراه بعرض لم تجز التولية ، مع أنه ؛ قد ذكر جواز ذلك في المراجعة ، وفيه أنه لا ريب في جوازه إذا انتقل ذلك العرض الى من يراد توليته كما أنه يقوى جوازه بقيمة العرض بعد الإخبار بذلك ؛ نحو ماسمعه في المراجعة ؛ واحتمال الفرق بينهما بدخول التقويم في الجملة في المراجعة بخلافها باعتبار ظهور مادتها في إرادة العقد ، بمعنى إعطاء البيع بنفس ما وقع في ذلك العقد ممنوع وإلا جرى مثله في المراجعة والمواضعة .

وعلى كل حال ﴿فيقول﴾ إذا أراد عقدها ﴿وليتك أو بعثك أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على النقل﴾ الذي هو بيع . نعم في جامع المقاصد والمسالك «إنه إن كان العقد بغير لفظ وليتك وجب ذكر الثمن ، وإن كان بهالم يحتج ، كما أنه فيها وفي غيرها أنه يجعل مفعوله العقد لو كان اللفظ وليتك .

ولذا قال في الدروس والمسالك : «إنه يحتمل الاجزاء لوقال وليتك السلعة» قلت : لعل الاستغناء عن الثمن فيما سمعته لصراحة لفظ التولية في البيع برأس المال ، فيغنى ذكره قبل العقد عنه فيه ، بل أصل المعنى في وليتك العقد إعطاء السابق ، بمعنى تمليك المولى البيع بما ملكه المولى في العقد السابق ، لكن لا يبعد الاجتزاء بجعل المفعول السلعة ، بل في كثير من نصوصها وقعت مفعولاً للتولية ، وإن لم تكن في صورة العقد ، بل لإشعار في شيء من النصوص بجعل المفعول العقد ، فجعل المفعول السلعة إن لم يكن أولى من كون المفعول العقد في الاستغناء عن الثمن ، فلا ريب في مساواته له ، بل لا يبعد الاستغناء عنه لوقال بعثك السلعة تولية ، بل قد يظهر من القواعد والتذكرة وغيرهما الاجتزاء بلفظ بعثك مع قصد التولية ، وإن لم يذكر لفظها ، كما أن ظاهرهما الاجتزاء بهما وإن لم يذكر لهما مفعولاً من السلعة والعقد ، إكتفاء بما قدمناه على العقد ، وكل ذلك غير بعيد .

إنما الكلام في أصل العقد بهذا اللفظ أي التولية ، ولا يبعد جوازه لاندراجة في عموم الآية (١) بعد أن ذكر جماعة من الاصحاب العقد به ، بل ذلك قرينة إلى إرادة العقد بهذا اللفظ في النصوص المشتملة عليها ، لأن المراد البيع برأس المال الواقع بألفاظه الخاصة ؛ ولا يشكل ذلك بعدم جواز العقد بلفظ المراجعة والوضعية ، للفرق بذكر بعض الاصحاب العقد باللفظ الأول دونهما ، وبناء على أن المراد في الآية العقود المتداولة لا طريق إلى معرفة ذلك إلا ذكر الاصحاب ، مضافا إلى أن التولية ليس إلا البيع برأس المال ، بخلاف المراجعة والمواضعة التي لهما أفراد متعددة ، لتعدد أفراد الربح والنقصان ، وإلى أن كلامنا لفظهما لادلالة في أصله على النقل ، بخلاف التولية التي من مشتقاتها الولي بمعنى المالك المتصرف ، وهي بمعنى الإعطاء ، ونحوه مما يناسب إرادة النقل ، فتأمل جيدا.

وكيف كان فهي بيع يلحقها أحكامه من الشفعة والقدرة على التسليم وغيرهما ، كما أنه يلحقها الخيار المزبور في المراجعة ، لو كذب برأس المال على ما صرح به في التذكرة ، لاتحاد الطريق ، والزوائد المنفصلة قبل التولية للموли وبعدها للمولي ، بالفتح خلافاً لأحد قولي الشافعية والخط من الثمن بعد التولية وقبلها للمولي بالكسر ، وفي القواعد «لوبياع تولية فخط البايع الأول عنه البعض فله الجميع ، وإن كان الخط قبل التولية فله الباقي إن كان بما أدى» وهو جيد إن صدق عليها اسم التولية التي هي كما عرفت البيع برأس المال ، ولارب في أنه الجميع ، ولا ينافيه الخط إن هو ابراء وحينئذ فالبيع بما أدى وضعية لا تولية ، والمراد بالبيع بما أدى الإخبار بمقداره قبل ؛ ثم البيع به ، لأنه يناط البيع به ثم يعلم بعد ذلك ، ضرورة كونه حينئذ مجهولا فيفسد كما يفسد البيع بذلك ، والله أعلم.

﴿وأما المواضعة﴾

﴿فإنها مفاعلة من الوضع﴾ بمعنى الخطّ إذ هي النقصان قدراً من رأس المال ؛ ولا ريب في جوازها إذ هي كالمرابحة ، إلا أن قد قيل بكونها نسبة إلى رأس المال ، نحو ما سمعته في المرابحة ، والتسامح فيها يقضي بالتسامح في البحث عنها ، والأمر سهل ، وحينئذٍ ﴿فإننا﴾ قال بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة فالثلث تسعون ﴿إذ لا ريب في ظهور العبارة في أن الموضوع بعض كل عشرة ، لأن المراد به معنى الوضع لكل عشرة ، حتى يكون الموضوع خارجاً عنها ، كما لو عتبر بهذه العبارة التي لا ريب في ظهورها في كون الموضوع للعشرة غيرها ، ولذا لم يخالف فيه أحد ، فيكون الثمن أحد وتسعين الأجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، وإلا لكان المتبقي حينئذٍ عدم كون الثمن فيما لو قال : من كل أحد عشر درهماً ما ذكره المصنف وغيره ، بل لا خلاف أجده فيه من أنه أحد وتسعون الأجزاء من أحد عشر جزءاً ، ولا ريب في أنه خلاف الظاهر ، ومحتاج إلى القرينة ، فاحتمال جماعة له كما قيل : إن أريد به بحيث يساوي ذلك له ، فهو كما ترى ، فضلاً عن دعوى ظهور العبارة فيه ، كما هو واضح ، وفي الدرس «ولو قال : بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة ، فالثلث تسعون ، ولو قال لكل عشرة زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، وضابطه إضافة الوضيعة إلى الأصل ، ونسبتها إلى المجموع ثم إسقاطها ، فالباقي الثمن . ولو قال وضيعة العشرة درهم ، إحتمل الأمرين نظراً إلى معنى الإضافة من اللام ومن ، وإن أثبتنا الإضافة الظرفية ، فهي كالتبعية ، والشيخ طرد الحكم بالضابط في وضع درهم من كل عشرة ، كانه يجعل من لا ابتداء الغاية ، ويجعل العشرة سالمة للبائع ، وكذا﴾ في كون الثمن تسعين ﴿لو قال﴾ بعتك بمائة ﴿بمواضعة العشرة﴾ درهم ؛

وفاقا للمحكي عن الشيخ لأن المنساق إلى الذهن كون الإضافة بمعنى من التبعية ،
فيساوى حينئذ بوضعية درهم من كل عشرة .

لكن في المسالك «تعالما عن الميسية أن الإضافة بمعنى من ، لا تكون إلا في من
البيانية لا التبعية ، نحو خاتم فضة ، وباب ساج ، وهو منتف هنا ، لا شرطها بصحة
إطلاق المجرور بها على المبتن ، كما في قوله تعالى (١) «فاجتنبوا الرجز من الاوثان»
وقد صرح بذلك المحقق الرضى وابن هشام و تاهيك بهما ، و حينئذ فينتضي القول
بحمل الإضافة في المسألة على معنى من رأسا ، لأن الموضوع المضاف بعض العشرة ولا يصح
الأخبار بها عنه فتعين كونها بمعنى اللام ، قلت : فيكون الثمن حينئذ أحد وتسعين إجزاء
من أحد عشر جزءا نحو المثال الآتي وفيه مضافا إلى ما سمعه من المناقشة في المثال
المساوى له ، منع اعتبار ذلك في الإضافة ، قال الزمخشري فيما حكي من كشفه في تفسير
قوله تعالى (٢) «ومن الناس من يشتري لهو الحديث» أنه يجوز الإضافة بمعنى من التبعية
كأنه قيل ومن الناس من يشتري بعض الحديث الذي هو اللهو منه .

وعن السيد الشريف أنه نص في بيان معنى فاتحة الكتاب ؛ أن الإضافة بمعنى من
قد تكون في من التبعية ، ونقله عن بعضهم وعن صاحب الكشاف ، ومن ذلك ينقدح قوة جواز
الإضافة بمعنى التبعية الذي هو أعم من البيانية التي ذكرها ، وأنه لا يعتبر صحة الحمل
ولعل التبعية بالمعنى المزبور حاصل حتى فيما ذكره من المثاليين ، خصوصا وقد ذكر
هذا الاحتمال جماعة من المحققين ، كالشيخ و المصنف و الفاضل و الشهيد و فخر
الإسلام والمحقق الثاني وغيرهم ، حتى أن جماعة توقفوا في الترجيح بينه وبين كون
الإضافة بمعنى اللام ، بل صرح بعضهم بالبطالان مع عدم القرينة لتكافؤ الإحتمالين ،
وكل ذلك دليل على صحته ، وإن كان الأقوى ترجيحه على اللام بالتبادر في عرفنا الآن ،
وترجيح ذلك عليه بالقياس على المراجعة ؛ فإنه إذا قال : رأس مالي مثلا عشرون ، و
بعثك برأس مالي مع مواضع العشرة درهمين ونصف ، فلو فرض أن ذلك كان بصيغة

المرا بحة صار المجتمع خمسة وعشرين، ونسبة الخمسة إليها الخمس، فينبغي سقوط الخمس من الثمن، لو كان بصيغة المواضعة وهو أربعة فيكون الثمن ستة عشر درهما، ليس بأولى من القول بملاحظة نسبة الوضعية إلى رأس المال، وأنه يسقط بقدرها، فيكون الثمن خمسة عشر، لأن نسبة الخمسة إلى العشرين الربع،

وحينئذ في المثال تنسب العشرة إلى المائة وتسقط من الثمن فيبقى تسعون، ضرورة أن نسبتها العشر، لأنه تنسب العشرة إلى القدر المجتمع منها ومن رأس المال، فيكون الساقط جزءاً من أحد عشر فتأمل جيداً ﴿ولو قال﴾: بعثك بمائة ووضعية درهم ﴿من كل أحد عشرة﴾، كان الثمن أحداً وتسعين إلا جزءاً من أحد عشر جزء من درهم ﴿بلا خلاف أجده فيه هنا، لكن قديشك بأن الظاهر الوضع لكل عشرة درهم، فبعد حذف التسعة عن المائة، لا ينبغي وضع شيء آخر عن الواحد، لعدم كونه عشرة﴾، فيكون الثمن حينئذ أحداً وتسعين، مضافاً إلى أصالة عدم الوضع؛ فلو ادعى البائع هذا المعنى حمل عليه، ولومات ولم يفسر حمل عليه أيضاً، اللهم إلا أن يقال: إن المراد الحط لكل عشرة أجزاء، جزء من خارج درهما كان أو عشرة، ملاحظة لجانب المشتري، لأن الأصل عدم الزيادة، ولعله على ذلك مبنى كلام الأصحاب، ولا بأس به مع مساعدة العرف عليه، وأما التشريك فقد تقدم سابقاً بعض الكلام فيه وفي الدروس هنا هو أن يجعل له فيه نصيباً برأس ماله، وهو بيع أيضاً ولو أتى بلفظ التشريك، فالظاهر الجواز، فيقول شركتك في هذا المتاع نصفه بنصف ثمنه، انتهى وفيما ذكره أخيراً بحث.

﴿الفصل السابع في الربا﴾

المحرّم كتاباً (١) وسنة (٢) وإجماعاً من المؤمنين بل المسلمين، بل لا يبعد كونه من ضروريات الدين، فيدخل مستحلاً في سلك الكافرين، كما يؤمى إليه ما رواه

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٤ وسورة آل عمران الآية ١٢٩

(٢) الوسائل الباب ١ - من أبواب الربا -

ابن بكير (١) «قال : إنه بلغ أباعده الله ﷺ عن رجل أنه كان يأكل الربا ويسميه اللبا ، فقال لئن أمكنتني الله منه لأضربن عنقه » ونحوه غيره «والدرهم من الربا يمحق الدين ويورث الفقرا ن تاب» (٢) «بل هو عند الله أشد من عشرين زنية» (٣) «بل ثلاثين» (٤) «بل سبعين كلها بذات محرم في بيت الله الحرام» (٥) «بل للربا سبعون باباً أهونها عند الله كالذي ينكح أمته في الكعبة» (٦) «ولذا كان أخبث المكاسب وشرها ، (٧) ومن أكله ملاء الله بطنه من نار جهنم بقدر ما أكل» ، (٨) و من اكتسب منه ما لالم يقبل الله منه شيئاً من عمله ، ولم يزل في لعنة الله والملائكة ما كان عنده قيراط واحد» (٩) «وقد رأى النبي ﷺ لما سرى به إلى السماء أقواماً يريد أحدهم أن يقوم ، فلا يقدر من عظم بطنه ، فسأل جبرئيل عنهم ، فقال له : هم الذين يأكلون الربا» (١٠) «فلعن الله آكله ومشتريه و بايعه وكاتبه وشاهديه والزائد والمستزيد في النار» (١١)

لكن في الدروس ولو اضطر الدافع ولا مندوحة فالأقرب ارتفاع التحريم في حقه ، وهو جيد في بعض أفراد الضرورة ، «وإنما حرّمه الله لئلا يترك الناس فعل المعروف من القرض وغيره» (١٢) بل لتركوا التجارات أيضاً (١٣) بل هو في نحو شراء الدرهم بالدرهمين من السفه المفسد للمال كما أومي إليه الرضا ﷺ (١٤) في جواب السؤال عن علّة تحريمه «قال : لما فيه من فساد الأموال لأن الإنسان إذا اشترى الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهماً وثمان آخراً باطلاً فبيع الربا وشرأؤه وكس على كل حال ، على المشتري ، والبايع ، فحرّم الله عزّ وجل على العباد الربا ، لعلّة فساد الأموال ، كما حظر

(١) الوسائل الباب ٢ - من أبواب الربا - الحديث ١ -

(٢) (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) (٨) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب الربا الحديث

٧ - ٦ - ٥ - ١ - ١٢ - إلى ٢٣ -

(١٠ و ٩) الوسائل الباب ١ - من أبواب الربا الحديث ١٥ - ١٦ -

(١١) الوسائل الباب ٤ - من أبواب الربا الحديث ١ - ٥ -

(١٢ و ١٣ و ١٤) الوسائل الباب ١ - من أبواب الربا الحديث ٢ - ٨ - ١١ -

على السفية أن يدفع إليه ماله لما يتخوف عليه من فساد ، حتى يونس منه رشد ، فلهذه العلة حرم الله عز وجل الربا ويبيع الربا يبيع الدرهم بالدرهمين .

ومنه كغيره يعلم أن ليس المراد من الربا المحرم مطلق الزيادة ، كما هو معناه لغة ؛ بل المراد به كما في المسالك وغيرها « بيع أحد المتماثلين المقدرين بالكيل أو الوزن في عهد صاحب الشرع عليه السلام أو في العادة مع زيادة في أحدهما حقيقة أو حكما ، أو اقتراف أحدهما مع الزيادة ، وإن لم يكونا مقدرين بها إذا لم يكن باذل الزيادة حرييا ، ولم يكن المتعاقدان والداعم ولده . ولا زوجا مع زوجته » وإن كان تعريفه بذلك لا يخلو من نظر ، من وجوه إلا أنه يسهل الخطب عدم إرادة تعريف الحقيقي ، بل قديقال : إن المراد به شرعا المعنى اللغوي ؛ لكن في خصوص النسبة والبيع أو مطلق المعاوضة ، بناء على تعميمه بالشرائط التي تسميها إنشاء الله ، ويبيع الربا هو البيع المشتمل على الزيادة كما أوهمي الرضا عليه السلام بما سمعت ، وعن حواشي الشهيد وآيات المقداد وجامع المقاصد أنه شرعا زيادة أحد العوضين إلى آخر ما سمعته من المسالك ، وعن فقه القرآن للراوندي أصل الربا الزيادة والربا هو الزيادة على رأس المال من جنسه أو مماثله إلى غير ذلك ، مما يرجع إلى ما ذكرنا من النصوص وغيرها ، فضلا عن التبادر .

ومن هنا ربما قيل بأن المتبجح بحسب القواعد صحة المعاملة المشتملة عليه ؛ و اختصاص الفساد بالزيادة ، لأنها هي محل النهي فبيع المثليين حينئذ بالمثل كبيع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه ، في عقد واحد الذي يصح في الأول ، ويبطل في الثاني .

نعم لا يبعد التسلط على الخيار مع الجهل وحينئذ فلا بد من الاستدلال على الفساد بدليل خاص غير تحريم الربا لكن لا يخفى أن ظاهر الأصحاب بل وجملة من النصوص تحريم نفس المعاملة وما يحصل بها ، فما يأخذه من الغريم من رأس المال والزيادة حرام ، وكذا ما يعطيه ، وعن مجمع البيان معنى أحل الله البيع وحرم الربا : أحل البيع الذي لا ربا فيه ؛ وحرم البيع الذي فيه الربا ، فيمكن كون النهي هنا كالنهي عن بيع الملامسة و

المناظرة مما لا إشكال عندنا في اقتضائه الفساد ، وأنه ليس كالنهى عن البيع وقت النداء أو يرجع إلى النهى عن نفس العوض والمعوض عنه ، وهو لا يرب في إقتضائه الفساد . بل يمكن إستناد الفساد إلى قاعدة تبعية العقود ، للقصد ، ضرورة أن البائع أو المشتري إنما بذل المثل في مقابلة المثلين ، فإن لم يتم له بطل العقد ، وليس هو كبيع الشاة والخنزير التي يبطل من الثمن ما قابلها ، فيبقى الآخر بما قابله منه ، لأن البطلان في الزيادة هنا بلامقابل وهو أمر غير مقصود ، للمتعاملين ، فلو صح العقد وقع مالم يقصد ، وما قصد لم يقع كما هو واضح .

نعم قد يقال بصحة المعاملة إذا كانت الزيادة خارجة عن أحد العوضين ، كما إذا كانت شرطاً ونحوه بناء على أن بطلان الشرط لا يقضى ببطلان العقد ، مع احتمال القول بالفساد هنا ، وإن نقل به هناك ، لظهور النص والفتوى في أن الربا متى دخل المعاملة أفسدها على أي وجه كان دخوله ، فيختص النزاع السابق حينئذ بما إذا لم يكن فساد الشرط لأنه ربا ، ومن هناك اشتراط الاجل في أحد المتماثلين ربا ، وفي خبر خالد بن الحجاج (١) «سألته عن رجل كانت له عليه مائة درهم عدد أقضائها مائة درهم وزنا ، قال : لأبأس مالم تشارط ؛ قال : وقال : جاء الربا من قبل الشرط . وإنما تفسده الشروط » فلا قوى البطلان حينئذ وإن كان الربا شرطاً ، ولا ينافي ذلك ما تسمعه انشاء الله من النصوص و الفتاوي في وجوب رد الزيادة في حالي العلم و الجهل وعدمه ، كما ستعرف .

وقد تلخص مما ذكرنا فساد المعاوضة الربوية على كل حال سواء قلنا بكون النهى عنها ، أو قلنا بأن النهى عن الزيادة ، وأما الأول فواضح ، وأما الثاني فلأن المراد من النهى عن الزيادة معاملة المثل بالمثلين مثلاً ، وهي مباينة لمعاملة المثل بالمثل على وجه لا تتحقق الثانية في ضمن الأولى ، كى يكون النهى متعلقاً بالزيادة نحو شراء

الشاة والخنزير، فإنهما معا يحصلان بعقد واحد؛ فيصح بالمحلل ويبتل بالمحرم، وليس مانحن فيه كذلك قطعاً؛ ضرورة عدم حصول معاملة المثل بالمثل في ضمن معاملة المثل بالمثلين، مع زيادة لما عرفت من مباينتهما على وجه لا يجتمعان، فإنه متى تحقق أحدهما خرج عن موضوع الآخر.

نعم لو فرض عقد واحد اشتمل على معاملة المثل بالمثل وعلى معاملة المثل بالمثلين أمكن حينئذ التزام كونه كالشاة والخنزير وليس المقام من هذا القبيل قطعاً، فليس حينئذ معاملة المثل بالمثلين الامن العنوان المحرم، لأنه اجتمع فيه المحلل والمحرم وكيف يتصور اجتماعهما بعد اعتبار الشارع في المثل بالمثل عدم الزيادة فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع.

﴿و﴾ كيف كان ﴿هو﴾ أي الربا ﴿يثبت في البيع﴾ بخلاف بين المسلمين بل هو كالضروري من الدين، لكن ﴿مع وصفين﴾ أحدهما إتحاد الثمن والمثل في ﴿الجنسية﴾ ﴿و﴾ الثاني كونهما مما يعتبران ﴿الكيل والوزن﴾ كذا ثبوته ﴿في القرض﴾ فيتحقق فيه ﴿مع اشتراط النفع﴾ بالعين أو الصفة من غير فرق فيه بين المكيل والموزون، وغيرهما فهو أعم موضوعاً من الاول فلا بد للفقيه حينئذ من البحث في حكم كل منهما وشرائطه. ولذا قال المصنف ﴿أما الثاني﴾ أي ربا القرض ﴿فسيأتي﴾ البحث فيه، في بابه

﴿وأما الاول فيقف بيانه على أمور﴾ أربعة لكن ينبغي أن يعلم أولاً أن الظاهر ما صرح به المصنف في باب الغصب من ثبوت الربا في كل معاوضة، وفاقا للمحكي عن السيدو الشيخ والقاضي وابن المتوج وفخر المحققين والشهيد بن العباس والعليني والارديلي وغيرهم، بل نسبته الاخير في آيات أحكامه إلى الاكثر، لاطلاق ما دل على حرمة من الكتاب والسنة. ان هو الزيادة المتحقق

ودعوى - أنه البيع والقرض مع وصف الزيادة كما يؤمى إليه تعريف بعضهم له بذلك أو أنه الزيادة فيهما خاصة لغة أو شرعاً - لاشهادها ، بل الشواهد جميعاً على خلافها حتى ماورد (١) في وجه تحريمه من تعطيل المعاش ، (٢) واصطناع الناس المعروف ونحوهما . بل والصالح المستفيضة التي سيمر عليك كثير منها ، كقول الصادق عليه السلام في صحيح أبي نصر (٣) « الحنطة والشعير رأساً برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر إلى أن قال : والدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لأبأس به » وفي آخر (٤) كان علي عليه السلام « يكره أن يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر ، ولم يكن علي عليه السلام يكره الحلال » وقال عبد الرحمن (٥) للصادق عليه السلام أيضاً « أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز إلا مثلاً بمثل » كقوله أيضاً في صحيح الحلبي (٦) « الفضة بالفضة مثلاً بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار » وسأل محمد أباجعفر عليه السلام (٧) عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام فيقاطعه على أن يعطي صاحبه لكل عشرة أرطال اثني عشر مثلاً دقيقاً فقال : لا قلت : الرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن لكل صاع أرطالاً مسماة ، قال : لا ، بل قيل إنه صريح في المطلوب إلى غير ذلك من النصوص ، الظاهرة بسبب الإطلاق أو ترك الاستفصال في حصول الربا بالزيادة في مطلق المعاوضة ، المعتمدة مع ذلك كله بالاحتياط .

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الربا الحديث ٨ - ٣

(٣) الوسائل ذكر صدره في باب ٨ من أبواب الربا عن أبي بصير الحديث ٣ وذكر ذيله من

زرارة في باب ٩ الحديث ٢

(٤) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الربا الحديث ١

(٥) الوسائل الباب ٨ - من أبواب الربا الحديث ٢

(٦) الوسائل الباب ١ من أبواب الصرف الحديث ١

(٧) الوسائل الباب ٩ - من أبواب الربا الحديث ٣ -

خلافاً للحلي والفاضل فخصاه بالبيع ، و القرض ، للاصل ، بعد دعوى أن الربا الزيادة فيهما ، أو أن المنساق من الأدلة ذلك ، سيما بعد أصالة البيع في المعاوضة ، ولو لانه الكثير الشايح ، فنصوص الاستدلال و نحوها تنصرف اليه ، وفيه ما عرفت ، وحينئذ فينقطع الأصل بماسمعه ، مؤيداً بالشهرة العظيمة ، بل قيل إن الفاضل قد رجع عنه في كتاب الصلح من القواعد ، فينحصر الخلاف حينئذ بالحلي ، واقتصار المصنف هنا على البيع مع نصريحه في الغصب بالعموم ، لا يعد خلافاً كتعريف بعضهم له بذلك مع نصريحه في غير المقام بالتعميم ، الكاشف عن عدم إرادة الاختصاص بذلك ، وأنه ذكره لكون البيع محل البحث ، فتأمل جيداً ، والله أعلم .

وكيف كان في ﴿الاول﴾ من الامور ﴿في بيان الجنس﴾ الذي قد عرفت إعتبار إتجاهه في المنع من الربا كما ستعرف دليله ؛ نعم قد صرح غير واحد أن المراد به في النص والفتوى الحقيقة النوعية المسماة في المنطق بالنوع ؛ وفي اللغة بالجنس ، لكن اعترف في جامع المقاصد بأن ذلك يعسر الوقوف عليه ، بل عن مجمع البرهان أنه متعسر ، بل قيل إنه متعذر ، و هو كذلك ، ضرورة صعوبة الوصول إلى معرفة الذاتيات ، بحيث يفرق فيها بين الجنس والنوع ، والصنف والفرد ، على وجه يطمئن به ﴿و﴾ لعله لذا جعل ﴿ضابطه﴾ في السرائر والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وغيرها ﴿كل شيئين﴾ مثلاً ﴿يتناولهما لفظ خاص كالحنطة﴾ مثلاً ﴿بمثلها و الارز بمثلها﴾ ولعله لان الاتفاق في ذلك كاشف عن الاتحاد في الحقيقة النوعية . كما يؤمى اليه الجمع في المحكي عن الكفاية - بينهما ؛ فقال : إن المراد بالجنس الواحد الحقيقة النوعية ، وضابطه أن يتناول لفظ خاص ، وكان وجه ذلك معلومية إرادة كون التناول للإشتراك في القدر المشترك بين الأفراد الذي لا قدر غيره أخص منه ، فلا أثر للتناول بالإشتراك اللفظي ، ولا للتناول بالإشتراك في الجنس الذي تحته قدر أخص منه ، لافراد خاصة من ذلك الجنس ولا أقل من أن يكون ذلك قاعدة مطردة حتى يعلم خلافها ، كما طراد قاعدة إقتضاء إختلاف اللفظ الخاص إختلاف الحقيقة حتى يعلم ، فلا يرد

حينئذ تناول لفظ الطعام والحب ونحوهما مما هي أسماء أجناس تحتها أقدار مشتركة أخص منها ، كما لا يرد إلا اتحاد هنا في الشعير والحنطة مع اختلاف اللفظين ، مع إمكان التخلص عن الأخير بطريق آخر ، هو ما أشارت إليه النصوص ، من أن الاتحاد في باب الربا بينهما باعتبار كون الشعير من الحنطة ، وأنها هي أصله ، لا باعتبار اتحادهما في الحقيقة ، الآن ومثله حينئذ كاف في تحقق الربا ، وإن اختلفت الحقيقة ، و كان إطلاق الأصحاب في أول البحث الاكتفاء باتحاد الجنس ، مع جريان الربا في المختلف إذا كان أحدهما أصلاً والاخر فرعاً ، إنكلا على ما يذكر و نه بعد ذلك ، أو يريدون إتحاد الجنس ولو بالاصل .

نعم الظاهر الاكتفاء بذلك إذا كانت الحقيقة الفرعية متخذة من ذلك الأصل لا غير كالشعير من الحنطة . و التمر من الطلع مثلاً ، فلا يرد حينئذ معلومية عدم الربا بين التمر والملح الذي يفرض استحالته ، لأن حقيقة الملح ليست متخذة منه ، بل هو إستحالة لخصوص فرد قائل جيداً . فانه دقيق نافع . وتسمع له فيما يأتي تنمة انشاء الله .

وبذلك كله يظهر لك ارتفاع الاشكال عن المسألة وإن التبس الامر على بعض المحققين ؛ من متأخري المتأخرين ، ولو فرض حصول فرد مشتبّه بين كونه متحد الجنس ومختلفه ، فظاهر اعتبار الأصحاب اتحاد الجنس في الحرمة الحاصل لأن الشك في الشرط شك في المشروط ، والفرض كون المحرّم مشروطاً دون الجائز الباقي على مقتضى العموم .

نعم قد يقال إن ظاهر النصوص الإشتراط في كل منهما ، لقوله فيما تسمع (١) «إذا اختلف الجنس أن أو الشئان فبيعوا كيف شئتم» ونحوه غيره ، وقوله (٢) «كل شيء عيكال أو يوزن فلا يصلاح

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٨٠

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الربا الحديث ٣

مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد» فيكون كل من الجائز والمحرّم مشروطاً بشرط ، فمع فرض الشك يتجه الفساد ، لأصالة عدم ترتيب الأثر ، وعدم النقل والانتقال ، و نصوص (١) «كل شيء يكون فيه حلال وحرام» في غير الفرض ، كما يشهد له إتفاقهم على عدم جريانها في المشتبهة من النساء بين الأجنبية والنسبية ، وليس إلا لا اشتراط كل من الحل والحرمه بشرط فرض الشك فيه ، فيبقى أصل عدم ترتيب الأثر بحاله ، كبقاء مقتضى قاعدة المقدمة.

نعم قد يقال بالحلية في المشكوك في حصول سبب التحريم ، نحو ما أشارت إليه النصوص (٢) بأن جارية تحتك ولعلها اختك» والمسيرة والطريقة وغيرهما ، وبذلك ظهر لك أن مقتضى النصوص في المقام الفساد ، إلا أنه بملاحظة إقتصار الأصحاب الشرطية في المحرّم دون غيره ، يحكم بالحل في المشتبهة فتأمل جيداً .

و على كل حال ﴿ فيجوز بيع المتجانس ﴾ بمثله ﴿ وزنا بوزن نقدا ﴾ بلا خلاف ولا إشكال نصاً (٣) وفتوى عموماً ﴿ و ﴾ خصوصاً كما أنه ﴿ لا يجوز مع الزيادة ﴾ الجنسية لذلك . نعم في المسالك . «هذا إذا كان أصلهما الوزن ، أمّا لو كان أصلهما الكيل ففي الإكتفاء بتساويهما وزنا خاصة نظر ، من كون الوزن أضبط ، حتى قيل إنه أصل للكيل ، ومن ورود الشرع والعرف بالكيل ، فلا يعتبر بغيره ، وظاهر كلام المصنف إختيار الأول ، وهو متجه ، بل نقل بعضهم الإجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزنا مع الإجماع على كونهما مكيّلين في عهده عليه السلام قلت : ستوسع تحقيق المسألة في الفرع الأول والله أعلم .

﴿ و ﴾ أمّا إذا كانت الزيادة حكمية ، كالأجل فلا خلاف محقق معتد به في عدم الجواز ﴿ لا يجوز ﴾ حينئذ ﴿ إسلاف أحدهما في الآخر ﴾ ، لكن قال المصنف هنا ﴿ على الأظهر ﴾ ولعله أشار به إلى ما حكاه في المختلف عن الخلاف من كراهة بيع

(٢١) الوسائل الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به الحديث ١-٢

(٣) الوسائل الباب ٨-٩ من أبواب الربا

المتجانسين متماثلا نسيئة ، والمبسوط من أن الاحوط أن يكون يدايد .
وفي الدروس « إنه أول كلامه ، بإرادة التحريم لأن المسألة إجماعية ، » قلت :
لأنه نفسه منع من بيع الثياب بالثياب والحيوان بالحيوان نسيئة ، فضلا عما نحن فيه ، فمثله
حينئذ لا يعد خلافا بعد الإجماع بقسميه ، وظهور النصوص في تحقق الربا بذلك ، بل
ستعرف القول بتحقيقه بذلك مع اختلاف الجنس ، فضلا عن متحده .

﴿و﴾ حيث يجوز بيع المتجانسين ﴿لا يشترط﴾ في صحته ﴿التقايض قبل
التفرق﴾ عندنا ، كما عن التذكرة لا إطلاق الأدلة السالم عن المعارض ، ضرورة عدم الربا
بعد أن كانا حاليين ، وإن قبض أحدهما وبقي الآخر فاليد باليد ، إن كان في الأدلة يراد به نفى
النسيئة ، كما هو معلوم ، ﴿إلا في الصرف﴾ فيجب التقايض فيه حتى مع اختلاف الجنس ،
للأدلة التي ستسمعها في محلها ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، إلا من ابن زهرة
في الغنية فأوجب التقايض قبل الافتراق في بيع المتجانسين ، وهو غريب ، لم أجده من
وافقه عليه .

وأغرب منه دعواه نفى الخلاف عنه في الظاهر ، ﴿ولو اختلف الجنس﴾ في
الربويين ﴿جاز التماثل والتفاضل نقدا﴾ ، بلا خلاف كما اعترف به بعضهم ، بل الإجماع
بقسميه عليه ، للإطلاق والنبوي (١) المجمع عليه كما في السرائر «إذا اختلف الجنس
فبيعوا كيف شئتم» وقول أبي جعفر عليه السلام في صحيح ابن مسلم (٢) «إذا اختلف الشئان فلا
بأس به مثلين بمثل يدايد» كقول الصادق عليه السلام (٣) في موثق سماعة : «المختلف مثلان بمثل

(١) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٠

(٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الربا الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الربا الحديث ٩

يدأبىدلبأس به» وفي موثقه الآخر (١) «سألته عن الطعام والتمر والزبيب قال : لا يصلح منها إثنان بواحد إلا أن تصرفه إلى نوع آخر، فإذا صرفته فلا بأس به إثنين بواحد وأكثر من ذلك».

وفي صحيح الحلبي أو حسنته عن الصادق عليه السلام (٢) «ويكره قفيز لوز بقفيزين ولكن صاع حنطة بصاعين من تمر أو بصاعين من زبيب» وسأله أيضا في صحيحه الآخر (٣) «عن الزيت بالسمن إثنين بواحد قال يدأبىدلبأس به» وفي الموثق (٤) «كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد» وغير ذلك من النصوص مفهوما ومنطوقا بل إليه يؤمى نصوص الجواز فيما يعمل من جنسين المعلوم بناء الجواز فيها على صرف كل إلى ما يخالفه كما هو واضح ، هذا كله في النقد.

﴿و﴾ أمّا ﴿في النسبة﴾ فإن كان كل من العوضين من الأثمان فهو صرف لا تجوز فيه كما تعرفه في محله ، وإن كان أحدهما منها والآخر من العروض فلا خلاف أجده في جواز التماثل والتفاضل بل الإجماع بقسميه عليه ، إذ هو إمّا نسبة أو سلم ، وكل منهما مجمع على جوازه ، بل لعله من الضروريات المستغنى عن الاستناد إلى إطلاق الأدلة ونحوه ، وإن لم يكن كذلك بل كان عرضا بعرض ففيه ﴿تردد﴾ وخلاف فعن ابن أبي عقيل والجنيد والمفيد وسائر رواين البراج عدم الجواز ، والمشهور نقلا وتحصيلا بل لعل عليه عامة المتأخرين الجواز ،

﴿و﴾ لا ريب في أن ﴿الاحوط المنع﴾ وإن كان الأقوى خلافا ، لا إطلاق الأدلة الذي يقصر معارضه عن تقييده ، سندا في البعض ، ودلالة في الجميع ، إذ هو إمّا البأس في المفهوم الذي هو أعم من الحرمة ، كلفظ لا يصلح الذي ادعى ظهوره في الكراهة ، ولوللشهرة ، والتعبير بلفظها في مضمرة على ابن إبراهيم الطويل وغير ذلك ،

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث ٥ و ٣ و ٧ - مع اختلاف يسير

(٤) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الربا الحديث ٣

ولذا صرح بهاهنا غير واحد من الأصحاب ، بل في الغنية الاجماع عليها ، وهو دليل آخر على المطلوب ، فلا استدلال بصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام (١) الذي رواه محمد بن سنان عنه أيضا « قال : ما كان من طعام مختلف أو متاع شيء من الأشياء متفاضل ، فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدأيد ، فإما نظرة فلا يصلح ».

ونحوه خبر زياد بن ابي غياث (٢) إلا أنه قال : « فأما النسيئة فلا يصلح » - لا يخفى عليك ما فيه خصوصاً ، بعدم معلومية ما دل على اعتبار اتحاد الجنس في تحقق الربا إن أريد بعدم الجواز هنا للربا ، كما هو الظاهر استبعاداً لإرادة التعبدية دون الربوية ، ولأنه الظاهر مما ذكر دليلاً لهم أيضا ، وهو الحديث المشهور (٣) ، « إنما الربا في النسيئة » الممنوع إرادة الشمول لما نحن فيه منه ، الموهون بمتروكية الحصر فيه ، على أن من المعلوم عدم إرادة مطلق الزيادة من الربا فيه ، بل المراد بالشرائط المعبرة ، ومن جعلتها عند علمائنا كما في المختلف إتحاد الجنس الذي صرح^ه تحت الصحة المتقدمة كل ذلك ، مع احتمال وروده كالنصوص السابقة مورد التقية ، لكون المنع مذهب العامة ، كما يلوح من الغنية ، ويؤيده مصير الإسكافي ، وقد ظهر لك من ذلك كله وجه ما ذكر المصنف من الاحتياط ، وغيره من الكراهة ، ولو من جهة الشبهة الناشئة من أدلة المنع المزبور سيما مع صحة بعضها ، واحتمال إرادة الحرمة من نفي الصلاحية ، إمّا من حيث الصيغة كما ادّعاه بعض الناس ، أو من حيث غلبة التعبير به ولفظ الكراهة عن الحرمة في باب الربا مؤيداً ذلك بفتوى من عرفت .

لكن في الرياض وأن المستفاد من النصوص المزبورة المنع في خصوص الزيادة العينية ، لا الحاصلة بمجرد النسيئة ونحوها من الزيادات الحكمية ، فالفتوى بانسحاب

(١) الوسائل الباب ١٣ - من أبواب الربا الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الربا الحديث ١٤

(٣) كنوز الحقائق في هامش جامع الصغير ص ٧٥ الطبع عبد الحميد احمد

المنع فيها لوجه له مطلقاً ، حرمة كان أو كراهة ، إلا أن المصير إلى الأخير بناء على المسامحة غير بعيد ؛ قلت : لعل الوجه في المنع ما عرفت من دعوى أن ذلك من الربا الذي يتحقق بكل من الزيادة ، فلاحظ وتأمل . والامر سهل ؛ بعدما سمعت من صفته على كل حال والله أعلم .

﴿ والحنطة والشعير جنس واحد في ﴾ حكم ﴿ الربا على الاظهر ﴾ الأشهر بل المشهور نقلاً وتحصيلاً شهرة عظيمة ، خصوصاً بين المتأخرين ، بل عليه عامتهم ، عدا ابن ادريس بل كادت تكون إجماعاً ، بل هي كذلك في الغنية ، ومحكي خلاف الشيخ لا ﴿ لتناول اسم الطعام لهما ﴾ إذ قد عرفت أنه غير مجدد بعد الاختلاف في الاسم الخاص الظاهر في اختلاف الحقيقة لا اختلاف صنف ؛ بل للنصوص المستفيضة التي كادت تكون متواترة كقول الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة «الحنطة والشعير رأس برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر» وفي صحيح الحلبي أو حسنه (٢) المروي في الكافي والتهذيب «لا يباع مختوماً من الشعير ، بمختوم من الحنطة ولا يباع ، إلا مثلاً بمثل والثمرة أيضاً مثل ذلك ، قال : وسئل عن الرجل يشتري الحنطة ولا يجد عند صاحبها إلا شعيراً ، أ يصلح له أن يأخذ اثنين بواحد ؟ قال : لا إنما أصلهما واحد » وزاد في الكافي وكان علي عليه السلام يعد الشعير بالحنطة «أي ويعدهما واحداً وقال سماعة في الموثق (٣) «سألته عن الحنطة والشعير فقال : إذا كانتا سواء فلا بأس » وقال البصري (٤) قلت : لا يبي عبد الله عليه السلام «أ يجوز قفيز من الحنطة بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز إلا مثلاً بمثل ، ثم قال : إن الشعير من الحنطة » وقال الباقر عليه السلام في صحيح زرارة ومحمد (٥) «الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل ، والسويق مثلاً بمثل ، والشعير بالحنطة مثلاً بمثل لا بأس به ، » وفي

(٢٠١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الربا الحديث ٢٠٣

(٢٠٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب الربا الحديث ٦-٢

خبر محمد بن قيس (١) «أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا تبع الحنطة بالشعير إلا يدا بيد، ولا تبع قفيز يؤكل من حنطة بقفيزين من شعير» كقول الصادق عليه السلام في مرسل صفوان (٢) «الحنطة والشعير لا بأس به رأساً برأس» وسأله أبو بصير (٣) «عن الحنطة بالشعير والحنطة بال دقيق؟ قال: إذا كان سواء فلا بأس؛ وإلا فلا» وقال هشام بن سالم في الصحيح (٤) «سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل الطعام إلا كراً فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه، فيقول له: خذمني مكان كل قفيز قفيزين من شعير حتى تستوفي ما نقص من الكيل، قال: لا يصح لأن أصل الشعير من الحنطة، ولكن يردّ عليه من الدراهم بحساب ما نقص من الكيل» إلى غير ذلك من النصوص، وكأنه أشار عليه السلم بالأصالة المزبورة إلى ما رواه الصدوق (٥) بإسناده «أن علي بن أبي طالب عليه السلام سئل مما خلق الله الشعير، فقال: إن الله تبارك وتعالى أمر آدم أن ازرع مما اخترت لنفسك وجاءه جبرئيل عليه السلام بقبضة من الحنطة وقبض آدم عليه السلام على قبضته وقبضت حواء على أخرى، فقال آدم لحوا: لا تزرعي أنت فلم تقبل أمر آدم فكلما زرع آدم جاء حنطة، وكلما زرع حوا جاء شعيراً».

ومن الغريب بعد ذلك، كله اختيار ابن ادريس العدم، وأغرب منه دعواه أنه لا خلاف بين المسلمين، العامة والخاصة، ولا بين أهل اللغة واللسان في أنهم ما جنسان، وأنه لم يذهب إلى الاتحاد غير شيخنا أبي جعفر والمفيد ومن قلده في مقالاته، وتبعه في تصنيفه، وإلا فجل أصحابنا المتقدمين ورؤساء مشايخنا المصنفين الماضين، لم يتعرضوا لذلك، بل افتوا بأنه إذا اختلف الجنس فلا بأس ببيع الواحد بالآخرين، مثل شيخنا ابن بابويه، والسيد المرتضى، وعلي ابن بابويه وغيرهم؛ بل أبو حمزة بن الجنيد من كبار فقهاء أصحابنا

(٢٠١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الربا الحديث ٨ و ٣

(٣) ذكر صدره الوسائل في الباب ٨ من ابواب الربا الحديث ٣ وذيله في الباب ٩ الحديث ٦

(٤) الوسائل الباب ٨ من ابواب الربا الحديث ١

(٥) المستدرک ج ٢ ص ٢٨١

ذكر المسألة وحققها وأوضحها في كتابه الاحمدى ، وقال لا بأس بالتفاضل بين الحنطة والشعير لأنهما جنسان مختلفان.

وكذلك ابن أبي عقيل من كبار مصنفى أصحابنا قال: «وإذا اختلف الجنس فلا بأس ببيع الواحد بأكثر منه وقد قيل: لا يجوز بيع الحنطة والشعير إلا مثلاً بمثل سواءً ، لأنهما من جنس واحد ، وبذلك جاءت بعض الأخبار ، والقول والعمل على الأول ، وأظن في المقال ، وكان فيما قال: إن أخبار الآحاد لا توجب علماً ولا عملاً واستدل أيضاً بقوله عليه السلام (١) «إذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم» قال : وقد اختلف الجنس في الحنطة والشعير صورة ، وشكلاً ، ولونا ، وطعماً ، ونطقاً ، وإدراكاً ، وحساً ، ونحو ذلك مما هو غير خفي على أصاغر الطلبة ، فضلاً عن أجلاء الأصحاب ومع ذلك فيه أولاً أنه مبني على أصل فاسد كما حرر في الأصول ، بل أساء الأدب معه في الحقائق هنا ، فقال الواجب عليه مع رده هذه الأخبار ونحوها من أخبار الشريعة هو الخروج من هذا الدين إلى دين آخر ، وثانياً منع كونها آحاداً بل هي إن لم تكن متواترة ، فمضمونها بسبب اعتضاد بعضها ببعض ، والعمل بها والإجماع ونحو ذلك قطعي ، وثالثاً إن خلاف القديمين ، لا يقدح في سبق الإجماع ولا في لحوقه وابن بابويه قد روى نصوص الإجماع وظاهره العمل بها .

ومن الغريب أن الفاضل في التحرير قد اغتر بنقله ، فقال: «قال الشيخ : الحنطة والشعير جنس واحد وقال ابن أبي عقيل وباقي علمائنا : أنهما جنسان» إذ لم نعرف من عني بالباقي غير ابني الجنيد وأدريس ، وقد ظهر لك بحمد الله سقوط القول بالاختلاف المقضي لجواز التفاضل فيهما والخبر العامي (٢) «بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر كيف شئتم يدايد» لا ينبغي التعويل عليه خصوصاً بعدما قيل من القصور في دلالة أيضاً ،

نعم صرح غير واحد من الأصحاب باختصاص ذلك في باب الربا والإفقي الزكوة و

غيرها جنسان، ولذا لم يكمل نصاب أحدهما بالآخر، وقاعدة اشتراط إتحاد الجنس في الربا تخص بالأدلة المزبورة، قلت: قديقال: إن النصوص إنما دلت على أن الشعير من الحنطة لأنهما الآن حقيقة واحدة، لكن الربا يكفي فيه إتحاد الحقيقة فيه سابقاً، كما يؤمى إليه التعليل في النصوص المزبورة، وإن اختلفت لاحقاً؛ ولذا الحقوا كل فرع بأصله في ذلك، بخلاف الزكوة فإنه لا دليل على ذلك فيها، فيبقى اقتضاء اختلاف الحقيقة اللاحق بحاله فيها، بخلافه في الربا، بل لا تخصيص بقاعدة اشتراط الاتحاد، ضرورة حصوله سابقاً وليس المراد منه الاتحاد في سائر الأحوال.

فالنصوص حينئذ إنما كشفت عن الإتحاد السابق؛ وليس هو مما يستبعد اثبات مثله بها، ولا ينبغي معارضتها بمعلومية الاختلاف بين العامة والخاصة في الصورة والطعم وغيرهما، إذ ليس في شيء منها منافية لذلك، فتأمل جيداً والله أعلم. والعلى والتسليم على القول بأنهما من أفراد الحنطة والشعير فدخولهما فيهما ظاهر، وإن اختلفا باسم آخر، وإلا فمقتضى الاسم عدم اللاحاق.

❦ وثمره النخل جنس واحد وإن اختلفت أنواعه ❦ وكان ردياً بلا خلاف أجده فيه، فلا يجوز التفاضل بين ردي الدقل وجيد البرني مثلاً، وقد سمعت إطلاق كون الثمرة، كالشعير والحنطة، في صحيح الحلبي (١) كإطلاق موثق سماعة (٢) «لا يصلح شيء من الطعام والتمر والزبيب اثنتان بواحد، إلا أن تصرفه إلى نوع آخر» إلى آخره، بل في التذكرة أن الطلع كالثمرة وإن اختلفت أصولها، وطلع الفحل كطلع الاناث وإن كان لا يخلو من تامل إن لم ينعقد إجماع عليه، ولعل إدراجه في قاعدة لحوق الفرع بالأصل أولى.

وعلى كل حال لا ينافي ما ذكرنا ما في خبر ابن سنان (١) «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان أمير المؤمنين عليه السلام يكره أن يستبدل وسقا من تمر خيبر بوسقين من تمر المدينة ، لأن تمر المدينة أدونهما» ومثله خبر ابن مسكان (٢) لكن بدون تعليل ، إذا ظاهر إرادة الحرمة من الكراهة هنا ، خصوصاً بعد خبر سيف التمار ، (٣)

قال: «قلت : لأبي بصير أحب أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقق ، قال : فسأله أبو بصير عن ذلك فقال : هذا مكروه ، فقال : أبو بصير ولم يكرهه ، فقال : كان علي بن أبي طالب عليه السلام يكره أن يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر ، ولم يكن علي عليه السلام يكره الحلال » وفي الكافي قبل قوله ولم يكن «لأن تمر المدينة أدونهما» والصواب أجودهما مكان أدونهما ، كما في خبر محمد بن قيس (٤) سمعت أبا جعفر عليه السلام «يكره وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر ، لأن تمر المدينة أجودهما ، » الحديث أو مبادلة كل من المدينة وخيبر بالآخر ، كما سمعته في خبري ابن سنان ومسكان والله أعلم .

وكيف كان فقد ظهر أن ثمرة النخل بجميع أفرادها جنس واحد ﴿وكذا ثمرة الكرم﴾ على اختلافها في الشكل والطعم وغيرهما .

وفي موثق سماعة (٥) «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب ؟ فقال : لا يصلح إلا مثلاً بمثل» مع أنه لا خلاف أجده أيضاً فيه ، وفي القاعدة المعروفة بين الأصحاب قديماً وحديثاً ﴿و﴾ هي أن ﴿كل ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه﴾ وإن اختص هو باسم ﴿كالحنطة بدقيقها ، والشعير بسويقه ، والدبس المعمول من التمر بالتمر ، و كذا ما يعمل من العنب بالعنب﴾ إلحاقاً للفرع باصله في حكم الرِّبَا ، للمعتبرة المستفيضة

(٢١) الوسائل الباب - ١٥ - من ابواب الربا الحديث ٢ - ٣

(٢٢) الوسائل الباب - ١٥ - من ابواب الربا الحديث ١ - ٤

(٥) الوسائل الباب - ١٤ - من ابواب الربا الحديث ٣ -

التي منها صحيح زرارة (١) ومحمد (٢) «المتضمن لنفى البأس عن الحنطة بالدقيق إذا كانا مثلاً بمثل» كصحيحه الآخر (٣) عن اباقر عليه السلام أيضاً «الدقيق بالحنطة ، والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به».

وموثق سماعة (٤) «سألت عن الحنطة والدقيق ؟ فقال : إذا كانا سواء فلا بأس» و قال ابو الربيع للصادق عليه السلام (٥) : « ما ترى فى التمر والبسر الاحمر مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس . قلت : فالبخنج والعصير مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس » وفى الوافى البخنج : العصير المطبوخ مع ربمي بخته »

وسأل محمد بن مسلم (٦) أبا جعفر عليه السلام « عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام ، فيقاطعه على أن يعطي صاحبه لكل عشرة أرطال اثنى عشر رطلاً دقيقاً ، فقال : لا قلت : الرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن لكل صاع أرطالاً مسماة ؟ فقال : لا » وسأله أيضاً فى صحيحه الآخر (٧) «عن البر بالسويق ؟ فقال : مثلاً بمثل لا بأس به . قلت : إنه يكون له ربع ، «أى نماء» أو يكون فيه فضل فقال : أليس له مؤنة ؟ قلت : بلى قال : هذا بهذا ، وقال : إذا اختلف الشئآن فلا بأس مثلين بمثل » إلى غير ذلك من النصوص المتمم دلالتها بعدم القول بالفصل بين مواردّها وبين غيرها مضافاً إلى التعليل السابق فى نصوص الحنطة والشعير الظاهر فى التعدية إلى كل فرع بالنسبة إلى أصله كما حقق فى الأصول ، بل فى مرسل على بن ابراهيم (٨) المضمّر «وما كيل أو وزن مما أصله واحد ،

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٩ - ٩ - من ابواب الربا الحديث ٢١٢ و ٢١٣

(٤) الوسائل الباب ٨ من ابواب الربا الحديث ٦

(٥) الوسائل الباب ١٤ من ابواب الربا الحديث ٥

(٦ و ٧) الوسائل الباب ٩ - ٩ - من ابواب الربا الحديث ٣ - ١

(٨) الوسائل الباب ١٧ - ١٧ - من ابواب الربا الحديث ١٢

فليس لبعضه فضل على بعض ، كيلا بكيال ، أو وزنًا بوزن ، فإذا اختلف أصل ما يكال ، فلا بأس به اثنان بواحد يدأيد ؛ ويكره نسيئة « إلى أن قال : « وما كان أصله واحداً وكان يكال أو يوزن فخرج منه شيء لا يكال ولا يوزن ، فلا بأس به يدأيد ، ويكره نسيئة ، وذلك كالقطن والكتان ، فأصله يوزن ، وغزله يوزن . وثيابه لا توزن ، فليس للقطن فضل على الغزل ، وأصله واحد فلا يصلح إلا مثلاً بمثل ، فإذا صنع منه الثياب صلح يدأيد ، والثياب لا بأس الثوبان بالثوب » ولا يقدر إرساله وإضمامه بعد الإنجار بالشهرة العظيمة ، بل قيل إنها إجماع .

وفى التذكرة « الأصل مع كل فرع له واحد ، وكذا فرع كل أصل واحد ، وذلك كاللبن الحليب مع الزبد ، والسمن والمخيض واللبن والمصل والاقط والجبن والترخين والكشك والكامخ والسهم مع الشيرج والكسب والراشي ، وبزر الكتان مع حبة ، والحنطة مع الدقيق ، والخبز على اختلاف أصنافه من الرقاق والفرن وغيرهما ، ومع الهريسة ، والشعير مع السويق ، والتمر مع السيالان والدبس والخل منه والعصير منه ، والعنب مع دبسه وخله ، والعسل مع خلّه ، والزيت مع الزيتون ، وغير ذلك عند علمائنا أجمع ، فلا يجوز التفاضل بين اللبن والزبد ، والسمن والمخيض : واللبن واللاقط ، وغير ذلك مما تقدم ، بل يجب التماثل نقداً ، ولا يجوز نسيئة لامتثالاً ولا متفاضلاً ، ولا فرق في ذلك بين الأصل مع فرعه ، أو بعض فرعه مع البعض » إلى آخره مؤيداً ذلك كله بعدم العثور على خلاف في شيء من القاعدة المزبورة وفروعها ، إلا ما عني الأردبيلي من التأمل في ذلك ، وأنه غير منضبط على القوانين من حيث عدم صدق الاسم الخاص على الجميع ، وعدم الاتحاد في الحقيقة .

ولهذا ألحفت أن لا يأكل أحدهما لم يحث بأكل الآخر : فيحتمل كونهما جنسين يجوز التفاضل فيهما ، والشرط في النصوص للكرامة مع عدمه ، كما مر في سائر المختلغات

قال: «ويمكن أن يكون الضابط أحد أمرين؛ إما الاتفاق في الحقيقة أو الاتحاد في الاسم، وهنا الأول متحقق وإن لم يتحقق الثاني، وفيه تأمل».

قلت: كان وجه التأمل عدم تمامية ذلك أيضا ضرورة أنه قد يتخلف الاسم والحقيقة، كالتمر والخل والزبد والمخيض كما اعترف هو به في أول كلامه، وردّه بعض الأفاضل، بأن مرجع المناقشة المزبورة إلى الشك في المراد من الجنس المشترك اتحاده في الربا بين الربوبين، هل هو الحقيقة الأصلية خاصة وإن اختلفت أسماء أفرادها، أو أنه لا بد من الاتحاد في الاسم، بناء على دوران الأحكام مدارها في جملة من المواضع بالضرورة، ولا وجه له بعد إمعان النظر فيما قدمناه من الأدلة الدالة على إرادة المعنى الأول بلا شبهة، وتكون هي المستثنية للمسألة من قاعدة دوران الأحكام مدار التسمية كما سلمه هو في مسألة الحنطة والشعير للنصوص الجارية هنا بمقتضى العلة المنصوصة، ولذا أن الحلّي المصّر على إرادة المعنى الثاني في مسألة الحنطة والشعير وافق الأصحاب في المسألة، مدّعيًا في جملة من مواردها إجماع الطائفة.

وبذلك يظهر لك الفرق بين المقام وبين ما ذكره فانا لا ننكر دوران الأحكام مدار الأسماء في غير ما نحن فيه، كما هو واضح، وهو جيد لو كانت المناقشة من حيث اختلاف الاسم خاصة، وإلا فحقيقة الأصل والفرع متحدة.

أما إذا كانت في مختلف الحقيقة من الفرع مع الأصل الذي هو وفرد من إطلاق القاعدة المزبورة، ومن مقتضيات العلة في نصوص الحنطة والشعير، فمن الواضح عدم توجه بعض ما في الردّ عليهما من هذه الحيثية، ضرورة إمكان منع دلالة النصوص وغيرها على نحو ذلك أولا، ومنع تسليمه ثانيا، لمعارضته بمادل «على البيع كيف شئتم مع اختلاف الجنس»، وإن كان من وجه، وبمادل على اعتبار اتحاد الجنس في تحقق الربا، وباستلزامه حصول الربا في المستحيل إلى حقيقة أخرى لوبيع بأصله، كالتمر المستحيل إلى الملح مثلا والتزامه في غاية الصعوبة، لعدم الدليل الصالح لإثباته عدا إطلاق معقدا لاجتماع على

القاعدة المعارض ، بإطلاق معقد جواز البيع ، مع اختلاف الجنس كيف شاء ، وعدا منصوص العلة في نصوص (١) الحنطة والشعير الذي لا جابر له في الفرض ، لقلّة من استند في هذه القاعدة إليه ، بل قد يقال : أنه من الحكمة لامن العلة خصوصاً مع ملاحظة خبر (٢) زرع حوّا ، وستسمع التصريح في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد بجواز بيع اللبن باللحم لاختلاف الماهية ، بل كثير من أفراد ذلك غير محتاج إلى التصريح بهذا .

لكن الانصاف أنه لا مناص عن التزامه ، أو القول به في المستحيل إلى حقيقة أخرى هي فرع لذلك الأصل ، كالشعير بالنسبة إلى الحنطة ، لا إذا لم تكن واستحال إليها فرد من ذلك الجنس ، كالمثال المزبور أو القول بمنزلة إطلاقهم على الفرع الذي لم ينتقل إلى حقيقة أخرى ، وإن تغير الاسم كالدقيق بالنسبة إلى الحنطة ونحوه ، لكن بنا في ذلك بعض أمثلتهم للقاعدة ، منها ما سمعته من معقد اجماع التذكرة الشامل لبيع الفرع بالفرع أيضاً وإن اختلفا في الحقيقة بعد اتفاقهما في الأصل ، ومن هناك كانت المسألة من المشكلات ومحتاجة إلى التأمل التام ، وقد تقدم لنا سابقاً بعض الكلام في ذلك فلا حظ وتأمل .

بل قد يناقش فيها من جهة أخرى وهي أن الفرع إن كان بسبب العمل ومخالطة غير الربوي له كـ الخَل الذي يتخذ من التمر والماء الذي هو من أمثلة القاعدة المزبورة ، قد يمنع إحقوقه بالرّبوي من جزئي أصله ، ضرورة كونه ترجيحاً من غير مرجّح بعد فرض عدم كون الجزء الآخر من المستهلكات ، فأطلاق أدلة البيع وغيره يقتضي جواز التفاضل فيه لو بيع بالتمر مثلاً ، اللهم إلا أن يدعى أن الماء صار من أجزاء التمر كالمعتصر منه ، لكنه كما ترى .

وفي التذكرة في المقام «أن مخالطة الملح والماء والانفخة وبعض الأجزاء اليسيرة لا توجب اختلافاً لأنها أجزاء يسيرة لا اعتبار بها ، فإن كانت كثيرة توجب اختلافاً جاء

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٤٨١

حكم المختلفين « فتأمل جيداً ، فإنه يمكن القول باعتبار ما كان فرعاً لأصل نحو الحنطة والدقيق ، والشعير والسويق ، ونحو الدهن من السمسمة مما سمعته في النصوص المزبورة ، لكل فرع لكل أصل وإن كان بعيداً لا يعرفه إلا خواص الناس ، نحو طلع الفحل ، ونحو اتخاذ القند من الشوندر ، وغير ذلك مما يستخرج من بعض الأجسام على وجه لا يدركه إلا أحدى الناس لأقل من الشك والأصل الجواز ، بناء على ما سمعته ، وإجماع التذكرة لا وثوق به في ذلك وشبهه .

وأما المناقشة فيها بما حكاه في الرياض عن الفاضل المزبور أيضاً ، منها أنه لا شك في أن الحنطة إذا جعلت دقيقاً تزيد كما هو ظاهر ، ودلت عليه صحيحة محمد بن مسلم (١) المتقدمة ، وانطباق الوجه المذكور فيها على قواعدهم يحتاج إلى التأمل ، فلا ينبغي صحة بيع أحدهما بالآخر متساوياً أيضاً للزيادة كما في اليابس من جنس بآخر رطباً مثل الرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، فكيف لا ينبغي النظر إلى مثل هذه الزيادة في وقت آخر بتبديل وتغيير ، مع أنه معتبر عندهم في الرطب والتمر ؛ فقد أجاب عنها في الرياض باغتفار هذه الزيادة اتفاقاً فتوى ورواية .

ولعل الوجه فيه ما أشير إليه وإلى الإشكال الذي ذكره في الصحيحة المشار إليها في كلامه ، وحاصلها أن اغتفار الزيادة إنما هو لاجل الطحن ، وليس بيع الرطب بالتمر اليابس على تقدير المنع عنه مثله بالبديهة ، إذ لا مؤنة في بيع التمر وهو فرق واضح لا يشوبه شوب المناقشة .

قلت لا إشكال في منع الزيادة سواء كان في مقابلها عمل له مؤنة أو لا ؛ كما صرحوا به في بيع الخاتم بالقضه وغيره ، كما أن الظاهر عدم الفرق بين الزيادة الحسية والحكمية ، والفعلية والتقديرية ، بناء على العمل بالعلّة المستفادة من قوله ﷺ « أينقص إذا جف » (٢) كما استعرف ، الكلام فيه مفصلاً إنشاء الله ، فلا يبعد حينئذ أن يكون وقوع التعليل

في الصحيح إقناعا لرفع استبعاد المخالفين ، وإلا فمثل هذه الزيادة غير قادمة ، للنص والإجماع هذا . وفي الوافي في بيان وجه هذه الزيادة : «لعل مراد السائل أن البراءة ربيع ، فيه فضل لأنه يزيد إذا خبز ، بخلاف السويق» انتهى وقد يكون المراد أنه إذا بيع أحدهما بالآخر كيلا ، لأنهما من المكيلات ، فإن الحنطة تكون أثقل والسويق أخف ، فيحصل الربع والزيادة في الحنطة ، بل لو بيعا بالوزن يحصل التفاوت في الكيل ، وستعرف البحث في ذلك ، وأنه هل المعتبر التساوي فيهما ، أو يكفي فيه أحدهما وإن تفاوتافي الآخر وكيف كان فلا مجال لهذه المناقشة بعد النصوص والفتاوى ومعاقدة الإجماعات كما هو واضح والله اعلم .

﴿وما يعمل من جنسين يجوز بيعه﴾ بغيرهما ﴿بهما﴾ مع التفاضل وعدمه ﴿وبكل واحد منهما﴾ لكن بشرط أن يكون في الثمن زيادة عن مجانسه ﴿بحيث تصلح لمقابلة الآخر مع الأفراد كما في المسالك﴾ ، أو لومع الانضمام كما يقتضيه إطلاق غيره ، والأول أحوط ، وإن كان الثاني لا يخلو من قوة .

وعلى كل حال فلا خلاف أجده في شيء من ذلك نصاً وفتوى بل الإجماع بقسميه عليه ،

كما ستعرف ذلك كله وغيره في «المسألة السادسة» إذ هي مع ما نحن فيه من واد واحد كما اعترف به في المسالك ضرورة عدم الفرق بين المعمول من جنسين وبين بيع الجنسين صفقة من غير عمل يقتضي تركيبهما في ذلك نعم عن السيد العميد أن كل مركب من شيئين أو أشياء كالزلاية والأشربة إذا لم يمكن انفصال أجزائه بعضها عن بعض ، فهو كالشيء الواحد ، لا يجوز التفاضل فيه وهو غريب ، إذا فرض عدم الخروج بالتركيب إلى حقيقة أخرى خارجة عن الجنسين ، بل وإن كان كذلك ، بناء على الاحتمال الذي ذكرناه سابقاً في مسألة لحوق الفرع بالأصل ، إذ الظاهر عليه هنا لحوقه بأصلهما ، فلا يجوز بيعه بجنس أحدهما ، مع عدم الزيادة المقابلة ، ويجوز معها وبهما معاً مطلقاً ، ومنه المركب مثله ، فتأمل جيداً ، فإنه يمكن المنع من اللحوق هنا وإن قلنا به بالنسبة إلى جريان الرتبة ، إلا أن الغرض منه التخلص من الرتبة ،

وحينئذ فلا يجوز بيعه بمثله متفاضلاً.

وعلى كل حال فلا يعتبر معرفة مقدار كل من الجنسين في صحة البيع اكتفاء بمعرفة المجموع حتى في صورة البيع بجنس أحدهما ، إذ يمكن فرض العلم بزيادة الثمن عما قبله من جنسه ، وإن لم يعلم خصوص المقدار من ذى الجنسين بأن يعلم مثلاً أن المجانس لا يبلغ النصف ، فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلاً ، كما هو واضح . والله أعلم .

﴿ واللحوم مختلفة ﴾ في الجنس ﴿ بحسب اختلاف أسماء الحيوان ﴾ بخلاف بل في التذكرة الإجماع عليه ، والاشتراك في اسم اللحم لا يقتضي الاتحاد ، كالأشراك في اسم الحيوان .

نعم ﴿ لحم البقر والجاموس جنس واحد ﴾ إجماعاً في المحكي عن الغنية والتذكرة مؤيداً بما تقدم لهم في باب الزكاة و ﴿ لدخولهما تحت لفظ البقر ﴾ لغة فلاختلاف حينئذ في العرف اختلاف أفراد الحقيقة ، وإن اختص كل منهما باسم فيه ، فتوقف فاضل الرِّياض فيه لذلك قال « وإن تجانس اللغة كما حكى في غير محلّه ، بل لوجه لما فرضه من اتحاد الجنس في اللغة واختلافه في العرف » ﴿ ولحم الضأن والمعز جنس واحد ﴾ . بخلاف أجده فيه ، بل الإجماع في محكي الكتابين عليه ، ﴿ لدخولهما تحت لفظ الغنم ﴾ الظاهر في أنه اسم للنوع الذي لا يقدح في اتحاد الحقيقة فيه مثل هذا الاختلاف كالإنسان ، بل في حواشي الشهيد « اللحم والكبد والقلب والكُرش كله واحد » وفيها أيضاً « يجوز بيع اللبن باللحم ، واللحم بالببيض لاختلاف المهية ، بخلاف الدبس بالخل للاختلاف بالصفة لا غير واللحم والشحم مختلفان ، أمّا الإلية والشحم ، فالظاهر اتحادهما كما في الدروس » .

﴿ و ﴿ لحم ﴾ الأبل عرابها وبخاتياها جنس واحد ﴾ بخلاف أيضاً ، والاجماع في محكي الكتابين عليه ، لنحو ما عرفت ، والبخاتي : بفتح الباء وتشديد الياء المثناة من تحت جمع بختي - بضم الباء وتشديد الياء أيضاً : الأبل الخراسانية قال الشاعر : « لبن البخت في

قصاع الخليج» ويخفف ويثقل ، وربما قيل انه معرب ، ﴿و﴾ الطيور اجناس مختلفة لغة وعرفاً ، لاختصاص كل منهما باسم ، وإن جمع الجميع اسم الطير بلاخلاف أجده في شيء من ذلك .

نعم في خصوص ﴿الحمام﴾ منه خلاف فقيل إنه ﴿جنس واحد﴾ كما هو خيرة الفاضل في التذكرة وغيرها ، والشهيد في اندروس والمحقق الثاني في جامعہ ، للاشتراك في الاسم ، ولأنه أقرب إلى الإحتياط وقيل ﴿و﴾ هو الذي ﴿يقوى عند﴾ المصنف ﴿أن كل ما يختص باسم منه، فهو جنس على انفراده كالفخاتسي والورشان﴾ وهو ظاهر التحرير أو صريحه ، ومنشأ الخلاف الشك في أن مقولية الحمام على ماتحته مقولية النوع على الاصناف ، أو الجنس على الأنواع ، فعلى الأول يحرم بيع بعضها ببعض مطلقاً ، وعلى الثاني يختص كل نوع بحكمه ، ولما كان الوقوف على ذاتيات الحقايق عزيز جداً ، ولم يكن من جهة الشرع قاطع بشيء حصل الخلاف ، لكنك خبير أن الاطلاقات تقتضي الجواز مع الشك ، مضافاً إلى عدم مساعدة العرف بصدق الحمام على كثير مما ذكر أنه فرد له ، إذا المعروف عند معظم الفقهاء كما قيل أن الحمام كل طائر يعيب الماء أو يهدر ، فيدخل فيه القماري والدباسي والفواخت ، سواء كانت مطوقة أو لا ، الفة أو وحشية ، بل عن الكركي أنه عرف عند أهل اللغة أيضاً ، لكن فيه أن المحكي عن أكثر كتب اللغة كالصحيح وفقه اللغة وشمس العلوم والسامي وغيرها أنه كَلَّ مطوق ، وحكاة الأزهري عن أبي عبيدة عن الأصمعي .

وعن مصباح المنير: الحمام عند العرب كل ذي طوق من الفواخت والقماري و ساق حراً والقطاو الدواجن والوراشين وأشباه ذلك إلى أن قال : والعامة تخص الحمام بالدواجن ، وكان الكسائي يقول الحمام هو البري واليمام هو الذي يألف البيوت ، و الظاهر أن التفاوت بينهما قليل أو منتف .

وعلى كل حال فالعرف لا يوافق شيئاً مما سمعته عند أهل اللغة فلا ريب حينئذ في أن

الأحوط الاتحاد خصوصاً بعد قوله وَاللَّهُ عَلِيمٌ (١) «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال» بناء على شموله لمثل المقام وإن كان الذي يقوى التعدد بتعدد الأسماء ، والله أعلم ، بل ظاهر قول المصنف ﴿وكذا السموك﴾ أنه أيضاً جناس متعددة بتعدد اسم كل واحد ، بل هو صريح التحريم ، ولكن يظهر من بعض مشايخنا أن المعروف كونه جنساً واحداً ، لشمول الاسم للجميع ، والاختلاف بالعوارض لا يوجب الاختلاف بالحقيقة ، ويمكن إرادة ذلك من الإشارة في المتن وهو لا يخلو من قوة ، لكن لا ريب في أنه جنس مخالف لغيره من اللحم ، كما أن الجراد جنس مخالف لسائر اللحوم البرية والبحرية .

وعلى كل حال ففي المسالك «الطير إنما يتصور الرثا فيه إذا بيع لحمه وزناً ، أما لو بيع جزافاً فلا ، ولو بيع عدداً كما هو الغالب ففي ثبوت الرثا فيه خلاف يأتي ، والأقوى عدمه» قلت : ستعرف أنه لا يكفي في الرثا أيضاً مطلق البيع وزناً وإن كان المتعارف في الزمن السابق بيعه جزافاً ﴿و﴾ كيف كان في ﴿الوحشي﴾ من كل جنس مخالف لأهليته ﴿﴾ كما نص عليه ؛ بل عن الغنية وجامع المقاصد وظاهر التذكرة وغيرهما الإجماع عليه ، بل عن موضع آخر من التذكرة ما هو كالصريح في ذلك ، ولو لا هذا الاتفاق لما كان المناقشة في ذلك كما اعترف به في الرياض وهذا وعن الخلاف والمبسوط أن ليس في الأبل وحشي .

﴿والألبان تتبع اللحمان في التجانس والاختلاف﴾ باختلاف أجده فيه ، بل في التذكرة الإجماع عليه ، فلبن الأبل جنس ولبن البقر جنس آخر كذي اللبن وقد يحتمل اتحاد الجنس في بعضها ، وإن اختلف اللحمان ، بل عن بعض العامة أنها جميعاً جنس واحد . والله أعلم .

هذا ﴿و﴾ قد عرفت سابقاً أنه لا يجوز التفاضل بين ما يستخرج من اللبن وبينه كزبد البقر مثلاً ، بحليبه ومخيضه واقطه ﴿﴾ لأنه فرع بل لا يجوز التفاضل في الفروع نفسها

فضلا عن الفرع وأصله فلا حظ وتأمل . ﴿والأدهان تتبع ما تستخرج منه ، فدهن السمسم جنس ، وكذا ما يضاف إليه كدهن البنفسج والنيلوفر﴾ لأن إضافته إليه لا يخرج عنه أفراد أنواع الدهن ، فانه ليس مركبا منه ومما يضاف إليه بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه به مدة خاصة ثم ينزع منه ﴿ودهن البزرجنس آخر﴾ كدهن اللوز ودهن الجوز وغيرها من الأدهان كما هو واضح ، ضرورة أن الاشتراك في الدهنية لا يقتضي الاتحاد في الحقيقة المعلوم اختلافها ﴿و﴾ كذا ﴿الخلول﴾ فإنها ﴿تتبع ما يعمل منه فخل العنب مخالف لخل الدبس﴾ وإن اشتركا معاً في الخلوية ﴿ويجوز التفاضل بينهما نقدا﴾ كغيرهما من المختلف ﴿و﴾ أمّا ﴿في النسيئة﴾ ففيه ﴿تردد﴾ وخلاف تقدم تحقيق الحال فيه سابقا إذا لمقام فرد من أفراد مختلف الجنس والله اعلم .

﴿الثاني﴾ من الأمور ﴿اعتبار الكيل والوزن﴾ إذا كان المبيع والتمن كذلك مع اتحاد الجنس حرّم الربا فيهما اجماعاً بقسميه ، وسنة وكتبا ، بل كاديكون ضروريا ، إنما الكلام في اشتراط ذلك فيه وقد عرفت سابقا اشتراط الجنسية ، أمّا التقدير بهما على معنى أنه ﴿لاربا لا في مكيل أو موزون﴾ فهو المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة ، بل عن الخلاف وجميع البيان والتذكروظاھر الغنية والسرائر الاجماع على عدم الربا في المقدّر بالعدد؛ وإن كنت لم أتحققه فيما حضرني منها ، إلا أن الأصل والعمومات كافية في الجواز .

مضافا إلى النصوص المستفيضة إن لم تكن متواترة كالصحيح (١) المروي في الكتب الثلاثة «لابأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كيلا أو وزنا» والخبر (٢) المنجبر بما سمعت «أن ما عدّ أولم يكل ولم يوزن فلا بأس به ، إننان بواحد يدأ بيد ، ويكره نسيئة» وموثق منصور بن حازم (٣) «سأل الصادق عليه السلام عن البيضة بالبيضتين؟ قال: لا بأس ، والثوب بالثوبين؟ قال: لا بأس والفرس بالفرسين؟ قال: لا بأس به ، ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا الحديث ٣-

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا الحديث ٢- ٣

إذا كان من جنس واحد ، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس إثنان بواحد» وخبره الآخر (١) «سألته عن الشاة بالشايتن ، والبيضة بالبيضتين ؟ قال : لا بأس ما لم يكن كيلا أو وزنا» وكذا (٢) سألته داود بن الحصين فأجابه بذلك أيضاً .

والخبر الذي قيل فيه أنه مروى في الكتب الثلاثة أيضاً بستة طرق ، منها الصحيح (٣) عن عبيد بن زرارة تارة ، وعن زرارة أخرى عن الصادق عليه السلام «لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن» وصحيح زرارة أيضاً (٤) عن الباقر عليه السلام «البيعير بالبيعيرين ، والدابة بالدابتين يدا بيد ليس به بأس ، وقال : لا بأس بالثوب بالثوبين يدا بيد ونسيئة إذا وصفتها» وسأل البصري (٥) أبا عبد الله عليه السلام «عن بيع الغزل بالثياب المنسوجة والغزل أكثر وزنا من الثياب ؟ فقال لا بأس» وسأله (٦) أيضاً «عن العبد بالعبد والعبد بالعبدة والدرهم ؟ قال : لا بأس بالحيوان كله يدا بيد ونسيئة» وسأله (٧) سعيد بن يسار أيضاً «عن البيعير بالبيعيرين يدا بيد ونسيئة ؟ فقال : نعم لا بأس إذا سميت الاسنان جذعين ، أو ثنيين ، ثم امرني فخططت على النسيئة لأن الناس يقولون لا» وموثق سماعة (٨) «سألته عن بيع الحيوان إثنين بواحد ؟ فقال : إذا سميت الثمن فلا بأس» إلى غير ذلك من النصوص الدالة على المطلوب .

فما في المقنعة وعن أبي علي وسأله من أن حكم المعدود حكم المكيل والموزون ، فلا يجوز التفاضل في المتجانسين مطلقاً فقد أورد نسيئة واضح الضعف ، وإن كان قد يحتج له بعد إطلاق حرمة الربا بصحيح (٩) محمد «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الثوب الردين بالثوب المرتفع ، والبيعير بالبيعيرين والدابة بالدابتين ؟ فقال كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه ، إلا أن يختلف الصنفان قال : وسألته عن الأبل والبقر والغنم أو أحدهن في هذا الباب ؟ فقال : نعم فإنا

(١) الوسائل الباب ١٦ - من أبواب الربا الحديث ١ -

(٢) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب الربا الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ٦ - من أبواب الربا الحديث ٣

(٤) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب الربا الحديث ١

(٥) الوسائل الباب ١٩ - من أبواب الربا الحديث ١

(٦) (٧) (٨) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب الربا الحديث ٦ - ٧ - ١٥

(٩) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الربا الحديث ٧

نكرهه» وصحيح ابن مسكان (١) المروي في الفقيه من رسالة مقطوعاً قال : «سئل الصادق (ع) عن الرجل يقول عاوضني بفرسي وفرسك وأزيدك؟ قال : فلا يصلح ، ولكن يقول اعطني فرسك بكذا وكذا واعطيك فرسي بكذا وكذا»

لكن فيه بعد تقييد الإطلاق بما عرفت ، عدم صدق اعتبار العد في ذلك ، فيكون حينئذ ما في الخبرين مع معارضته بما سمعت ، مخالفاً للإجماع ، ولعله لذا نفى الخلاف في المختلف عن بيع الثوب بالثوبين نقداً ، فلا بد من عدم إرادة الحرمة من الكراهة ؛ ونفي الصلاحية ، أو على إرادة خصوص النسبة منه ، لما في المقنعة لأبأس يبيع ما لا يكال ولا يوزن ، واحد باثنين وأكثر من ذلك نقلاً ، ولا يجوز نسبة كثوب بثوبين ، وبغير بغيرين ، وشاة بشاتين وداربدارين ، ونخلة بنخلتين يدايد نقداً ، وإن باع ذلك نسبة كان البيع باطلاً ، ونحوه عن المراسم.

وفي النهاية «وأمّا ما لا يكال ولا يوزن فلا بأس بالتفاضل فيه ، والجنس واحد نقداً ، ولا يجوز ذلك نسبة ، مثل ثوب بثوبين ، ودابة بدابتين ، وداربدارين ، وعبد بعبدتين ، وما شبه ذلك .. ، إلى أن قال في آخر المبحث .. وما يباع بالعدد فلا بأس بالتفاضل فيه يداً بيد ؛ والجنس واحد ؛ ولا يجوز ذلك نسبة ، مثل البيضة بالبيضتين ، والجوزة بالجوزتين ، والحلّة بالحلتين ، وما أشبه ذلك » . ونحوه في المحكي عن العثماني وابن الجنيد والخلاف في عدم جريان الرّبا في المعدود ، والمنع نسبة في نحو ما عرفت .

وفي الوسيلة «السادس أي بيع المعدود بالمعدود ، ويجوز التبايع فيه متماثلاً ومتفاضلاً ، نقداً ونسيئةً ، إذا كانا من جنس واحد ، مثل بيع بيضة ببيضتين ، وجوزة بجوزتين ، وحلّة بحلتين» وفي الغنية «ويجوز بيع الحيوان بالحيوان متماثلاً أو متفاضلاً ، سواء كان صحيحاً أو كسيراً نقداً ؛ ولا يجوز ذلك نسبة ، في الظاهر من روايات أصحابنا وطريقاً الاحتياط تقتضي المنع منه .»

﴿و﴾ إلى ذلك أشار المصنف بعد أن ذكر أنه ﴿بالمساواة فيهما﴾ أي الكيل و الوزن في المكيل والموزون ﴿يزول تحرير الربويات﴾ إجماعاً أو ضرورة إذا لم يكن في أحدهما زيادة عينية ، أو حكمية ، ولو أجلاً ، قال : ﴿فلو باع ما لا كيل فيه ولا وزن متفاضلاً جاز ولو كان معدوداً ، كالثوب بالثوبين والثياب ، والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً ، و في النسبئة تردد و﴾ لا ريب في أن ﴿المنع أحوط﴾ خرجاً عن شبهة الخلاف المتقدم ، وإن كان هو ضعيفاً بل في محكي التذكرة الإجماع على خلافه ، بل يمكن دعوى تحصيله ، كما أن النصوص السابقة بين صريح وظاهر في جوازه ، والبأس المستفاد من مفهوم بعضها أعم من الحرمة ، على أنك قد سمعت ما في خبر سعيد بن يسار (١)

ومنه يعلم وجه الاقتصار في بعضها على اليد باليد ، وقد ظهر لك من ذلك أن الخلاف متحقق هنا في أمرين ؛ أحدهما : إلحاق المعدود بالمكيل والموزون في جريان الرّبا كما هو صريح المقنعة ، والمحكي عن سائر أرباب علي ، وثانيهما : المنع من البيع متفاضلاً نسبئاً ، وإن لم يكن معدوداً ، كما سمعته من الشيخ وغيره ممن لم يجز المعدود مع جري المكيل والموزون في الرّبا ، ولعل ذلك منهم إثبات حكم خاص للنسبئة ، لا لأنه ربا أو لأن الرّبا الممنوع فيه في النسبئة لا النقد ، والظاهر ثبوت ذلك عندهم ، ولو في المعدود أيضاً ، كما هو صريح النهاية أيضاً وقد يطلق اسم المعدود على ما يشمل نحو العبد والفرس والدار ، ومن هنا اشتبه على بعض الناس الحال في المقام والتحقيق ما عرفت .

وعلى كل حال فلا دليل معتبر على شيء من الدعويين بحيث يصلح لمعارضة تلك الأدلة ، لكن لا بأس بالقول بالكراهة في بيع المتجانس متفاضلاً نسبئاً ، بل وغير نسبئاً في المعدود وغيره ، خرجاً عن شبهة الخلاف للفتوى والرواية ، بعد القول بالتسامح في الكراهة على هذا الوجه ، والله أعلم .

﴿ولا ربا في الماء﴾ للأصل والإطلاق والنصوص السابقة لعدم اشتراط الكيل

والوزن في بيعه ﴿وإن اتفق بيبعه بأحدهما في بعض الأحوال أو الأمكنة أو الأزمنة ، نعم قيل إنه لا يباع سلفاً إلا وزناً ، فلو أسلف ماء في ماء إلى أجل ، احتمل أن يكون ربوياً ، لاشتراط الوزن فيه حينئذ ، وكذا الحجارة والتراب والحطب ، وفيه أن الوزن في السلم للضبط ، لآلأنه يعتبر في صحة بيعه ذلك ، فالأقوى عدم جريان الربا فيه ، حتى في السلم إذ لو سلم اعتبار الوزن فيه ، يمكن منع تحقق شرط الربا ، بذلك ، ضرورة ظهور الأدلة في اعتبار ذلك في أصل بيعه ، لا في قسم خاص من البيع .

﴿و﴾ كذا الطين نعم ﴿يثبت في الطين الموزون كالأرمني على الأثبة﴾
لتحقق الشرط فيه ، والمراد به طين قبر ذي القرنين وعن المصباح أنه روي عن محمد بن جمهور القمي (١) عن بعض أصحابه «أنه سأل الصادق عليه السلام عن الطين الأرمني يؤخذ للكسر أيحل أخذه قال : أما إنه طين قبر ذي القرنين وطين قبر الحسين عليه السلام خير منه» وعن مكارم الأخلاق (٢) أنه أرسل عنه عليه السلام «أنه سئل يؤخذ الطين الأرمني للكسر والمبطون؟ فقال : نعم» الحديث وعن الأيضاح في باب المطاعم نفى الخلاف عن جواز أكله لدفع الهلاك فكان دواء يباع وزناً ، وأما الخراساني فأكله حرام فإن بيع لغرض صحيح بنى ثبوت الربا فيه على دخول الاعتبار وعدمه ، ولا تلازم بين حكم أكله وحكم بيعه ، وإن حكى عن الشيخ والقاضي أنه أطلق حرمة بيع الطين المأكول ، بل عن الخلاف الإجماع على ذلك . والله أعلم .

﴿و﴾ حيث عرفت اشتراط الكيل والوزن في تحقق الربا في المعاوضة ، فينبغي أن يعلم أن ﴿الاعتبار في ذلك بعادة الشرع ، فمأثرت أنه مكيل أو موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله بنى عليه﴾ حكم الربا إجماعاً محكياً في التنقيح إن لم يكن محصلاً ، وإن

(١) الوسائل الباب - ٦٠ من أبواب اطعمة المحرمة الحديث ٣

(٢) الوسائل الباب - ٦٠ من أبواب اطعمة المحرمة الحديث ٣

تغير بعد ذلك ، بل فيه أيضاً أنه ما علم أنه غير مكيل ولاموزون في عصر النبي ﷺ فليس
بربوى إجماعاً ، ومقتضاه وإن كيل أو وزن بعد ذلك ، وكان الوجه في الامرين بعد
الاجماعين المعتضدين بالتتابع - الاستصحاب السالم عن معارضة قاعدة « دوران الحكم
المعلق على الوصف مداره وجوداً و عدماً » بعد تخصيصها بغير المقام ، ولو للاجماع
السابق ، أولأنها حيث يكون التعليق على الوصف المعلوم مناسبتة ، أولأن المراد منها
زوال الحكم عن الفرد الفاقد للوصف من أصله ، لالذي تلبس به ثم زال عنه ، أو لغير
ذلك ، مما يشترك في كون المدار هنا على ما عرفت ، من أن وجود الكيل والوزن في
ذلك العصر كاف في تحقق الربا كما ان الجزافية مثلافية تكفى في تحقق عدمه .

فحصل أن المدار المتصف بكل منهما في ذلك الزمان ، وفي مضمرة على بن ابراهيم
الطويل (١) ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة ولا يؤخذ فيه بالخاصة فإن قوماً
يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم ، لأن أصل اللحم أن يوزن ، وأصل الجوز
أن يعد ، وهو مؤيد بما ذكرنا في الجملة ، ولعل العلم باتفاق البلدان في هذا الزمان على
أحدهما ، مع عدم العلم بالحدوث ، بل اتفاق بعضهم عدم العلم بخلاف الباقي كاف ، في
اثباته فيه ، لأصالة عدم التغير والاتقال من صفة أخرى .

وإليه أشار المصنف بقوله ﴿ وما جهل الحال فيه ﴾ ، رجع إلى عادة البلد ﴿ أما ﴾ (إن
اختلفت البلدان فيه) ﴿ على وجه لم يعلم عادة عصره ﴾ ، فالمشهور بين المتأخرين بل لعل
عليه عامتهم أنه ﴿ كان لكل بلد حكم نفسه ﴾ ، وهو المحكي عن المبسوط والقاضي معلمين
له بالأصل في الجملة ، وأن المعتبر العرف والعادة عند عدم الشرع ، وكما أن عرف تلك البلد
التقدير فيلزمه حكمه عرف الآخر الجزاف مثلاً فيلزمه حكمه صراً للخطاب إلى المتعارف
من الجانبين ، ورداً للناس إلى عوائدهم ، كما في القبض والحرز وإلزام الخطاب

بما لا يفهم ، فيكون قد قام العرف الخاص مقام العام عند انتفائه ، وهو مخالف لما سمعته من خبر علي بن ابراهيم (١) ويجب تقييده أيضا بما إذا لم يعلم سبق الاختلاف بالاتفاق ، فإن المتجه حينئذ عدم الرّبا ، وإن لم يعلم أن الاتفاق كان على عدم التقدير ، ضرورة الاكتفاء في نفي الحرمة باحتمال عدم التقدير ، للأصل وغيره .

أما إذا لم يعلم فقديته ذلك ؛ لكن لا لما ذكره ، بل لا يستصحاب هذا الحال إلى زمن الخطاب ، فينساق الذهن حينئذ إلى أن لكل بلد حكم نفسه ، إنه وصادق عليه اسم التقدير وعدمه ، وأول علة للرّبا كما أن الثاني علة لعدمه ، فأعمالهما معاً بعد عدم الترجيح بينهما يقضي بذلك ، وليس دامن تنزيل اللفظ على العرف الخاص المتعدد الذي هو واضح البطلان ، كما حرّر في الأصول ، ضرورة أن الاختلاف بين البلدين مثلاً بالتقدير وعدمه ، لافي معنى اللفظ ، وبينهما بون ، كما أن الحكم المزبور لا ينافي ما تقدم سابقاً من الاكتفاء في جريان حكم الرّبا سبق التقدير وإن زال ، القاضى بعدم دوران الحكم مدار الوصف ، وإلا لا تنفسي بانتفائه ، إنه هو هنا أيضا كذلك ، فإنه وإن أعطينا كل بلد حكمه ، لكن ليس لدوران الحكم على الوصف وجودا وعدمه ، بل لدورانه على أصل ثبوت الوصف كما في سابق التقدير ، فيجرب حينئذ حكم الرّبا في بلاد التقدير وإن زال ، ولا يجرب في بلاد الجراف وإن قدر ، بناء على أن ذلك كذلك في المعلوم حاله في عصر النبي ﷺ .

نعم قديشکل ذلك بأن المختلف في بلدين مثلاً لا يدخل تحت إطلاق أحد الخطأ بين ، لأنه مصداق لكل منهما ، فقضية الأصل عدم حرمة الرّبا وبما يؤيده خبر علي بن ابراهيم (٢) السابق إلا أنني لم أجد قائلًا به هنا بل ولا من احتمله ، وبمنع مثل ذلك في الشرع إذا المعلوم منه أن الأشياء منها ما لا يصح بيعها إلا بالتقدير ، ولتوقف رفع

الجهالة عليها ومثلها لا ينبغي إختلاف البلدان، بل لابد من الحكم بفساد فعل فاقدة التقدير، ومنها لا يعتبر فيها ذلك، فيجوز بيعها مقدرة وبلا تقدير وإختلاف البلدان فى هذه بان كان التعارف فى بعضها التقدير وفى الآخر العدم، غير قاذح فى عدم الربا فيها، لعدم اشتراط صحة بيعها بالتقدير، فيجوز بيعها بدونه فى بلاد التقدير، فلم يتحقق شرط الربا، ودعوى إمكان توقف رفع الجهالة على التقدير فى بلاد دون أخرى، يمكن منعها حينئذ فمفروض المسألة حينئذ لابد وأن يكون من الثاني، حملاً لأفعال المسلمين على الصحة، فلا يجرى فيه الربا، بل احتمال ذلك فيه كاف فى رفع الحرمة ولكن قد يدفع ذلك كله وغيره بالاجماع المركب إن لم يكن البسيط، إذ الأ أقوال فى المسألة ثلاثة أشهرها ما عرفت.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ فى النهاية وسلاّر فيما حكى عنه ﴿يغلب جانب التقدير ويثبت التحريم﴾ حينئذ ﴿عموماً﴾ من غير فرق بين بلد الكيل والوزن والجزاف، وعن فخر المحققين أنه قواه، ولعله لصدق التقدير، وإن كان يعارضه صدق عدمه، وكما أن الاول مناط الربا، كذلك الثانى مناط عدمه، وأصالة الجواز المستفادة من إطلاق الأدلة وعمومها تقتضى الجواز، ولا يعارضها إطلاق حرمة الربا بعد تقييده باشتراط الوزن والكيل.

وقيل والقائل المفيد: إن تساوت الأحوال فيه غلب جانب التقدير، وإلا رجح الأ غلب، ولعل المشكوك عنده من المتساوى ترجيحاً له بغلبته على غيره، بخلاف الأول الموافق جريان الربا فيه للاحتياط، ولقوله عليه السلام (١) «ما اجتمع الحرام والحلال إلا وغلب الحرام، الحلال» لكن لا يخفى عليك عدم وجوب مراعاة الاول عندنا، وعدم تناول الثانى لما نحن فيه.

نعم يؤيد القولين معاً ما ذكرناه من أنهما موافقان لعمومية الحكم وأن الشىء إما ربوي أولاً، لأنه ربوي فى مكان دون آخر، بل قد يظهر من بعضهم أنه كذلك فى الزمان أيضاً، لكن ومع ذلك فالوقوف على المشهور أولى، وإن كان الاحتياط

لا ينبغي تركه ؛ خصوصاً بعد أن حكى الميل إلى قول المفيد جماعة من المتأخرين والله اعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ المراعى فى المساوات ﴾ المسوغة لبيع المتجاسر
 كيلاً أو وزناً ﴿ وقت الابتياح ﴾ فيجوز حينئذ بيع كل ماله حالاً رطوبة وجفاف ،
 بعضه ببعض مع تساوى الحالين ، كالرطب بمثله والعنب بمثله ، والفواكه الرطبة
 بمثلها ، واللحم الطرى بمثله ، والحنطة المبلولة بمثلها ، والتمر والزبيب والفاكهة
 الجافة والمقدد والحنطة اليابسة كل واحد بمثله ، بلا خلاف أجده فيه ، بل فى
 التحرير القطع به الجارى مجرى الإجماع ، بل عن نهاية الأحكام نسبتة إلى
 علماً لنا للأصل السالم عن معارضة التفاضل حالة العقد ، ولأنه وجد التماثل
 فيهما فى الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص كبيع اللبن باللبن .

وكذلك جميع الأشياء الرطبة بعضها ببعض سواء كان لها حالة جفاف أولاً ،
 كالرطب الذى لا يتم ، والعنب الذى لا يرب ، والبطيخ ونحوه ، وكذا بيع اليابس
 بمثله ، فيندرج حينئذ فى جميع ما تقتضى الجواز ، كما أنه يخرج عما يقتضى المنع
 بل ما سمعه من نصوص (١) المسألة الآتية ظاهرة فى الجواز فيه ، لكنه قد يقال بوجوب
 تقييد ذلك بما إذا لم تختلف كيفية الرطوبة بما لا يتسامح فى مثله بالعادة ، وإلا كان
 إلحاقه بالمسألة الآتية أي بيع الرطب بالجاف أولى ، بل قد يناقش فى الجواز فى
 غيره أيضاً بفحوى ما سمعه من النصوص الآتية ، الدالة على منع بيع ما ينقص إذا
 جف بجنسه الجاف ؛ معللة له بذلك ، ضرورة إقتضاها الحرمة بعدم المساوات
 المتأخرة عن وقت الابتياح ، فهى حينئذ شرط فى الجواز ، والشك فيها شك
 فيه ، ومع فرض رطوبة العوضين معاً لم يعلم مساواتهما بعد الجفاف قطعاً ، لاحتمال
 زيادته فى واحد دون الآخر ، اللهم إلا أن تدفع بمنع اقتضاء تلك النصوص شرطية

المساواة على الوجه المزبور ، بل أقصاها الحرمة بتحقيق النقصان عند العقد ، وهو منتف في الفرض قطعاً ، لاحتمال المساواة في الواقع .

نعم لو ^{عل}حال البيع بنقصان أحدهما من الآخر بعد الجفاف ، انجبه إلا لحاق بالمسألة الآتية ؛ أما إذا لم يعلم وقت الإبتياح فلا معارض لما يقتضي الصحة من النصوص وغيرها ، بل مقتضى إطلاقها ذلك وإن تحقق النقصان متأخراً عن وقت الإبتياح ، وإن كان لا يخلو من تأمل في الجملة ، بل خيرة المصنف تبعاً للمحكي عن الشيخ في مبسوطه وخلافه و ابني زهرة وإدريس وكاشف الرموز الاكتفاء بالمساواة وقت الإبتياح ، وإن علم النقصان حاله بعد ذلك .

﴿فلو باع لحمائياً بمقدد متساوياً جاز، وكذا الوباع بسرا برطب ، وكذا لو باع حنطة مبلولة بياسة ، لتحقيق المماثلة﴾ فيخرج عماد^ل على حرمة الربا ، و يدخل فيما دل^ل على الجواز ، بعد عدم حجية منصوص العلة في غير ذي العلة ، ﴿وقيل بالمنع﴾ والفتايل القديمة والشيخ في موضع من المبسوط ، والوسيلة ، والتذكرة ، والتحريم ، ونهاية الأحكام ، والإرشاد ، والمختلف ، والقواعد ، واللمعة ؛ والمقتصر والمهذب ، والتنقيح ، وإيضاح النافع ، والميسرة ، والمسالك ، والروضة ، والدروس ، على ما حكى عن بعضها ، بل في التذكرة أنه المشهور ، وفي التنقيح وعن إيضاح النافع أن عليه الفتوى ، ﴿نظراً إلى تحقيق النقصان عند الجفاف﴾ فلا تجدي المساواة وقت الإبتياح ؛ وقد أرسله العامة والخاصة في كتب فروعهم عن النبي ﷺ (١) «أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال : أينقص إذا جف ؟ فقيل له : نعم ، فقال : لا إذا » وكان سؤاله مع العلم بالحال ، لبيان الوجه في التحريم وقد قال : الصادق ^{عليه السلام} في صحيح الحلبي (٢) «لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس والرطب رطب فإذا يابس نقص » و

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٨٠

(٢) الوسائل الباب ١٤ - من أبواب الربا الحديث ١ -

في خبر داود بن سرحان (١) لا يصلح التمر بالرطب ، إن الرطب رطب ، والتمر يابس
 فأذا بيس الرطب نقص» وخبر داود الأزارقي (٢) الذي يقرب من ذلك «والباقر ^{١٢٤} _{١٢٥}
 في خبر محمد بن قيس (٣) أن أمير المؤمنين ^{١٢٤} _{١٢٥} كره أن يباع التمر بالرطب عاجلاً
 بمثل كيله إلى أجل من أجل أن التمر يابس فينقص من كيله، بناء على إرادة الحرمة من نفي
 الصلاح والكراهة في باب الربا ، لكثرة التعبير بهما عنها فيه خصوصاً في نحو المقام
 الذي قد عرفت شهرة الأصحاب عليه ، وخصوصاً بعدما ورد (٤) في نحو ذلك من أن
 علياً ^{١٢٤} _{١٢٥} لا يكره الحلال ، بل في صحيح الحلبي ما يشهد لإرادتها منه ، كما لا يخفى .
 والمناقشة في حجية العلة في غير موردها واهية ، كما حرر في الأصول ، بل هي
 هنا في صحيح الحلبي كالصريحة في التعميم، ^{١٢٤} _{١٢٥} (أو) ^{١٢٤} _{١٢٥} يعلل المنع مضافاً ^{١٢٤} _{١٢٥} إلى ذلك ،
^{١٢٤} _{١٢٥} انضيا في أجزاء مائية مجهولة ^{١٢٤} _{١٢٥} فمقابلته أزيد منه بالنسبة إلى أجزائه فعلاً فلا مساواة
 حال الابتاع حينئذ .

لكن قد يناقش فيه بأنه إنما يتم في ذى البلل العرضي كالحنطة المبلولة ، لا في
 مثل العنب ونحوه مما كان الماء فيه أحد أجزائه ، ومن هنا فرق في المحكي عن موضع
 من المبسوط بين الحنطة المبلولة وغيرها ، فمنع فيها دون نحو العنب بالزبيب ، وعلى
 كل حال فلا ريب في أن المنع مطلقاً أقوى ، ^{١٢٤} _{١٢٥} (و) ^{١٢٤} _{١٢٥} منه يعلم أنه لا ينبغي أن يكون ^{١٢٤} _{١٢٥} في
 بيع الرطب بالتمر ^{١٢٤} _{١٢٥} في غير العربية ^{١٢٤} _{١٢٥} تردد ^{١٢٤} _{١٢٥} كما وقع من المصنف اذ هو مورد العلة
 المزبورة ، وإن قال ^{١٢٤} _{١٢٥} والأظهر اختصاصه بالمنع اعتماداً على أشهر الروايتين ^{١٢٤} _{١٢٥} رواية
 وعملاً ، بل هو المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً ، بل في الغنية وعن الخلاف الإجماع
 عليه ، وهما الحجّة بعد النصوص السابقة التي لا وجه للمناقشة فيها باحتمال حملها

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ١٤ - من أبواب الربا الحديث ٦ - ٧ - ٢

(٤) الوسائل الباب ١٥ - من أبواب الربا الحديث ١

على النسبة المتفق على منعها فيه ، كما فى التمر ير استنادا إلى خبر محمد بن قيس (١) منها ، ضرورة ظهور شمول مفهوم التعليل للنقد والنسبة ، ولو أريد الثانى لكان اللازم التعليل بها ، على أنه لو سلم دلالة خبر محمد بن قيس على ذلك فلا دلالة فيه على العدم فى النقد ، كى ينافى غيره من النصوص الذى يراد حملها عليه ، كما أنه لا وجه للمعارضة بالأصل والإطلاقات التى يكفى فى تخصيصها الأقل من ذلك .

وبمؤثق سماعة (٢) قال «سئل أبو عبد الله (ع) عن العنب بالزبيب قال لا يصلح إلا مثلاً بمثل قال والتمر بالرطب مثلاً بمثل» المؤيد بخبر أبى الربيع (٣) فى الجملة « قال لأبى عبد الله عليه السلام ما ترى فى التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل؟ قال: لا بأس قلت فالبخنج والعنب مثلاً بمثل؟ قال: لا بأس» القاصرين عن المعارضة من وجوه بل قد يَحْتَمَلان بل قيل: انه الظاهر إرادة المماثلة بوصفى الرطوبة واليبوسة ، فيكون كل منهما حينئذٍ مشعراً بالمنع مع المخالفة ؛ بل ربما احتل فى المؤثق حملة على عنب يابس أو زبيب رطب ، و التفاوت اليسير غير قادح كبيع العسل بالعسل قبل التصفية ، واللحم الطرى بمثله ، بل فى الكافى قلت: والتمر والزبيب قال: مثلاً بمثل فيكون خارجاً عما نحن فيه ، كما أن خبر أبى الربيع كذلك إذ ليس فيه بيع الرطب بالتمر .

نعم أقصاه المنافاة لتعدية العلة ، وقد يَحْتَمَلُ إرادة الرطب من التمر ، فيكون حينئذٍ من قبيل بيع ذى الحالتين مع التساوى فيهما ، والمراد بالبختج فيه عصر العنب المطبوخ بالنار ، وبالعصير ذلك ، قبل أن نمسه النار كما قيل ، ولعله مما ينقصه التجفيف ؛ لا الجفاف بنفسه ، وستسمع الحال فيه كل ذلك مع ندرة الخلاف ، لا تحصاره فيما أجده فى المحكى عن الاستبصار الذى لم يعد للفتوى ، وموضع من المبسوط ، وابن إدريس فجوزاه على كراهية ، بل قال الثانى منهما : أن مذهبنا ترك التعليل والقياس ، لأنه

كان يلزم عليه أنه لا يجوز بيع رطل من العنب برطل من الزبيب ، وهذا لا يقول به أحد من أصحابنا بغير خلاف ، وهو كما ترى .

نعم تبعهما بعض متأخري المتأخرين ولو زاد في الرطب بما يساوي نقيصة الجفاف لم يرتفع المانع ، سواء كانت الزيادة من الجنس أو المخالف لقوات التساوي حال الابتاع ، كما أنه كذلك لو نقص في التمر ، وفي التحرير الاتفاق على منع بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ، نعم لو نقص الرطب وضم إليه من غير جنسه وباعه بالتمر صريحاً ، ولو فرض زيادة أحد العوضين على حال الابتاع من غير نقيصة للآخر جاز بعد احراز المساواة حال البيع ، للأصل والاطلاقات السالمة عن معارضة تعدية العلة ، اللهم إلا أن يدعى ظهورها في إرادة المثال ، ولو كان النقصان بالجفاف يسيراً لقلّة العوضين جرى عليه حكم الرطب في وجهه ، لكونه مما لا يتسامح فيه حال الكثرة ، وربما يؤمى إليه ترك الاستفصال في منع بيع الرطب بالتمر ، كما أن المتسامح به حال الكثرة لا يقدر في القلة وإن تفاحش ، وقد يقوى في النظر ملاحظة أشخاص الأعراض في ذلك ، ولو كان مما ينقصه التجفيف لا الجفاف أمكن الإكتفاء بالمساواة حال البيع ، إذ لم يكن معظم الإقتناع به متوقفاً على التجفيف ، وأنه متخذ عادة لذلك ، وكذا يكتفى بالمساواة في وجهه لو كان مما يعود نقصه ، لاعتبار رش الماء عليه والله أعلم .

﴿ فروع ﴾

﴿ الأول : إذا كانا ﴾ أي العوض والمعوض ﴿ في حكم الجنس الواحد وأحدهما مكيل والآخر موزون كالحنطة والدقيق فبيع أحدهما بالآخر وزناً جازين ﴾ مع التساوي إن تفاوتتا بالكيل وفاقاً للمحكمي عن المبسوط والسرائر والقاضي ، وبه تصريح في التحرير والمسالك وغيرهما ، للإطلاقات وصدق بيع المثل بالمثل ، وفي صحيح زرارة (١) «الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به» وقال محمد بن مسلم (٢) للباقر (عليه السلام) في

المتماثلة بالتساوى في المقدار الذي جعله الشارع معياراً لهما وهو الكيل ، وإن اختلف في غيره مما لم يجعله معياراً ، وقول الشيخ أن الاحوط الوزن ، لأن الدقيق أخف من الحنطة غير جيد ، لأنه من هذه الحيشة كان الأحوط الكيل ، إذ تساويهما في الوزن يقتضى التفاضل بينهما فيما جعله الشارع معياراً لهما وهو الكيل الذي نهى عنه ، وتساويهما في الكيل يقتضى تماثلهما فيما جعله الشارع معياراً لهما الذي أمر به ، وإن اختلفا فيما سواه .

قلت: لكن هذا كله خروج عما نحن فيه من بيان حكم ما لو اختلف ما هو كالجنس الواحد في التقدير ودعوى إمتناع ذلك لتبعية الفروع للأصول كما يؤمى إليه أول كلامه ، واضحة المنع ، وربما كانت هي منشأ قوله بأن الدقيق مكيل ، وإلا فالمنقول أنه موزون ، وربما كان في صحيح ابن مسلم (١) إيماء إليه بناء على أن الفضل في الحنطة عليه ، إنما يكون بالوزن في بعض نصوص مقاطعة الطحان (٢) التصريح باعتباره بالوزن ، كما أن فيه اعتبار الحنطة به ، ولا ينافيه معلومية اعتبارها بالكيل ، إذ يمكن أنها كانت تعتبر بهما .

وكيف كان فالظاهر عدم الخلاف في مفروض المسألة ، لافي مثالها في عدم جواز البيع بالكيل ، وتردد المصنف والفاضل في التحريم ليس قولاً بل لم أجدهم احتمله غيرهما ؛ بل اقتصر الثاني منهما في القواعد على احتمال تحريم البيع بالكيل والوزن للاختلاف قدراً وتسويغه بالوزن ، لكن في المسالك عن الفاضل أنه اعتبر الكيل فيما هو أصله ، واستحسنه هو ، وفيه مع أنه لا يتم في نحو الحنطة بالخبز ، أنه لا مدخلية لكيل الأصل في ذلك ، وعن السرائر نفى الخلاف عن عدم جواز بيع الموزون مكيلاً .

والتحقيق في المسألة مبني على تحقيق مسألة أخرى ، وهي جواز بيع الموزون مكيلاً وبالعكس وعدمه ، فعن المبسوط إذا كان عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه وآله

وسلم في شيء الكيل لم يجز إلا كيلاً في سائر البلاد ؛ وما كانت فيه وزناً لم يجز فيه إلا وزناً بخلاف في ذلك كله ، قيل : وظاهره بين المسلمين واحتمل في جامع المقاصد في ذلك ثلثة احتمالات .

الأول - الجواز مطلقاً لاندفاع الغرر والجهالة بذلك ، واعتبار الشارع له بالكيل مثلاً لا يقضى بعدم حصول العلم بدونه ، مضافاً إلى أصالة صحة البيع ، ثم أجاب عما لعله يوردهنا من منع بيعه بجنسه كذلك ، بأن ذلك إنما هو لأجل الحذر من التفاوت ، لا لحصول الجهالة ، الثاني - عدم الجواز مطلقاً ، لأن كلا من المعيارين بالاضافة إلى ما علم بالآخر غير محصل للعلم بالمقدار فلا يندفع به الغرر ، ثم قال : وفيه منع الثالث - التفصيل بجواز بيع المكيل موزوناً ودون العكس ، قال : ويظهر من التذكرة إختياره ، والمستند فيه أن الوزن أصل المكيل ، ولم يثبت مرادهم منه ، فإن أرادوا أن الكيل طار على الوزن فغير واضح ، لأن المفروض أن المكيل لم يكن موزوناً ، وإن أرادوا أن الوزن أدل على المقدار ، فغير ظاهر أيضاً ، لأن مقدار معيار الكيل إنما هو باعتبار حجمه لا باعتبار ثقله وخفته ، وإن أرادوا أغلبيته في أكثر الأشياء ، فيكون الأصل بمعنى الراجح ، فشرعاً غير معلوم ، والعرف لا يرجع إليه فيما ثبت حكمه شرعاً ، هذا كله في غير البيع بالجنس . أمثاله فقد صرح غير واحد بوجوب ذلك الاعتبار فيه فلا يباع المكيل بجنسه إلا مكيلاً ، وكذا الموزون ، وإن قلنا بالجواز في غيره ، بل قيل إنه مجمع عليه في الظاهر ، قال في التذكرة : « ما أصله الكيل بجوزييعه وزناً سلفاً ومعجلاً » ، ولا يجوز بيعه بمثله وزناً ، لأن الفرض في السلف والمعجل تعيين الجنس ومعرفة المقدار ، وهو يحصل بهما ، والفرض المساواة فاختم المنع في بعضه ببعض به .

وفي المختلف « قال ابن ادریس : يجوز أن يسلف في المكيل من الجبوب والأدهان وزناً وفي الموزون كيلاً إذا كان يمكن كياله ؛ ولا يتجافى في المكيال ، ولا يجوز بيع الجنس الواحد فيما يجري فيه الربا بعضه ببعض وزناً إذا كان أصله الكيل ، و

لا كيلاً إذا كان أصله الوزن . والفرق أن المقصود من السلم معرفة مقدار المسلم فيه ، حتى يزول عنه الجهالة ، وذلك يحصل بأيهما قدر من كيل أو وزن ، وليس كذلك ما يجري فيه الربا فإن الشارع أوجب علينا التساوى والتماثل بالكيل في المكيلات وبالوزن في الموزونات ، فإذا باع المكيل بعضه ببعض وزناً فإذارد إلى الكيل جاز أن يتفاضل لثقل أحدهما وخفة الآخر ، فلذلك افترقا ، ويجوز بيع المكيل بالوزن ، ولا يجوز بيع الموزون بالكيل ، وعن المبسوط في باب السلم « لا يجوز بيع الجنس الواحد فيما يجري فيه الربا بعضه ببعض وزناً ، إذا كان أصله الكيل ، ولا كيلاً إذا كان أصله الوزن »

وفي القواعد « هنا لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافاً ولا مكيلاً ولا المكيل جزافاً ولا موزوناً » وفي باب السلم تردد في جواز السلف في المكيل موزناً وبالعكس ، وفي المختلف هنا « الأقرب عندي أن المكيل لا يباع بعضه ببعض بالوزن مع احتمال التفاوت ، وكذا العكس » إلى غير ذلك من كلماتهم المتفرقة ، لكن في المسالك في شرح قول المصنف فيجوز بيع المتجانسين وزناً بوزن نقداً « هذا إذا كان أصلهما الوزن ، أما لو كان أصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزناً خاصة نظر من كون الوزن أضبط حتى قيل : إنه أصل للكيل ، ومن ورود الشرع و العرف بالكيل ، فلا يعتبر بغيره ، وظاهر كلام المصنف إختيار الأول ، وهو متجه ، ونقل بعضهم الإجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزناً ، مع الإجماع على كونهما مكيلين في عهده عليه السلام . »

قلت وعن التذكرة أيضاً إجماع الأمة على أنهما والملح والتمر كانت مكيلة في عهده عليه السلام ؛ قال : « فلا تبايع بعضها ببعض الإمكيلة ، ولا يجوز بيع شيء منها بشيء آخر من جنسها وزناً » ونحوه قال : في الموزون أيضاً ، قلت : التحقيق في أطراف المسألة أنه لا ريب في أن الإطلاقات تقتضي صحة البيع مع تعارف الكيل في الموزون أصلاً وبالعكس ، ولادليل يدل على وجوب اعتبار أصله صالح لتقييدها ، بل السيرة القاطعة على بيع ما ذكروا أنها مكيلة في عهده بالوزن ، عاضدة لها ، بل لعد دليل الغرر والجهالة

ج ٢٣ (في جواز البيع بالكيل في الموزون وبالعكس مع التعارف متساوياً) - ٣٧٥ -

يقضى بعدم جواز البيع بالاعتبار الأصلي، بعد أن كان المتعارف غيره، ضرورة حصولهما به بعد نسخ الأصل ورفضه، وإن كان قد لوحظ في ابتداء التعارف حتى يصح البيع. ومنه يعلم أنه لا يجوز بيع ما كان المتعارف كيله بالوزن حال تعارف كيله وبالعكس ضرورة حصول الجهالة والغرر بذلك، إذ الوزن لمتعارف الكيل مثلاً كالكميال المجهول وكالوزن بصخرة مجهولة ودعوى أصالة الوزن للكيل قد عرفت المراد بها، وعدم ثبوتها على وجه يجدى.

فتحصل أن الأقوى اعتبار التعارف في ذلك، وهو مختلف باختلاف الأزمنة والامكنة، ولا فرق في ذلك بين البيع بالجنس وغيره، فالموزون الذي كان يتعارف كيله في السابق يجري فيه الربا باعتبار الوزن لعدم صحة بيعه كيلاً على ما ذكرنا، وكذا المكيل، والتساوى والتفاضل المذكور في الأدلة ينصرف إلى ما تعارف من الاعتبار لذلك البيع، كما هو واضح.

ألهمم إلا أن يقال: أنه بالنسبة إلى رفع الربا يعتبر التساوى بالمعيار الأصلي، وإن كان لا يباع إلا بالوزن فيعتبر مساواته مثلاً بالكيل ليسلم من الربا ثم يوزن إذا أريد بيعه، وإن حصل التفاضل فيه، ولكن مقتضى ذلك أن التساوى في الوزن المتعارف لا يكفي، والتفاضل فيه بعد التساوى في الكيل لا يقدح، والتزامه في غاية الصعوبة، وليس في الأدلة ما يشهد له، والإجماع السابق من التنقيح إنما هو في جريان الربا على المعتبر أصلاً وإن تعارف جزاؤه، وعدمه وإن تعارف اعتباره، فليس حينئذ إلا ما ذكرناه فتأمل جيداً.

ولو فرض تعارف الكيل والوزن فيه جاز البيع بكل منهما مع التساوى فيه، وإن اختلف في التقدير الآخر، ومن ذلك يعلم أن الأقوى في موضوع مسألة المتن عدم الجواز بالكيل وبالوزن، لاستلزام كل منهما تقدير أحدهما بغير المتعارف في تقديره، وتعارف كيل الأصل أو وزنه غير مجد في الفرع بعد فرض حصول التعارف فيه على

خلاف اصله .

نعم لو فرض أن أحدهما مكيل وموزون ؛ والاخر موزون خاصة ، أو مكيل كذلك جاز بيعهما بالتقدير المشترك بينهما دون المختص بأحدهما وبهذا يظهر لك النظر في جملة مما تقدم وغيره ، خصوصاً مثل عبارة المصنف وغيرها كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم ، لكن بقي شيء ، وهو أنه وإن قلنا أن التحقيق عدم الجواز في موضوع مسألة المتن ، إلا أن الظاهر عدم كون الحنطة والدقيق من ذلك ، فإن النصوص والفتاوى اتفقت على الجواز فيها ، بل في التذكرة الإجماع عليه .

نعم ليس في شيء من النصوص ما يدل على أن أحدهما لا يباع إلا كيلاً ولا آخر لا يباع إلا وزناً ، كي يكون ذلك مثلاً لموضوع المسألة ، فيمكن كونهما معاً مكيلين و يمكن كونهما معاً موزونين ويمكن كونهما يباعان بهما ، أو أن أحدهما كذلك دون الآخر وقد وقع البيع بالاعتبار المشترك ، فلا منافاة حينئذ بين ما ذكرناه وبين هذه النصوص ، ومعقد إجماع التذكرة ومن الغريب احتمال الحرمة في القواعد في خصوص ذلك والله أعلم .

الفرع الثاني بيع العنب بالزبيب جازي * عند المصنف ومن عرفت سابقاً ممن لا يعدى العلة * وقيل لا ، إيراد العلة الرطب بالتمرو * هو لا * الأول أشبه * عندنا كما عرفت الحال فيه ، * وكذا البحث في كل رطب مع بابسه *

الفرع الثالث يجوز بيع الادقة بعضها ببعض مثلاً بمثل * مع اتحاد الجنس ، و متفاضلاً مع اختلافه ، من غير فرق بين الناعمين والخشنيين ، والناعم والخشن ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، للإطلاقات ، وعن الشافعي في القديم والجديد أنه لا يجوز بيع الدقيق بالدقيق مع اتحاد الجنس ، وعن أبي حنيفة عدم جواز بيع الناعم بالخشن ، ولاريب في فسادهما ، * و * كذا يجوز بيع * (الخباز) * بعضها ببعض متساوياً مع اتحاد الجنس ، ومتفاضلاً مع اختلافه ، نعم يعتبر في الأول الإتحاد أيضاً في الرطوبة واليبوسة وإلجاء البحث السابق بخلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، لأطلاق الأدلة ، وعن

الشافعي أنه لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا كانا رطبين، بل عنه في كتاب الصرف أنه لا يجوز أيضاً إذا كانا يابسين مدقوقين يمكن كيلهما، ولا ريب في فسادهما .

﴿و﴾ كذا يجوز بيع ﴿الخلول﴾ بعضها ببعض متساوياً مع اتحاد الجنس ، و متفاضلاً مع اختلافه ، بلا خلاف أجده بيننا من غير فرق في أفراد الخل بين المعتصرويين الممزوج بالماء ، فيجوز حينئذ عندنا كما في التذكرة بيع خل العنب بالزبيب لاتحاد أصلهما ، خلافاً للشافعي فلا يجوز ، لأن في خل الزبيب ماء ، وفيه أنه غير مانع إذ هو إن أفاد اختلاف الحقيقة جاز متفاضلاً ، وإلا متساوياً ، وكذا خل الزبيب بخل الزبيب عندنا ، كما عن التذكرة أيضاً خلافاً له أيضاً ، لأن في كل منهما ماء قال : وإن قلنا في الماء رباً لم يجز ، بمعنى جواز تفاضل الزبيب والماء ، وهو كما ترى ، وكذا خل التمر بخل التمر عندنا ، كما في التذكرة خلافاً له أيضاً .

أما خل التمر بالزبيب فلا إشكال فيه عندنا أيضاً لاختلاف الجنس ، وعن الشافعي أنه إن قلنا في الماء رباً لم يجز وإن قلنا لا رباً فيه جاز ، وفساده واضح عندنا ، وأما بيع الدبس بالدبس فيجوز عندنا متساوياً كما في التذكرة مع اتحاد أصله ومتفاضلاً مع اختلافه وعن الشافعي المنع للاشتغال على الماء ويجوز عندنا أيضاً بيع الدبس بالتمر مع اتحاد الأصل متساوياً ومنعه الشافعي أيضاً ، ويجوز بيع خل العنب بعصيره متساوياً عندنا كما في التذكرة وبالجملة لا ريب في الجواز عندنا في هذه كلها وغيرها ﴿و﴾ وإن جهل مقدار ما في كل واحد من الرطوبة ﴿و﴾ في بعضها ﴿و﴾ اعتماداً على تناول الاسم ﴿و﴾ وقد تقدم لك تمام البحث في ذلك .

ومنه يعلم ما في المسالك هنا «قال لا بد في الجواز من اشتراكهما في أصل الرطوبة أي الأخباز في الرطوبة فلو كان أحدهما خبزاً رطباً والآخر يابساً لم يصح» بناء على ما سلف من القاعدة «وفي العبارة إشارة إليه حيث أثبت لكل واحدة رطوبة جهل مقدارها ، ولو علم أن رطوبة أحدهما أكثر من رطوبة الآخر مع اشتراكهما في الأصل ، ففي الجواز

نظر ، من صدق الاسم في المثلين ، ومن العلم بزيادة حقيقة أحدهما على الآخر ،
ولعل الأقرب الجواز ، لأن الرطوبة غير مقصودة ، والحقيقة مطلقة عليهما ،
وكذا لو علمت الرطوبة في أحدهما ، وانتفت من الآخر ؛ كخل الزبيب و خل
العنب الخالص .

قلت : عرفت أنه لا يكفي الاتحاد في الحقيقة والمساواة عند الابتاع ، بل لابد من
مراعات عدم انتقصان في أحدهما عن الآخر بعد ذلك ، للأخبار السابقة ، فإذا فرض
عدمه صح ؛ وإن كانت الرطوبة في أحدهما عارضيه كخل الزبيب إلا أنها صارت من
أجزاء الحقيقة ، فلاحظ ما تقدم سابقاً وتأمل . والله أعلم .

﴿تمة فيها مسائل﴾

﴿الأولى: لاربا بين الوالد وولده﴾ إجماعاً محكياً مستفيضاً، إن لم يكن متواتراً،
صرحاً وظاهراً ، بل يمكن تحصيله، إذ لا خلاف فيه إلا من المرتضى في الموصليات ، لكن
في الإلتصار بعد أن ذكر ممّا انفردت به الإمامية القول بأنه لاربا بين الولد والدة ، ولابن
الزوج وزوجته ، ولابن الذمي والمسلم ، ولابن العبد ومولاه ، وخالف باقي الفقهاء ،
قال : « وقد كتبت قديماً في جواب مسائل وردت عليّ من الموصّل وتأولت الأخبار التي
يرونها أصحابنا المتضمنة لنفي الربا بين من ذكرناه ، على أن المراد - بذلك وإن كان
بلفظ الخبر - معنى الأمر ، كأنه قال : يجب أن يقع بين من ذكرناه ربا ، كما قال تعالى (١)
« من دخله كان آمناً » وكقوله تعالى (٢) « فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج » و
قوله ﷺ (٣) « العارية مردودة ، والزعيم غارم » ومعنى ذلك كله الأمر إلى أن قال :

(١) سورة آل عمران الآية ٩٧

(٢) سورة البقرة الآية ١٩٧

(٣) جامع الصغير للسيوطي ص ٦٨ طبع عبد الحميد أحمد حنفي

«واعتمدنا في نصره هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن، ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب، لأنني وجدت أصحابنا مجمعين على نفى الربا بين من ذكرنا، وغير مختلفين فيه في وقت من الاوقات، وإجماع هذه الطائفة قد ثبت أنه حجة، ويخص به ظاهر القرآن».

وهو كما ترى بعد اعترافه بالخطا وأنه مخالف للإجماع في فتواه السابقة، لا يقدح في تحصيل الإجماع، بل هو مؤكداً، مضافاً إلى خبر عمرو بن جميع (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال: أمير المؤمنين عليه السلام ليس بين الرجل وولده ربا، وليس بين السيد وعبد ربا، وصحيح زرارة (٢) ومحمد بن مسلم (٣) الذي رواه الكليني والشيخ عن أبي جعفر ليس بين الرجل وولده، وبينه وبين عبده، ولا بينه وبين أهله ربا، إنما الربا فيما بينك وبين ما لا تملك، فالمشركون بيني وبينهم ربا قال: نعم، قلت: فأنهم مما ليك، فقال: إنك لست تملكهم، إنما تملكهم مع غيرك، أنت وغيرك فيهم سواء، فالذي بينك وبينهم ليس من ذلك، لأن عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك».

فمن الغريب دغدغة بعض المتأخرين في الحكم المزبور؛ وكأنه ناشىء من اختلال الطريقة، وإطلاق الخبرين ﴿و﴾ ﴿و﴾ معاقدا لإجماعات يقضى بأنه ﴿يجوز لكل منهما أخذ الفضل من صاحبه﴾ كما صرح به الحلبي والفاضلان والشهيدان وغيرهم، بل لعلمه لا خلاف فيه إلا من الاسكافي، فقال كما في المختلف لاربا بين الوالد وولده إذا أخذ الوالد الفضل، إلا أن يكون له وارث أو عليه دين وهو اجتهد في مقابلة النص والفتوى.

وكيف كان فلا يتعدى الحكم إلى الام لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بغيرها، كما أن الظاهر من النص والفتوى إرادة الولد النسبي دون الرضاعي، وإن احتمله بعضهم؛ ولا إطلاق للمنزلة بحيث يشمل المقام، ضرورة انصرافها للنكاح ونحوه، نعم

قد يتوقف في ولد الزنا من صدق الولد لغة ، ومن انصرافه إلى غيره ، وعموم التحريم قوي ، ولذا صرح جماعة منهم الفاضل وثاني المحققين والشهيد بن بعدم تعدي الحكم إلى ولد الولد ، لكن توقف فيه بعضهم ، بل في الدروس الجزم باللاحاق ، وهو لا يخلو من قوة ، وإن كان الأحوط خلافه ، كما أن الأحوط الإقتصار على الذكر ، لأنه المنساق عرفاً ، لكن في التذكرة وجامع المقاصد أنه لا فرق في الولدين الذكر والأنثى ، لشمول الاسم ، حينئذ لا إشكال في الخنثى ؛ وإن كانت مشكلاً .

نعم قد يتوقف في المشكل منها بناء على اختصاص الحكم بالذكر ، فيحتمل التحريم للعموم ، والحل للأصل (و) ، كذا (لا) ربا (بين المولى ومملوكه) إجماعاً بقسميه و للمخبرين السابقين (١) وصحيح علي بن جعفر (٢) «سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم على أن يؤدي العبد كل شهر عشرة دراهم ، أي حل ذلك؟ قال : لا بأس» بل لا يتصور وقوع الربا بينهما بناء على عدم ملكية العبد ، ولذا قيل أنه كان ينبغي ترك ذكره ممن كان يرى ذلك .

نعم يتجه ذكره بناء على الملكية ومستنده حينئذ ما عرفت ، اللهم إلا أن يقال : إن المراد هنا بالمملوك ما يشمل المكاتب ، والقائل بعدم ملكية العبد يقول بهافيه ، لكن ذلك مبني على إرادة الأعم منه من النص ومعقد الإجماع ، وربما نوقش فيه بأن المنساق غيره . نعم لا فرق بين الفتن والمدبر وأم الولد ، لأقل من الشك فتبقى حرمة الربا على عمومها ، كما أن مقتضاها بل هو الظاهر من النص والفتوى ، بل هو كصريح صحيح زرارة (٣) قصر الحكم على غير المشترك ، كما صرح به جماعة ، بل في المختلف أطلق أصحابنا ، و مقصودهم إذ لا يمكن مشتركاً ، وهو كذلك ، ضرورة ظهور النص والفتوى في اتحاد المولى ، وكون المملوك جميعه لا بعضه .

(٢٠١) الوسائل الباب ٧- من أبواب الربا الحديث ١- ٣- ٤

(٣) الوسائل الباب ٧- من أبواب الربا الحديث ٤-

لكن قد يقال : إن مثل هذا الظهور لا يرفع حكم المبعوض ، كما في زكاة الفطرة وغيرها مما كان العنوان فيه نحو ما هنا ، بل يظهر من النص " والفتوى اتحاد قاعدة في المبعوض الذي بعضه حر " بالنسبة إلى جريان حكم الملك والحر "ية على كل من الجزئين ، فضلا عن العبد المشترك بين المالكين الذي يمكن القول فيه بحلّية الحر " بآفيه بالنسبة إلى كل من مولييه ، كما مكان القول في المبعوض الحر " أنه يصح العقد الربوي فيما قابل الجزء الملك ، وبطل فيما قابل الجزء الحر " ، نحو ما يقال : في المال المشترك بين الوالد وغيره مثلا ، فباعه من الولد لأحدهما ، فإنه يصح العقد بالنسبة إلى نصيب الوالد مع زيادته ، وبطل في غيره .

على أن الخبر المزبور (١) - مع احتمال العلة فيه ، إقناعية ، لما تسمع في المشترك الجزئي - ظاهر في نحو المشترك الجنسي الذي هو بين المسلمين ، لا مثل المشترك بين شخصين مثلا ، أو مثل الذي بعضه حر وبعضه حر " (و) كذا (لا) ربا " بين الرجل وزوجته * إجماعا أيضا بقسميه ، ولصحيح زرارة (٢) المتقدم سابقا مضافا إلى مرسل الصدوق (٣) عن الصادق عليه السلام " ليس بين المسلم وبين الذمي ربا " ، ولا بين المرثية وزوجها ربا ، وهو مضافا إلى الفتاوى ومعاقد الإجماعات ، قرينة على إرادة الزوجة من الأهل ، في صحيح زرارة لا غيرها ، ممن هو أهل عرفا ، والأكثر ، كما في الرياض ، والمشهور كما عن الكفاية أنه لا فرق بين الدائمة والمتمتع بها ؛ وبصرح الشهيدان والعلّيان .

لكن قد يناقش بعد تسليم صدق اسم الزوجة بل والأهل عليها ، بأن المنساق إلى الذهن الدائمة ، خصوصا إذا كان المتمتع بها إلى أجل قصير ، ولم يكن متخذها لها اتخاذ الزوجة ، بل اتخذها اتخاذا مستاجرة ، على أن الدائمة هي التي ثبت لها التفويض في مال الرجل في الجملة ، كأخذ المأدوم ونحوه ، كما أنه أي التي يتسلط الزوج على مالها بحيث

لا يجوز لها العتق إلا بإذنه ، على ما في بعض النصوص (١) بل هما المتحدان في المال عرفاً ؛ مضافاً إلى عموم حرمة الربا التي ينبغي الاقتصاد في خلافها على المتيقن .

ولعله لذات رد المقداد والصيمري كما قيل بل عن التذكرة وإيضاح النافع ومجمع البرهان ثبوت الرِّبَا بينهما وبينه ؛ ووجهه ما عرفت ؛ إلا أنه قد يقوى التفصيل بين المتخذة أهلاً وغيرها ، فلا ربا في الأولى ويثبت في الثانية ، ومنه يظهر وجه التوقف في المطلقة رجعية إذ هي وإن كانت زوجة إلا أنه قد يمنع صدق أهل عليها ، والاحتياط لا ينبغي تركه ، وذلك لأن الجمع بين خبري الزوجة والأهل يقتضي اعتبار كل منهما ، فإيهما شبه العامين من وجه .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ ربا ﴿بين المسلم وأهل الحرب﴾ إجماعاً بقسميه أيضاً إذا أخذ المسلم الفضل ، ولم يرسل الصدوق (٢) والمروي مسنداً في الكافي (٣) قال : «قال رسول الله ﷺ ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا ، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ؛ ولا نعطيهم » و الضعف غير قادح بعد الانجبار ، كما أن خبر زرارة يمكن إرادة غير أهل الحرب من المشركين كأهل الذمة ، بناء على جريان الرِّبَا فيهم أو غير ذلك ، ولا فرق في الحربي بين المعاهد وغيره ، ولا في كونه بين دار الإسلام أو الحرب ، كما صرح به بعضهم بل عن ظاهر الخلاف ، الإجماع على الأخير .

لكن يناقش في الأول ، بظهور المرسل في غيرهم ممن هو محارب حال المعاملة ، إذ هو كالذمي الذي ستعرف البحث فيه ، مضافاً إلى وجوب الاقتصاد فيما خالف العموم على المتيقن ، والأحوط اجتنابه .

وعلى كل حال فصريح المرسل المزبور أن المراد من نفي الربا بيننا وبينهم أخذه منهم ، لا إعطاؤهم كما هو صريح جماعة وظاهر آخرين ، بل لأجد فيه خلافاً

(١) الوسائل الباب ٤٤ - من أبواب العتق الحديث - ٢

(٢) (٣) الوسائل الباب ٧ - من أبواب الربا الحديث - ٥ - ٢

ج ٢٣ (في أنه لا ربا بين المسلم وأهل الحرب وثابت بينه والذمي) - ٣٨٣ -

صريحاً ، وإن كان قد أطلق بعضهم إلامن القاضي فيما حكى عنه ، فجوز أخذ كل منهما من الآخر ، لكن لا ريب في ضعفه ، لعدم ما يصلح للخروج به عن عموم التحريم .
* ويثبت * الربا * بين المسلم والذمي * قطعاً إذا كان الآخذ الذمي وبالعكس *
* على الأشهر * بل المشهور نقلاً وتحصيلاً بل عليه عامة المتأخرين إلا النادر ، بل لم أجد فيه خلافاً إلا ما سمعته من المرتضى وحكى عن ابني بابويه والمفيد والقطيفي ، مع أنه قال بعض مشايخنا أنني لم أجده ذكره في المقنعة .

ومن ذلك يعلم ما في دعوى المرتضى من الإجماع عليه الذي هو دليل القول به ، والمرسل في الفقيه (١) « ليس بين المسلم والذمي ربا » الذي لا جابر له ، ويمكن حمله على إرادة الحرمة منه ، نحو ما سمعته من المرتضى في نظائره ؛ قبل أن يرجع إلى المشهور ، أو على أنهم حريون في زمن الغيبة كما استسمع ، على أنه أرسل في النافع رواية معارضة للمرسل ، وإن لم أجدها إلا أن يريد قوله في صحيح زرارة (٢) «المشركون بينهم وبين المسلمين ربا » المؤيد للعمومات في الجملة ، وحمله على إرادة ثبوته حيث يكون الأخذ من المسلم ، ينفيه ظهوره أو صراحته في الأعم من ذلك ، فلا ريب في أن الأحوط إن لم يكن الأقوى جريان الربا بينهم ؛ إلا إذا خلعوا شرائط الذمة ، فإنهم يكونون حينئذ حريين ، بل يظهر من بعضهم أنه كذلك في زمن الغيبة وما شابها من قصور اليد ، وإن كانوا لا يقتالون ، لشبهة الأمان ، ولعله لعدم من يعقد معهم ، عقد الذمة وشرائطه ، ولم يثبت ولاية حاكم الجور في ذلك ، هذا .

وقد يقال في أصل المسألة أن المراد بنفي الربا بين المسلم والحربي ، يأخذ منه ولا يعطيه عدم حرمة ذلك على خصوص المسلم الذي له التوصل بكل طريق إلى أخذ مال الحربي ، لأنه هو ماله فيء للمسلم ، فله السرقة ونحوها ، لأن المراد نفية على نحو نفية بين الولد والوالد ، وحينئذ المعاملة بينهما باطلة توجب حرمة الثمن على الكافر

ويحرم عليه دفع الرِّبَا، وللمسلم أخذه منه بتوسط هذه المعاملة التي هي فاسدة في الواقع، وصحيحة بزعم الحربي، نحو شراء ولده منه، فإنَّه شراء صوري مقدمة الاستيلاء على الولد، ليملكه به، لا بالشراء، كذا ما نحن فيه فإنَّ ملكه لما يأخذه منه بلا استيلاء لا بالبيع الربوي، وربما يؤيد ذلك ما سمعته في صحيح زرارة (١) من ثبوت الرِّبَا بيننا وبينهم مطلقا، ولكن في خصوص الحربي لنا استنقاذ ماله منه بالمعاملة المزبورة على حسب ما عرفت.

ومنه يعلم جريان الرِّبَا بيننا وبين سائر فرق الكفار المحترمة ما لهم بقمة، أو صلح، أو أمان أعهد، أو غير ذلك، بخلاف غير محترمي المال، فإنَّ له التوصل إلى الاستيلاء على ما لهم بالمعاملة المزبورة، ليملكه به، لا بها؛ بل الظاهر جواز كل معاملة فاسدة معهم بهذا القصد، لا بقصد ترتب الأثر على المعاملة، وإلا فمن البعيد إختصاص الكافر هنا بحلية دفع الرِّبَا للمسلم دون أخذه منه، ودون أخذه من غيره من قومه فتأمل جيدا فإنَّه دقيق نافع، ومنشأ الوهم الاشتراك مع غيره، بنفي الرِّبَا بالمعارفت والمراد بهما متغايران والله أعلم.

المسألة (الثانية) المشهورين الأصحاب نقلا وتحصيلا أنه لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه كل لحم الغنم بالشاة ﴿بل في المختلف لم تقف فيه على مخالف منا غير ابن ادریس فجوز، وقوله محدث لا يعول عليه؛ ولا يثام في الإجماع، وفي الدروس نسبته إلى الشذوذ بل عن الخلاف والغنية الإجماع عليه وهو الحجة بعد النبوى (١) وإن كان عاميا على الظاهر «نهى النبي ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان» وموثق غياث (٢) على ما قيل عن الصادق عليه السلام: «أن أمير المؤمنين كره بيع اللحم بالحيوان» بناء على إرادة الحرمة منها في خصوص المقام ولولمافي المعتبرة (٣) من أنه عليه السلام «لا يكره الحلال» كما

(١) المستدك ج ٢ ص ٢٨٠

(٢) الوسائل الباب ١١ - من ابواب الرِّبَا الحديث ١ -

(٣) الوسائل الباب ١٥ - من ابواب الرِّبَا الحديث ١ -

في بعض وإلا الحرام في آخر، وللإجماعين المعتضدين بالشهرة .
 لأن الحجّة فيه تحقق الربا ، كي يرد عليه أن الحيوان غير موزون ، إذ الظاهر إرادة
 الحي في محل النزاع ، كما اعترف به في المسالك ؛ بل هو ظاهر التذكرة أو صريحها ،
 كالمحكي عن السرائر بل عن نهاية الأحكام وفخر المحققين وغيرهما جعل النزاع فيه ،
 فمآساه يظهر من المختلف من كون النزاع في الأعم ، ومن المحكي من مجمع البرهان
 في خصوص المذبح في غير محله ، كما أن الاستدلال عليه في المحكي عن إيضاح النافع
 بأن القوم أجروا ما جرى عليه الوزن عادة ، مجرى الموزون وإن كان في الحال غير موزون ؛
 ولهذا لا يجوز بيع الرطب بالتمر على النخل كذلك أيضاً ، ضرورة عدم الدليل على ذلك ، بل
 ظاهر الأدلة خلافه ، خصوصاً ما دل (١) منها على جواز بيع الثوب بالثوب وبالغزل ، لخروجه
 بالصفة عن كونه موزوناً الذي أفتى به الفاضل والشهيد والمحقق الثاني ، بل ربما ظهر منهم
 أو بعضهم تعديّة الحكم إلى الآتية من الحديد والصفر ، إذ لم تجزى العادة بوزنها ؛ بل و
 المصنوع من النقدين كالخاتم والظروف والمراكب المحلاة ، فما حكاه عن القوم
 لم تتحققه .

نعم قال في القواعد والتذكرة والتحرير: «إن المراد أي في باب الزبا جنس المكيل
 والموزون ، وإن لم يدخله لقلته كالحبّة والحبّتين ، أو لكثرة كالتزبرة ؛ أي القطعة من
 الحديد» ، وظاهره كما اعترف به في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد وجامع المقاصد أنه
 يجب الكيل والوزن في البيع إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً بالفعل ، فلو بيع ما لا يوزن
 عادة لقلته أو كثرته و جنسه مكيل كفى في صحة بيعه المشاهدة ، إذ ابيع بغير جنسه ، و
 أمّا إذ ابيع بجنسه لم يجز كما في الأول ولا بد من المساواة كيلاً إن كان مكيلاً ولا فوزناً ،
 كما في الثاني ، ويمكن أن يكون ذلك في خصوص ما كان المانع من كيله أو وزنه القلة أو
 الكثرة ، لا غيرهما من الأحوال ، ككون الثمرة على الشجرة ونحوها ، وهو مع أنه لا يخلو من نظر .

وبالجملة لا ريب في أنه ليس المنع في كلام الأصحاب هنا ملاحظة الربا، وإلا لما صح إطلاقهم المنع الشامل لصورة المساواة وزيادة اللحم على الحيوان والعكس، ولا اتجه لهم المنع حتى في بيع الحيوان بالحيوان الذي من الواضح فساد القول به، وكان منشاء الوهم ذكرهم هذه المسألة في باب الربا، وزاده إيها ما تقييد غير واحد من الأصحاب المنع بما إذا كان من الجنس ﴿و﴾ أنه ﴿يجوز﴾ البيع ﴿بغير جنسه﴾ كلحم البقر بالشاة ﴿بل هو المشهور بين المتأخرين بل في الغنية والتنقيح الإجماع عليه، بل قيل إن إجماع الخلاف منطبق عليه أيضاً، وكانهم فهموا من إطلاق المقنعة والنهائية والمراسم والقاضي على ما حكى عن بعضهم عدم جواز بيع الغنم باللحم وإرادة اللحم من الغنم، بل لعلمهم فهموا ذلك أيضاً من خبر غياث (١) .

نعم قيده المصنف بقوله ﴿لكن بشرط أن يكون اللحم حاضراً﴾ ولعله لعدم جواز بيع اللحم نسيئة، كما نص عليه ابن ادریس في المحكي عنه هنا، قال كما في المختلف: «يجوز ذلك أي بيع اللحم بالحيوان إذا كان موزوناً سواء اتفق الجنس أو لا يدايد، وسلفاً أيضاً إن كان اللحم معجلادون العكس إذ لا يجوز السلف في اللحم، ويجوز في الحيوان، ويأتي تمام الكلام في السلم إنشاء الله تعالى .

وكيف كان فذلك كما ترى لادلالة فيه على أن المنع فيه للربا، إذ ليس في النهاية إلا «لا يجوز بيع الغنم باللحم لأجزاء ولا وزناً» ومثلها المقنعة بزيادة لأنه مجهول، ونحوهما غيرهما في عدم الإشارة إلى كون المنع للربا، فلا ريب في بطلان الاستدلال به لهم، بل منه يعلم فساد ما ذكره ابن ادریس حيث احتج على مطلوبه بأن مقتضى للجواز وهو قوله تعالى (٢) «أحل الله البيع»، - موجود، والمانع وهو الربا منفي إذ الربا إنما ثبت في الموزون، والحيوان الحي ليس بموزون، إذ فيه ما عرفت من عدم كون المانع الربا، وأجاب

(١) الوسائل الباب ١١ - من أبواب الربا الحديث ١

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٥

عنه في المختلف بالمنع من نفى المانع؛ ومن كون المانع هو الربا خاصة، ثم قال : ولو قيل بالجواز في الحيوان الحي دون المذبوح جمعاً بين الأدلة كان قويا .

وفيه أنه لا وجه للمنع من نفى المانع إذا احتمل أنه من الربا بتخصيص مادل على اشتراطه بالكيل في غير المقام كما ترى ، وإن جزم به في الرياض على أنه ينبغي جوازه مع المساواة ، مع أن المعظم والجميع أطلقوا المنع .

نعم قيده بعض المتأخرين بغير المساواة بناء منه على أن المنع من جهة الربا مضافاً إلى أنه ليس في خبر غياث (١) دلالة على كون المنع من جهة الربا ، كي يقيد به تلك الأدلة ، وأما ذكره من التفصيل فانه وإن استجوده الشهيد في حواشيه ، وقال به المحقق الثاني في جامع المقاصد وتعليق الارشاد ، وقواه الشهيد الثاني في المسالك والروضة ، لكن منشأه على الظاهر ما أوما إليه في المختلف من الجمع بين مادل على الحرمة كالرواية ، والإجماع المحكي وإطلاقات الحلّ والجواز ، فيحمل الأول على ما إذا كان مذبوحاً ، لتحقيق شرط الربا فيه ، والثاني على الحي لفقده شرط الربا فيه .

ومن هنا صرح بعضهم بالكراهة في الحي للشبهة الناشئة من إطلاق القول ، والرواية بالحرمة ، وقد ظهر لك مما ذكرنا مافيه ، إذ لا حاجة لحمل المنع على كونه من جهة الربا ، كي يحتاج إلى ذلك ، وإلى حمل النص ومعقد الإجماع والفتاوى المتضمنة للفظ الحيوان والشاة والغنم على خلاف ظاهره ، ضرورة ظهورها جميعاً في الحي ؛ على أن تنزيل مادل على الربا على المذبوح قد يناقش فيه ، بأنه غير مكيل ولا موزون قبل السلخ ، بل تعارف في زماننا ببيع جزافاً بعد السلخ إذا كان جملة ، بل من المعلوم أن الرأس لا يباع إلا جزافاً ، والإكتفاء بموزونة جنسه أي اللحم قد عرفت مافيه ؛ بل قد يمنع كون جنس الحيوان المذبوح اللحم .

وكذا يظهر لك مافي التذكرة ، فإنه بعد أن ذكر أن المشهور على المنع قال :

«والأقرب عندى الجواز على كراهية ، للأصل السالم عن معارضة ثبوت الربا لفقد شرطه ، وهو التقدير بالكيل أو الوزن ، المنفي في الحيوان الحي ، وأما الكراهية فلاختلاف ، بل صرح بعد في كلامه بأن المنع على تقديره إنما هو من جهة الربا ، وفيه ما عرفت ولعل ما في النافع والتحرير والارشاد من الحكم بالجواز مبني على أن كون المنع للربا ، وهو منتف لفقد شرطه ، كالمحكي عن الأبي والخراساني والكاشاني ؛ أولان غياثا تبري لا يعمل بخبره .

وفي الأول ما عرفت ، وفي الثاني مع ان غير واحد وصف الخبر بكونه موثقا ، بل في المختلف أن أصحابنا وثقوه وهو منجبر بما عرفت ، ومعتضد بالاجماعين السابقين ، ومنه يعلم الحال في المناقشة في متنه للتعبير فيه بلفظ الكراهة .

ونحوها المناقشة بأن مقتضاه مطلق المعاوضة ، وأن المنع ولو بغير الجنس و الاصحاب لا يقولون به ، إذ يدفعهما إنصراف البيع والجنس منه ، أو إرادة ذلك منه ولو بمعونة كلام الاصحاب ، واحتمل في الرياض إرادة المثال بذكر البيع في الفتاوى وهو بعيد ، مناف لقاعدة الاقتصاد فيما خالف الأصل على المتيقن منعه من النص والفتوى ، فظهر لك من ذلك كله أن قول ابن ادريس ضعيف ، وإن وافقه عليه جماعة ممن تأخر عنه ، كالمصنف في النافع والفاضل والمحقق الثاني والشهيدان في الحواشي والمسالك والروضة وغيرهم ، إلا أن منشأ الجميع ما عرفت مما هو واضح البطلان ، فالقول حينئذ بما عليه المشهور لا يخلو من قوة .

لكن قد ظهر لك من كلام هؤلاء المتأخرين أنه لا إشكال في المنع في المذبح لوجود شرط الربا فيه ، وقد عرفت المناقشة فيه ، فبناء على ظهور الخبر ومعاهد الاجماع في الحي ، يتجه الجواز حينئذ في المذبح لعدم شرط الربا فيه ، اللهم إلا أن يدعى الاجماع عليه من الجميع ، ودونه خبط القتاد ، بعد أن علمت أن البحث في تلك العبارات في الحي لا في المذبح ، كما عن الأردبيلي الجزم به ، ولا في الأعم منه ومن

الحى ، كما عساه يظهر من المختلف ، إلا أن الاحتياط لا ينبغي تركه ، ثم إن الظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين كون اللحم ثمنا و ثمنا ، وإن اختص أكثر العبارات بالثانى ، لكن المحكى عن جملة من القدماء التعبير بالأول .

نعم ينبغي الإقتصار بناء على ما ذكرنا على ما يسمى لحما ، فالكرش والكبد ونحوهما لا يدخل فى المنع ، بل قد يشوقف فى اندراج بيع لحم السمك بالسمك الحى ، لعدم انصراف لفظ اللحم اليه ، هذا وربما يقال فى أصل المسألة خصوصاً بما لاحظته ماسمعتهم من المعتبرة من التعليل بالجهالة - إن المراد من إطلاق الفتوى من قدماء الأصحاب عدم جواز ما يستعمل من دفع رؤس من الغنم إلى القصاب بمقدار من اللحم يؤخذ منه تدريجاً ، أو يبيع القصاب مقدراً من اللحم فى ذمته لصاحبها بها .

وعلى كل حال فهو باطل لعدم إمكان ضبط اللحم المختلف باختلاف الحيوان زماناً ومكاناً وأكلأً و سمنأً وغير ذلك ، فالمراد حينئذ عدم جواز بيع اللحم سلفاً ولا كونه ثمناً نسيئة بالحيوان ، ولعل تخصيص ذلك بالحيوان تنبيهاً على ما كان يستعملونه بل ربما استعملوه على نحو العربية من بيعه بمقدار من اللحم منه الذى لا إشكال فى بطلانه ، لاتحاد الثمن والمثمن فيه ، كما أن الوجه فى ذكر الأصحاب ذلك ، ذكره فيما سمعته من النص وبذلك ينطبق ماسمعتهم من التعليل بالجهالة ، ضرورة عدمها فى الحيوان ، وفى اللحم المشاهد ، وكان التفصيل بالجنس وغيره من المتأخرين الذين توهموا كون موضوعه من الربا ، والا فالقدماء لا تفصيل فى كلامهم ، فتأمل جيداً ولا حظ ، فإنه نافع إنشاء الله .

المسألة الثالثة ❦ لا خلاف بيننا فى أنه ❦ يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة خالية ❦ أو فيها بيضة أو بيضة ، لوجود المقتضى من الأصل وغيره ، وعدم المانع ، إذ ليس إلا الربا ، وهو منفي باتقاء شرطه ، إذ الدجاجة غير مقدرة بالكيل والوزن ، وما فى بطنها مادام كذلك كالثمرة على الشجرة ، ولا أنه تابع غير مقصود ، والمخالف الشافعى ، ولا ريب فى ضعفه ، ❦ ❦ كذلك لا خلاف عندنا فى جواز ❦ بيع شاة فى ضرعها لبن بشاة

في ضرعها لبن أو خالية : أو بلبن ولو كان من لبن جنسها ، بل عن التذكرة نسبتة إلى علمائنا العين ما ذكرنا ، وكذا بيع شاة عليها صوف ، بصوف وشاة ليس عليها صوف ، ونخلة ليس عليها تمر بأخرى خالية أو ذات تمر .

المسألة (الرابعة : القسمة تميز أحد الحقين) أو الحقوق عن الآخر (وليست بيعاً) عندنا ولا معاوضة ، فتصح فيما فيه الربا ولو أخذ أحدهما الفضل (للاصل و الإطلاقات وفي المسالك دعوى الوفاق عليه ، ومن جعلها بيعاً مطلقاً ، أومع اشتغالها على الرد يثبت فيها الربا ، وتجوز القسمة كيلاً وخرصاً) (للاصل) ولو كانت الشركة في رطب وتمر متساويين فأخذ أحدهما الرطب جاز (وإن كان ينقص إذا جف بعد ذلك ، لما عرفت من عدم جريان الربا فعلاً فيها ، فضلاً عن مثل ذلك .

و لكن تفصيل الأمر فيها محرر في كتاب القسمة من القضاء بل والشركة ، فانه قد ذكرنا بعض الكلام فيه ، والعمدة تحرير كون حصة الشريك كلياً في المال الخارجى مشاعاً ، على معنى صدقه على أفراد متعددة ؛ وبالقسمة مع الفرعة ليميز ويتشخص ، أو أنها شائعة ^{حصة} في الأجزاء على وجه يكون لكل منهما نصيب في كل جزء جزء فبالقسمة لأبد أن تكون من كل منهما أجزاء من ملكه عند الآخر ، ومقتضى ذلك كونها حينئذ معاوضة ، بل مقتضاه فيما لو كانت الشركة بين الوقف والملك ، تبديل أجزاء الوقف بالملك والعكس ، بل مقتضاه اجتماع مالكيه على مملوك واحد إذا قلنا بالجزء الذي لا يتجزى ، فإنه لا يكون قابلاً للقسمة ، وقد اشبعنا الكلام في ذلك في محله ، ولعل اجماعهم على الظاهر هنا بعدم جريان الربا حتى من القائل بعمومه لكل معاوضة مما يؤيد الأول فلاحظ وتأمل .

المسألة (الخامسة يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك وفي أحدهما عقد التبن ودقاغه) (دون الآخر) وكذا لو كان في أحدهما زوان أو سير من تراب ، لأنه مما جرت العادة بكونه فيه (فيصدق المساواة معه بلا خلاف أجده فيه بيننا ، لكن عن

المبسوط «وقال قوم: لا يجوز وهو الاحوط» ولعله يريد من العامة إلا أنه لا ينبغي الأمر بالاحتياط لخلافهم .

نعم لو كان ذلك مما لا يتسامح به في العادة لم يجز لصدق التفاضل ، بل ولا أنه إذا كان الخليط مما له قيمة ، كالشليم ونحوه ، جاز بصرف زيادة الخالص حينئذ إلى مخالف الجنس ، كما أنه يجوز بحنطة مشتملة على ذلك ، صر فالكل جنس إلى ما يخالفه ، أمّا إذا لم يكن له قيمة لم يجز بالخالص ولا بغيره ، إذا لم يعرف قدر التفاوت ، وإلا جاز على الظاهر ، وليست الحنطتان ذات الترايين كالجنسين الرطبين التسي لا يعلم تساويها بعد الجفاف ، ضرورة كون الرطوبة حينئذ من اجزاء الجنس ، وليست هي مستقلة بنفسها ، بخلاف التراب كما هو واضح ، والمكوك : كشور : مكيال يسع صاعا ونصفا ونصف رطل ، أو ثلاث كيلجات ، والكيلجة : من «سبعة أثمان المن» ، والمن : رطلان . والله أعلم .

المسألة السادسة ❦ لاختلاف بيننا أيضا في أنه ❦ يجوز بيع درهم ودينار ، بدينارين ودرهمين ❦ يكون في الصحة بمنزلة أن ❦ يصرف كل واحد منهما إلى غير جنسه ❦ وإن لم يقصد ذلك ❦ وكذا لو جعل بدل الدينار أو الدرهم شيء من المتاع ، و كذا من تمر ودرهم ، بمدين أو أمداد ودرهمين أو دراهم ❦ إذ هو وإن لم يكن في كل منهما جنس يخالف الآخر ، إلا أن الزيادة تكون في مقابل الجنس المخالف في أحدهما ، فهو في الصحة حينئذ كذي الجنس ، ولا خلاف بيننا في الجميع ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منه مستفيض جداً إن لم يكن متواترا .

مضافا إلى الأصل والعمومات ، واختصاص أدلة التحريم بحكم التبادر والسياق بغير مفروض المسألة ، والنصوص المستفيضة التي فيها الصحيح وغيره ، منها - ما عن البجلي (١) قال : «سألتم عن الصرف فقلت إن الرفقة ربما خرجت عجلا فلم أقدر على الدمشقية والبصرية ،

وإنما يجوز (١) «بساير» الدمشقية والبصرية ، فقال : وما الرقة ؟ فقلت : القوم يترافقون ويجتمعون للخروج فإذ عجلوا فر بما لم نقد ر على الدمشقية والبصرية ، فبعثنا بالغلة فصرفوا ألفا وخمس مائة درهم منها بألف من الدمشقية والبصرية ، فقال : لا خير في هذا ، فلا يجعلون معها ذهباً لمكان زيادتها ؟ فقلت له : أشترى ألف درهم وديناراً بألفي درهم فقال لا بأس بذلك ، إن أبي كان أجرى على أهل المدينة منى ، وكان يقول : هذا ، فيقولون : إنما هذا الفرار ، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم ؛ ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار ، وكان يقول لهم : نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال .

وفي صحيحه الآخر (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان محمد بن المنكدر يقول لأبي جعفر عليه السلام : يا أبا جعفر رحمك الله والله إننا لنعلم أنك لو أخذت ديناراً والصرف ثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته ، وما هذا إلا فرار ، وكان أبي عليه السلام يقول : صدقت والله ولكنه فرار من باطل إلى حق ، وفي الصحيح الآخر (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا بأس بألف درهم ودرهم ، بألف درهم ودينارين إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس» إلى غير ذلك من النصوص الدالة على المطلوب .

وربما ظهر منها ما ذكره غير واحد من الأصحاب ، بل نسبته إليهم غير واحد ، مشعرا بدعوى الإجماع عليه ، من صرف كل من الجنس إلى المخالف ، كما أن الزيادة تنصرف إليه إذا كانت في أحدهما ، ومقتضاه حينئذ الصحة فيما لو باع مئتين ودرهما بمئتين ، أو بدرهمين ، أو بمئتين ودرهمين ثم تلف الدرهم أو المئتين قبضه ، فيصح البيع في الأول بمئتين ودرهم ، وفي الأخير بمئتين ودرهمين ، لانفساخ البيع شرعاً فيما يقابل الزيادة أو الجنس المخالف ، وإن لم يكن هو مقتضى المقابلة عرفاً ، وهو الذي مال إليه المحقق الثاني ، والشهيد الثاني إذا كان كل من العوضين مشتملاً على جنسين .

(١) هكذا كان في النسخة الأصلية وفي الكافي «بساير» وفي الوسائل نيسابور

(٢ و٣) الوسائل الباب ٦ - من أبواب الصرف الحديث ٢ - ٢

الجواهر - ٤٨

وفيه أن دعوى ظهور الأدلة في الإصراف على الوجه المزبور محل نظر أو منع ، إنما المسلم منها بالنسبة إلى حكم الربا ، بمعنى أنه لا يتحقق ويكون كما لو خست الزيادة أو الجنس المخالف في عدم جريان الربا ، لأن المراد جريان سائر الأحكام على ذلك ، حتى لو كانا مثلاً للمالكين اختص كل واحد منهما بما يخالفه ، وإن لم يكن مقابلًا لماله وكذا بالنسبة إلى حكم الصرف فلو بيع مثلاً فضة ونحاساً بفضة ونحاس لم يجب التقابض في المجلس للإصراف المزبور إلى غير ذلك من الأحكام التي يصعب التزامها مع عدم ظهور الأدلة فيها ، بل في نصوص (١) الصرف الآتية ما يشهد بخلافها ، مضافاً إلى مخالفتها القواعد المحكمة ، خصوصاً الالتزام بثمن لم يكن مقصوداً أنها ثمن على كل حال ، بل لعل المقصود خلافه ، بل ظاهر النصوص السابقة (٢) كبعض العبارات أن الضميمة على الوجه المزبور من الجانبين أو من جانب واحد ؛ من الحيل الشرعية للتخلص من الربا ، جارية على مقتضى الضوابط ليس فيها أثر للتعبد أصلاً ، وإنما تبه الشارع عليها تنبيهاً ، وإلا فبيناها أنه بذلك يخرج عن صدق بيع المتجانسين متفاضلاً ، وذلك لأن أجزاء الثمن مقابلة بأجزاء الثمن على الإشاعة ، فلا تفاضل حينئذ في الجنس الواحد في عقد البيع ، لانضمام جنس آخر معه ، فقول الأصحاب بانصراف كل جنس إلى مخالفه أو الزيادة إليه ، يراد به ما ذكرنا ، لأن ذلك حكم شرعي تعبدي ، إذ عليه لا تكون حيلة كما هو واضح ، فلا ريب حينئذ في بطلان القول بالصحة في الفرض على هذا الوجه .

ومن هنا احتمال غير واحد البطلان في مفروض المسألة ، إذا حصل الربا بعد إسقاط ما يقابل التلف بالنسبة ، كما لو باع مدًا ودرهما بمدّين ودرهمين مثلاً ، وتلف الدرهم المفروض أنه نصف المبيع ، لكون قيمة المدّ درهما بطل البيع في نصف الثمن ، ويبقى النصف الآخر ، وحيث كان منزلاً على الإشاعة ، كان النصف في كل من الجنسين ، فيكون نصف المدّين ونصف الدرهمين في مقابل المدّ ، فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان ، بل

جزم به المحقق الثاني إذا كان المشتمل على الجنسين أحداً والعوضين ، والمقابل له في الآخر الزيادة ، وكان التالف المخالف ، وكان التقسيط في الباقي يقتضي الزيادة.

وفيه منع تحقق الربا بهذه الزيادة التي لم يبين العقد عليها ، وإنما حصلت بالتقسيط ، وإلا لانتجة البطلان من أول الأمر ، مع أن الإمامية على خلافه ، في مقابل ما حكي عن الشافعي من البطلان في كل ما اقتضى التقسيط فيه الزيادة ، ورد بأن المعلوم من أدلة الربا في حرمة الزيادة في نفس العقد ، لا ما إذا كانت بمقتضى التقسيط في العقد الذي قد وقع المقابلة فيه بالمجموع ، وهو بعينه جار فيما نحن فيه ، ضرورة أن الزيادة المفروضة إنما كانت بحسب التقسيط الذي احتيج إليه لمكان التلف ، وإلا فالعقد لا زيادة فيه ، فصحة مستصحية ، وتبعض الصفقة لو سلم عدم خروج الباقي بها عن كونه معاوضة ، وعن كونه بيعاً ؛ إلا أن المتيقن من أدلة الربا الزيادة في نفس العقد الأول لا المتجدد .

نعم قد يقال فيما لو انكشف استحقاق بعض الثمن مثلاً باعتار تحقق الزيادة حينئذ من أول الأمر وإن كانت مجهولة ، مع أن ظاهر الأَصحاب عدم الفرق بين صورتَي التلف قبل القبض والخروج مستحقاً ، وهو محتاج إلى التأمل .

وكيف كان فلا جود فيما نحن فيه الصحة وإن حصلت الزيادة ، كما عن السيد عميد الدين الجزم به ، مع أنه يمكن فرض التقسيط على وجه لا يستلزم الربا ، بأن يجعل نصف الدرهم التالف مثلاً ، في مقابل مثله من الشيء ، ونصفه الآخر في مقابل مدّ ونصف من الثمن ، فيكون نصف المدّ في مقابل نصف مدّ والنصف الآخر في مقابل درهم ونصف حينئذ ، فكل من نصف المبيع في مقابل ما يساوي درهمين من الجنسين معا ، فلا زيادة في الجنس الواحد .

ولعل وجهه أن أجزاء المبيع لما قوبلت بأجزاء الثمن على طريق الشروع ، لم يجب أن يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور ، فإن صيانة العقد عن الفساد مع إمكان السبيل إليه متعين ، وهو جيد بعد وجود مرّجّح له على غيره ، ضرورة عدم انحصار التقسيط

الذى يتلخص به من الربا فيه ، إذ يمكن جعل ثلث الدرهم مثلاً في مقابل ثلث درهم من الثمن ، وثلثاه في مقابل مدّ وثلثين من المثلث ، ويجعل ثلث المدّ من المبيع في مقابل مثله من الثمن ، وثلثاه في مقابل الباقي من الدرهمين ، وهو درهم وثلثان ، أو يجعل الربع أو مادونه ، أو ما فوق النصف ، أو غير ذلك من الطرق التي لا ترجيح لواحد منها على الآخر .

بل قيل وعلى التقسيط يصرف كل جنس إلى ما يخالفه بل ربما ، رجّح عليها بنصّ الأصحاب ، إلا أنّك قد عرفت ما فيه ، مضافاً إلى أن التحقيق مقابلة أجزاء الثمن بأجزاء المثلث على الإشاعة - لأن المنزل عليه البيع قبل التلف مقابله المجموع بالمجموع من دون تعيين كونه على الإشاعة أو غيره ، فإذا تلف احتجنا إلى التعيين فنحتاج إلى مرجّح ، ضرورة ظهور قصد المتعاملين بمقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن على الإشاعة ، وكان الرجوع إليه في التلف وفي العيب وفي ظهور الاستحقاق وغير ذلك من المقامات ، لا بناء العقد عليه ، فظهر حينئذ أن المصحح للبيع هو المنزل عليه عند التلف ، فحينئذ يبطل منه فيما نحن فيه على الإشاعة ، إلا أنه إذا تراضيا على ما يتحقق به الزيادة في هذا الحال لم يتحقق الربا ، لماعرفت من ظهور أدلته في الزيادة في نفس العقد .

ومن هنا كان لافرق عندنا في ذلك بين اشتغال كلٍّ من العوضين على جنسين مختلفين ، وبين اشتغال أحدهما على ذلك ومقابلته بالزيادة ، وإن كان يمكن منع فرض تحقق الزيادة في الأوّل على الجنس الواحد بعد فرض الإشاعة في الأجزاء ، إلا بالتراضي منهما على ما يحصل به ذلك ، وقد عرفت عدم البأس فيه عندنا ، فلا يجب عليهما اختيار ما لا يتحقق به ذلك تخلصاً من الربا .

- أنه وإن تعاسر في أفراد رجعا إلى القرعة أو الحاكم أو أن التخيير للبائع ، لأن الثمن قد انتقل إليه بالعقد ، والمستحق عليه إرجاع أمر كلي فيخير في أفراد أو للمشتري إذ لا يمكن قد دفعه إلى البائع ، أو غير ذلك مما لا يحتاج إليه بعدما ذكرنا ،

ومنه يعلم ما في خيرة السيد في الرياض من وجوب التقسيط بما لا يحصل معه الربا والله اعلم .

وكيف كان فقد عرفت مشروعية الاحتيال في التخلص من الربا ، نصا وفتوى إذ هو فرار من الباطل إلى الحق ، ﴿وقد يتخلص من الربا﴾ أيضا ﴿بأن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غير جنسها ، ثم يشتري من الآخر﴾ سلعته ﴿بالثمن﴾ الذي باع به سلعته ، ﴿و﴾ حينئذ يسقط اعتبار المساواة ، ضرورة عدم بيع كل منهما بالآخر حتى يشترط ذلك تخلصا من الربا ، فلو باع مثلا وزنة من الحنطة بعشرة دراهم ، ثم اشترى منه وزنتين بذلك صح .

﴿وكذا لو وهبه﴾ أحدهما ﴿سلعته ثم وهبه الآخر﴾ الأخرى من غير معاوضة وإلأبني الحال على اختصاص الربا بالبيع وعدمه ، ﴿أو أقرض﴾ سلعته ﴿صاحبه ، ثم أقرضه هو وتبارعا ، وكذلك تبايعا﴾ متساويا ﴿وهبه الزيادة﴾ إلى غير ذلك مما يخرج عن بيع المجانس بمثله متفاضلا لكن قال المصنف هنا ﴿كل ذلك من غير شرط﴾ وهو متجه في الأخير ، ضرورة حصول الزيادة باشتراط هبة الزيادة ، لما عرفت سابقا من تحقق الربا بالزيادة في العقد ولو حكما كاشتراط الأجل ونحوه ، وفي سابقه على إرادة القرض بشرط قرض الجنس الآخر ، والتباري بعد ذلك ، فإن الظاهر تحقق ربا القرض بمثل ذلك ، بل في الهبة بشرط الهبة ، بناء على عموم الربا للمعاوضات ، إذ الظاهر كون ذلك من الهبة المعوضة ، أما الأول وهو البيع بثمن مخصوص مشروطا عليه بيع الجنس الآخر بذلك الثمن ، فلا أرى به بأسا ، لوجود مقتضى الصحة ، وعدم المانع ، فإن أراد المصنف ما يشمل ذلك ، كان محلا للنظر ، فتأمل .

وكيف كان فلا يناقش في هذه الحيل - بعدم قصد هذه الأمور أولًا وبالذات ، ومن المعلوم تبعية العقود للقودود - لاندفاعها بالمنع من عدم القصد ، بل قصد التخلص من الربا المتوقف على قصد الصحيح من البيع والقرض والهبة وغيرهما من العقود كاف في حصول

ما يحتاج إليه البيع من القصد، إذ لا يشترط في القصد إلى عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه، بل يكفي قصد غاية من غاياته، والله أعلم.

المسألة السابعة لأريب في أن مقتضى ما دل على حرمة الربا وفساد المعاملة المشتملة عليه، وجوب رد الزيادة خاصة، المأخوذة بالقرض ونحوه، ضرورة بقاؤها على ملك المالك، معينة أو مشاعة، فحكمها حكم غير هامن الأموال التي للغير، في الرد والصدقة ونحوهما من مسائل الأشتباء للمال والصاحب أولهما، مما هو مقرر في كتاب الخمس وغيره من محاله، من غير فرق في ذلك بين العلم والجهل.

وأما لو كان الربا في عقد المعاوضة، فالمتبجح حينئذ فساد المعاملة فيبقى كل من العوضين على ملك صاحبه لا الزيادة خاصة، إذ الفرق بينهما وبين القرض واضح، وحينئذ يجري فيه ما يجري في باقي المعاملات الفاسدة، من غير فرق أيضاً بين العالم والجاهل إلا في الإثم وعدمه، إذا كان غير مقصر في البحث والتفحص، ولولا أنه غير متنبه، إلا أن الأصحاب هنالم يفرقوا بين الموضوعين، فأطلقوا وجوب رد الزيادة إذا كان حال تناولها عالماً بالتحريم، بل نفى بعضهم عنه الخلاف فيه، بل عن المقداد والكركي الإجماع عليه، وهو الحجة مضافاً إلى ما سمعت، قيل: وإلى قوله تعالى (١) «فإن تبتم فلکم رؤس أموالکم» وغير هامن الآيات الأخر الناصّة هي كالروايات بحرمة الربا الذي هو الزيادة لغة، الموجبة لعدم الملكية، فيلزم الرد مع معرفتها قدرها ومعرفة الصاحب بالضرورة، قلت قد عرفت أن مقتضاها ذلك في الربا في نحو القرض: أمّا البيع فالفساد، وعلى كل حال فالمتبجح حينئذ كونه كغيره من الأموال المحترمة، في التصديق به عن المالك إذالم يتمكن من معرفته، وغير ذلك مما هو مقرر في محله، نعم خلت نصوص المقام التي ستسمعها مع أنها في مقام البيان، عن ذكر الحكم باخراج الخمس لو كان مختلطاً بالحلال، ولم يعرف المقدار ولا الصاحب، بل ظاهر بعضها حل الجميع، ولكن لم يعمل بها إلا نادر من الطائفة، ومع ذلك فظاهر سياقها الجهل بالحرمة خاصة،

فالعمل بالنصوص (١) المتقدمة في مبحث الخمس العامة لما نحن فيه المفتى بها في المقام أيضاً أقوى منها، وإن كانت خاصة، وإن كان جاهلاً بالتعريم لخطأ في التقليد أو الاجتهاد أو غيرهما، فالمعروف بين المتأخرين بل في الدروس نسبتهم إليهم، أنه كالعالم في وجوب الرد من غير فرق بين تلف العين وبقائها، لا إطلاقاً ما دلَّ على حرمة الربا بما هو صريح في عدم انتقاله عن المالك، والعذر في الحكم التكليفي لا ينافي الفساد الذي هو الحكم الوضعي، وحينئذ فيجوز فيه ما قلناه في العالم، في ربا القرض وربا البيع، و قوله تعالى (٢) «فان تبتم فلکم رؤس أموالکم» خلافاً للنهاية والنافع والدروس والحدائق والرياض ومحكي الصدوق والراوندي والأبي والقضيي والأردبيلي؛ فلم يوجبوا الرد؛ بل عن التنقيح نسبتهم إلى الشيخ وأتباعه، بل قيل أنه ظاهر الطبرسي أو صريحه وكأنه مال إليه في التحرير وحواشي الشهيد، ولا فرق في ذلك بين وجود المال وتلفه، كما عن نهاية الأحكام التصريح به.

نعم ظاهرهم اشتراط ذلك بالانتهاء عما مضى، بأن يتوب عما سلف، وصرح في الحدائق بصحة المعاملة في هذا الحال، ولعله مراد الباقيين، إذ الحكم بعدم وجوب الرد مع القول بفساد المعاملة في غاية البعد. نعم قد يقال أن محل كلامهم في ربا القرض ونحوه مما تخلص الحرمة الزيادة، لا مطلق العوض، إلا أن إطلاقهم مناف له. وكيف كان فالعمدة في ذلك بعد الأصل قيل وإستصحاب الحكم حال الجهل إلى ما بعد المعرفة، واختصاص أدلة حرمة الربا كتاباً وسنة للتبادر من السياق وقاعدة التكليف - بصورة العلم، خصوصاً الآية المزبورة التي هي (٣) «يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله فان تبتم فلکم رؤس أموالکم» مؤيداً بما حكي من سبب النزول، أن

(١) الوسائل الباب ٨ - من ابواب الخمس

(٢ و ٣) سورة البقرة الآية ٢٧٩

الوليد بن المغيرة كان يربى في الجاهلية ، وقد بقي له بقايا على ثقيف فأراد خالد المطالبة به بعد ما أسلم ، فنزلت الآية قوله تعالى (١) « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف » المفسر في ظاهر المحكي عن الطبرسي بأن له ما أخذ وأكل من الربا قبل النهي ، ولا يلزمه ردّه كالمحكي عن الراوندي في تفسيرها بأن له ما أكل وليس عليه ردّ ما سلف ، إذالم يكن علم أنه حرام ، مستدلاً عليه بقول أبي جعفر عليه السلام (٢) « من أدرك الاسلام وتاب عما كان عمله في الجاهلية وضع الله عنه ما سلف » فمن ارتكب ربا بجهالة . ولم يعلم أن ذلك محظور ، فليستغفر الله في المستقبل ، وليس عليه فيما مضى شيء ، ومتى علم أن ذلك حرام أو تمكن من علمه فكلما يحصل له من ذلك محرّم عليه ويجب عليه ردّه إلى صاحبه .

ثم قال : قال السدي : له ما سلف له ما أكل ، وليس عليه ردّ ما سلف ، فأما من لم يقبض بعد فليس له أخذه ، وله رأس المال ، لكن عن الطبرسي أنه روى الخبر المزبور إلى قوله تعالى « فله ما سلف » فيحتمل أن يكون ما بعده من كلام الراوندي ، وفي الصحيح (٣) « دخل رجل على أبي جعفر عليه السلام من أهل خراسان قد عمل بالربا حتى كثر ماله ثم إنه سأل الفقهاء فقالوا ليس يقبل منك شيء إلا أن تردّه إلى أصحابه ، فجاء إلى أبي جعفر عليه السلام ، فقصّ عليه قصته ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : مخرجك من كتاب الله عز وجل ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله » والموعظة التوبة . وقد فسرت الموعظة بالتوبة ؛ في صحيح ابن مسلم (٤) الآخر أيضا عن أحدهما عليه السلام وفي المروي عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى (٥) عن أبيه « قال إن رجلا أربى دهر أمّن الدهر ؛ فخرج قاصدا إلى أبي جعفر عليه السلام يعني الجواد فقال له : مخرجك

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٢٧٩

(٣) الوسائل الباب ٥ - من ابواب الربا الحديث ٧ - وتفسير العياشي ج ١ ص ١٥٢

(٤) الوسائل الباب ٥ - من ابواب الربا الحديث ١٠ -

من كتاب الله فمن جائه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله والموعظة هي التوبة، لجهله بتحريمه ثم معرفته به، فما مضى فحلال، وما بقي فليتحفظ» ونحوه ما عن فقه الرضا عليه السلام (١) راوياً له عن أبي جعفر عليه السلام وفي صحيح هشام (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يأكل الربا وهو يرى أنه حلال، قال: لا يضره حتى يصيبه متعمداً فإذا أصابه متعمداً فهو بالمنزل الذي قال الله عز وجل» كقوله، عليه السلام في صحيح الحلبي (٣) «كل ربا أكله الناس بجهالة ثم تابوا فإنه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة. وقال: لو أن رجلاً وورث من أبيه مالا وقد عرف أن في ذلك المال ربا، ولكن قد اختلط في التجارة بغيره حلالا، كان حلالاً طيباً، فليأكله، وإن عرف منه شيئاً معزولاً أنه ربا فليأخذ رأس ماله ويرد الربا، وأيضاً رجل أفاد مالا كثيراً فيه الربا فجهل ذلك، ثم عرفه فأراد أن ينزعه، فما مضى فله، وبدعه فيما يستأنف» وقال أيضاً في صحيح عليه السلام (٤): «أتى رجل أبي فقال: إني ورثت مالا وقد علمت أن صاحبه الذي ورثته منه قد كان يربي وقد اعترف به واستيقن ذلك، وليس يطيب لي حلاله؛ لحال علمي به، وقد سألت الفقهاء من أهل العراق وأهل الحجاز فقالوا: لا يحل أكله من أجل ما فيه، فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كنت تعلم بأن فيه مالا معروفًا وراياً وتعرف أهله؛ فخذ رأس مالك ورد ما سوى ذلك؛ وإن كان مختلطاً، فكله هنيئاً فإن المال مالك، واجتنب ما كان يصنع صاحبه، فإن رسول الله عليه السلام قد وضع ماضى من الربا وحرّم عليهم ما بقي، فمن جهله وسع له جهله حتى يعرفه، فإذا عرف تحريمه حرّم عليه، ووجب عليه فيه العقوبة إذا ارتكبه، كما يجب على من يأكل الربا.

وسأل الصادق عليه السلام (٥) أيضاً أبو الربيع الشامي «عن رجل أربى بجهالة ثم أراد أن يتركه فقال أمّا ماضى فله وليتركه فيما يستقبل، ثم قال: إن رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فقال:

(١) فقه الرضا ص ٧٧

(٢) الوصال الباب ٥ - من ابواب الربا الحديث ١

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ٥ - من ابواب الربا الحديث ٢ - ٣ - ٤ باختلاف يسير

إني ورثت مالا، وقد علمت أن صاحبه كان يربى وقد سألت فقهاء أهل العراق وفقهاء أهل الحجاز فذكروا أنه لا يحل أكله، فقال أبو جعفر عليه السلام : إن كنت تعرف منه شيئاً معزولاً وتعرف أهله وتعرف أنه رباً فخذ رأس مالك ودع ما سواه وإن كان المال مختلطاً فكله هينئاً مريئاً، فإن المال مالك، واجتنب ما كان يصنع صاحبك، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قد وضع ماضى من الربا، فمن جهله وسعه أكله، فإذا عرفه حرم أكله، فإن أكله بعد المعروفة وجب عليه ما وجب على آكل الربا، لكن لا يخفى عليك أن ما في جملة من هذه النصوص لا يطابق القول بالعفو مع الجهل مطلقاً.

نعم ظاهرها منطبق على المحكي عن ابن الجنيّد قال « من اشتبه عليه من الربا لم يكن له أن يقوم عليه إلا بعد اليقين بأن ما يدخل فيه حلال، فإن قلّ فيه غيره، أو استدلّ فأخطأ، ثم تبين له أن ذلك ربا لا تحل له، فإن كان معروفاً ردّه على صاحبه، وتاب إلى الله، وإن اختلط بماله حتى لا يعرفه، أو ورث مالا يعلم أن صاحبه كان يربى، ولا يعلم الربا بابعينه فيعزله، جازله أكله والتصرف فيه، إذا لم يعلم فيه الربا.

اللهم إلا أن يدعى ظهور صحيح الحلبي منها المشتمل على تعليل حلّ أكل الربا المختلط بوضع الرسول صلى الله عليه وآله ماضى منه، في أن المراد بما مضى نفس الربا في حالة الجهل مطلقاً؛ ومنه حينئذ يظهر صحة تفسير الآية بما عرفت، كما هو أيضاً ظاهرها.

وبالجملة فيحمل الأمر بالردّ حينئذ مع التمييز والعزل لذلك على الاستحباب، وأما الجمع - بحمل الأمر على ظاهره، وتقييد الأدلة المتقدمة الدالة على إطلاق الإباحة بصورة الخلط - فيدفعه عدم التكافؤ بسبب الكثرة والاعتضاد بفتوى من عرفت، مضافاً إلى ظهور سياق المعبرة في عموم الإباحة حتى لصورة التمييز والمعرفة، فلا ريب حينئذ في أولوية صرف الأمر عن ظاهره إلى الاستحباب من ذلك هذا.

ولكن لا يخفى أنه لا يصلح للفقهاء الجرئة بمثل هذه النصوص التي لا يخفى عليك إضطرابها في الجملة، وترك الاستفصال فيها عن الربا أن صاحبه كان جاهلاً بحرمة أو عالمًا،

والأمر فيها بالتوبة مع عدم الذنب حال الجهل الذي يعذرفيه ، بل قد اشترط في الآية الحل بها وحمله على الجهل الذي لا يعذرفيه ، ينافيه ما في خبر الباقر عليه السلام (١) السابق من إلحاق مثله بالعالم وترك الاستفصال فيها عن الربا في القرض والبيع ، وقد عرفت الفرق بينهما ، وغير ذلك على مخالفته الضوابط السابقة ، والاقدام على حلّ الربا الذي قد ورد فيه من التشديد ما ورد .

وقد تزه ابن ادريس حمل كلام الشيخ على ذلك ، فضلا عن النصوص ، فإنه بعد أن حكى عن الشيخ في النهاية قوله « فمن ارتكب الربا بجهالة ولم يعلم أن ذلك محظور فليستغفر الله ، وليس عليه فيما مضى شيء ؛ ومتى علم أن ذلك حرام ثم استعمله فكل ما يحصل له من ذلك محرّم عليه ، ويجب ردّه على صاحبه ، قال : « المراد بذلك ليس عليه شيء من العقاب بعد استغفاره ، لأن المراد بذلك أنه ليس عليه شيء من ردّ المال الحرام ، بل يجب عليه ردّه إلى صاحبه بقوله تعالى (٢) « فان تبتم فلکم رؤس امواکم » ، فأما قوله (٣) « فمن جاءه موعظة ، إلى آخره فالمراد والله أعلم فله ما سلف من الوزر وغفران الذنب ، وحق القديم سبحانه بعد انتهائه وتوبته ، لأن إسقاط الذنب عند التوبة تفضل عندنا ، بخلاف ما يذهب إليه المعتزلة .

وقيل في التفسير ذكره شيخنا في التبيان ، (٤) وغيره من المفسرين ، أن المراد بذلك ما كان في الجاهلية من الربا بينهم فقال : « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف » ، فأما ما جرى من المسلم فيجب ردّه على صاحبه ، سواء كان جاهلا بحاله ؛ غير عالم بأنه محرّم ، أو كان عالم بذلك ، فإنه يجب ردّ الربا على من أربى عليه من المسلمين جميعا ، فلا يظنّ ظان ولا يتوهم متوهم على شيخنا فيما قال : غير ما حرّره ، وتبعه في حمل الآية وبعض النصوص على أحدا من الميرين العلامة في المختلف .

(١) الوسائل الباب ٥ - من أبواب الربا الحديث ٧ -

(٢) (٣٠٢) سورة البقرة الآية ٢٧٩ ص ٢٧٥

(٤) تفسير تبيان ج ٢ ص ٣٦٠ المطبوع في النجف الأشرف

ويمكن حمل بعض النصوص على العلم بأن الميت كان يربى وإن لم يعلم في خصوص المال منه شيئاً ، وعلى أنه مجهول المالك ، وقد أباحه الامام عليه السلام له وأعلى أنه من الشبهة الغير المحصورة أو غير ذلك ، بل في المحكي عن كشف الرموز أنه يمكن أن يقال أن من ادعى اليوم في الاسلام جهالة تحريم الربا لا يسمع منه ، فيحمل النص والفتوى على أول الاسلام ، وقد حكاه هو أيضاً عن صاحب الشرايع .

قلت : لا يخفى قوة كون المراد بالآية العفو عما سلف في حال الجاهلية ، نحو قوله تعالى (١) « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف » وغيره مما هو وارد مورده ، ومن هنا ادعى الفاضل المقداد في المحكي عن كنز صراحة الايتين في أنه لا يجب ردّ الرابح الجهل السابق على نزول التحريم ، ثم قال : « إنه قرأ يجب الردّ مع الجهل والعلم ، ثم إنه جمع بين انكلامين بأنه لا يجب على الكافر ردّ ما أخذ حال كفره ، إلا أن يكون عينه موجودة ، وأمّا المسلم فيجب عليه الردّ مطلقاً ، سواء علم بالتحريم أو لم يعلم ، وإن كان قد يناقش فيه بأن الظاهر عدم وجوب الردّ على الكافر وإن كانت العين موجودة . نعم ليس له قبضه كما أنه قد يناقش في وجوب الردّ على المسلم بعد تلف العين ، لا يمكن القول بأنه قد سلطه المالك عليها ، بل قال بعض مشايخنا في تأييد القول بالعفو مع الجهل ، إن الدافع قد أباح للقباض هذه الزيادة ، لأنه إن كان عالماً بظاهر ، وإن كان جاهلاً فكذلك ، لأنه دفعها على التراضي مباحها ، غاية ما في الباب أنها لو بقيت وأراد الرجوع بهارجع ، وليس هذا التراضي منوطاً بوجه مخصوص ، حتى يكون كالتراضي في العقد الفاسد ، فتكون الإباحة مشروطة بصحة العقد ، في الواقع وسلامة المقابل ، وصريحه أن القائل بالعفو معترف بالفساد في هذا الحال ، خلاف ما سمعته سابقاً من صاحب الحقائق .

لكن فيه أن القول بالعفو عنه أشدّ مخالفة للقواعد والضوابط خصوصاً في ربا البيع

ومن الغريب دعوى عدم تقييد الإباحة بذلك ، والفرض أنه مادفعه إليه إلا بعنوان الاستحقاق بالمعاملة الربوية ، ومنه ينقدح دفع المناقشة الأخيرة ، وأن المتجه الضمان مطلقا مع وجود العين وتلفها ، كما حكاها في الدروس عن المتأخرين وهو كذلك ، وقد بان لك من ذلك كله أنه لا ريب في أن الأحوط إن لم يكن الأقوى اجتناب ذلك كله ، على أن النصوص المزبورة ظاهرة في معذورية من تناول الربا جهلا ، وهو شامل لما إذا كان الطرف الآخر عالما مع أن المعاملة حينئذ فاسدة قطعاً ، لحرمة الربا وفساد المعاملة بالنسبة إلى العالم ، وذلك يقتضى فسادها بالنسبة إلى الجاهل ، فلا بد من التزام أمور عظيمة حينئذ بالنسبة إلى حل مال الغير في يد الآخر وعدم جواز أخذه لمالكه مع وجود عينه ، وغير ذلك مما يصعب التزامه ، وأيضاً الجاهل الغير المعذور الذى قد تاب ، مندرج في قوله تعالى (١) «فإن تبتم فلکم رؤس أموالکم» ومنه ينقدح الإشكال فى النصوص المزبورة المشتملة على تفسير الموعظة بالتوبة مضافاً إلى ظهور الآية وغيرها أن المراد «من جائه موعظة من ربه فانتهى» أي امثل ما جاء من ربه من النهي فهو ظاهر فى أول النزول والله العالم .

إلى هنا تم الجزء الثالث والعشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله
والمنه وقد بذلنا غاية الجهد في تصحيحه ومقابلته للنسخة
المصححة على النسخة الأصلية المخطوطة المصححة
بقلم المصنف طاب ثراه وتلوه الجزء الرابع
و العشرون إن شاء الله تعالى
في بيع الصرف وأحكامه
على الاخوندي

فهرس الجزء الثالث والعشرون

من كتاب جواهر الكلام

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
لو كان العاقد واحدا عن إثنين	٢٠	الفصل الثالث في الخيار	٣
كان الخيار باقيا		الأول خيار المجلس	٣
القسم الثاني خيار الحيوان	٢٣	لكل من المتبايعين خيار الفسخ	٤
خيار الحيوان ثلاثة أيام	٢٤	ماداما في المجلس	
خيار الحيوان للمشتري خاصة	٢٤	ثبوت الخيار للوكيلين لصدق	٥
ابتداء الخيار من حين العقد	٢٨	البيعان عليهما	
الخيار يسقط باسقاط سقوطه و بالتزامه	٢٩	المدار في التفرق هو التفرق عن مجلس العقد	٨
يسقط الخيار بانقضاء المدة	٣٠	عدم بطلان خيار المجلس لو أكرها على التفرق	٩
القسم الثالث خيار الشرط	٣٢	سقوط الخيار باسقاط سقوطه	١١
لابدان يكون مدة خيار الشرط مضبوطة	٣٢	سقوط الخيار بمفارقة كل من المتبايعين ولو بخطوة	١٣
لكل منهما ان يشترط الخيار لنفسه او لغيره	٣٤	سقوط الخيار بالتخاير	١٥
يجوز لهما اشتراط خيار المؤامرة	٣٥	لو التزم أحدهما به سقط خياره دون صاحبه	١٦
للبيع اشتراط الخيار مدة معينة برد الثمن وارتجاع المبيع انشاء	٣٦	ولو خير أحدهما فسكت فخياره باق	١٦
النماء من حين العقد الى حين الفسخ للمشتري كما ان التلف منه	٣٩	سقوط الخيار بالشراء من ينعتق على المشتري	١٩

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
خيار المجلس مختص بالبيع	٤١	المعتبر في رد المبيع رد العين	٢٠
خيار الشرط يثبت في كل بيع	٤١	القسم الرابع خيار الغبن	٢١
لا يستعقبه العتق		الزيادة والنقص لا بد أن يكون	٤١
خيار الشرط يثبت في كل عقد	٦٢	بمقدار لا يتسامح فيها عادة	
عدا النكاح والوقف		لا يسقط الخيار بالتصرف قبل	٤٤
خيار الشرط لا يثبت في الإبراء	٤٤	ظهور الغبن	
والطلاق والعتق		لا يثبت بالغبن أرش	٥٠
التصرف من المشتري يسقط	٦٥	القسم الخامس خيار التأخير	٥١
خيار الشرط		المدة في تأخير الثمن ثلاثة أيام	٥٢
لو كان الخيار لهما وتصرف أحد	٤٩	وإن تأخر أن يذلل بالبيع الخيار	
هما سقط خياره		لا فرق في اعتبار الثلاثة بين	٥٦
لو أذن أحدهما بالتصرف فيما	٧٢	الحيوان وغيره	
انتقل إليه وتصرف الآخر فيما		لا فرق في المدة بين أفراد المبيع	٥٦
انتقل إليه أيضاً سقط خيارهما		مبدء المدة من حين التفرق	٥٦
إذامات من له الخيار انتقل إلى	٧٤	لوتلف المبيع في الثلاثة كان	٥٧
الوارث		من مال البائع	
امتداد الخيار ما دام الميت و	٧٥	قاعدة التلف في مدة الخيار ممن	٥٨
الآخر في المجلس		لا خيار له لا تشمل المقام	
لا فرق في إرث الخيار بين حصوله	٧٦	من اشترى ما يفسد ليومه إن جاء	٥٩
فعلاً للميت وبين حصول سببه		بالثمن قبل الليل والافلا بيع له	
لوجن ذوالخيار قام وليه مقامه	٧٧	احكام الخيارات	٤١

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
فان كان المبيع على ما وصفه	٩٤	لو كان الميعت مملوكا مأذونا	٧٧
فالبيع لازم و الاكان المشتري		نبت الخيار لمولاه	
بالخيار		المبيع يملكه المشتري بالعقد	٧٨
لو اشترى ضيعة بالوصف ثبت له	٩٥	نماء المبيع بين العقد وانقضاء	٨٢
الخيار اذا لم يكن على الوصف		الخيار للمشتري	
في فورية هذا الخيار و تراخيه	٩٥	إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من	٨٣
صحة اسقاط هذا الخيار بعد	٩٦	مال بايعه	
تحقيقه		إذا تلف المبيع بعد قبضه فهو من	٨٥
الفصل الرابع في احكام العقود	٩٧	مال المشتري وإن كان الخيار	
في النقد والنسيئة	٩٨	للمشتري خاصة فالتلف من مال	
من ابتاع شيئاً مطلقاً أو اشترط	٩٨	البائع	
التعجيل كان الثمن حالا		خيار الشرط يثبت من حين	٨٥
في صحة اشتراط تأجيل الثمن	٩٩	العقد	
في لزوم تعيين مدة الاجل	١٠٠	إذا اشترى شيئين وشرط الخيار	٩١
لو اشترط التأجيل و لم يعين	١٠٠	في أحدهما على التعيين صح	
أجلًا كان البيع باطلا		خيار الرؤية وهو لا يثبت الا في	٩٢
في حكم ما لو باع بثمان حال	١٠٢	بيع الاعيان من غير مشاهدة	
أو بأزيد منه إلى أجل		و يقتقر ذلك الى ذكر النوع	٩٢
		وذكر الوصف	
		يبطل العقد مع الإخلال بذكر	٩٣
		الوصف والنوع ويصح مع ذكرهما	

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
جواز بيع المتاع حالا ومؤجلا	١٢٠	بطلان البيع إلى وقتين متأخرين	١٠٧
بزيادة عن ثمنه إذا كان المشتري عارفاً بقيمته		جواز ابتياع البائع المتاع قبل حلول أجل الثمن إذا لم يكن قد اشترط ذلك حين العقد	١٠٨
جواز تعجيل الثمن بشقصان منها	١٢١	جواز ابتياع البائع المتاع بعد حلول الاجل بمثل ثمنه حالا أو مؤجلا	١٢٢
وجوب ذكر الأجل على من ابتاع شيئاً مؤجلا وأراد بيعه مرابحة	١٢٢	عدم وجوب دفع الثمن على المشتري قبل حلول الأجل وإن طرلب	١١٤
فإن باع مرابحة و لم يذكر الأجل كان للمشتري الخيار	١٢٣	عدم وجوب أخذ الثمن على البائع إن دفعه تبرعاً قبل حلول الأجل	١١٤
النظر الثاني فيما يدخل في المبيع	١٢٤	وجوب أخذ الثمن على البائع بعد حلول الأجل وتمكنه منه	١١٥
فيما يدخل في المبيع إذا باع بستاناً	١٢٩	إن امتنع البائع من أخذ الثمن وتلف كان من ماله	١١٦
فيما يدخل في المبيع إذا باع داراً	١٣٠	وجوب أخذ المتاع على من اشترى سلماً إن تمكنه البائع منه	١١٩
فيما يدخل في المبيع إذا باع أرضاً	١٣٣		
لو باع نخلاً قد أبر ثمرها فهو للبائع ويجب على المشتري بقيقته	١٣٤		
لو انتقل النخل بغير البيع فالثمرة للناقل	١٣٧		
لو كان المقصود من الشجر ورده فهو للبائع	١٣٩		

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
وجوب تسليم المبيع مفرغا	١٦٢	استحقاق المالك ببقية الثمرة على	١٤١
لرباع شيئا فغصب من يد البائع	١٦٢	الاصول	
فللمشتري الفسخ		جواز سقى الثمرة و الاصول	١٤٢
لومعه البائع عن التسليم ثم	١٦٤	لصاحبها	
سلم بعد مدة كان له الاجرة	١٦٩	الاحجار المخلوقة فى الارض	١٤٣
جواز بيع المتاع الذى لم يقبضه	١٧٠	تدخل فى بيع الارض	
كراهة بيع المتاع الذى لم يقبضه		النظر الثالث فى التسليم	١٤٤
جواز بيع ماملكه بغير ابتياح و	١٧٣	إطلاق العقد يقتضى وجوب	١٤٥
ان لم يقبضه		تسليم المبيع والتمن	
صحة الشراء لو دفع إليه مالا	١٧٥	جواز اشتراط البائع تأخير	١٤٧
وقال اشتر به طعاما الى		التسليم الى مدة معينة	
إذا قبض المشتري المبيع وادعى	١٧٧	الكلام فيما يتحقق به القبض	١٤٨
نقصانه فالقول قوله إن لم يحضر		إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو	١٥٧
كيله ولا وزنه		من مال بايعه	
إذا ادعى المشتري نقصان المبيع	١٧٨	إذا نقصت قيمته قبل قبضه كان	١٥٨
وقد حضر الكيل والوزن فالقول		للمشتري رده	
قول البائع	١٧٩	إذا حصل للمبيع نماء كان	١٦٠
إذا أسلفه في طعام يبيلده لم يجب		للمشتري	
عليه دفعه فى غيره		إذا اختلط المبيع بغيره فى يد	١٦٠
جواز المطالبة بالقيمة إذا		البائع فللمشتري الخيار	
أسلفه في طعام ولم يكن عنده		لو باع جملة فتلف بعضها	١٦١
حين الاجل		فللمشتري فسخ العقد	

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
النظر الخامس في الشروط	١٩٨	لو كان مقرضا بالطعام في بلد	١٨٠
كسل شرط لم يكن مؤدياً إلى	١٩٩	يجوز أخذ القيمة بسعر ذلك البلد	
جهالة المبيع أو الثمن ولا مخالفا		جواز مطالبة الغاصب بالمثل أو	١٨١
للكتاب والسنة فهو جائز		القيمة حيث كان	
عدم جواز اشتراط مالا يدخل	٢٠٣	إذا أطلقا المتبايعان نقداً أنصرف	١٨٣
في مقدوره		إلى نقد البلد	
جواز ابتياع المملوك بشرط	٢٠٥	إذا اختلف المتبايعان في قدر	١٨٤
أن يعتقه		الثمن فالقول قول البايع إن كان	
لرباع العبد المشروط عليه عتقه	٢٠٧	المبيع باقيا	
فلبايع الخيار بين الفسخ و		إذا اختلفا في تأخير الثمن و	١٨٧
الامضاء		تعجيله فالقول قول البايع	
العبد المشروط عتقه يجوز اعتاقه	٢٠٩	إذا اختلفا في قدر المبيع فالقول	١٨٩
عن كفارته		قول البايع أيضا	
الكلام في صحة البيع المشتمل	٢١٠	إذا اختلفا في تعيين ماهو المبيع	١٨٩
على الشرط الفاسد وبطلانه		فهنا دعويان فيتحالان	
جواز شرط الضمان في البيع	٢١٦	لوتحالفا بعد هلاك العين ضمن مثلها	١٩٣
للثمن كله أو بعضه		أو قيمتها يوم الهلاك	
إذا اشترط العتق فاعتقه فقد لزمت	٢١٨	لو اختلف ورثة البايع و ورثة	١٩٤
البيع		المشتري في القدر فالقول قول ورثة	
عدم جواز بيع الصبرة المجهولة	٢٢١	البايع في المبيع وورثة المشتري	
جواز بيع ما كان في يد المشاهدة	٢٢٢	في الثمن	
بالمشاهدة من غير مسح		إذا اختلفا في صحة العقد وبطلانه	١٩٥
		فالقول قول من يدعي صحته	

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
لو أراد بيع المعيب فالأولى الاعلام	٢٢٦	لوبياع ارضاعلى انهاجر بان معينة	٢٢٨
أو التبرى من العيوب		فكانت أقل للمشتري الخيار	
إذا ابتاع شيئين صفقة ثم علم بعيب	٢٢٨	صححة المعاملة لو جمع بين	٢٣٣
في أحدهما لم يجز رد المعيب		شيئين مختلفين في عقد واحد	
منفردا		جواز بيع السمن بظروفه	٢٣٤
لو اشترى اثنان بالشركة شيئا	٢٤٩	الفصل الخامس في احكام	٢٣٥
كان لهما معا الخيار لا منفردا		العيوب	
جواز رد الامة بعد الوطى إذا	٢٥١	من اشترى مطلقا اقتضى سلامة	٢٣٥
علم بانها حبلى		المبيع من العيوب	
إذا اراد ردها يرد معها نصف	٢٥٣	لو ظهر في المبيع عيب سابق على	٢٣٦
عشر ثمنها		العقد فالمشتري بالخيار	
لا ترد الامة مع الوطى بغير عيب	٢٥٥	سقوط الرد بالتبرى من العيوب	٢٣٧
الحمل		سقوط الخيار بالعلم بالعيب قبل	٢٣٨
القول في اقسام العيوب	٢٥٧	العقد	
في بيان ماهو الضابط في العيوب	٢٥٨	في سقوط الخيار باسقاطه وعدم	٢٣٩
لو اخل البايع بما اشترط عليه	٢٦٢	جواز الرد بآ حدائه فيه حدثا	
المشتري فله الخيار		في عدم جواز الرد بحدوث عيب	٢٤٠
التصريعية	٢٦٢	بعد القبض	
التصريعية تدليس	٢٦٣	جواز الرد لو كان العيب الحادث	٢٤١
الكلام في احكام التصريعية	٢٦٥	قبل القبض	
الكلام في ثبوت التصريعية في الشاة	٢٧٣	الكلام فيما يسقط به الارش	٢٤٤
لوزالت التصريعية قبل ثلاثة أيام	٢٧٤	خاصة دون الرد	
سقوط الخيار			

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
كيفية طريق معرفة مقدار الارش	٢٨٩	الشيوبة ليست عيبا	٢٧٦
إذا علم بالعيب ولم يرد لم يبطل	٢٩٥	لو شرط البكارة فكانت ثيبا كان	٢٧٨
خياره ولو تطاول		له الرد	
إذا حدث العيب بعد العقد وقبل	٢٩٦	الاباق الحادث عند المشتري لا	٢٧٩
القبض كان للمشتري رده		مرده العبد	
ما يحدث في الحيوان بعد القبض	٢٩٦	لو أبق العبد عند البائع كان	٢٨٠
وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد		للمشتري رده	
في الثلاثة		ثبوت خيار العيب للمشتري إذا	٢٨١
يرد المملوك من أحداث السنة	٢٩٧	لم تحض الأمة في ستة أشهر و	
الفصل السادس في المراجعة و	٣٠٣	كانت مثلها ممن تحيض	
المواضعة والتولية		الدردي في الزيت عيب موجب	٢٨٢
الكلام في المراجعة وتوابعها	٣٠٥	للرد	
في شرائط بيع المراجعة	٣٠٧	تحمير الوجه ووصل الشعر وما	٢٨٣
لا بد من ذكر الصرف والوزن ان	٣٠٨	شابهة تدليس	
اختلفا		إذا قال البائع بعثك بالبراءة و	٢٨٥
إن عمل فيه غيره بأجرة مسمأة صح	٣١١	أنكر المبتاع فالقول قوله	
أن يضمها إلى الثمن		إذا ادعى المشتري سبق العيب	٢٨٧
لو اشترى بثمن معيبا ورجع بأرش	٣١٢	على القبض و أنكره البائع	
عيبه اسقط قدر الارش وأخبر		فالقول قوله	
بالباقى		بيان طريق معرفة الأرش	٢٨٨

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
لواختلف الجنس ان جاز التماثل و التفاضل	٣٤١	لوجنى العبد ففداه السيد لم يجز له أن يضم القدية الى ثمنه	٢١٢
الحنطة والشعير جنس واحد فى الربا	٣٤٥	كراعة نسبة الربح الى المال	٣١٣
ثمرة النخل جنس واحد وان اختلفت انواعه	٣٤٧	لوشط البايع فى حال البيع ان يبيعه المتاع لم يجز	٣١٥
كل ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه	٣٤٨	لوباع مراهبة فبان رأس ماله أقل فللمشتري الخيار	٣١٧
ما يعمل من جنسين يجوز بيعه بهما بشرط أن يكون فى الثمن زيادة عن مجاقسه	٣٥٤	إذا حط البايع بعض الثمن للمشتري أن يخبر بالاصل	٣٢٠
اختلاف اللحوم بحسب اختلاف أسماء الحيوان	٣٥٥	من اشترى امعة صفقة لم يجز بيع بعضها مراهبة	٣٢١
الطيور اجناس مختلفة	٣٥٦	إذا قوم على الدلال متاع لم يجز بيعه مراهبة	٣٢٣
الالبان تتبع اللحم فى التجانس و التخالف	٣٥٧	إذا قوم التاجر على الدلال متاعا لم يجب عليه الوفاء	٣٢٥
تبيحة الأدهان لما استخرج منه لاربا لآفى مكيل أو موزون	٣٥٨	الكلام فى التولية	٣٢٧
ثبوت الربا فى الطين الموزون كالأرمنى	٣٦٢	الكلام فى المواضة	٣٢٩
الاعتبار فى المكيل والموزون بعادة الشرع	٣٦٣	الفصل السابع فى الربا	٣٣٠
		فى حرمة الربا	٣٣٢
		فساد المعاملة الربوية	٣٣٣
		ثبوت الربا فى كل معاوضة	٣٣٥
		بيان الجنس الذى اعتبر اتحاده فى الربا	٣٣٧

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
لاربابين المسلم واهل الحرب	٣٨٢	إذا اختلف البلدان في المكيل	٣٦٥
ثبوت الربا بين المسلم والذمي	٣٨٣	والموزون كان لكل بلد حكمه	
عدم جواز بيع لحم بحيوان من	٣٨٤	في اعتبار المساواة وقت	٣٦٦
جنسه جواز بيع لحم بحيوان		الابتياح	
غير جنسه اذا كان حاضرا	٣٨٦	جواز بيع اللحم نيا بمقدمة مساويا	٣٦٧
جواز بيع دجاجة فيها بيضة	٣٨٩	جواز بيع لربط بالتمر مثلا	٣٦٩
بدجاجة خالية		بمثل	
القسمه تميز أحد الحقيين وليست	٣٩٠	جواز بيع الحنطة بالدقيق وزنا	٢٧٠
بيعا		متساويا	
جواز بيع درهم ودينار بدينار و	٣٩١	جواز بيع المكيل وزنا بالعكس	٣٧٢
درهمين		وعدمه إذا كان غير متعارف	
طريقة التخلص من الربا	٣٩٦	جواز بيع الأدقه بعضها ببعض مثلا	٣٧٦
في وجوب رد الزيادة	٣٩٧	بمثل	
المأخوذة بالربا		جواز بيع الخلول بعضها ببعض	٣٧٧
وجوب ردّ العوضين في المعاملة	٣٩٧	لاربابين الوا والدولده	٣٧٨
الربوية		لاربابين المولى ومملوكه	٣٨٠
حكم من أربي بجهالة ثم تاب	٣٩٩	لاربابين الزوج وزوجته	٣٨١

جدول الخطأ والصواب

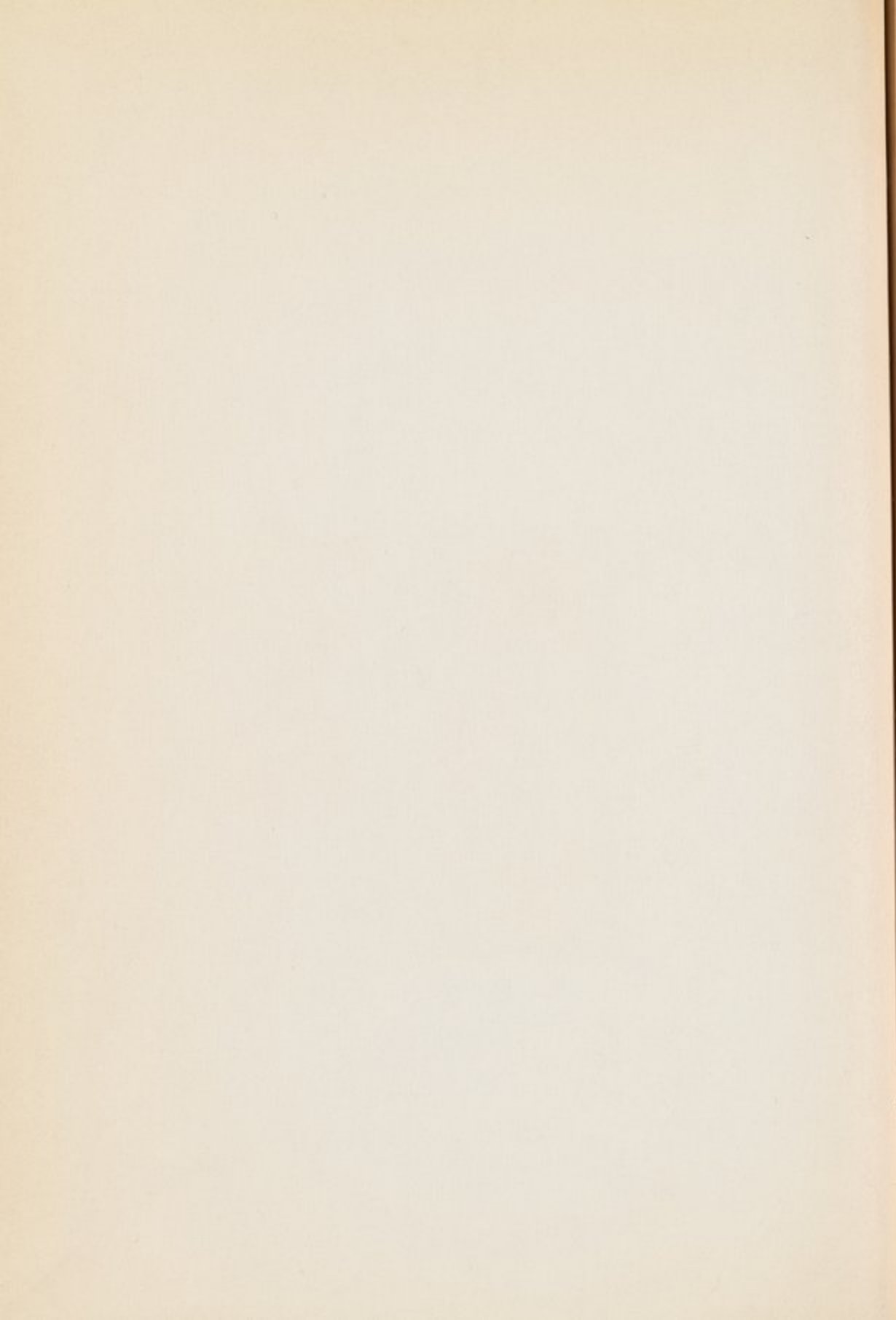
لصحيحة

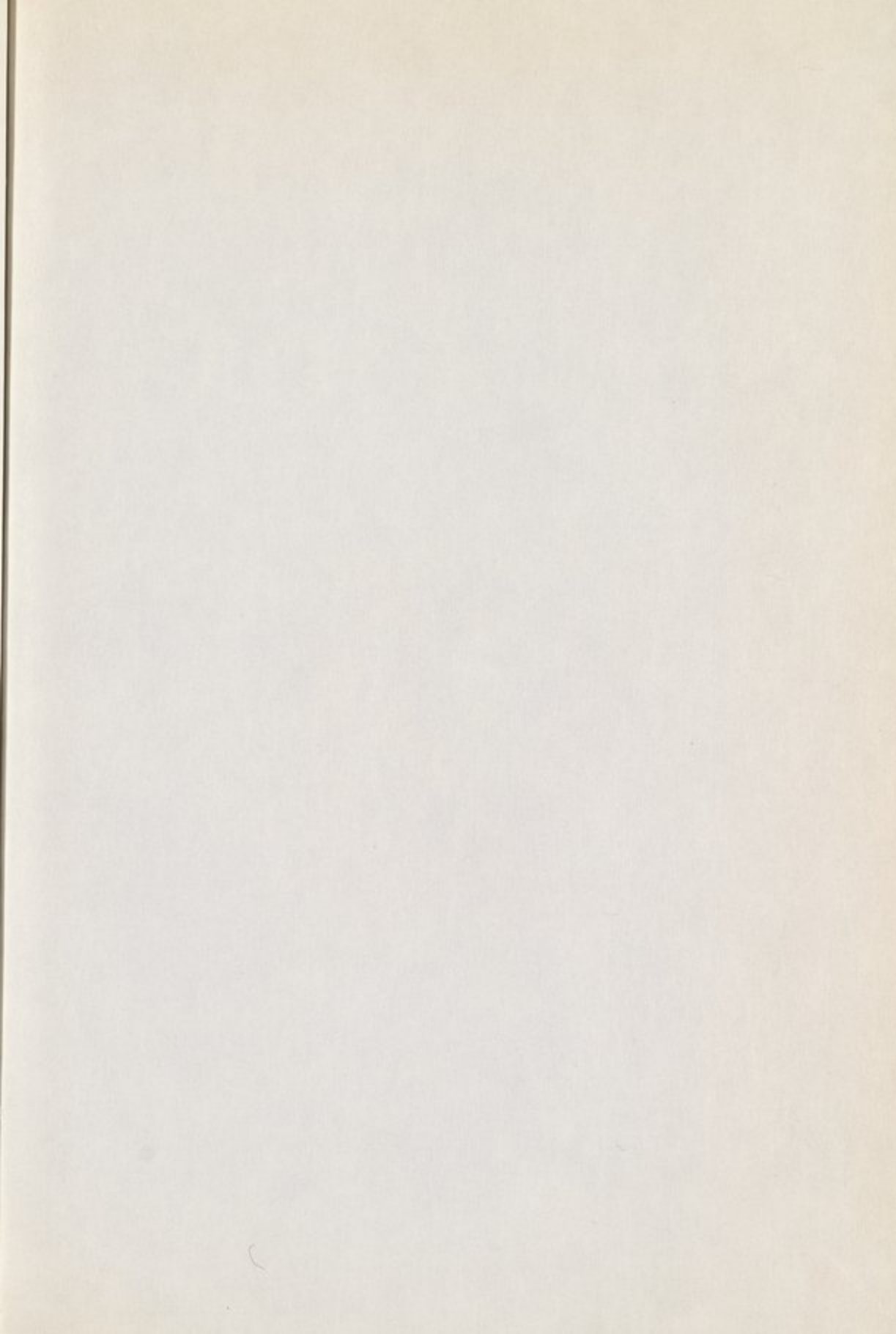
الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٦	٧	الوكيل	الوكيلين
١١	١٠	الاختيار	الاختيار
٣١	١٦	ينعق	ينعق
٤٢	٢	الظرار	الضرار
٤٢	١٢	الظرار	الضرار
٥٦	٢	انه يلوح	مع أنه يلوح
٥٩	١١	بما ذيل	بما في ذيل
٦٠	٢١	منضنه	مضنة
٦٥	١٣	لاتعليل	لاتعليمية
٦٦	١	وربما	ومن هنا
٧٥	٥	عنه التامل	عند التامل
٨٤	١٣	يقضيان	يقضيان بأن
١٠٥	١٩	شأ بها	شأ بها
١٥٠	١١	الاعتار	الاعتبار
١٥٦	١٦	ظاهر أن	ظاهر في أن
١٦٥	٣	فيشتراه	فيشتره
١٦٥	٧	اثيرته	اشترته
١٦٥	١٠	اثيري	اشترى
١٦٨	٨	اثيري	اشترى
١٧٢	١٠	من الامر	من أن الامر
١٧٥	١	أوالمحال	أوالمال المحال
١٧٥	١٤	(ف) (ي) ان	(ف) (ي) ان)
١٨٧	١٣	خلاف بعته	خلاف يعتد
١٨٨	١٤	فنندرج	فينندرج
٢٠٨	١	تزلزله	في تزلزله
٢٠٨	١٠	منع	من وضوح منع
٢٠٩	١٢	لكون معصيته	لكونه معصية
٢٢٣	٤	لان ذلك	لأن ذلك
٢٤٠	٩	يكن رده	يكن لرده
٢٥٣	٢٠	سال	سئل
٢٥٦	٩	ومن الاوليه	ومن الاولوية
٢٦٤	٦	سمت	سمعت
٢٦٩	٩	بناء اصالة	بناء على اصالة

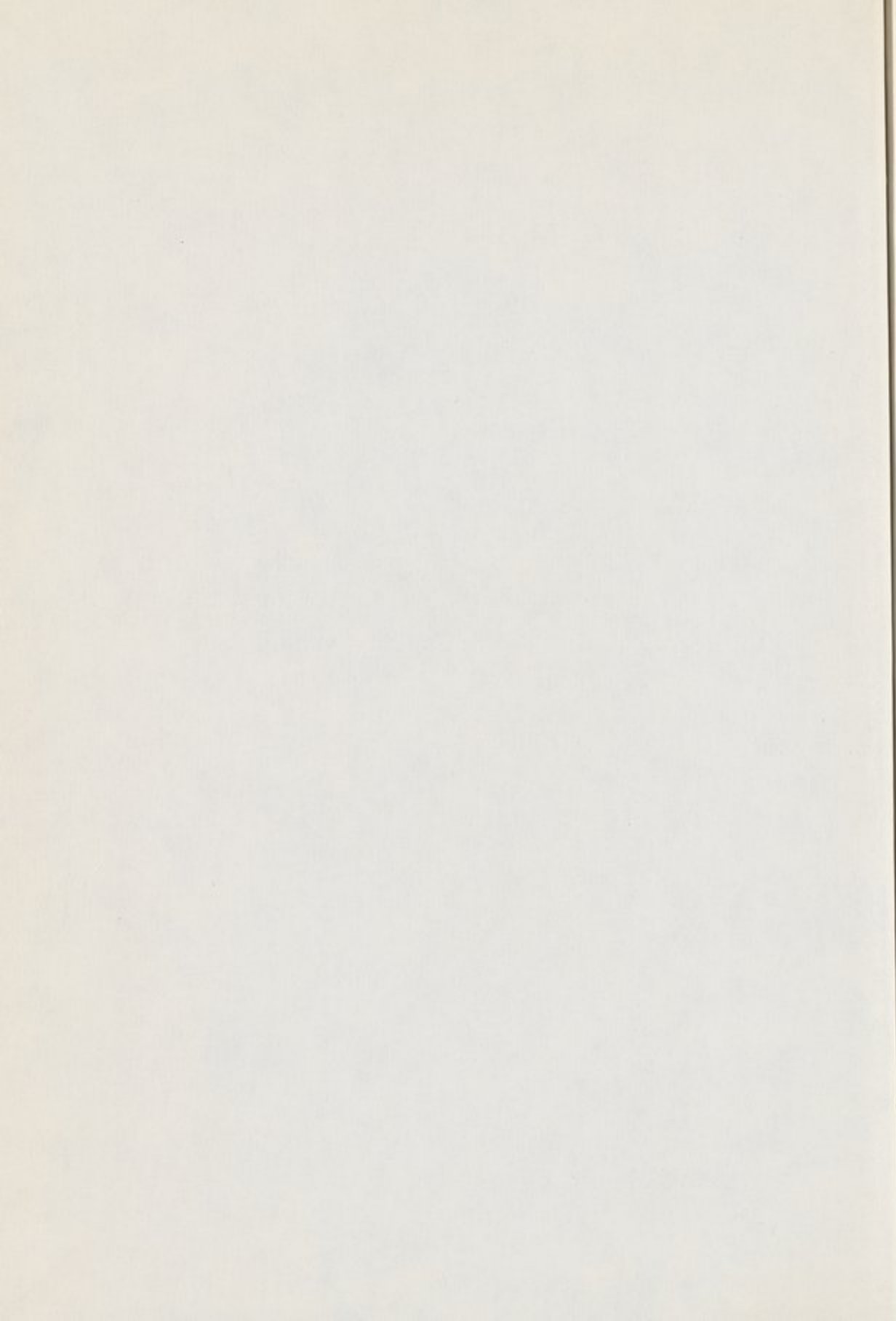


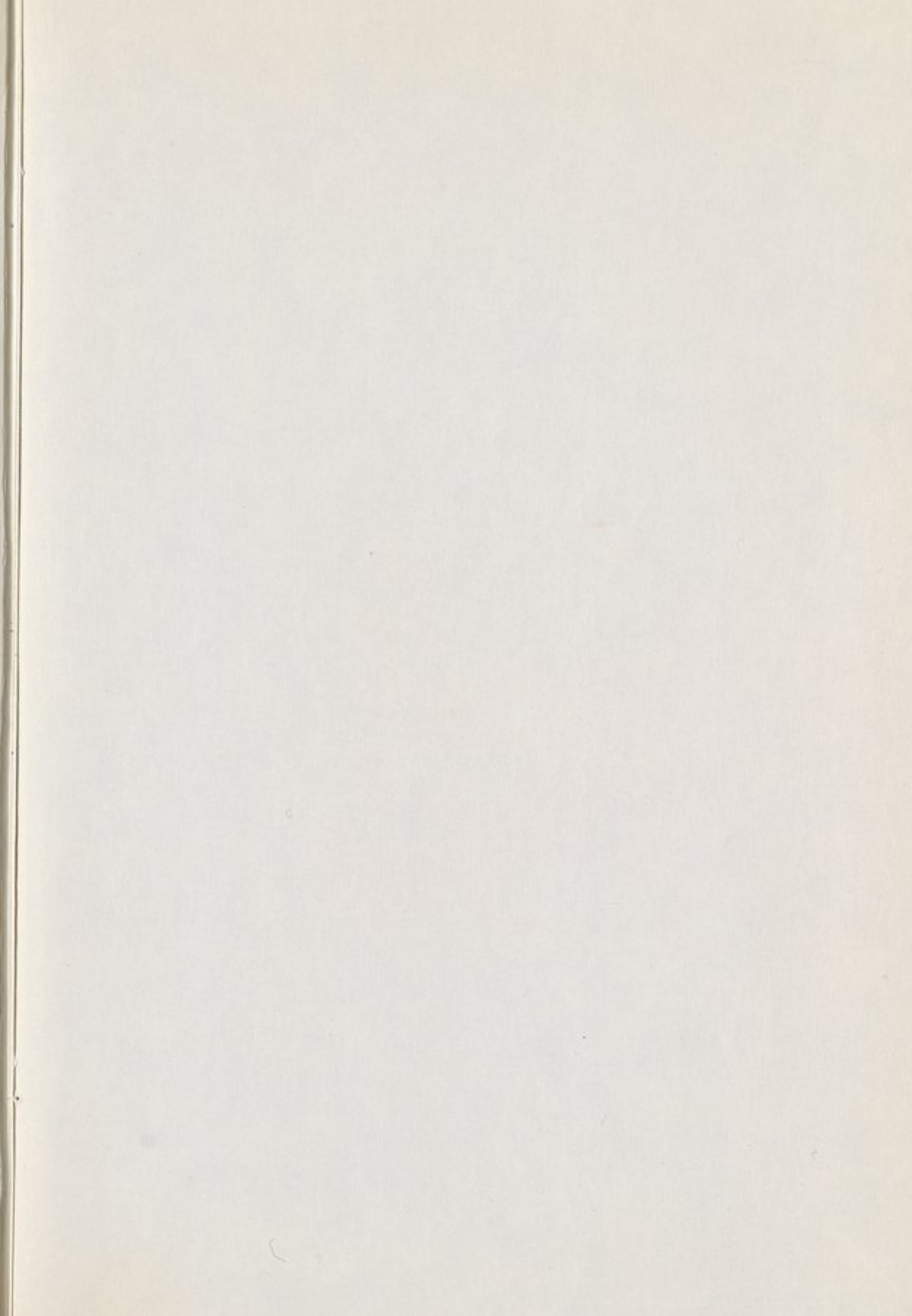
1

✓











Princeton University Library



32101 047145402